



RAPPORT DE M. BARINCOU, CONSEILLER

Arrêt n° 620 du 12 juin 2024 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 23-14.292

Décision attaquée : Cour d'appel de Grenoble du 2 février 2023

**Commissariat à l'Energie Atomique et aux énergies alternatives (CEA)
C/
M. [N] [S]**

Conformément à l'article 1015 du code de procédure civile, les parties sont avisées qu'il est proposé, au cas où la chambre, à l'issue de son délibéré, décidait de prononcer une cassation sur la première branche, que cette cassation soit prononcée sans renvoi, la chambre statuant alors au fond, sur le fondement des articles L. 411-3, alinéa 2, du code de l'organisation judiciaire et 627 du code de procédure civile, en jugeant le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse et en déboutant le salarié de ses demandes.

Les parties sont invitées à faire part de leurs observations sur ce point dans un délai d'un mois à compter de la mise en ligne du présent rapport.

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [S] a été engagé, en qualité de technicien supérieur, le 21 septembre 1993 par l'établissement public à caractère technique et industriel Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives (CEA).

Le 1^{er} septembre 2016, il a été mis à pied à titre conservatoire et convoqué à un entretien préalable à un éventuel licenciement. Cette mise à pied a été levée, à compter du 26 septembre suivant, dans la perspective d'une convocation devant le conseil conventionnel.

Par lettre du 26 septembre 2016, le salarié a été convoqué devant le conseil conventionnel auquel l'employeur a soumis une proposition de mise à pied d'un mois.

Par lettre du 11 octobre 2016, le salarié a été licencié, pour faute simple, son employeur lui reprochant des propos inappropriés à connotation sexuelle tenus, en particulier les 2 et 3 juillet 2016, à l'égard de certaines de ses collègues de sexe féminin.

Contestant ce licenciement, le salarié a saisi, le 25 juillet 2018, la juridiction prud'homale.

Par jugement du 15 février 2021, le conseil de prud'hommes l'a débouté de l'ensemble de ses demandes.

Par arrêt du 2 février 2023, la cour d'appel de Grenoble a jugé le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et condamné, en conséquence, l'employeur à payer une somme de 25 000 euros à titre des dommages-intérêts.

L'employeur a formé un pourvoi en cassation le 4 avril 2023.

Le mémoire ampliatif a été déposé le 25 juillet 2023 (article 700 : 3 000 euros).

Le mémoire en défense a été déposé le 25 septembre 2023 (article 700 : 3 500 euros).

2 - Analyse succincte du moyen

L'employeur fait grief à l'arrêt de déclarer sans cause réelle et sérieuse le licenciement et de le condamner à payer diverses sommes à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, alors :

« 1°/ que l'employeur a pour obligation de prendre toutes les dispositions nécessaires en vue de prévenir ou de faire cesser les agissements dégradant à connotation sexuelle et attentatoire à la dignité, au besoin en procédant au licenciement du salarié auteur de tels agissements ; que constitue ainsi une faute justifiant le licenciement tout comportement d'un salarié de nature insultante, humiliante, dégradante, sexiste ou de nature sexuelle à l'égard d'autres salariés ; qu'en l'espèce, M. [S] a été licencié pour faute pour avoir adopté à l'égard de plusieurs de ses collègues de sexe féminin un comportement inconvenant, notamment des propos répétés à connotation sexuelle, sexistes, insultants, humiliants et dégradants à leur égard ; que selon les propres constatations de l'arrêt « il ressort des attestations de Mmes [R] et [O] que les 2 et 3 juillet 2016, M. [S] a tenu des propos à connotation sexuelle et insultants à leurs égards auprès d'autres collègues de travail. Ainsi, Mme [R] précise que : « un de mes collaborateurs qui avait été invité par [N] [S], me rapporte que celui-ci avait dit de moi que j'étais une partouzeuse, que j'avais une belle chatte et que j'aimais les femmes. Il a également parlé en des termes salaces d'[F] [O] et de sa nouvelle relation masculine » » ; que l'arrêt a ainsi constaté la matérialité du comportement fautif de M. [S] relevant que « l'employeur établit suffisamment le grief reproché à M. [S] dans la lettre de licenciement en date du 11 octobre 2016, à savoir avoir tenu des propos à connotation sexuelle, insultants, humiliants et dégradants à l'encontre de deux collègues de sexe féminin. Finalement, il ressort des attestations de Mmes [R], [C], [O] et [I], ainsi que du procès-verbal de la séance du 6 octobre 2016 du conseil conventionnel du CEA que M. [S] avait tenu, par le passé, des propos similaires, à connotation sexuelle, insultants et

dégradants, à leur encontre » (arrêt p. 4 et 5) ; qu'en écartant pourtant la faute et le caractère réel et sérieux du licenciement, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé les articles L.1232-1, L.1235-1 et L.1235-3 du code du travail, ensemble les articles L. 4121-1, L. 4121-2 et L. 1142-2-1 du code du travail ;

2°/ que les propos à connotation sexuelle, sexistes, insultants, humiliants et dégradants d'un salarié à l'égard de collègues féminines, et ce de manière réitérée pendant plusieurs années, constituent une faute justifiant le licenciement, nonobstant le fait que ce comportement réitéré n'ait pas immédiatement été sanctionné ou qu'il ait pu être toléré dans un premier temps par ses supérieurs ; que compte tenu de son obligation de préservation de la santé de ses salariés et de son obligation de les protéger du comportement attentatoire à leur dignité, le fait pour l'employeur de ne pas avoir immédiatement licencié le salarié fautif et de l'avoir uniquement « sermonné » dans un premier temps (arrêt p. 4 § 8), ne lui conférait pas une immunité pour l'avenir contre toute mesure de licenciement et ne privait pas l'employeur de sa faculté de le licencier par la suite du fait de la réitération de ces manquements ; qu'aussi en se fondant sur les motifs impropres selon lesquels l'employeur avait dans un premier temps eu connaissance des propos inappropriés de M. [S] sans réagir et sans le sanctionner et que son supérieur l'avait « sermonné » par le passé sans immédiatement déclencher de procédure disciplinaire à son encontre, cependant que ces circonstances ne prémunissaient pas le salarié contre une mesure de licenciement à l'avenir et ne privaient pas le CEA de son droit, et plus encore de son obligation, de procéder au licenciement du salarié fautif afin de sanctionner sa faute et de mettre fin à son comportement attentatoire aux droits et à la santé des salariées victimes de ses propos à connotation sexuelle, insultants, humiliants et dégradants, la cour d'appel a violé les articles L.1232-1, L.1235-1 et L.1235-3 du code du travail, ensemble les articles L. 4121-1, L. 4121-2 et L. 1142-2-1 du code du travail ;

3°/ qu'en se fondant encore, pour écarter la cause réelle et sérieuse du licenciement, sur les motifs impropres selon lesquels avant la réunion du conseil conventionnel du CEA une sanction de mise à pied disciplinaire d'un mois avait été un temps envisagée avant que, suite aux débats qui se sont déroulés devant ledit conseil et après l'avis quasi unanime de ses membres (9 sur 10) en faveur du prononcé d'un licenciement pour faute, un tel licenciement a été décidé face à la gravité des manquements commis et à l'atteinte aux droits de Mmes [R], [C], [O] et [I], cependant que l'employeur avait la faculté de faire évoluer sa position pendant la procédure disciplinaire et avant le prononcé de la sanction définitive et qu'il ne pouvait lui être fait grief d'avoir tenu compte de l'avis de l'organe disciplinaire paritaire précisément consulté pour avis, la cour d'appel a violé les articles L.1232-1, L.1235-1 et L.1235-3 du code du travail, ensemble les articles L. 4121-1, L. 4121-2 et L. 1142-2-1 du code du travail ;

4°/ que dans le cadre de son obligation de protection et de préservation de la santé et de la sécurité de ses salariés, l'employeur se doit de sanctionner les comportements les mettant en danger, ce tout particulièrement en présence d'agissements ou propos à connotation sexuelle ou sexiste ; que le CEA a fait valoir dans ses conclusions que la mesure de licenciement de M. [S] était d'autant plus justifiée par le fait qu'en raison de son attitude dégradante et humiliante à l'encontre de plusieurs de ses collègues, trois d'entre elles, Mmes [R], [C], [O] et [I], ont fait l'objet d'une déclaration d'accident du travail, reconnu comme tel par la CPAM de l'Isère, après que ces dernières aient fait une déclaration de main courante puis déposé plainte à l'encontre de M. [S] ; qu'en jugeant le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse sans rechercher si, tel que soutenu par le CEA, l'atteinte à la santé de ses collègues engendrée par le comportement attentatoire à leur dignité de M. [S], n'était pas d'autant plus caractérisé

en ce qu'il a abouti au constat par la CPAM de l'accident du travail de trois d'entre elles, ce qui était étayé par plusieurs pièces versées aux débats (voir conclusions d'appel p. 13 et production), la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L.1232-1, L.1235-1 et L.1235-3 du code du travail, ensemble les articles L. 4121-1, L. 4121-2 et L. 1142-2-1 du code du travail. »

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Propos à connotation sexuelle, insultants, humiliants et dégradants à l'encontre de collègues de sexe féminin, licenciement et obligation de sécurité de l'employeur.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Depuis 1987 (Soc., 21 janvier 1987, n° 83-44.546, Bull., n° 31), la chambre sociale ne contrôle plus l'exercice par le juge du fond des pouvoirs qu'il tire de l'article L. 1235-1 du code de travail lui permettant d'apprécier si le licenciement procède ou non d'une cause réelle et sérieuse (cf. par exemple : Soc., 12 juillet 2022, n° 20-22.857).¹

Le moyen invite la Cour de cassation à exercer un contrôle de la cause réelle et sérieuse de licenciement lorsque celle-ci trouve son origine dans des agissements de nature à caractériser un harcèlement sexuel que l'employeur reproche à l'un de ses salariés.

4.1 Harcèlement sexuel et agissements sexistes

La protection des salariés contre des agissements de harcèlement sexuel résulte d'une loi du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail. Les agissements répréhensibles étaient alors définis uniquement par leur finalité : « Les agissements de harcèlement de toute personne dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers sont interdits. »

La directive [2006/54/CE](#) du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail est venue refondre les différentes directives déjà intervenue en la matière (notamment la directive 2002/73/CE modifiant elle-même la directive 76/207/CEE).

Cette directive indique que le harcèlement et le harcèlement sexuel sont considérés comme une discrimination fondée sur le sexe et définit ces notions de la manière suivante :

1. *Harcèlement: la situation dans laquelle un comportement non désiré lié au sexe d'une personne survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant;*

¹ P. Wacquet, *Le contrôle de la chambre sociale sur la cause réelle et sérieuse du licenciement*, Dr. soc. 1992, p. 980

2. *harcèlement sexuel: la situation dans laquelle un comportement non désiré connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.*

La loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel a entièrement redéfini cette notion.²

Dans sa rédaction issue de ce texte, applicable au litige, l'article L. 1153-1 du code du travail dispose :

Aucun salarié ne doit subir des faits :

1° Soit de harcèlement sexuel, constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ;

2° Soit assimilés au harcèlement sexuel, consistant en toute forme de pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers.³

Cette nouvelle définition, inspirée de la directive communautaire 2006/54/CE du 5 juillet 2006, appréhende les comportements répréhensibles en raison de leurs effets sur la victime, qu'il s'agit de protéger, et non plus de l'objectif poursuivi par leur auteur.

☞ Si la jurisprudence de la chambre criminelle sur les éléments constitutifs du délit de harcèlement sexuel est abondante, celle de la chambre sociale ne permet pas de définir, de manière générale et abstraite, la notion de harcèlement sexuel au sens de l'article L. 1253-1 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012. Elle retient en effet que, sous réserve de respecter le mécanisme probatoire applicable en la matière, les juges du fond apprécient souverainement si les éléments de fait et de preuve qui leur sont soumis permettent de caractériser un harcèlement sexuel, sous réserve toutefois de bien prendre en considérant l'ensemble des éléments produits.

Il résulte des dispositions des articles L. 1153-1 et L. 1154-1 du code du travail que pour se prononcer sur l'existence d'un harcèlement sexuel, il appartient au juge d'examiner l'ensemble des éléments présentés par le salarié, en prenant en compte les documents médicaux éventuellement produits, et d'apprécier si les faits matériellement établis, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement. Dans l'affirmative, il revient au juge d'apprécier si l'employeur prouve que les agissements invoqués ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Sous réserve d'exercer son office dans les

² A la suite de la décision du Conseil constitutionnel (4 mai 2012, n° [2012-240](#) QPC) ayant jugé non conforme au principe de légalité des délits et des peines, faute d'une définition suffisamment précise, l'article 222-33 du code pénal.

³ L'article 1 de la loi n° [2021-1018](#) du 2 août 2021 a ensuite modifié les dispositions de l'article L. 1153-1 du code du travail pour harmoniser cette définition du harcèlement sexuel avec celle de l'article [222-33](#) du code pénal, en y ajoutant les propos ou comportements à connotation sexiste ainsi que les propos ou comportements subis par la victime de façon répétée, lorsqu'ils émanent de plusieurs personnes dont chacune prise isolément n'a agi qu'une seule fois.

conditions qui précèdent, le juge apprécie souverainement si le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement et si l'employeur prouve que les agissements invoqués sont étrangers à tout harcèlement.

Méconnaît cette règle de preuve la cour d'appel qui retient que les éléments produits par la salariée ne laissent pas présumer l'existence d'un harcèlement sexuel, sans prendre en considération, parmi les éléments invoqués par celle-ci, l'avertissement prononcé à l'encontre de son supérieur hiérarchique pour comportement inapproprié vis à vis de sa subordonnée.

Soc., 8 juillet 2020, pourvoi n° 18-23.410

Il convient d'observer que, si la chambre sociale a jugé qu'un fait unique peut suffire à caractériser le harcèlement sexuel (Soc., 17 mai 2017, n° 15-19.300, Bull., n° 84), cette décision a été rendue au visa de l'article L. 122-46, devenu L. 1153-1, du code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2012-954 du 6 août 2012. Depuis lors, l'article L. 1253-1 du code du travail exige clairement la répétition des propos ou comportements à connotation sexuelle, sauf lorsque ces agissements ont pour but d'obtenir un acte de nature sexuelle.

☞ La loi n° [2015-994](#) du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi a introduit dans le code du travail la notion d'agissement sexiste. L'article L. 1142-2-1 du code du travail, issu de ce texte, dispose depuis lors :

Nul ne doit subir d'agissement sexiste, défini comme tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

Cet article est issu d'amendements parlementaires visant à codifier, sous l'appellation d'agissement sexiste, les agissements à connotation sexuelle, figurant à l'article 1^{er} de la loi n° [2008-496](#) du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, afin de combattre le « sexisme ordinaire » dans les entreprises, suivant les préconisations du Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes.⁴

Le professeur Adam écrit à ce propos :

La mise en catégorie juridique des « agissements sexistes » lui confère un espace juridique propre, clairement distinct (genre sexuel vs sexualité) de celui attaché au « harcèlement sexuel », même s'il est courant de voir - dans différents ordres de discours (militant, politique, sociologique) - dans ce dernier une forme particulière des premiers. Il est en revanche plus malaisé de distinguer « discrimination en raison du sexe » et « agissements sexistes ». À vrai dire, les deux notions réfèrent, l'une et l'autre, au genre sexuel (les « agissements sexistes » se situent dans l'horizon de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, intitulé du Titre IV qui en constitue le réceptacle) et à un ensemble de représentations sociales (préjugées, stéréotypes) qui lui sont liées. Mais là où la discrimination combat des décisions conduisant à un traitement défavorable de l'individu qui les subit, les agissements sexistes ont plutôt pour fonction de lutter contre le « sexisme ordinaire », celui qui, rampant, se manifeste moins dans des décisions particulières qu'il ne s'inscrit, en profondeur, dans les systèmes d'organisation

⁴ Compte-rendu intégral du Sénat, séance du [24 juin 2015](#), amendements 101 et 255

(du pouvoir), de gestion (du personnel) et de relations sociales dans l'entreprise (et qui peut même parfois prendre visage d'un « sexisme bienveillant »). Ce sexisme-là est enfoui dans les consciences et les structures (mentales et organisationnelles). On pressent que son éradication passe moins par une judiciarisation de cas individuels (champ d'action des règles « anti-discrimination sexuelle ») que par des mesures d'un autre ordre (dont toutes ne relèvent pas du droit du travail), plus politique (se déclinant sur plusieurs pans : éducation, travail, publicité, médias). La mise au loin des questions de preuve et de sanction peut ainsi être le signe que dans la mécanique législative (grippé ?), le ressort principal de la lutte contre le « sexisme de tous les jours » n'est pas nécessairement l'action prud'homale.⁵

Soulignant qu'il y aurait entre les agissements sexistes et le harcèlement sexuel une différence de degré à défaut d'être une différence de nature, le professeur Porta a commenté l'introduction de ces dispositions de la manière suivante :

La stigmatisation des agissements sexistes trouve sa source d'inspiration dans la lutte contre le racisme. Ne faut-il pas traiter les atteintes aux sexes de la même manière que les atteintes à la prétendue race ? Autrement dit, le sexisme ne doit-il pas faire l'objet d'une stigmatisation analogue au racisme ? Le terme de sexisme est alors utilisé à dessein par analogie à celui de racisme, afin « de mettre en évidence le déséquilibre hiérarchique qui existe entre les hommes et les femmes, et qui permet, comme le racisme de maintenir le pouvoir dans les mains de ceux qui l'ont déjà ». Mais, au plan de la technique juridique, l'apport paraissait plus limité en l'absence de précision quant à la prévention ou à la répression de tels agissements. La loi Travail a commencé à donner un régime à ce que la loi Rebsamen s'était limitée à définir : rappel de l'interdiction des agissements sexistes dans le règlement intérieur (art. L. 1321-2, 2°, c. trav.), actions de prévention, planification de la prévention contre les risques liés aux agissements sexistes (art. L. 4121-2, 7°, c. trav.). Le Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) peut désormais proposer des mesures de prévention de ces agissements que l'employeur peut refuser de manière motivée. L'heure semble être encore davantage à la prévention qu'à la répression. Les juges auront probablement un rôle décisif à jouer dans la mise en place de sanctions plus efficaces et plus protectrices des victimes de ces agissements.⁶

Analysant la notion d'agissements sexistes par rapport à celles de discrimination et de harcèlement, le professeur Loiseau tente d'en dégager la spécificité et l'utilité juridique et conclut que les dispositions relatives aux agissements sexistes n'ont, contrairement aux dispositions relatives au harcèlement sexuel, aucune visée répressive et ne tendent qu'à la prévention de tels agissements. Après avoir relevé que les agissements sexistes ne sont pas assimilables à une discrimination au sens du droit interne, il écrit :

La proximité des agissements sexistes est, en revanche, plus franche avec le harcèlement et spécialement le harcèlement sexuel. Leurs définitions se recoupent en grande partie puisqu'ils ont en commun, outre de présenter une connotation sexuelle, de porter atteinte à la dignité de la personne ou de créer une situation intimidante, hostile ou offensante. Tout au plus, selon la lettre de l'article L. 1153-1 du code du travail, le harcèlement sexuel est constitué par des

⁵ P. Adam, *Liberté et dignité dans la loi Travail*, Rev. trav. 2016. 818

⁶ P. Lokiec et J. Porta, *Relations individuelles de travail*, D. 2017. 840

propos ou des comportements, ce qui n'est pas précisé en ce qui concerne les agissements sexistes ; surtout, ces propos ou comportements doivent être répétés, ce qui n'est pas exigé des agissements sexistes. Pour le reste, quand il est dit, à propos du harcèlement sexuel, que les faits qui le caractérisent « soit portent atteinte à (la dignité du salarié) en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante », il est énoncé, s'agissant des agissements sexistes, qu'ils ont « pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ». Le bonneteau des qualificatifs - dégradant, intimidant, humiliant, etc. - ne peut suffire à marquer une différence qui semble se ramener à la seule répétition des faits, requise du harcèlement sexuel et non des agissements sexistes. Plus précisément, en zoomant sur les textes, il est attendu des faits de harcèlement qu'ils soient répétés sauf en cas de pression grave exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle. Autrement dit, la gravité particulière de l'acte peut justifier son assimilation au harcèlement, lequel n'est sinon constitué que par la répétition des propos ou du comportement. On devine alors, dans cette architecture, une différence de degré plutôt que de nature entre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes : ces derniers peuvent être caractérisés quand bien même ils seraient isolés sans avoir alors à présenter un caractère de gravité particulière. Est-ce suffisant pour considérer que les agissements sexistes sont une notion à part entière, à part des autres ?

(...)

Si l'identité conceptuelle des agissements sexistes est en fin de compte réelle, il faut tout de même reconnaître que la notion, mitoyenne des discriminations fondées sur le sexe et très proche du harcèlement sexuel, a un domaine d'application restreint. D'un côté, il s'agit de paroles, de gestes et, plus généralement, de toute espèce de comportements liés au sexe, qui n'ont pas forcément d'incidence sur l'activité professionnelle en créant une situation d'inégalité. De l'autre, ces faits peuvent ne pas être répétés et atteindre tout ou partie des salarié(e)s de l'autre sexe, voire présenter un caractère collectif sans nécessairement affecter des salarié(e)s déterminé(e)s. N'ayant ainsi qu'un espace propre réduit, les agissements sexistes sont en outre desservis par l'absence de régime spécifique, à la différence des discriminations et du harcèlement. C'est l'utilité normative de la notion qui est alors en question.

Il relève ensuite que les agissements sexistes ne profitent pas des mêmes facilités de preuve que le harcèlement, ne font naître aucune protection pour leur victime qui les dénoncerait et n'entraîne pas la nullité de l'acte ou de la décision préjudiciant à une personne victime de tels agissements. Puis il poursuit en écrivant :

Cette volonté de graduer les régimes en fonction de la gravité des faits peut se comprendre dans un esprit répressif ; mais elle aboutit, concrètement, à dévaluer l'interdiction des agissements sexistes. Si ces derniers sont traités comme des sous-harcèlements dont le droit ne favorise pas particulièrement la sanction, le risque est qu'ils soient perçus comme des comportements mineurs sur l'échelle de la nocivité, décourageant les actions judiciaires. Pourtant, la banalisation des agissements sexistes peut favoriser le passage à l'acte de harcèlement sexuel : s'attaquer aux premiers, c'est empêcher qu'ils dégénèrent en harcèlement. Dans ce contexte, on ne peut que conclure à une incomplétude des règles appréhendant les agissements sexistes. Mais si la constatation est peu discutable sous l'angle de la sanction des agissements, il faut aussi s'interroger sur la suffisance des règles du point de vue de la prévention. Et si le législateur, en ne dotant pas les agissements sexistes d'un régime comparable à

celui des discriminations ou du harcèlement, s'en était abstenu en ayant conscience que, dans la pratique judiciaire, il est très improbable que les premiers soient poursuivis directement et bien plus vraisemblable que celui qui s'en estime victime engage une action pour harcèlement ou, le cas échéant, pour discrimination fondée sur le sexe ? À quoi servirait-il alors d'étendre aux agissements sexistes un régime qui ne leur serait pas ou leur serait peu appliqué ? En revanche, il est net que la loi du 27 mai 2008 a ciblé ses dispositions dans une optique de prévention, l'idée étant qu'il est plus pertinent, et à terme sans doute plus efficace, d'oeuvrer à une réduction des agissements sexistes par une politique de prévention et, notamment, de sensibilisation.

(...)

Considérée dans cette démarche de prévention, l'introduction des agissements sexistes dans le code du travail pour les dire illicites fait sens. La panoplie répressive ne leur est pas nécessaire, l'esprit étant d'appréhender, à un degré de gravité moindre que d'autres pratiques qu'il faut prioritairement débusquer et sanctionner, le sexisme dans son ordinaire trop longtemps toléré. Si le droit est impuissant à éradiquer les stéréotypes sexués, du moins peut-il se donner les moyens d'en empêcher les effets pour rompre avec une forme d'acceptation sociale à force de leur persistance. On l'a déjà relevé, 80 % des femmes salariées estiment être régulièrement confrontées dans le monde du travail à des attitudes ou à des décisions sexistes : réduire ce pourcentage est une ambition raisonnable.⁷

Un guide⁸ publié par le ministère du travail invite à bien distinguer le harcèlement sexuel des agissements sexistes et propose à cette fin d'illustrer les manifestations du sexisme ordinaire dans le monde du travail à partir d'éléments tirés d'un rapport Conseil supérieur à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes⁹ :

- les remarques et blagues sexistes (exemple : raconter régulièrement des blagues sexistes à une de ses collègues de travail qui la mettent mal à l'aise) ;
- les incivilités à raison du sexe (exemples : avoir recours à un langage avilissant, ignorer les demandes légitimes d'un collègue, ne pas donner ou couper la parole d'un collègue, mettre en doute sans raison le jugement d'un salarié sur un sujet qui relève de sa compétence ou encore s'adresser à lui en des termes non professionnels) ;
- la police des codes sociaux du sexe (exemples : critiquer une femme parce qu'elle n'est pas « féminine » ou un homme parce qu'il n'est pas « viril ») ;
- les interpellations familières (exemples : s'adresser à une femme en employant des termes tels que « ma petite », « ma mignonne », « ma belle », « ma chérie ») ;
- la fausse séduction (exemples : faire des remarques appuyées sur la tenue ou la coiffure) ;
- le sexisme bienveillant (exemple : valoriser une responsable en vantant uniquement des qualités attachées à des stéréotypes de sexe telles que son sens de l'écoute, sa sensibilité, sa minutie...) ;

⁷ G. Loiseau, *Les agissements sexistes*, Recueil Dalloz 2016, 2299

⁸ [https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/30645_dicom - guide contre harcèlement sexuel val v4 bd ok-2.pdf](https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/30645_dicom_-_guide_contre_harcèlement_sexuel_val_v4_bd_ok-2.pdf) *Harcèlement sexuel et agissements sexistes au travail : prévenir, agir, sanctionner*, Guide pratique et juridique, Ministère du travail, 8 mars 2019, p. 27

⁹ *Le sexisme dans le monde du travail : entre déni et réalité*, [Rapport](#) du Conseil supérieur à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, 6 mars 2015

- *les considérations sexistes sur la maternité ou les charges familiales (exemple : souligner la non disponibilité d'une salariée en soirée car elle doit s'occuper de ses enfants).*

4.2 La sanction du harcèlement sexuel

L'article L. 1153-1 du code du travail, dans sa rédaction applicable au litige, antérieure à la loi n° 2021-1018 du 2 août 2021¹⁰, dispose :

Aucun salarié ne doit subir des faits :

1° Soit de harcèlement sexuel, constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ;

2° Soit assimilés au harcèlement sexuel, consistant en toute forme de pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers.

Le législateur impose désormais clairement à l'employeur de sanctionner l'auteur de faits de harcèlement sexuel, que la loi qualifie expressément de fautifs.¹¹

En effet, l'article L. 1153-5, alinéa 1, du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014, prévoit que l'employeur est tenu de prendre « *toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les faits de harcèlement sexuel, d'y mettre un terme et de les sanctionner* » et l'article L. 1153-6 du même code précise que « *tout salarié ayant procédé à des faits de harcèlement sexuel est passible d'une sanction disciplinaire.* »

Ce texte laisse l'employeur libre de choisir la sanction adaptée à la situation.

A ce propos, les partenaires sociaux avaient inséré dans l'accord national interprofessionnel du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail la disposition suivante :

1. Sanction à l'encontre des auteurs de harcèlement ou de violence

*S'il est établi qu'il y a eu harcèlement ou violence, des mesures adaptées sont prises à l'égard du ou des auteur(s). Le règlement intérieur précisera les sanctions applicables aux auteurs des agissements de harcèlement ou de violence.*¹²

Les principaux textes internationaux relatifs au harcèlement sexuel mettent l'accent sur la nécessité pour l'employeur d'adopter des mesures préventives, sans prévoir d'obligation de sanctionner ou, moins encore, l'instauration de sanction particulière.¹³

¹⁰ L'article 1 de la loi n° 2021-1018 du 2 août 2021 a modifié les dispositions de l'article L. 1153-1 du code du travail pour harmoniser la définition du harcèlement sexuel avec celle donnée par l'article L. 222-33 du code pénal en y ajoutant les propos ou comportements à connotation sexiste ainsi que les propos ou comportements subis par la victime de façon répétée lorsqu'ils émanent de plusieurs personnes dont chacune prise isolément n'a agi qu'une seule fois.

¹¹ Cf., en ce sens : P. Adamn, Répertoire de droit du travail, Dalloz, Harcèlement sexuel, n° 268 et 269

¹² ANI du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail

¹³ Cf. notamment : Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et

A la question de savoir quelle sanction disciplinaire prononcer à l'encontre de l'auteur d'un harcèlement sexuel, un guide contre le harcèlement sexuel du ministère du travail, apporte la réponse suivante :

Le principe est commun à toute sanction : elle doit être proportionnée à la faute commise. En pratique, en cas de contentieux, les juges valident le licenciement pour faute grave prononcé par l'employeur, dès lors que les faits fautifs sont de nature à caractériser un harcèlement sexuel (Soc., 13 juillet 2017, n° 16-12.493). La faute grave est celle qui rend impossible le maintien de son auteur dans l'entreprise et qui entraîne son départ immédiat (non-exécution du préavis, absence d'indemnité de licenciement et d'indemnité de préavis). Un licenciement pour faute grave est ainsi justifié lorsque la santé et la sécurité d'un ou plusieurs salariés est menacée par le maintien du salarié auteur du harcèlement sexuel dans l'entreprise.¹⁴

☞ Le professeur Adam souligne, à propos du harcèlement moral, l'obligation pour l'employeur d'éloigner l'auteur des faits de sa victime et s'interroge pour savoir si une autre sanction que le licenciement est envisageable :

401. Choix de la sanction. - Mais si l'employeur est tenu de sanctionner le salarié, une autre question vient immédiatement à l'esprit. N'ayant plus le choix de sanctionner ou pas le harceleur, doit-il conserver celui du type de sanction prononcée ? Ne faut-il considérer que la seule sanction possible, adéquate, est le licenciement ? (...)

402. Cette voie rigoureuse, paraît cependant trop étrangère à la tradition juridique française pour s'imposer avec facilité (...). Ni l'accord-cadre européen du 26 avril 2007, ni l'ANI du 26 mars 2010 qui en assure la transposition, ne semblent d'ailleurs exiger de l'employeur qu'il licencie le harceleur. Ils se contentent d'exiger des « mesures adaptées ». Mais adaptées à quoi ? Sans aucun doute à la gravité extrême (atteinte à la dignité) du comportement fautif ! Est-il d'autres mesures, que le licenciement, qui répondent à cette exigence ? Adaptées aussi à l'objectif primordial de prévention, qui ne sera atteint que si la sanction est de nature à dissuader d'autres salariés de se livrer à des agissements de harcèlement moral. Un simple avertissement, un blâme, ou une mise à pied de quelques jours n'auront guère de vertus prophylactiques ! Où l'on en revient, inéluctablement, au licenciement... En tout état de cause, l'employeur ne pourra pas prétendre avoir pleinement respecté son obligation de prévention, si, se contentant d'une sanction subalterne, il n'a point mis en œuvre d'actions de prévention, telles que l'adaptation de l'organisation du travail, destinées à éviter que la victime ne croise son bourreau dans les couloirs de l'entreprise.¹⁵

Le professeur Antonmattei écrit pour sa part :

Le législateur ne pouvait pas faire mieux que d'affirmer que « tout salarié ayant procédé à des agissements de harcèlement moral est passible d'une sanction

femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail et : Convention de l'OIT (n° 190) sur la violence et le harcèlement, 2019, ratifiée par la France

¹⁴ Harcèlement sexuel et agissements sexistes au travail : prévenir, agir, sanctionner - Guide pratique et juridique, Ministère du travail, 8 mars 2019, p. 27

¹⁵ P. Adam, Répertoire de droit du travail, Harcèlement moral

disciplinaire », car on ne saurait instaurer une obligation de sanctionner. Mais le message est clair et le choix patronal finalement assez simple car la gravité du harcèlement, qu'il soit sexuel ou moral, attestée notamment par des qualifications pénales, justifie en elle-même l'impossibilité de maintenir le salarié dans l'entreprise. N'est-il pas du devoir de l'employeur à l'égard de la collectivité de travail d'évincer alors immédiatement celui qui porte ainsi atteinte à la dignité des salariés. Il y a sans doute place pour des circonstances atténuantes, rares toutefois en pratique. Mais elles n'écartent pas la nécessité d'une rupture immédiate du contrat. C'est alors un autre débat, celui relatif à l'unicité ou la dualité de la notion de faute grave.¹⁶

Les professeurs Icard et Pagnerre déduisent de l'obligation de sécurité que l'employeur est tenu de licencier le salarié ayant commis des agissements de harcèlement :

En cas de harcèlement horizontal, l'employeur est « tenu d'y mettre un terme ». Le salarié fautif « est passible d'une sanction disciplinaire ». L'obligation de sécurité impose, à notre avis, d'exclure le harceleur de l'entreprise ; nulle empathie n'est admissible. C'est l'un des rares cas où l'employeur est tenu d'exercer son pouvoir disciplinaire de la manière la plus radicale ; une simple mutation ou mise à pied disciplinaire ne fait que déplacer le risque et viole l'obligation d'assurer « l'effectivité » des mesures de sécurité.¹⁷

☞ A une date à laquelle elle exerçait sur la faute grave un contrôle plus étroit que celui qui est désormais le sien et alors que le harcèlement sexuel était plus strictement défini, la chambre sociale avait jugé que des faits de harcèlement sexuel constituaient nécessairement une faute grave :

Sommaire : Aux termes de l'article L. 122-46 du code du travail, constituent un harcèlement sexuel les agissements de la personne qui, abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, a donné des ordres, proféré des menaces, imposé des contraintes ou exercé des pressions de toute nature sur un salarié dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers.

De tels faits étant nécessairement constitutifs d'une faute grave, encourt la cassation l'arrêt qui, bien qu'ayant retenu que le grief de harcèlement sexuel était établi à l'encontre d'un salarié, estime néanmoins qu'il ne s'agissait pas d'une faute grave.

Soc. 5 mars 2002, n° 00-40.717, Bull., n° 83¹⁸

Cet arrêt publié reprend une solution qui avait été déjà affirmée (Soc. 3 mai 1990, n° 88-41.513, Bull., n° 200 ; Soc., 19 avril 2000, n° 98-40.583).

Le professeur Adam souligne qu'il était possible de s'interroger pour savoir si la qualification de faute grave pour des faits de harcèlement sexuel, tels que définis par la loi du 2 novembre 1992 qui exigeait notamment un abus d'autorité, devait être maintenue sous l'empire de la nouvelle définition du harcèlement sexuel issue de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002. Il se félicite du maintien de la jurisprudence selon laquelle des faits qualifiables de harcèlement sexuel commis par un

¹⁶ P.H. Antonmattei, *Harcèlement moral, Droit social* 2015. 85

¹⁷ J. Icard et Y. Pagnerre, *Le clair-obscur de l'obligation de sécurité en matière de harcèlement*, D. 2016. 1681

¹⁸ Commenté à la RJS 5/2002, n° 528 et par JF. Paulin, *Le harcèlement sexuel est une faute grave*, D. 2022, p. 2092

salarié constituent une faute grave (citant notamment les arrêts : Soc., 24 septembre 2008, n° 06-46.517, Bull., n° 177 et Soc., 18 février 2014, n° 12-17.557, Bull., n° 52), y compris après la loi du 6 août 2012.¹⁹

Plus récemment encore et alors que la chambre sociale n'exerce plus qu'un contrôle léger sur la faute grave, elle a maintenu cette solution en jugeant qu'un comportement insistant, évolutif puis violemment agressif par l'envoi d'un message pornographique, insultant, dégradant et d'un effet très préjudiciable pour sa destinataire, était de nature à caractériser un harcèlement sexuel, et ne permettait pas d'exclure la faute grave :

Attendu que pour écarter la faute grave, la cour d'appel retient que quelle que puisse être leur qualification juridique, les faits particulièrement attentatoires à la personne étaient établis et que la perturbation objective que ceux-ci étaient de nature à engendrer, tant pour la santé de l'intéressée que pour le fonctionnement de leur service commun, commandaient le prononcé d'une sanction exemplaire qui ne pouvait être un simple avertissement, que le licenciement pour faute grave est intervenu sans mise à pied conservatoire, le salarié étant seulement dispensé d'activité au sortir de son entretien préalable le 18 août 2011, alors que sa collègue avait informé des faits leur supérieur hiérarchique commun, le jour même où ils avaient été commis, le 26 juillet 2011, que s'il méritait d'être sévèrement sanctionné, la perte de son emploi consécutive à un licenciement sanctionnait de manière significative le manquement imputable au salarié, tant au regard de la faute commise et de ses conséquences, que du parcours antérieur de l'intéressé dans l'entreprise, lequel ne peut être ignoré au moment de l'appréciation de la proportionnalité, entre le licenciement à prononcer et le fait à sanctionner, lorsqu'il s'agit de réprimer, si odieuse soit-elle, une faute au caractère aussi étrange que celle reprochée ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que la matérialité et le caractère fautif des faits reprochés au salarié, qui n'en contestait que la qualification de harcèlement sexuel, résultaient de son comportement insistant, évolutif puis violemment agressif par l'envoi d'un message pornographique, insultant, dégradant et d'un effet très préjudiciable pour sa destinataire, ce qui était de nature à caractériser un harcèlement sexuel, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ; Soc., 13 juillet 2017, n° 16-12.493

La jurisprudence du Conseil d'Etat paraît aller dans le même sens (CE, 24 novembre 2006, n° 182374 : une cour administrative d'appel a inexactement qualifié les faits reprochés à un salarié, en retenant qu'ils n'étaient pas d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement, alors qu'il ressortait des pièces du dossier que le salarié qui exerçait les fonctions de formateur, avait « tenu à l'égard d'une jeune stagiaire, des propos à connotation sexuels, grossiers et dégradants » ou encore CE, 7 octobre 2022, n° 450492, publié au recueil Lebon : une cour administrative d'appel ne peut pas, d'une part, qualifier des propos, présentant un caractère blessant pour leurs destinataires, de brutaux ou maladroits, déplacés et sexistes, et, d'autre part, estimer que le fait de les avoir proférés ne constitue pas une faute d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement »). Tout récemment, le Conseil d'Etat a jugé que « des propos ou des comportements à connotation sexuelle, répétés ou même, lorsqu'ils atteignent un certain degré de gravité, non répétés, tenus dans le cadre ou à l'occasion du service, non désirés par celui ou celle qui en est le destinataire et ayant pour objet ou pour effet soit de porter atteinte à sa dignité, soit, notamment lorsqu'ils sont le fait d'un supérieur

¹⁹ P. Adam, *Repertoire de droit du travail*, Dalloz, *Harcèlement sexuel*, n° 274 s.

hiérarchique ou d'une personne qu'elle pense susceptible d'avoir une influence sur ses conditions de travail ou le déroulement de sa carrière, de créer à l'encontre de la victime une situation intimidante, hostile ou offensante sont constitutifs de harcèlement sexuel et, comme tels, passibles d'une sanction disciplinaire ». Il a ensuite annulé la décision d'un employeur public qui avait prononcé un simple blâme pour des faits de harcèlement commis par un enseignant chercheur à l'encontre de ses étudiants, en considérant qu'il s'agissait d'une sanction hors de proportion avec une telle faute. (CE, 10 mars 2023, n° 456602).

Le maintien de la jurisprudence qualifiant de faute grave les faits de harcèlement sexuel, alors que cette dernière notion a été considérablement élargie depuis 1992, a pu faire l'objet de critiques qu'un article récent permet de synthétiser :

II. - La possible disproportion du licenciement pour faute grave

Lorsqu'à l'issue de l'enquête, ou par tout autre moyen, l'employeur constate l'existence d'une situation de harcèlement sexuel au sens de l'article L. 1153-1, le salarié s'exposera obligatoirement à une sanction dans la mesure où le texte contraint l'employeur en ce sens. Presque à coup sûr, il s'agira d'un licenciement pour faute grave. Cette systématisation (A) qui repose sur une jurisprudence ancienne, réitérée par la Cour de cassation, mériterait toutefois d'être assouplie lorsqu'elle est mise en perspective avec la notion contemporaine de harcèlement sexuel. Les contours, notablement élargis de cette notion, rendent en effet les frontières entre les jeux de séduction, les plaisanteries et le harcèlement sexuel difficiles à cerner de manière objective. Un nuancement de la jurisprudence mériterait d'être envisagé pour éviter le spectre d'une sanction disproportionnée (B) qui la rendrait contre-productive et injuste, particulièrement dans les hypothèses de relaxe ou de fausse déclaration.

A - La systématisation de la faute grave

Lorsque la faute du salarié repose sur des faits de harcèlement sexuel, le législateur et la jurisprudence aménagent des dérogations aux principes directeurs du droit disciplinaire, conduisant à appauvrir les droits du salarié harceleur. Originalité du harcèlement sexuel, l'employeur perd son pouvoir d'apprécier l'opportunité de la sanction puisqu'elle repose sur une obligation légale. Le texte ne dépossède pas l'employeur de son pouvoir de choisir la sanction. Cependant, la jurisprudence développée par la Cour de cassation invite l'employeur à privilégier un licenciement pour faute grave. Les sanctions moindres, trop légères, exposent l'employeur à une condamnation. Ainsi l'employeur qui se bornerait à prononcer un avertissement, violerait son obligation de sécurité vis-à-vis d'une victime qui prendrait acte de la rupture du contrat en invoquant une telle faute. En effet, depuis 2002, la Cour de cassation considère que les faits de harcèlement sexuel, dès lors qu'ils répondent aux conditions légales, sont nécessairement constitutifs d'une faute grave. Cette position jurisprudentielle qui entraîne une réduction de l'office du juge prive le salarié du bénéfice d'un contrôle de proportionnalité de la sanction. Ni son ancienneté, ni l'absence d'antécédents disciplinaires, pas plus que le contexte ou la tolérance antérieure de l'employeur, ne peuvent soutenir une minoration de la sanction. À titre documentaire, il semble utile de souligner qu'originellement le harcèlement sexuel concernait des agissements particulièrement graves consistant pour une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions à harceler un salarié, notamment en proférant des menaces, en exerçant des pressions graves dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle. Il s'agissait, en somme, d'une sorte de préliminaire à une agression sexuelle ou un viol au sens du droit pénal, dans un contexte où le supérieur hiérarchique abusait de la crainte du salarié de perdre son travail. Eu égard à la

gravité des agissements, la sanction ne pouvait en effet prendre d'autre forme qu'un licenciement pour faute grave impliquant un départ sine die de l'entreprise. Elle écartait le risque de mansuétude et soutenait une réponse sévère, à la mesure de la gravité des agissements dénoncés. Dans des hypothèses comparables, cette solution mérite évidemment d'être prolongée. Reste qu'aujourd'hui, le harcèlement horizontal, entre salariés placés en situation égalitaire, est aussi concerné. Pour autant, la Cour a confirmé, avec fermeté, sa position, en dépit toutefois des évolutions successives de la notion de harcèlement sexuel et de la dilution de l'intensité des agissements qu'elle abrite. Ainsi, a-t-elle pu censurer une cour d'appel requalifiant en faute sérieuse le manquement consistant à tenir des propos dégradants à connotation sexuelle sur le ton de l'humour après avoir pris en compte l'ancienneté du salarié et l'absence d'antécédent. La position de la chambre sociale de la Cour de cassation semble inflexible. Le fait de constater que le salarié a tenu ces propos dégradants à connotation sexuelle est de nature à rendre impossible son maintien dans l'entreprise y compris sans réitération, lorsqu'il s'agit d'un agissement unique. Nombre de décisions de cours d'appel s'inscrivent dans son prolongement. Peu importe, semble-t-il, que le salarié cesse son comportement ou ses plaisanteries lorsqu'on le lui demande. Cette sévérité favorable à la protection des victimes n'appelle guère d'observations lorsque les faits sont si grossiers ou attentatoires à la dignité qu'ils n'appellent aucune ambiguïté. On songe évidemment aux pressions graves, explicites, même non répétées exercées dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles, au harcèlement sexuel concerté, en meute ou aux contacts physiques non désirés.

En revanche, la systématisation de la faute grave et la constance de la position de la Cour de cassation, suggérant son application à des propos, certes déplacés, proférés sans réfléchir aux conséquences, interpelle dans la mesure où cette objectivation, presque mathématique, de la sanction du harcèlement contraste avec la subjectivité désormais induite par la formulation actuelle des textes et son ouverture aux agissements sexistes.

B - Le retour nécessaire à une plus juste proportion

Une analyse transversale d'un échantillon substantiel d'arrêts rendus par des cours d'appel met en exergue des difficultés d'interprétation soulevées par les nouvelles formulations de la loi lorsqu'il s'agit d'apprécier les agissements et les effets requis pour caractériser l'existence d'un harcèlement sexuel. Tel est particulièrement le cas lorsque l'on se situe dans une « zone grise », à la frontière entre les agissements autorisés et sanctionnés. À la différence du droit pénal, ni l'élément intentionnel ni une lecture stricte du texte ne sont requis. Néanmoins, un minimum de rigueur semble exigé au regard des conséquences juridiques, financières et psychologiques supportées par le salarié dénoncé. Au regard de l'influence des réseaux sociaux et de l'effet viral qu'ils produisent, la notion de harcèlement sexuel ne saurait être galvaudée. Pourtant, la marge d'interprétation concédée par les textes y invite.

Ainsi, il convient de s'interroger sur les agissements concrets visés par « les propos ou comportements à connotation sexuelle ou sexiste ». Est-il question de propos lubriques explicites ? Tout compliment ou regard insistant suffit-il, à l'inverse, à satisfaire à cette condition ? La palette de propos présentés comme « sexistes » par le guide du ministère du Travail, incluant notamment le « sexisme bienveillant » consistant à présenter quelqu'un en vantant des qualités attachées à des stéréotypes de genre (sensibilité, sens de l'écoute), nourrit la perplexité en ce qu'ils reposent eux-mêmes sur des présupposés. D'ailleurs, à partir de quel prisme les connotations sexuelles ou sexistes doivent-elles s'apprécier ? De celui de l'employeur, d'une victime standard, du ressenti de la victime ? Des propos déplaisants peuvent-ils suffire ? Comme le souligne un auteur, se sentir

victime n'implique pas nécessairement de l'être. Le sentiment de contrainte éprouvé bien que révélé par un état dépressif doit-il tenir lieu de contrainte punissable ? Il semble évident que l'éducation, le milieu social, le vécu sont autant d'éléments qui alimentent la subjectivité et les différences de perception. Où doit se situer la limite entre le harcèlement et une opération de séduction, qui, comme le soulignait Yves Mayaud, implique parfois « un peu d'insistance [...] chacun dans son style » ? La remarque semble pouvoir être prolongée sur le registre amical, à l'égard des propos ou comportements à connotation sexiste. La référence aux effets provoqués par ces agissements ou propos soulève des questions identiques. L'on peut d'ailleurs regretter une tendance à l'indifférence des juges du fond à l'égard des effets (atteinte à la dignité, création d'une situation intimidante, hostile ou offensante) alors qu'ils représentent pourtant une condition nécessaire à la caractérisation du harcèlement sexuel. Parfois un agissement déplaisant ou gênant semble suffire. Quelque chose de gênant ou de déplaisant implique-t-il nécessairement de l'hostilité ? Les définitions des dictionnaires de la langue française ne les tiennent pourtant pas pour synonymes.

À l'évidence, ces incertitudes et la place de la casuistique disputent toute position dogmatique favorable à la systématisation de la faute grave. Elles invitent, plutôt, à davantage de rigueur et de proportionnalité, sous le contrôle des juges, lorsque l'on veut bien reconnaître que la nouvelle définition du harcèlement sexuel abrite sous un même article des comportements dont certains présentent des degrés de gravité considérablement différents. La répétition de trois propos à connotation sexiste malaisants prononcés par un collègue de travail doit-elle être sanctionnée avec la même intensité que des agissements qui consisteraient pour un supérieur hiérarchique à exercer des pressions graves ou un chantage dans le but d'obtenir quelque faveur de nature sexuelle de la part de sa collaboratrice ?

Face à l'extension de la notion de harcèlement sexuel, qui interroge d'ailleurs sur les écueils de sa possible banalisation, il semble falloir revenir à davantage de rigueur lors du traitement du salarié dénoncé dans l'entreprise et devant les juridictions. Ceci pour éviter qu'une focalisation aveugle sur la protection des victimes n'induisse d'autres dérives. (...).²⁰

☞ Il convient d'observer que la jurisprudence de la chambre est parfois plus nuancée que ce qui est souvent affirmée par la doctrine car elle prend en compte les circonstances particulières dans lesquelles les faits ont été commis. Ainsi, à titre d'exemple, elle a rejeté le pourvoi d'un employeur qui reprochait à l'arrêt d'avoir jugé que des faits qu'il avait qualifiés de faute grave constituaient en réalité une cause réelle et sérieuse de licenciement :

Mais attendu qu'ayant constaté, par motifs propres et adoptés, que le salarié avait envoyé, depuis son téléphone professionnel, de manière répétée et durable entre 2011 et 2013, des SMS au contenu déplacé et pornographique à une salariée avec laquelle il était entré dans un jeu de séduction réciproque, la cour d'appel a pu en déduire que ces faits n'étaient pas constitutifs d'une faute grave rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise ; qu'exerçant les pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 1235-1 du code du travail, elle a décidé que ces faits constituaient une cause réelle et sérieuse de licenciement ; que le moyen n'est pas fondé ;

²⁰ K. Meiffret-Delsanto, *Droit social* 2023 p.978, *Les droits du salarié dénoncé pour des faits d'atteinte sexuelle dans l'entreprise*

Par un arrêt plus ancien, la chambre sociale avait jugé que « l'obligation faite à l'employeur de prendre toutes les dispositions nécessaires en vue de prévenir ou de faire cesser les agissements de harcèlement moral n'implique pas par elle-même la rupture immédiate du contrat de travail d'un salarié à l'origine d'une situation susceptible de caractériser ou dégénérer en harcèlement moral (Soc., 22 octobre 2014, n° 13-18.862, Bull., n° 247).²¹

☞ Il convient enfin d'observer que, récemment, dans une affaire où l'employeur avait choisi de prononcer un licenciement pour faute simple, la chambre sociale a cassé l'arrêt ayant jugé que cette sanction était disproportionnée, au regard notamment de l'ancienneté du salarié qui donnait satisfaction, alors que les propos tenus par le salarié à l'encontre de sa collègue étaient de nature à caractériser un harcèlement sexuel constitutif à tout le moins d'une cause réelle et sérieuse de licenciement :

Attendu que pour dire le licenciement sans cause réelle et sérieuse et condamner l'employeur à payer des dommages-intérêts au salarié et rembourser Pôle emploi de six mois d'indemnité de chômage, l'arrêt retient que la réalité des motifs énoncés dans la lettre de licenciement qui fixe les limites du litige ne se trouve pas sérieusement contestable au vu des témoignages produits ni du reste contestée même si l'auteur des propos entend les nuancer ce qui n'en modifie ni la teneur ni la nature ; que ce n'est que le sérieux de la faute et son caractère proportionné à sa gravité et à la situation du salarié qui sont soumis à l'appréciation de la cour ; que les propos tenus à l'occasion de la relation de travail obligeaient l'employeur sur plainte de leur victime à protéger celle-ci et relevaient bien de l'exercice du pouvoir disciplinaire ; qu'en revanche, c'est avec pertinence que le salarié fait valoir la disproportion de la sanction infligée quand bien même l'employeur a renoncé à qualifier les faits de faute grave pour ne retenir qu'une faute simple ; que le salarié assurant l'exploitation du silo avec pour objectif d'améliorer le comportement en équipe n'était pas le supérieur hiérarchique, celui-ci étant le responsable d'exploitation ayant reçu les doléances de la jeune femme intérimaire ; que l'avertissement visé dans la lettre de licenciement remontait à près de deux ans et était sans rapport avec les présents griefs ; que le message téléphonique adressé par le salarié postérieurement au licenciement ou les propos tenus par son fils en réaction au licenciement de son père ne peuvent être retenus ; qu'au vu des 25 années d'ancienneté ayant donné toute satisfaction selon le dernier entretien d'évaluation, c'est de manière disproportionnée que l'employeur a eu recours à la sanction la plus élevée dans l'échelle disciplinaire alors que par exemple une mise à pied aurait été de nature à rappeler au salarié ses obligations et à assurer la protection de la victime des propos malheureux ;

Qu'en statuant ainsi alors qu'elle avait constaté que le salarié avait tenu envers une jeune femme intérimaire les propos suivants : "Comment tu fais pour tes relations sexuelles ? Tu prends tes doigts ?", ce qui était de nature à caractériser un harcèlement sexuel constitutif à tout le moins d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ;

Soc., 15 novembre 2017, n° 16-19.036

²¹ Commenté par PH. Antonmattei, D. 2014. 2179

☞ Aucune décision ne paraît avoir été rendue par la chambre sociale sur le fondement de l'article L. 1142-2-1 du code du travail relatif aux agissements sexistes.

Toutefois, sans viser le texte relatif aux agissements sexistes, ni même d'ailleurs celui concernant le harcèlement sexuel, la chambre sociale a jugé que des propos dégradants à caractère sexuel, tenus par un salarié à l'encontre de l'une de ses collègues de travail, sont de nature à rendre impossible son maintien dans l'entreprise et a cassé l'arrêt ayant jugé que l'ancienneté et l'absence d'antécédent disciplinaire rendaient la sanction disproportionnée :

5. Pour dire le licenciement du salarié sans cause réelle et sérieuse, condamner l'employeur à lui payer diverses sommes à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, d'indemnité spéciale de licenciement, de préavis et congés payés sur préavis, l'arrêt énonce que si les propos tenus par le salarié, même sur le ton de la plaisanterie, sont indéniablement dégradants à l'encontre de sa collègue de travail, il convient de relever que l'intéressé avait près de sept ans d'ancienneté et ne présentait aucun antécédent disciplinaire, ce dont il résulte que son licenciement apparaît en l'espèce disproportionné.

6. En statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le salarié avait tenu à l'encontre d'une collègue de travail des propos dégradants à caractère sexuel, ce qui était de nature à rendre impossible son maintien dans l'entreprise, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés.

Soc., 27 mai 2020, n° 18-21.877

Elle s'est prononcée dans le même sens en ce qui concerne des « propos humiliants et répétés à connotation raciste tenus par un salarié à l'encontre d'un autre salarié » (Soc., 5 décembre 2018, n° 17-14.594) ou encore des « propos blessants à connotation raciste et sexiste, tenus par le salarié vis à vis de ses subordonnés les plus vulnérables de nature à les impressionner et nuire à leur santé » (Soc., 8 novembre 2023, n° 22-19.049).

4.3 Obligation de sécurité de l'employeur

L'obligation pour l'employeur de sanctionner les agissements de harcèlement sexuel est rattachée à son obligation de sécurité qui lui impose, aux termes de l'article L. 4121-1 du code du travail, de prendre « *les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs.* »

L'article L. 4121-2 du code du travail précise que l'employeur met en oeuvre les mesures prévues à l'article L. 4121-1 sur le fondement de divers principes généraux de prévention qu'il énumère lui imposant notamment de « planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants, notamment les risques liés au harcèlement moral et au harcèlement sexuel, tels qu'ils sont définis aux articles L. 1152-1 et L. 1153-1, ainsi que ceux liés aux agissements sexistes définis à l'article L. 1142-2-1 ».

La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 a intégré les agissements sexistes dans les principes généraux de prévention que doit mettre en oeuvre l'employeur pour préserver la santé et la sécurité des travailleurs.

La chambre sociale jugeait auparavant que l'employeur manquait à son obligation de sécurité lorsqu'un salarié de l'entreprise était victime, sur le lieu de travail, d'agissements de harcèlement moral ou sexuel de la part d'un autre de ses salariés (Soc., 3 février 2010, n° 08-44.019, Bull., n° 30 ; Soc., 11 mars 2015, n° 13-18.603, Bull., n° 43).

Elle a ensuite fait évoluer sa jurisprudence sur l'obligation de sécurité (Soc., 25 novembre 2015, n° 14-24.444, Bull., n° 234, Arrêt Air France) pour permettre à l'employeur de s'exonérer de sa responsabilité lorsqu'il démontre, en matière de harcèlement, d'une part, qu'il avait pris toutes les mesures de prévention visées aux articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail et, d'autre part, qu'il a pris toutes les mesures immédiates propres à faire cesser le harcèlement moral et qu'il l'a fait cesser effectivement (Soc., 1 juin 2016, n° 14-19.702, Bull., n° 123).

La cour d'appel, qui a fait ressortir que l'employeur n'avait pas pris toutes les mesures de prévention visées aux articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail et, notamment, n'avait pas mis en oeuvre des actions d'information et de formation propres à prévenir la survenance de faits de harcèlement sexuel, et qui a relevé qu'il n'avait pas pris toutes les mesures propres à mettre un terme aux faits de harcèlement sexuel dénoncés par la salariée, a pu en déduire que l'employeur avait manqué à son obligation légale résultant de l'article L. 1153-5 du code du travail

Soc., 13 décembre 2017, n° 16-14.999

Le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité est suffisamment grave pour empêcher la poursuite du contrat de travail, lorsqu'il ne prend aucune mesure pour éloigner du poste occupé par la victime l'auteur du harcèlement, qui était son supérieur hiérarchique :

La cour d'appel, qui a relevé, par motifs propres et adoptés que la salariée avait été victime entre le 8 août 2012 et le 1^{er} mars 2013 de faits de harcèlement sexuel de la part de son supérieur hiérarchique, sanctionné pénalement pour ces faits, qu'elle avait développé un syndrome dépressif réactionnel pris en charge au titre des accidents du travail, et que l'employeur n'avait pris aucune mesure pour éloigner l'auteur du harcèlement du poste occupé par la salariée, et s'était contenté de le sanctionner d'un avertissement, a pu en déduire l'existence d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité suffisamment grave pour empêcher la poursuite du contrat de travail.

Soc., 17 février 2021, n° 19-18.149

Toutefois, la chambre retient que, face à une situation de harcèlement au sein de l'entreprise, l'employeur peut établir qu'il n'a pas manqué à son obligation de sécurité, en justifiant avoir pris toutes les mesures de prévention puis, une fois informé des faits susceptibles de constituer un harcèlement, avoir pris les mesures immédiates propres à les faire cesser, même lorsqu'il n'avance pas avoir licencié l'auteur de ces faits (Soc., 7 décembre 2022, n° 21-18.114 ou Soc., 18 janvier 2023, n° 21-23.796²²).

A l'inverse, l'obligation de sécurité de l'employeur peut faire obstacle à la réintégration d'un salarié protégé, auteur d'un harcèlement moral, dont l'autorisation de licenciement avait pourtant été ultérieurement annulée :

²² Commenté par C. Leborgne-Ingelaere, JCP S. n° 8, 28 février 2023, 1053

Sommaire : En application de l'article L. 2422-1 du code du travail, le salarié protégé dont le licenciement est nul en raison de l'annulation de l'autorisation administrative doit être, s'il le demande, réintégré dans son emploi ou un emploi équivalent. Il en résulte que l'employeur ne peut licencier un salarié à la suite d'un licenciement pour lequel l'autorisation a été annulée que s'il a satisfait à cette obligation ou s'il justifie d'une impossibilité de réintégration.

Ayant constaté que, tenu par son obligation de sécurité dont participe l'obligation de prévention du harcèlement moral, l'employeur ne pouvait pas réintégrer une salariée dès lors que celle-ci était la supérieure hiérarchique des autres salariés de l'entreprise, lesquels soutenaient avoir été victimes du harcèlement moral de cette dernière et avaient à ce propos exercé leur droit de retrait, de sorte qu'était caractérisée l'impossibilité de réintégration, la cour d'appel a légalement justifié sa décision.

Soc., 1^{er} décembre 2021, n° 19-25.715, publié

4.4 La tolérance antérieure de l'employeur

D'une manière générale et indépendamment de toute question de harcèlement, la chambre approuve, de longue date, les juges du fond qui retiennent que des agissements fautifs réitérés du salarié, lorsqu'ils ont longtemps été tolérés par l'employeur, ne peuvent plus constituer une faute grave (Soc., 3 mars 1998, n° 95-43.269) voire même une cause réelle et sérieuse de licenciement (Soc., 17 juin 1998, n° 96-41.869 ; Soc., 22 mai 2002, n° 00-42.305 ; Soc., 10 novembre 2016, n° 15-18.697).

Sommaire : Doit être cassé l'arrêt qui, pour débouter de ses demandes en paiement d'indemnités de rupture un salarié licencié pour absences injustifiées, retient que ces absences, sanctionnées par un avertissement, constituaient, compte tenu en outre de deux autres avertissements pour des motifs différents, dont l'un assorti d'une mise à pied, une faute grave, alors que l'employeur ne pouvait se prévaloir comme d'une faute de cette nature, de la répétition de faits qu'il avait tolérés sans y puiser motif de licenciement.

Soc., 16 juillet 1987, n° 84-44.875, Bull., n° 487

Cette solution a été récemment reprise à propos de faits de harcèlement moral :

10. Ensuite, appréciant les éléments de faits et de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a relevé, s'agissant des faits de harcèlement moral imputés au salarié, que les méthodes managériales de ce dernier envers une autre salariée n'étaient ni inconnues, ni réprouvées par sa hiérarchie avec laquelle il avait régulièrement partagé ses constats relatifs à l'insuffisance de sa collègue et avait conduit en lien étroit avec elle un processus de changement et de réorganisation au sein de la direction dont il avait la charge. Elle a ajouté que le salarié avait agi en concertation avec son supérieur hiérarchique et le directeur des ressources humaines et que l'employeur avait d'ailleurs pris fait et cause pour lui en défendant les décisions prises en réponse aux doléances de l'époux de la salariée qui se plaignait de harcèlement.

11. La cour d'appel a pu en déduire, sans violer le principe de la contradiction, que le comportement du salarié, qui était le résultat d'une position managériale partagée et encouragée par l'ensemble de ses supérieurs hiérarchiques, ne rendait pas impossible son maintien dans l'entreprise, et exerçant les pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 1235-1 du code du travail, a décidé que ces faits ne constituaient pas une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Soc., 12 juillet 2022, n° 20-22.857

La tolérance antérieure de l'employeur n'exclut toutefois pas de manière systématique la qualification de faute grave (Soc., 5 décembre 2012, n° 11-24.801 ; Soc., 31 mars 2021, n° 19-22.388).

En matière de harcèlement, la faute grave a régulièrement été retenue malgré l'absence de remarque de la part de l'employeur (Soc., 7 juin 2011, n° 09-43.113) voire même de sa tolérance antérieure. La chambre sociale a, par exemple, rejeté un moyen faisant valoir que le harcèlement reproché au salarié par l'employeur était connu de ce dernier et n'avait donné lieu à aucune sanction, « de sorte que ces faits, initialement tolérés par l'employeur, ne pouvaient en conséquence plus recevoir la qualification de faute grave » en jugeant :

Attendu qu'ayant constaté que le salarié avait eu à l'égard de plusieurs salariées et en dépit de leurs remarques et protestations des attitudes et des propos déplacés dans le but manifeste d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, la cour d'appel a, quelle qu'ait pu être l'attitude antérieure de l'employeur tenu à une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, caractérisé un harcèlement sexuel ; D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Soc., 1 décembre 2011, n° 10-18.920

Attendu ensuite, qu'ayant constaté sur la base de témoignages nominatifs et précis que le salarié avait eu à l'égard de plusieurs salariées, des propos déplacés à connotation sexuelle et exercé sur l'une d'elles des pressions pour tenter d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, la cour d'appel a, quelle qu'ait pu être l'attitude antérieure de l'employeur, lequel est tenu à une obligation de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et sans avoir à suivre les parties dans le détail de leur argumentation, caractérisé un harcèlement sexuel constitutif d'une faute grave ;

Soc., 18 février 2014, n° 12-17.557, Bull., n° 52

Ce dernier arrêt a été commenté par le professeur Leborgne Ingelaere en ces termes :

(...) La tolérance antérieure de l'employeur, voire son inertie, est parfois de nature à atténuer la sanction ultérieurement prononcée. (...)

Telle n'est pas la logique retenue en présence d'une situation de harcèlement au travail. La solution convainc pleinement : en cas de harcèlement au travail, la tolérance de l'employeur doit rester sans effet sur le degré de la faute commise. La justification est simple et rappelée par la Cour de cassation : l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de harcèlement. (...) L'employeur doit donc agir pour tenter de remédier à la situation. Il est acquis que le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat n'est pas sans conséquence. Notamment, l'inaction de l'employeur est prise en considération par les juges pour justifier la prise d'acte de la rupture de son contrat par la victime ou pour justifier une demande de résiliation judiciaire aux torts de l'employeur produisant ainsi les effets d'un licenciement nul. Il ne saurait être admis que le manquement d'un employeur à son obligation de sécurité de résultat aboutisse à sanctionner moins fermement l'auteur des faits, sachant que la jurisprudence « traditionnelle » considère qu'il s'agit nécessairement d'une faute grave. (...)²³

²³ C. Leborgne-Ingelaere, JCP S., n° 30, 29 Juillet 2014, 1321, L'employeur face au harcèlement sexuel : incidence de son inertie et encadrement de sa réaction

Le professeur Adam écrit à ce sujet :

278. Tolérance patronale. - La tolérance dont a fait preuve l'employeur à l'égard des faits de harcèlement sexuel fait-elle obstacle à ce que le salarié harceleur puisse légitimement se voir reprocher une faute grave ? On sait qu'il est des contentieux où pareille tolérance prive l'employeur de la possibilité d'imputer au salarié une faute grave (ce qui est en parfaite harmonie avec la définition même de la faute grave). La solution apparaît cependant différente lorsque le comportement du salarié porte atteinte à la santé des autres salariés ou à leur dignité. La chambre sociale de la Cour de cassation approuve ainsi les juges du fond d'avoir retenu l'existence d'une faute grave en présence de faits de harcèlement sexuel commis par un salarié, peu important l'attitude antérieure de l'employeur, dans la mesure où ce dernier est tenu à une obligation de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs.

4.5 Application en l'espèce :

☞ En l'espèce, l'arrêt relève que l'employeur reprochait au salarié d'avoir tenu des propos inappropriés à connotation sexuelle à l'égard de certaines de ses collègues de sexe féminin, en particulier les 2 et 3 juillet 2016.

Analysant les pièces produites, l'arrêt relève qu'il en ressort d'une attestation d'une collègue du salarié que l'un de ses collaborateurs lui a rapporté, d'une part, que celui-ci avait dit d'elle qu'elle était une partouzeuse, qu'elle avait une belle chatte et qu'elle aimait les femmes et, d'autre part, qu'il avait parlé en des termes salaces d'une autre collègue et de sa nouvelle relation masculine. Il ajoute que ce témoignage est confirmé par l'attestation d'un autre collègue confirmant que le salarié est encore revenu sur des histoires anciennes avec ses deux collègues féminines lesquelles ont réagi en apprenant qu'il continuait ainsi à parler d'elles en des termes dégradants. Il relève encore que le supérieur du salarié indique l'avoir sermonné pour avoir dit des choses désobligeantes sur ces deux mêmes collègues féminines. Il relève enfin que le salarié a reconnu avoir fait des déclarations qu'il analysait comme un mélange de fanfaronnades et de puérilités, expliquant que ces propos relevaient de sa vie privée et de celle de ses collègues avec lesquelles il avait entretenu des relations très proches par le passé et ajoutant qu'il regrettait ses propos et n'avait pas voulu nuire à ces collègues.

Au vu de ces éléments, l'arrêt retient qu'il est établi que, les 2 et 3 juillet 2016, M. [S] a tenu des propos à connotation sexuelle, insultants, humiliants et dégradants à l'encontre de deux collègues de sexe féminin. Il ajoute que le salarié avait déjà tenu, par le passé, des propos similaires, à connotation sexuelle, insultants et dégradants, à leurs encontre.

Il retient ensuite que la hiérarchie du salarié était informée qu'il tenait des propos inappropriés à l'égard de certaines de ses collègues et qu'il n'a pas été sanctionné. Il relève que l'employeur envisageait initialement une mise à pied disciplinaire d'un mois et que, lors de la séance du conseil conventionnel du CEA, le licenciement, sollicité par un représentant de la CGT, a été voté favorablement par le conseil conventionnel et notifié par le CEA.

Il en déduit que le licenciement apparaît disproportionné en ce qu'aucune sanction antérieure n'avait été prononcée pour des faits similaires, alors que l'employeur en avait connaissance et qu'il avait, au demeurant, envisagé initialement une sanction moindre

au titre des nouveaux faits pour lesquels le supérieur hiérarchique du salarié a indiqué l'avoir « sermonné » sans alors avoir déclenché de procédure disciplinaire.

Les trois premières branches du moyen soutiennent que, en statuant ainsi, l'arrêt a violé les articles L.1232-1, L.1235-1 et L.1235-3 du code du travail ainsi que les articles L. 4121-1, L. 4121-2 et L. 1142-2-1.

La première branche du moyen lui reproche à l'arrêt d'avoir écarté la faute et le caractère réel et sérieux du licenciement tout en ayant constaté que le salarié avait tenu des propos répétés à connotation sexuelle, sexistes, insultants, humiliants et dégradants à l'égard de plusieurs de ses collègues de sexe féminin.

Il y est soutenu que, l'employeur ayant pour obligation de prendre toutes les dispositions nécessaires en vue de prévenir ou de faire cesser les agissements dégradant à connotation sexuelle et attentatoire à la dignité, au besoin en procédant au licenciement du salarié auteur de tels agissements, tout comportement d'un salarié de nature insultante, humiliante, dégradante, sexiste ou de nature sexuelle à l'égard d'autres salariés constitue une faute justifiant le licenciement.

☞ Le mémoire ampliatif fait valoir que la Cour de cassation se montre particulièrement stricte en ce qui concerne les atteintes à la dignité d'autres salariés et les agissements à connotation sexuelle en jugeant qu'ils constituent nécessairement une faute grave, et par extension une faute, au moins, simple que l'employeur doit sanctionner en procédant au licenciement afin de protéger la santé des salariées victimes qui ne peuvent continuer, pour leur santé mentale, à subir ces comportements.

Il soutient que, compte tenu de ses constatations, la cour d'appel aurait dû déduire que le comportement du salarié caractérisait, si ce n'est un harcèlement sexuel, du moins une atteinte inacceptable à la dignité des salariées victimes, et que ses propos à connotation sexuelle, insultants et dégradants contre ses collègues féminines, tenus de manière réitérée sur une longue période, constituaient une faute justifiant son licenciement.

☞ Le mémoire en défense rappelle que le juge du fond décide souverainement que si le licenciement repose, ou non, sur une cause réelle et sérieuse, les arrêts de la Cour de cassation, y compris en matière de harcèlement, traduisant son absence de tout contrôle de la cause réelle et sérieuse du licenciement. Il souligne que la chambre sociale rejette systématiquement les moyens ne tendant qu'à remettre en cause le pouvoir d'appréciation de la cour d'appel, qui a dans l'exercice des pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 1235-1 du code du travail, décidé que le licenciement était dénué de cause réelle et sérieuse (par exemple : Soc., 26 janvier 2017, n° 15-22.033).

Il en déduit que, les motifs de l'arrêt ne comportant aucune erreur de droit pouvant être sanctionnée par la Cour de cassation, c'est dans l'exercice du pouvoir qu'elle tenait de l'article L. 1235-1 du code du travail, que la cour d'appel a décidé que le licenciement ne procédait pas, en l'espèce et quels que soient les faits, d'une cause réelle et sérieuse.

☞ Si, à l'issue de son délibéré, la chambre décidait de casser l'arrêt sur cette première branche, **cette cassation pourrait être prononcée sans renvoi**, la chambre statuant alors au fond en jugeant le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse et en déboutant le salarié de ses demandes.

La deuxième branche reproche à l'arrêt d'avoir jugé que l'absence de sanction antérieure par l'employeur, pourtant informé des propos inappropriés tenus par le salarié, ne lui permettait plus de prononcer un licenciement pour ces faits.

☞ Le mémoire ampliatif soutient que la tolérance de l'employeur ne produit d'effet sur la gravité de la faute et la validité d'un licenciement que si elle porte sur un comportement qui n'affecte que l'employeur, ses droits et les règles d'intérêt privé qu'il instaure, c'est-à-dire auxquels il peut renoncer, mais que, lorsque le comportement fautif heurte d'autres salariés ou la loi pénale, dont aucune des parties n'a la libre disposition, aucune tolérance ne peut faire obstacle à sa sanction par la voie d'un licenciement.

Il considère que ce n'est pas parce que l'employeur aurait sous-estimé, dans un premier temps, la gravité d'un comportement que le salarié pourrait continuer à se comporter de manière fautive. Il souligne que les constatations de l'arrêt font ressortir la persistance des propos à connotation sexuelle, insultants, humiliants et dégradants du salarié et ajoute que, en l'espèce, le CEA n'avait pas seulement la faculté mais aussi l'obligation de mettre fin à ce comportement provoquant un mal-être des salariées qui en étaient victimes.

☞ Là encore, le mémoire en défense fait valoir que c'est dans l'exercice du pouvoir qu'elle tenait de l'article L. 1235-1 du code du travail, que la cour d'appel a décidé que les faits, dont elle a retenu l'existence, ne constituaient pas une cause réelle et sérieuse, compte-tenu de leur parfaite connaissance par l'employeur, de l'absence de toute sanction antérieure et du fait qu'il avait envisagé initialement, seulement, une mise à pied d'un mois, ce qui démontrait qu'il estimait lui-même que les faits n'étaient en rien de nature à justifier la rupture du contrat de travail du salarié.

Il ajoute que l'employeur ne peut, pour tenter de justifier *a posteriori* le licenciement, invoquer son obligation de préserver la santé des autres salariés alors qu'il ne s'en était pas préoccupé auparavant ainsi que cela ressort des constatations de l'arrêt dont il ressort que l'employeur n'avait pas prononcé à l'encontre du salarié la moindre sanction, aussi légère soit-elle, alors qu'il connaissait son comportement et le tolérait. Cette tolérance prolongée s'opposait, ensuite, à ce que l'employeur dénonce, non seulement de manière nouvelle mais aussi contradictoire, le comportement du salarié.

La troisième branche reproche à l'arrêt d'avoir statué par des motifs impropres à écarter la cause réelle et sérieuse du licenciement en retenant que, avant la réunion du conseil conventionnel du CEA, l'employeur avait envisagé une sanction de mise à pied disciplinaire d'un mois. Elle souligne que l'employeur avait la faculté de faire évoluer sa position pendant la procédure disciplinaire et avant le prononcé de la sanction définitive, sans qu'il puisse lui être reproché d'avoir tenu compte de l'avis de l'organe disciplinaire paritaire consulté pour avis.

☞ Le mémoire ampliatif expose que, compte tenu de l'attitude du salarié devant le conseil conventionnel, de la souffrance subie par les salariées concernées et du fort risque de récurrence au sein d'une autre équipe, la quasi-totalité de ses membres a considéré que les faits justifiaient un licenciement et non une mise à pied qui aurait été une sanction trop faible. Il ajoute que la proposition de licenciement, en soumise en conséquence au conseil conventionnel au lieu et place de la proposition initiale, a recueilli un avis favorable de 9 sur 10 de ses membres.

☞ Le mémoire en défense considère que la cour d'appel n'a commis aucune erreur de droit en prenant en considération, entre autres éléments, la circonstance que seule une mise à pied d'un mois avait été initialement envisagée par l'employeur : la cour d'appel

n'a pas fait grief à l'employeur d'avoir pris en compte l'avis de l'organe disciplinaire paritaire consulté pour finalement prononcer un licenciement, mais a tenu compte du fait que le CEA avait considéré que seule une mise à pied s'imposait.

La quatrième branche, prise d'un défaut de base légale, reproche à l'arrêt de ne pas avoir recherché si, comme le soutenait l'employeur, le comportement du salarié n'avait pas porté une atteinte à la santé de ses collègues caractérisée par le constat par la CPAM de l'accident du travail de trois d'entre elles.

☞ Le mémoire ampliatif fait valoir que, dans ses conclusions, l'employeur indiquait :

Il sera ajouté que les victimes des agissements de M. [S], qui les a salies et humiliées auprès de leurs collègues de travail, ont eu en outre à redouter et subir les réactions de certains d'entre eux, proches de M. [S], dans le cadre de la procédure disciplinaire diligentée à son encontre.

Les souffrances endurées par Mmes [O], [R] et [I], encore accrues de ce fait, ont été telles qu'elles ont toutes trois fait l'objet d'une déclaration d'accident du travail, reconnu comme tel par la CPAM de l'Isère, après avoir fait une déclaration de main courante puis déposé plainte à l'encontre de M. [S] ».²⁴

Au soutien de cette affirmation, l'employeur produisait diverses pièces, notamment les déclarations d'accident du travail, des pièces extraites des dossier de la CPAM (enquête administrative, procès-verbal d'audition, courrier, déclaration de main courante, dépôt de plainte, convocation médicale, courriers médicaux, courrier du médecin du travail).

Le mémoire ampliatif fait valoir qu'il résulte de la jurisprudence de la chambre sociale, comme de celle du Conseil d'Etat, que la gravité des comportements ou propos attentatoires à la dignité des autres salariés, de nature à porter atteinte à leur état de santé, ne peut pas être minorée par les juges, au regard de considérations étrangères à ces faits.

Il en déduit que la cour d'appel ne pouvait Dans juger le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse sans rechercher si, ainsi que le soutenait le CEA, l'atteinte à la santé des salariées, victimes du comportement de M. [S], n'était pas d'autant plus caractérisé qu'il avait abouti au constat de l'accident du travail de trois d'entre elles.

☞ Le mémoire en défense soutient que l'atteinte à la santé des collègues de M. [S], engendrée par son comportement, n'avait pas auparavant conduit l'employeur à prendre la moindre sanction alors que, par l'intermédiaire des supérieurs hiérarchiques du salarié, il connaissait parfaitement les propos tenus par celui-ci et n'avait pourtant d'abord envisagé qu'une mise à pied d'un mois.

Il appartiendra à la chambre de dire si les quatre branches du moyens visent uniquement à remettre en cause le pouvoir que la cour d'appel tenait de l'article L. 1235-1 du code du travail pour décider que le licenciement ne reposait pas sur une cause réelle et sérieuse, après avoir relevé que l'employeur du salarié, informé que ce dernier tenait des propos sexistes envers certaines collègues, avait toléré ce comportement sans le sanctionner puis n'avait initialement envisagé qu'une mise à pied d'un mois ou si, au contraire, la nature des faits reprochés au salarié, mettant en cause

²⁴ Conclusions de l'employeur, [prod. n° 2](#), p. 13

l'obligation de sécurité de l'employeur, doit conduire à contrôler l'appréciation que la cour d'appel a faite de la cause réelle et sérieuse du licenciement, comme la chambre l'aurait d'ailleurs fait si une faute grave avait été retenue par l'employeur.