

TULANE UNIVERSITY LAW SCHOOL
NEW-ORLEANS - U.S.A.

Professeur George M. STRICKLER Jr.

Harcèlement sexuel et vie professionnelle

La réglementation aux États-Unis

Traduit de l'américain
par le professeur CARBONNEAU

**Ministère de la Justice - France
Conseil de la Recherche - Janvier 1992**

PRESENTATION GENERALE DE LA

REGLEMENTATION RELATIVE

AU HARCELEMENT SEXUEL

DANS LE TRAVAIL

- I. Introduction
- II. La Réalité du phénomène: l'ampleur et les incidences du harcèlement sexuel dans le travail aux Etats-Unis
- III. Le développement de la législation interdisant le harcèlement sexuel:
 - A. Le droit fédéral: Le "Civil Rights Act" de 1964
 - B. Le droit fédéral: La Constitution
 - C. Le droit des Etats: Les lois des Etats relatives aux droits civils
 - D. La "Common Law" des Etats
 - 1. Coups et blessures (assault and battery)
 - 2. La Commission Volontaire D'Un Trouble Emotif
 - 3. Violation de l'intimité ou intrusion

IV. Les modes et les critères de la preuve du harcèlement
sexuel

A. Le harcèlement "Quid Pro Quo"

B. L'environnement hostile

1. La gravité et la persistance du comportement
injurieux

2. Le critère de l'inopportunité: le
comportement de la victime

3. Le critère selon lequel le comportement sur
le lieu de travail doit être jugé

V. La responsabilité de l'employeur

A. Le harcèlement "Quid Pro Quo"

B. L'environnement hostile

VI. La réparation du préjudice causé par le harcèlement
sexuel

A. Le droit fédéral

B. Le droit des Etats

**Présentation générale de la réglementation
relative au harcèlement sexuel dans le travail**

I. Introduction

Le but de cette étude est de présenter la réglementation relative au harcèlement sexuel dans le cadre des relations de travail, aux Etats-Unis. Les points suivants seront traités:

(1) un rappel de la littérature consacrée aux incidences du harcèlement sexuel; (2) les sources écrites ainsi que les règles de "common law" applicables en matière de responsabilité civile des employeurs pour harcèlement sexuel; (3) les critères du harcèlement sexuel illicite; (4) les critères de la responsabilité qui incombent à l'employeur du fait du harcèlement sexuel perpétré par le personnel de direction ou autre; (5) la réparation du préjudice subi par suite de harcèlement sexuel.

Le harcèlement sexuel peut être largement défini comme tout comportement ou toute déclaration à teneur sexuelle, qui, ayant pour cadre le lieu du travail, est suffisamment déplacé et pénible pour affecter négativement les conditions de travail, ou les chances de carrière d'un ou plusieurs employés.¹

1. Il n'y a pas d'acception universelle du harcèlement sexuel. Catherine MacKinnon l'a décrit comme "l'imposition d'exigences sexuelles dans le cadre de relations inégales de pouvoir." C. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination* 1 (1979). Un autre auteur a décrit le harcèlement sexuel dans le travail comme "une attitude masculine très entreprenante à l'égard de la femme, ... qui révèle chez son auteur la conviction que le rôle sexuel de cette dernière supplante sa fonction professionnelle." L. Farley, *Sexual Shakedown: Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination* 1 (1979). S'il est vrai que la grande majorité des victimes de harcèlement sexuel est de sexe féminin, une définition qui limiterait le phénomène à un sexe, serait trompeuse et inexacte parce que les hommes peuvent être et ont été des victimes de harcèlement sexuel. Certes, le harcèlement sexuel se produit plus fréquemment dans un contexte d'

Exemples de conduites qui ont été considérées comme
constitutives de harcèlement sexuel illégal:

* Le fait de solliciter des faveurs sexuelles en échange du
maintien dans l'emploi, de promotions, de rapports
favorables, d'affectations garanties de progrès de carrière,
de formation, ou de tout autre avantage du même ordre.

inégalité de pouvoir, mais il serait là encore trompeur d'en
faire un élément de définition parce que le harcèlement peut
exister dans des situations dans lesquelles l'auteur et la
victime sont placés sur un pied d'égalité (des collègues de
même niveau hiérarchique). La définition que l'on retiendra
dans la présente étude est une adaptation de celle donnée
par le Working Women's Institute. "Le harcèlement sexuel
dans le travail consiste en tout comportement de nature
sexuelle, qui, dans le cadre des relations professionnelles,
a pour effet de rendre la femme mal à l'aise dans son
emploi, l'empêchant ainsi de remplir normalement ses
obligations professionnelles, ou affectant ses chances de
carrière." Working Women's Institute, Sexual Harassment on
the Job: Questions and Answers 180, Unpublished manuscript
quoted in Schoenheider, A Theory of Tort Liability for
Sexual Harassment in the Workplace, 134 U. Pa. L. Rev. 1461
n.2 (1986).

- * Le fait d'imposer des actes sexuels ou des contacts physiques de nature sexuelle (attouchements, étreintes, baisers, pincements, etc.).
- * Des avances verbales ou des propositions, des gestes propres au flirt ou des plaisanteries sexuelles que la victime n'a pas encouragées.
- * Un commentaire pittoresque relatif à l'apparence physique d'un individu, à sa tenue vestimentaire, à son anatomie, ou à son inclination sexuelle.
- * Des abus de langage de nature sexuelle comportant des commentaires ou des gestes suggestifs, insultants, ou obscènes.
- * Des descriptions explicites de ses propres expériences sexuelles par l'auteur du harcèlement sexuel, accompagnées ou non de questions inopportunes sur les pratiques sexuelles de la victime ou sur ses préférences en la matière.
- * L'affichage, sur les lieux de travail, de photos, d'objets, de graffitis sexuellement suggestifs.

* L'usage persistant de termes péjoratifs à l'égard d'un sexe, ainsi que l'usage abusif de termes familiers ou de diminutifs à l'égard des membres d'un certain sexe ("ma biche," "ma chérie", "mon chou", etc.).

*Commentaires malveillants ou actes injurieux visant un sexe en particulier, même si leur contenu n'est pas sexuelle.

Le harcèlement sexuel, tel qu'il est entendu par les textes normatifs et dans la présente étude, doit être distingué des autres formes de discrimination fondées sur l'appartenance sexuelle. Il est généralement interdit à un employeur de refuser un emploi, ou d'imposer des conditions de travail discriminatoires en raison de l'appartenance sexuelle de l'employé(e) ou du (de la) candidat(e), mais toute discrimination d'ordre sexuel ne constitue pas un cas de harcèlement sexuel. Par exemple, il est interdit à un employeur d'accorder un salaire inférieur à une salariée remplissant les mêmes fonctions qu'un salarié, juste parce qu'elle est une femme. De même, il est généralement

interdit à un employeur de procéder à des promotions, des affectations ou d'accorder tout autre avantage professionnel sur le fondement de l'appartenance sexuelle. Ces pratiques illicites ne sont, cependant, pas considérées comme constitutives de harcèlement sexuel. Le fait que le cadre professionnel soit rendu désagréable à l'égard de la victime constitue le dénominateur commun des cas de harcèlement sexuel. À l'inverse, les autres formes de discrimination sexuelle illicite peuvent ne pas avoir d'effet négatif sur le climat de travail de la victime, et même ne pas être connues de celle-ci. Le harcèlement sexuel a des repercussions immédiates et certaines sur la victime. Le harcèlement sexuel est par conséquent un des cas de discrimination sexuelle illicite. Les différences qui existent en matière de théorie et de preuve entre le harcèlement sexuel et les autres types de discrimination sexuelle expliquent qu'un corps de règles spécifiques se soit développé autour de celui-ci.

II. La realite du phénomène: l'ampleur et les incidences
du harcèlement sexuel dans le travail

Au cours de la dernière décennie, un certain nombre d'études cherchant à mesurer les incidences du harcèlement sexuel ont été menées dans divers secteurs professionnels. Ces études montrent que le harcèlement sexuel n'est pas propre à un secteur industriel ou professionnel particulier: le harcèlement sexuel vit à l'état endémique dans toutes les branches de l'économie.

En 1980, une étude du gouvernement américain portant sur 23,000 fonctionnaires fédéraux a révélé que 42% des employées et 15% des employés déclaraient être victimes de harcèlement sexuel dans leur travail.² Ainsi un fonctionnaire sur quatre révélait avoir été l'objet de

2. United States Merit Systems Protection Board Office of Merit Review and Studies, Sexual Harassment in the Fédéral Work place: Is It a Problem? 3, 5, 36 (U.S. Govt. Printing Office 1981).

harcèlement sexuel pendant les deux années précédant l'étude. L'étude a été renouvelée en 1987 et les résultats furent identiques: 42% des femmes interrogées et 14% des hommes reconnaissaient avoir été victimes d'un cas au moins de harcèlement au cours des deux années précédentes.³ Le pourcentage d'employées dans différentes agences gouvernementales qui ont rapporté être sujettes au harcèlement sexuel variait de 56% dans le ministère du travail à 31% dans le ministère de l'agriculture.⁴ Les personnes interrogées considéraient le harcèlement sexuel commis en dehors de la fonction publique fédérale aussi alarmant sinon pire que celui commis dans l'administration.⁵

3. United States Merit System Protection Board Office of Merit Review and Studies, *Sexual Harassment in the Federal Government: An Update* (1988).

4. U.S. Merit Systems Survey, *supra*, note 2, Table 4-2 at 47.

5. Parmi les personnes qui ne relevaient pas de la fonction publique fédérale, deux-tiers (68% des femmes et 61% des hommes) pensaient que le nombre de cas de harcèlement sexuel est le même à l'extérieur comme a

Les statistiques relatives au secteur privé semblent confirmer ce point de vue.

Sur 9000 femmes ayant répondu à un questionnaire publié dans un magazine national, 72% ont affirmé avoir été licenciées ou invitées à présenter leur démission du fait du harcèlement sexuel dont elles étaient victimes.⁶ En 1988, un autre magazine a étudié les plus grosses entreprises industrielles et commerciales du pays: 76% d'entre elles avaient une politique contre le harcèlement sexuel et 90% avaient reçu des plaintes formelles des membres de leur personnel à ce sujet.⁷ Une étude menée par l'Université

l'intérieur de la fonction publique fédérale. 20% des femmes et 28% des hommes pensaient qu'il était supérieur en dehors de la fonction publique fédérale. U.S. Merit Systems Survey, supra, note 2, at 31.

6. "What Men Do to Women on the Job: A Shocking Look at Sexual Harassment", Redbook, November 1976.

7. Sandroff, "Sexual Harassment in the Fortune 500", Working Woman, Dec. 1988, p. 69. Kleen, The 1988 Working Woman Sexual Harassment Survey (1988).

d'Etat de Pennsylvanie conclut que 43% de tous les salariés avaient eu une expérience de harcèlement sexuel dans le cadre professionnel et une autre⁸, que la moitié des femmes salariées avait fait l'objet de harcèlement sexuel dans leur travail, au cours des deux dernières années.⁹ Résumant les nombreuses études, des chercheurs ont conclu qu' "entre 50 et 80% de toutes les femmes occupant un emploi ont fait l'objet d'une forme de harcèlement sexuel."¹⁰

On retrouve les mêmes types et une importance équivalente des cas de harcèlement sexuel dans des emplois où on s'y attend le moins. Une étude effectuée en 1989 et portant sur les collaboratrices et associées de gros cabinets d'avocats, à travers le pays, révèle que 60%

8. Nationwide Violence Survey of 4,450 Women, Business Wire, Inc., March 25, 1981.

9. Working Smart, 22 Jan. 1991.

10. S. Neugarten & J. Shafritg, Sexuality in Organizations p. 4 a 6 (1980).

d'entre elles ont subi un harcèlement sexuel.¹¹ Les cas rapportés couvrent l'ensemble des conduites susceptibles d'être qualifiées de harcèlement sexuel, de la plaisanterie sexuelle la plus incongrue au viol. Une étude relative aux avocates de Californie a montré que la moitié des personnes interrogées avait été confrontée au harcèlement sexuel dans l'emploi qu'elles occupaient au moment du sondage ou dans le passé.¹² Des études menées par le barreau d'un autre Etat révelent l'intensité du harcèlement sexuel, subies par les avocates à l'initiative des avocats, des jugés, et du personnel judiciaire.¹³

11. "Women in Large Firms: A High Price for Admission?" Law Journal, 11 Dec., 1989, p. 82.

12. Committee on Women in the Law, State Bar of California in cooperation with the Employment Law Center and the Legal Society of California, "Women Lawyers and Practice of Law in California" Summary of Findings at 2.

13. Schafran, "Overwhelming Evidence: Reports on Gender Bias in the Courts," Trial, Feb. 1990, p. 23, 32.

Une étude effectuée par le barreau de Maryland révèle que 19% des avocates interrogées avaient fait l'expérience d'avances sexuelles verbales ou physiques de la part des jugés et 47% reconnaissaient que des avocats leur avaient fait de semblables avances.¹⁴ Le Conseil Général des Ministres de l'Eglise Methodiste Unifiée révèle que 77% des pasteurs de sexe féminin se sont plaintes de harcèlement sexuel et 41% d'entre elles désignaient leurs collègues pasteurs ou des religieux comme les auteurs de tels actes.¹⁵

L'étude la plus importante, celle menée par le gouvernement fédéral auprès des fonctionnaires, a fait un certain nombre de découvertes statistiques sur les caractéristiques du harcèlement sexuel. Ces découvertes,

14. Reports of the Maryland Special Joint Committee on Gender Bias in the Courts, p. 125. (1989).

15. Lattin, Women Clergy Face Job Bias, Study Says Fivefold Increase in Female Seminarians, San Francisco Chronicle, 30 April 1990, p. A 4.

qui sont vraisemblablement applicables au secteur privé, sont les suivantes:

(1) Les femmes sont plus souvent victimes de harcèlement sexuel que les hommes;

(2) L'âge et l'état civil ont une importance déterminante sur la probabilité du harcèlement sexuel; les personnes jeunes et célibataires sont plus susceptibles d'être victimes de harcèlement sexuel que les personnes plus âgées et mariées;

(3) Le niveau d'instruction, l'appartenance raciale ou ethnique, la nature des fonctions sont des facteurs de faible importance en matière de harcèlement sexuel;

(4) Le harcèlement sexuel est plus probable dans les lieux de travail où il y a peu de membres du même sexe de la victime et où les employés ont de mauvais rapports de communication avec leurs supérieurs;

(5) La plupart des salarié(e)s sont harcelé(e)s par des individus de sexe opposé, mais les hommes sont plus

susceptibles d'être victimes de harcèlement homosexuel que les femmes. 22% des victimes de sexe masculin disent avoir été importunées par des hommes alors que seulement 3% déclarent l'avoir été par des femmes;

(6) La plupart des auteurs de harcèlement sexuel à l'égard des femmes sont plus âgés que les victimes tandis que les auteurs de harcèlement sexuel à l'égard des hommes sont plus jeunes;

(7) La plupart des auteurs de harcèlement sexuel sont de même race ou de même groupe ethnique que leur victime;

(8) La plupart des auteurs de harcèlement sexuel sont des collègues de même niveau hiérarchique que les victimes, mais beaucoup de femmes sont harcelées par leurs supérieurs.

L'impact économique du harcèlement sexuel n'est pas connu avec précision mais reste significatif. Le gouvernement fédéral a évalué qu'entre 1985 et 1987, les congés de maladie causés par le harcèlement sexuel, le remplacement des salariés démissionnaires et la réduction de

la productivité provoqués par le harcèlement sexuel

coutaient au gouvernement 267 millions de dollars.¹⁶

L'étude relative aux grandes entreprises privées révèle que

24% des femmes salariées harcelées utilisaient les

autorisations de sortie pour éviter de l'être.¹⁷ Pour 15%

des femmes environ, le harcèlement sexuel a constitué au

moins un des facteurs déterminant la démission, tandis que

50% essayerent de l'ignorer. Parmi ces 50%, il fallait

compter une baisse de productivités de 10%. L'étude

concluait que le harcèlement sexuel coutait 6,7 millions de

dollars par an et par entreprise en terme d'absentéisme, de

renouvellement de personnel et de baisse de productivité.¹⁸

La conclusion de l'étude du gouvernement fédéral, selon

16. U.S. Merit Systems Survey, supra, note 3, p.39-40.

"Sexual Harassment in Fédéral Agencies Found Still Prevalent, Costs Millions" 6 BNA Employee Relations Weekly 879 (11 July 1988).

17. Working Woman Survey, supra, note 7.

18. Idem. p. 29-35.

laquelle le harcèlement sexuel est "d'une influence diffuse, coûteuse et inhérente au système," dans la fonction publique fédérale, peut sans doute être étendue à tous les secteurs de l'économie. Les études peuvent, en réalité, sous-estimer la fréquence du harcèlement sexuel dans le travail, parce que, comme le viol, le harcèlement sexuel n'est pas souvent rapporté.¹⁹

III. Le développement de la législation interdisant le harcèlement sexuel.

Le harcèlement sexuel ne retient l'attention des juristes américains que depuis deux décennies. Un certain nombre de facteurs expliquent ce manque d'intérêt: la

19. Employer Liability for Coworker Sexual Harassment Under Title VII, 13 N.Y.U. Rev. L. Soc. Change 83, 84 n. 5 (1984-85). Les études font toutes remarquer que la réponse la plus fréquente adoptée par le gouvernement fédéral ou par les gouvernements des Etats consiste à essayer de l'ignorer. Voir, US Merit Systems Survey, supra, Summary of Findings; Klein, Working Woman Survey, supra, p. 69.

tolérance sociale traditionnelle a l'égard du phénomène;²⁰
le fait que les victimes soient peu disposées à déposer
plainte en bonne et due forme; les confusions sur les types
de conduites susceptibles d'être qualifiées de harcèlement
sexuel illicite. Les réticences des tribunaux et du corps
legislatif à ouvrir un recours contre le harcèlement sexuel
ont également contribué à ce que la réponse du droit aux
problèmes économiques et sociaux posés par le phénomène
demeure ambivalente.

Cette section traitera des sources, de l'historique et
du développement du recours contre le harcèlement sexuel, en
matière de droit fédéral et de droit des Etats. Les
problèmes spécifiques de preuve, de responsabilité de
l'employeur et de réparation du préjudice seront envisagés
séparement.

20. L. Farley, supra, note 1, p. 12 (déclarant que si le
harcèlement sexuel dans le travail reste un phénomène sans
réponse, il l'est ainsi par la très grande tolérance sociale
dont il bénéficie).

A. Le droit fédéral: Le Civil Rights Act de 1964.

Le Titre 7 du Civil Rights Act de 1964 constitue le texte fédéral fondamental en matière de discrimination professionnelle. Il s'applique à la plupart des employeurs, publics ou privés, et interdit des pratiques discriminatoires, qu'elles soient fondées sur la race, la couleur, l'origine ethnique, la religion, ou le sexe. La loi dispose que:

Est considérée comme pratique illicite (1) le fait pour un employeur d'éviter ou de refuser d'embaucher, de congédier un individu, ou d'en faire la victime de discrimination en matière de rémunération, de conditions de travail, en raison ... de l'appartenance sexuelle de ce dernier;

(2) toujours sur le même fondement le fait d'établir des limites, une ségrégation, une classification qui soient susceptibles de priver un salarié ou un demandeur d'emploi de ses

chances, ou d'affecter négativement son statut professionnel.²¹

Les sources disponibles en ce qui concerne ce texte restent peu nombreuses, aussi est-il difficile d'interpréter l'interdiction de discrimination sexuelle qu' il comporte. Il n'y a aucune preuve attestant que le Congrès envisageait le harcèlement sexuel quant il a inclus l'appartenance sexuelle parmi les fondements de discrimination illicite. Jusqu'à 1974, aucun salarié n'a cherché à se prévaloir du Titre 7 du texte précité pour obtenir réparation du préjudice causé par le harcèlement sexuel.

Les premières tentatives qui visaient à établir que le harcèlement sexuel constituait une violation du Titre 7 furent vouées a l'échec. Dans l'affaire Barnes v. Train,²² la demanderesse avait été déboutée parce qu'elle refusait les avances de son supérieur. La Cour de District l'a

21. 42 U.S.C. Sec. 2000 e-2.

22. 13 FEP Cases 123 (D.D.C. 1974).

deboutée en arguant qu'elle n'avait pas été victime d'une discrimination fondée sur son appartenance sexuelle mais sur son refus d'obtempérer aux sollicitations sexuelles de son supérieur. Le Titre 7, selon l'affaire Barnes, interdit les discriminations fondées sur l'appartenance sexuelle mais non les actes liés à une relation d'ordre sexuel ou au désir non partagé d'une telle relation que la Cour qualifie d'affaire "personnelle." D'autres juridictions ont également considéré que le Titre 7 ne pouvait fonder une action contre le harcèlement sexuel parce que celui-ci ne repose pas sur une intention de priver les femmes en général de leurs chances en matière d'emploi.²³ Selon ces cours, "l'inclination personnelle de l'employeur, ses penchants, ses manies" ne constituent pas des discriminations.²⁴

23. Corne v. Bauch & Lomb Inc., 390 F. Supp. 161 (D. Ariz. 1975); Tompkins v. Public Service Electric and Gas Co., 422 F. Supp. 553 (D.N.J. 1976), rejet, 568 F.2d 1044 (3d Cir. 1977).

24. Corne v. Bauch & Lombe, supra, 390 F. Supp., p. 163.

En 1976, la Cour de District fédérale du District de Columbia a jugé, dans l'affaire Williams v. Saxby,²⁵ que le renvoi d'une fonctionnaire du Ministère de la Justice, en raison du refus qu'elle avait opposé aux avances de son supérieur, constituait une violation du Titre 7. Le défendeur soutenait que le supérieur n'avait pas commis de discrimination à l'égard des femmes en général, mais seulement à l'égard de celles qui refusaient de répondre à ses avances. La Cour rejeta l'argument et retint le raisonnement selon lequel la victime du harcèlement sexuel était harcelée parce qu'elle était une femme et que, des lors, les avances non-encouragées constituaient un obstacle à l'égalité des chances dans le travail imposé à l'agent en raison de son appartenance sexuelle. L'affaire Williams v.

25. 413 F. Supp. 654 (D.D.C. 1976), rejet d'autres motifs, William v. Bell, 587 F.2d 1240 (D.C. Cir. 1978).

Saxby s'est révélée très fertile et les précédentes

decisions qui n'accordaient pas réparation furent cassées.²⁶

In 1980, la Commission de l'égalité des chances dans l'emploi (EEOC), c'est-à-dire l'agence fédérale chargée de faire respecter le Titre 7, a établi des principes quant à la définition et à la détermination des comportements qu'elle considère illicites:²⁷

Les avances sexuelles inopportunes, les demandes de faveurs sexuelles, tout autre discours ou tout autre comportement de nature sexuelle constituent un cas de harcèlement sexuel lorsque (1) la

26. Barnes v. Castle, 561 F. 2d 983 (D.C. Cir. 1977), rejet, Barnes v. Train; Corne v. Bauch & Lomb, Inc., 562 F.2d 55 (9th Cir. 1977); Tomkins v. Public Service Electric & Gas Co., 568 F.2d 1044, (3d Cir. 1977).

27. L'interprétation donnée par la Commission en tant qu'agence fédérale, est très suivie par les juridictions bien qu'elles ne soient pas juridiquement liées par celle-ci. V. Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424, 433-34 (1971); Meritor Savings Bank v. Vinson, 106 S. Ct. 2399, 2405 (1986).

soumission à une telle conduite est posée comme condition du contrat de travail; (2) la soumission à une telle conduite ou son rejet motivent les décisions relatives à la carrière de l'intéressé, ou (3) lorsqu'une telle attitude a pour but ou pour effet d'affecter de façon déraisonnable l'exercice des fonctions ou de créer un environnement professionnel intimidant, hostile ou repoussant.²⁸

Les premières affaires de harcèlement sexuel fondées sur le Titre 7 concernaient des victimes qui avaient perdu leur emploi ou qui s'étaient vu refuser un avantage de carrière, comme une promotion, une augmentation de salaire, en raison du refus qu'elles avaient opposé à la demande de relations sexuelles présentées par leur supérieur. Le type de harcèlement sexuel a commencé à être qualifié de harcèlement quid pro quo. Les principes posés par la

28. 29 C.F.R. Sec. 1604. 11(a) (1986).

Commission de l'égalité des chances en matière d'emploi ont dépassé le harcèlement quid pro quo en définissant comme illicite le comportement qui ne prive pas les victimes des avantages de carrière mais affecte leur travail en créant un environnement professionnel intimidant, hostile ou injurieux. Les principes posés par la Commission s'inspiraient de la jurisprudence fédérale relative à la discrimination raciale ou ethnique, selon laquelle un employeur qui crée ou tolère un climat d'hostilité à l'égard d'un groupe racial ou ethnique viole le Titre 7 précité.²⁹

Le raisonnement des juridictions fédérales était le suivant:

29. Voir Rogers v. EEOC, 454 F. 2d 234, 238 (5th Cir. 1972), writ of certiorari refuse, 406 U.S. 957 (1972) (la Cour a soutenu entreprise qui commettait des discriminations à l'égard des clients hispaniques créait un climat d'hostilité qui violait les droits des salariés hispaniques aux termes du Titre 7); Firefighters Institute for Racial Equality v. St. Louis, 549 F. 2d 506, 514-15 (8th Cir. 1977), writ of certiorari refuse, 434 U.S. 819 (1977) (climat d'hostilité dans le travail fondé sur un harcèlement racial).

un climat d'hostilité dans le travail constitue une discrimination dans les modalités du contrat de travail prévus par le Titre 7 et peut avoir des conséquences sévères sur le bien-être des salariés appartenant aux minorités.

L'élargissement de la notion de harcèlement sexuel opéré par la Commission de l'égalité des chances dans l'emploi, dans le but d'inclure le harcèlement lié au climat d'hostilité dans le travail, était d'une importance pratique considérable puisque très souvent le harcèlement sexuel est commis par des collègues dont le niveau hiérarchique ne permet pas de priver la victime d'avantages de carrière ou par des supérieurs, qui ne menacent pas la victime d'utiliser leur pouvoir hiérarchique en cas de non-consentement de sa part. Dans l'affaire Bundy v. Jackson,³⁰ la Cour d'Appel du District de Columbia a soutenu que le fait que la victime n'eut pas été privée d'avantages de carrière ou qu'elle n'ait pas été forcée de démissionner ne

30. 641 F. 2d 934 (D.C. Cir. 1981).

l'empêchait pas d'obtenir réparation sur le fondement du Titre 7. La plaignante avait soutenu que plusieurs de ses supérieurs lui avaient fait des avances, l'avaient interrogée sur sa vie sexuelle, avaient ignoré ses rebuffades et bloqué son désir de promotion. S'appuyant sur la jurisprudence fédérale relative au climat d'hostilité contre une race ou un groupe ethnique, la Cour a soutenu que le harcèlement sexuel empoisonnait le climat de travail au point d'opérer, à l'encontre de la plaignante, un changement dans les modalités du contrat de travail fondée sur l'appartenance sexuelle de celle-ci. La Cour a également noté que si le harcèlement sexuel était confiné au cas de harcèlement quid pro quo, un employeur pourrait transformer le harcèlement sexuel en clause contractuelle en évitant, dans la gestion de la carrière de la victime, une décision qui fut défavorable à celle-ci:

L'employeur peut ainsi implicitement et

effectivement faire de l'endurance de l'employée

face a l'intimidation sexuelle une "condition" de son embauche ou de son maintien dans l'emploi. La femme est alors placée devant un "dilemme cruel." Ou bien elle supporte le harcèlement. Ou bien elle essaie de s'y opposer, avec peu de chances de succès, aussi bien sur le plan pratique que juridique, mais avec la certitude de rendre la situation encore plus insupportable. Ou bien elle quitte son emploi, avec peu de chances d'obtenir réparation auprès des tribunaux ou de trouver un emploi qui lui épargne de tels désagréments.³¹

Conformément a la jurisprudence Bundy, les cours fédérales ont généralement admis que "l'existence d'un climat injurieux et hostile dans le travail, lié au harcèlement sexuel peut constituer une violation du Titre 7, sans qu'il soit besoin de se demander si la victime a été

31. Idem. p. 946.

dument privée d'avantages professionnels."³² Les cours fédérales et la Commission de l'égalité des chances dans l'emploi ont aussi établi deux types de harcèlement sexuel: le harcèlement quid pro quo et le harcèlement lié à un environnement professionnel hostile. En 1986, la Cour Suprême des Etats-Unis, dans l'arrêt Meritor Savings Bank v. Vinson,³³ a décidé que les deux types de harcèlement pouvaient donner lieu à des recours fondés sur le Titre 7.

Dans l'affaire Meritor Savings Bank, la demanderesse, Michelle Vinson, avait été embauchée par la banque en 1974, en tant que caissière stagiaire. Elle passa quatre ans dans une des succursales de la banque, et bénéficia de plusieurs promotions pendant cette période au point de devenir directrice-adjointe de la succursale. Pendant ce laps de temps, elle eut pour supérieur direct, Sidney Taylor, un des

32. Henson v. City of Dundee, 682 F.2d 897, 899 (11th Cir. 1982).

33. 477 U.S. 57, 106 S.Ct. 2399 (1986).

vice-President de la banque. Apres avoir été congédiée en 1978 pour absentéisme, Vinson cita Taylor ainsi que la banque en justice en alléguant que pendant les quatre ans passés a la banque, elle avait fait l'objet de harcèlement sexuel de la part de Taylor, en violation du Titre 7.

Taylor opposa un démenti à ces allégations soutenant qu'elles essayaient de masquer un desaccord d'ordre professionnel. La banque opposa également un démenti et affirma, qu'en toute hypothèse, le harcèlement sexuel éventuellement commis par Taylor eut été contraire à son règlement interieur et n'eut reçu aucune approbation de sa part.

Devant la Cour, Vison déclara et apporta d'autres preuves à cet egard--que dès son entrée à la banque en 1974, Taylor lui avait demandé d'avoir des relations sexuelles avec lui. Apres avoir refusé, elle finit par accepter de peur de perdre son emploi. Par la suite, Taylor répéta ses demandes de relations sexuelles aussi bien pendant les

heures de bureau qu'en dehors de celles-ci. Selon Vinson, Taylor la caressait en présence d'autres employés, la suivait dans les toilettes des femmes quand elle était seule, se masturbait devant elle, et l'avait violée plusieurs fois. Bien que Vinson déclarat qu'elle avait eu 40 à 50 relations sexuelles avec Taylor pendant la période allant de 1974 à 1978, elle ne rapporta jamais aux supérieurs de Taylor le comportement de ce dernier, et n'utilisa pas davantage la procédure de plainte interne à la banque. En 1978, Vinson prit un congé de maladie à durée illimitée. Au bout de deux mois d'absence, elle fut renvoyée.

La Cour de District fédérale du District de Columbia décida que Vinson avait été consentante dans chacune des relations sexuelles et que ces dernières n'avaient aucun lien avec le maintien dans l'emploi ou les progrès de carrière de Vinson et que, dès lors, son action n'était pas fondée. Elle conclut également que la banque n'aurait pu

être tenue responsable en raison de sa politique non-discriminatoire déclarée, et de son ignorance de la conduite supposée de Taylor. Vinson fut deboutée. La Cour d'Appel fédérale cassa la décision.³⁴ Se référant à l'affaire Bundy v. Jackson, la Cour d'Appel soutint que la Cour de District avait commis une erreur de droit en ne tenant pas compte de l'environnement hostile et injurieux que la conduite de Taylor avait pu éventuellement créer.³⁵ La Cour a également soutenu que la banque pouvait être déclarée responsable du fait de Taylor quand bien même elle n'en avait aucune connaissance.³⁶

La Cour Suprême des Etats-Unis accepta d'examiner l'affaire et confirma partiellement l'arrêt de la Cour d'Appel. La Cour Suprême, en accord avec la jurisprudence des juridictions fédérales inférieures et de la Commission

34. Vinson v. Taylor, 23 FEP Cases 38 (D.D.C. 1980).

35. Vinson v. Taylor, 753 F. 2d 141 (D.C. Cir. 1985)

36. Idem. p. 150.

(EEOC) affirma qu'un demandeur pouvait établir une violation du Titre 7 en prouvant que le harcèlement sexuel avait créé un climat hostile et injurieux, à la condition que le harcèlement eut été suffisamment sévère et persistant pour affecter les modalités d'exécution du contrat de travail.³⁷

La Cour déclara que la Commission et les juridictions fédérales inférieures avaient correctement interprété le Titre 7 en décidant qu'il protégeait le droit pour tout employé de travailler dans un environnement exempt d'intimidation, de raillerie ou d'insultes discriminatoires, "que le harcèlement fut d'ordre racial, religieux ou ethnique."³⁸ La Cour en conclut que rien dans le Titre 7 ne laissait entendre que "le fait de créer un climat de travail rebutant, par suite de harcèlement sexuel ne constituait pas une discrimination illicite" et qu'exiger d'un homme ou d'une femme qu'il ou elle se plie aux exigences sexuelles

37. 477 U.S. 67.

38. Idem. p. 65.

d'autrui, pour travailler et gagner sa vie pouvait être aussi avilissant et déroutant que la plus blessante des discriminations raciales.³⁹ Finalement, la Cour a tenu le raisonnement selon lequel le fait de considérer la perte d'un avantage matériel un critère essentiel du harcèlement sexuel reviendrait à miner la volonté du législateur qui, à travers le Titre 7 a voulu interdire toute discrimination touchant aux clauses du contrat de travail.⁴⁰

L'affaire Meritor Savings Bank traite également d'autres questions importantes sur lesquelles les cours inférieures étaient parvenues à un léger consensus: (1) les moyens d'établir qu'un environnement rebutant constitue une violation du Titre 7; (2) la question de la responsabilité de l'employeur du fait du harcèlement sexuel commis par les commettants, qu'ils soient de niveau hiérarchique supérieur ou égal à celui de la victime, alors qu'une telle conduite

39. Idem. p. 67.

40. Idem. p. 63.

était contraire au règlement intérieur; (3) la question du rôle de la tenue vestimentaire, de l'apparence et/ou de la conduite de la victime dans la détermination du harcèlement sexuel. Ces problèmes seront étudiés dans une section suivante, une fois que les autres textes pouvant fonder un recours contre le harcèlement sexuel auront été présentés.

B. Le droit fédéral: la Constitution

Les violations de la Constitution fédérale peuvent faire l'objet d'un recours civil en application de la section 42 du Code des États-Unis (U.S.C.) paragraphe 1983.

Ce texte prévoit en partie que:

Toute personne qui, sous couvert d'une loi, d'une ordonnance, d'un règlement, d'une coutume, d'un usage, applicable dans un État, un territoire, ou dans le District de Columbia, prive ou fait priver, un citoyen américain ou toute personne relevant de la compétence des juridictions américaines, des droits, ou immunités reconnus par

la Constitution et les lois, pourra être citée en justice par la victime en droit, en équité ou selon toute autre procédure propre à assurer la réparation du préjudice subi.

Le paragraphe 1983 n'établit pas des droits essentiels mais fournit un droit de recours en réparation ou en injonction contre les violations des autres textes fédéraux. Le demandeur doit cependant établir que le défendeur a agi "sous couvert" de la loi fédérale ou d'un Etat. Ce texte a été interprété comme limitant le droit de recours aux actions contre les collectivités publiques (fédérales ou d'Etat) et les fonctionnaires.⁴¹

La clause de l'égalité de protection contenue dans le quatorzième amendement à la Constitution fédérale⁴² a été

41. Monnell v. Department of Social Services, 436 U.S. 658 (1978).

42. La section 1 du quatorzième amendement prévoit en partie: "Aucun Etat ne peut adopter ou faire appliquer une loi qui réduit les droits et immunités reconnus aux citoyens

considérée comme interdisant une discrimination sexuelle qui "ne répond pas a des objectifs fondamentaux du gouvernement."⁴³ Les Cours ont reconnu que le harcèlement sexuel commis par un employeur public constitue une discrimination sexuelle inconstitutionnelle. Dans l'affaire Bohen v. City of East Chicago,⁴⁴ la Cour a noté que "le fait de soumettre les femmes au harcèlement sexuel dans le travail alors que les hommes en sont épargnés équivaut au fait de les faire travailler dans un environnement plus sale et plus dangereux juste parce qu'elles sont du sexe féminin."⁴⁵

américains; aucun Etat ne peut priver une personne de la vie, de la liberté, ou de sa propriété sans respecter le "due process of law"; pas plus qu'il ne peut priver les personnes relevant de sa compétence de l'égalité de protection des lois." U.S. Constitution, Amendment XIV (1868).

43. Davis v. Passman, 442 U.S. 228, 234-35 (1979); Huebschen v. Department of Health and Social Services, 716 F.2d 1167, 1171 (7th Cir. 1983).

44. 799 F.2d 1180 (7th Cir. 1986).

45. Idem. p. 1185.

A la difference du Titre 7 qui détermine certains droits individuels, la clause de l'égale protection prévoit une "égalité de traitement". La plupart des affaires fondées sur la clause de l'égale protection, qu'elles concernent la discrimination raciale ou sexuelle, naissent de pratiques discriminatoires selon lesquelles une catégorie entière de personnes se voit appliquer un traitement différent de celui réservé à d'autres personnes pourtant placées dans une situation identique. Ainsi un employeur public qui refuserait d'embaucher des femmes dans certains emplois violerait aussi bien le droit constitutionnel des femmes a une egale protection que le droit qu'elles détiennent aux termes du Titre 7. Le harcèlement sexuel, spécialement le harcèlement quid pro quo, peut être dirigé contre une seule employée (de sexe féminin). La question s'est dès lors posée de savoir si le harcèlement sexuel dirigé contre une seule personne pouvait constituer une violation de l'égale protection. La plupart des Cours y ont

répondu positivement. Dans l'affaire Volk v. Coler,⁴⁶ le défendeur soutenait que l'appartenance sexuelle de la victime était une pure coïncidence et que, puisque toutes les employées ne faisaient pas l'objet d'une différence de traitement, il n'y avait pas de violation de l'égalité de protection. La Cour d'Appel rejeta cet argument:

L'argument du défendeur réduit à néant les garanties reconnues par la clause de l'égalité de protection et infère fallacieusement que le texte distingue entre deux catégories de femmes: celles qui font l'objet d'avances sexuelles inopportunes et celles qui ne le sont pas ou ne sont pas susceptibles de l'être. La discrimination et le harcèlement sexuels dirigés contre une femme en particulier en raison de son appartenance sexuelle constitue une violation de la clause de l'égalité de protection Le sexe de Mme Volk est une

46. 845 F.2d 1422 (7th Cir. 1988).

caractéristique inchangeable. Même si Taffen n'a pas décidé de faire des avances à toutes les femmes avec qui il était en contact, le texte n'exige pas une pareille unité de traitement.⁴⁷

Le champ d'application du recours reconnu par la Constitution en matière de harcèlement sexuel équivaut en pratique à celui fondé sur le Titre 7, à cette différence près cependant que le recours ouvert par la Constitution ne peut jouer que contre les employeurs publics. Comme la plupart des collectivités publiques tombent sous le coup du Titre 7, l'agent public, victime de harcèlement sexuel a le choix entre deux recours. On va maintenant voir que les procédures à suivre pour présenter une plainte et les modes de réparation différent d'un texte à l'autre.

C. Le droit des Etats: les lois des Etats relatives aux droits civils

47. Idem. p. 1433.

Dans les vingt dernières années, la plupart des Etats ont adopté des lois qui favorisent le développement de pratiques équitables dans le travail. Celles-ci interdisent généralement les discriminations fondées sur la race, l'appartenance sexuelle, la religion, ou l'origine ethnique.⁴⁸

La plupart de ces lois sont rédigées sur le modèle du Titre 7 et ne font pas référence explicite au harcèlement sexuel.

Le contentieux juridictionnel ou administratif né de ces textes généralement a été réglé conformément à la jurisprudence de la Commission de l'égalité des chances dans l'emploi et les Cours fédérales relative au Titre 7. Il n'est pas rare que les termes de la réglementation administrative prise en application de ces textes reprennent

48. 48 Etats ainsi que le district de Columbia ont adopté des lois condamnant la discrimination dans le travail.

Voir, Conte, SEXUAL HARASSMENT IN THE WORKPLACE: LAW AND PRACTICE, CHAP. 10 (1990).

ceux utilisés par la Commission pour qualifier un comportement de harcèlement sexuel.⁴⁹

Dans 7 Etats, par delà l'interdiction général contre la discrimination dans le travail, les lois interdisent explicitement le harcèlement sexuel.⁵⁰ Le Fair Employment Act du Wisconsin, par exemple, interdit le harcèlement sexuel qu'il définit comme "des avances sexuelles inopportunes, un contact physique inopportun, ou un acte verbal ou physique de nature sexuelle et inopportun." L'acte verbal ou physique "comprend mais ne s'y limite pas, les gestes et commentaires délibérés, répétés et inopportuns, ou l'étalage délibéré, répété de dessins pornographiques dépourvus de tout lien avec l'exercice des fonctions".⁵¹ Le Fair Employment Practices and Housing Act

49. Supra, note 29. Par exemple les textes d'application des lois du Maine, du Missouri, et du New Hampshire reprennent les termes employés par la Commission.

50. Californie, Connecticut, Illinois, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Dakota du Nord, Wisconsin.

de la Californie contient une disposition interdisant le harcèlement, ainsi défini:

1. Le harcèlement verbal, y compris l'emploi d'épithètes, les remarques désobligeantes, et les insinuations.
2. Le harcèlement physique tel que par exemple le fait d'empêcher ou de bloquer les déplacements d'autrui, ou toute intervention physique extérieure dans les allées et venues normales d'autrui.
3. Les formes visuelles du harcèlement, telles que l'exposition de posters, de bandes dessinées ou de dessins désobligeants et visant un individu dans son appartenance raciale, sexuelle, ethnique ou religieuse;

4. Les demandes de faveurs sexuelles ou les avances sexuelles inopportunes en échanges d'avantages professionnels.⁵²

On ne peut pas résumer avec une précision parfaite le contenu des législations des Etats, mais la plupart des Etats ont ou bien adopté des textes généraux sur le modèle du Titre 7 ou bien distingué les deux types de harcèlement (harcèlement "quid pro quo" et harcèlement lié à un climat de travail rebutant). La jurisprudence fédérale, et spécialement la décision de la Cour Suprême dans l'affaire Meritor Savings Bank ont grandement influencé les Cours des Etats dans l'interprétation des lois des Etats. Certains Etats s'éloignent de la solution retenue par le droit fédéral en ce qui concerne la responsabilité de l'employeur du fait de ses commettants, dans l'hypothèse où il ignore le harcèlement. Ces différences de législation seront traitées

52. Cal. Admin. Code Tit. 2, R. 7285.6 (1988).

dans les développements relatifs a la responsabilité de l'employeur.

D. La "Common Law" des Etats

La "common law" des Etats prévoit un certain nombre d'actes dommageables (torts) qui ont pu être appliqués au harcèlement sexuel. Avant l'adoption du Titre 7, la "common law" fournissait le seul fondement possible d'une action contre le harcèlement. On présentera rapidement les cas d'ouverture les plus fréquents des recours et leur application au harcèlement sexuel.

1. Assault and Battery (Coups et blessures)

Par assault on entend(1) tout comportement commis par malveillance, ou (2) tout contact physique éprouvant qui provoque chez la victime une peur ou une crainte raisonnable de subir un dommage.⁵³ Par conséquent, l'"assault" n'existe et ne peut fonder une action que si la victime s'est sentie menacée d'un dommage physique, même s'il n'y a pas eu de

53. RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS, SEC. 21 (1965).

contact physique.⁵⁴ L'atteinte simplement verbale ne peut fonder une action, à moins qu'elle ne soit accompagnée d'un comportement dont il est prouvé qu'il a causé "la peur raisonnable" de "battery".⁵⁵

Par "battery" on entend tout contact physique délibérément commis et qui a des effets dommageables et blessants.⁵⁶ Pour que la responsabilité soit reconnue, il faut que l'auteur du contact physique ait recherché celui-ci mais il n'est pas nécessaire qu'il ait eu une intention

54. W. PROSSER, HANDBOOK OF THE LAW OF TORTS, SEC. 10 (4th Ed. 1971).

55. RESTATEMENT, supra, n. 43 Sec. 31; Johnson v. GM Acceptance Corp., 228 F. 2d 104 (5th Cir. 1955) (un langage désobligeant et insultant ne peut fonder une action).

56. RESTATEMENT, supra Sec. 13, 18; Waltman v. International Paper Co., 47 FEP Cases 671 (W.D. La. 1988), casé sur d'autres motifs, 875 F.2d 468 (5th Cir. 1989) (la victime basait son action sur le fondement de "battery" en alléguant avoir été l'objet d'attouchements, de pincements à la poitrine et aux cuisses, et prétendant qu'un tuyau d'air avait été placé entre ses jambes).

malveillante. Après une étude de la jurisprudence, deux auteurs ont conclu que "l'on peut être déclaré responsable (sur le fondement de "battery") alors qu'on voulait simplement plaisanter ou faire un compliment, comme par exemple le fait de donner un baiser inopportun à autrui sans son consentement ou d'avoir un geste malheureux en voulant prêter assistance."⁵⁷

Le harcèlement sexuel qui résulte d'un contact physique éprouvant ou qui provoque chez la victime une peur de dommage physique, est par conséquent actionnable en "assault" et/ou "battery".⁵⁸ Dans l'une des premières affaires connues en matière de harcèlement sexuel, Skousen

57. Posser & Keeton on the Law of Torts at 41-42 (5th Ed. 1984).

58. C. MacKinnon, supra, n. 1, at 165 (attouchements sexuels inopportuns historiquement considérés comme "battery" ou "assault"); Rogers v. Loews L'Infant Plaza Hotel, 1526 F. Supp. 523, 529 (D.D.C. 1981) (harcèlement sexuel référant au RESTATEMENT OF TORTS pour prouver l'existence d' "assault" et de "battery").

v. Nidy,⁵⁹ une salariée obtenait une indemnité pour "assault" et "battery" en raison du préjudice physique et moral provoqué par des avances sexuelles qui comprenaient des étreintes et des attouchements. Il est important de noter cependant que si le harcèlement ne comporte pas au moins une menace de contact physique imminent et éprouvant, les théories d' "assault" et de "battery" ne sont pas applicables. La plupart des cas de harcèlement quid pro quo et de harcèlement lié a un environnement hostile ne seraient donc pas sur le fondement d'"assault" et de "battery."

2. La Commission Volontaire trouble émotif

La plupart des Etats reconnaissent, au titre de la "common law", La Commission Volontaire d'un trouble émotif comme acte dommageable. On peut donner une définition typique du cas d'ouverture de l'action dans les termes suivants: "celui qui, par un comportement excessif ou outrageant provoque, intentionnellement ou par imprudence,

59. 90 Ariz. 215, 367 P.2d 248 (1961).

un grave trouble émotif chez autrui est responsable devant ce dernier du préjudice ainsi causé."⁶⁰ Il n'y a pas cependant de définition unanime du comportement "outrageant". Le Restatement of Torts fournit une explication vague et répétitive:

La responsabilité a été reconnue seulement quand le comportement était aussi outrageant de par sa nature et si excessif de par son importance qu'il dépasse toutes les limites de la décence au point d'être considéré comme exécration, et totalement insupportable dans une société civilisée.

Généralement, la simple présentation des faits au citoyen moyen provoque sa rancœur et le pousse à s'exclamer: "outrageant".⁶¹

En matière de harcèlement sexuel, les cours ont généralement qualifié d'outrageante la menace de

60. RESTATEMENT OF TORTS, supra, Sec. 46.

61. Idem. Comment J to Sec. 46.

représailles économiques infligée par l'employeur ou par le supérieur.⁶² Le Restatement of Torts explique que "le caractère excessif ou outrageant peut tenir au fait que l'auteur du dommage abuse de sa situation ou de son pouvoir hiérarchique à l'égard de la victime."⁶³

Dans les affaires qui n'illustraient pas le harcèlement quid pro quo, les cours ont fait preuve d'inconséquence et de timidité dans la détermination du caractère outrageant des comportements dans le travail. Certaines ont même indiqué qu'en matière d'emploi, la blessure physique ou du

62. Voir, Rogers v. Loews L'Infant Plaza Hotel, 526 F. Supp. 523, 525-26 (D.D.C. 1981) (langage injurieux et avances physiques de la part du supérieur direct); Howard University v. Brest, 484 A.2d 958, 977 (D.C. 1984) (accusations de harcèlement sexuel de la part du chef d'un département universitaire, retenues comme des faits intentionnels ayant causé un trouble émotif); Rice v. United Insurance Co., 465 So.2d 958 (La. 1984) (l'existence d'actes outrageants commis par un supérieur reconnu suffisante pour engager une action sur pareil fondement).

63. RESTATEMENT OF TORTS, supra, Comment e a la Section 46.

moins la menace de telle blessure était une condition sine qua non de l'action en commission volontaire d'un trouble émotif.⁶⁴ Une cour a même décidé que le harcèlement verbal à lui seul n'était pas outrageant, à moins que des menaces de privation d'avantages professionnels aient été proférées.⁶⁵ Dans l'affaire Hooten v. Pennsylvania College of Optometry⁶⁶, par exemple, la demanderesse se plaignait des remarques humiliantes, constamment faites par ses collègues relative à son état civil et au fait qu'elle était mère célibataire. Elle était également victime, de leur part, de discrimination dans la répartition des tâches et de refus de coopérer, avec le consentement tacite de l'employeur. Elle en éprouvait un trouble et un malaise

64. Agis v. Howard Johnson Co., 371 Mass. 140, 355 N.E.2d 315 (1976); Perati v. Atkinson, 213 Cal. App. 2d 472, 28 Cal. Rptr. 898 (1963); Reziah v. W. M. Brown & Son, 683, F. Supp. 542 (W.D.N.C. 1988).

65. Seritis v. Lane, 30 FEP Cases 423 (Cal. App. Dept. 1980).

66. 601 F. Supp. 1151 (E.D. Pa. 1984).

profonds. Quand elle s'effondra au travail, elle fut licenciée. La cour jugea que de telles allégations, a supposer qu'elles fussent vraies ne pouvaient constituer l'infliction intentionnelle de trouble émotif:

Bien qu'il ne saurait être question de sous-estimer la profondeur de la douleur et de l'humiliation endurées par la demanderesse, la cour ne pense pas que le comportement allégué ... ait été outrageant au point de dépasser les limites de la décence. Bien que le fait de créer un environnement étouffant soit prôpre à causer un trouble, il ne correspond pas au comportement susceptible de provoquer la rancoeur chez le citoyen moyen, à l'égard de son auteur.⁶⁷

En revanche, d'autres cours considèrent le harcèlement sexuel comme outrageant en soi. Dans l'affaire Howard

67. Idem. p. 1154-1155.

University v. Best,⁶⁸ une enseignante dont le contrat n'avait pas été renouvelé, alléguait que le climat de travail malsain crée par le directeur à son encontre avait non seulement abouti à son licenciement, mais encore lui avait causé de l'hypertension et des difficultés d'ordre émotif, l'obligeant ainsi à se faire suivre médicalement. La Cour d'Appel du District de Columbia a rejeté les arguments avancés en première instance dans l'affaire Hooten v. Pennsylvania College of Optometry, selon laquelle seul un harcèlement sexuel particulièrement grave pouvait être qualifié d'acte dommageable:

Considérant que le harcèlement sexuel dont souffrent les femmes dans le travail, repose sur des stéréotypes sexuels dépassés et sur la volonté de domination des supérieurs (de sexe masculin) à l'égard de leurs subordonnées (de sexe féminin),
la cour rejette le point de vue exprimée par la

68. 484 A.2d 958 (D.C. 1984).

juridiction de première instance, selon laquelle le comportement dégradant et humiliant décrit était au pire une "inconvenance sociale" mais ne pouvait être érigé en infraction intentionnelle de trouble émotif.⁶⁹

Les réticences des cours à considérer le harcèlement sexuel comme outrageant per se, comme l'a fait la juridiction dans l'affaire Howard University v. Best, semblent tenir au fait que le comportement dans le travail peut être examiné selon des critères différents de ceux applicables à d'autres contextes. Un ouvrage remarquable sur la "law of torts" explique:

Dans le cadre professionnel les salariés doivent s'attendre à être évalués, et pas toujours favorablement; aussi le fait d'interroger, de critiquer, et de licencier un salarié ne constitue pas nécessairement un comportement outrageant. Et

69. Id., p. 986.

la culture propre au monde du travail peut tolérer un certain degré de taquineries et de sarcasmes qui en d'autres circonstances seraient considérés comme cruels et outrageants. Mais bien que le contexte social puisse rendre tolérable un comportement douteux, le même contexte social peut rendre d'autres actes particulièrement outrageants. Le harcèlement sexuel dans le travail constitue incontestablement une commission volontaire d'un trouble émotif, par exemple, et il est plus probable de déceler le harcèlement à travers les actes du supérieur qu'à travers ceux de personnes rencontrées à un dîner.⁷⁰

Avec sa définition ambiguë du comportement outrageant, l'auteur des lignes précédentes va très loin pour expliquer l'absence d'approche cohérente en la matière. Comme l'a dit

70. Prosser & Keeton on the Law of Torts, Section 12 a 61 (5th ed. 1984).

un autre auteur: "la réussite de l'action fondée sur ce cas d'ouverture repose presque entièrement sur la sensibilité des jugés face au harcèlement sexuel."⁷¹

3. La violation de l'intimité ou intrusion

La violation de l'intimité comprend un certain nombre de théories de la responsabilité parmi lesquelles on trouve l'intrusion. Le Restatement of Torts définit l'intrusion comme "l'empiètement délibéré, physique ou autre, dans la vie privée d'autrui ... des lors que l'intrusion pourrait être offusquante pour une personne raisonnable."⁷² Quelques cours ont limité les possibilités d'engager l'action en intrusion à l'empiètement physique dans la sphère de la vie privée.⁷³ D'autres ont étendu la notion d'intrusion aux

71. Legal Remedies for Employment-Related Sexual Harassment, 64 Minn. L. Rev. 151, 172 (1979).

72. RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS, Sec. 652 .B. (1977).

73. Cummings v. Walsh Construction Co., 561 F. Supp. 872, 884 (S.D. Ga. 1983) (intrusion "dirigée contre l'intégrité et le caractère sacré des lieux qu'une personne considérée

tentatives répétées et inopportunes d'établissement d'une intimité avec la victime. Dans l'affaire Rogers v. Loews l'Enfant Plaza Hotel,⁷⁴ la cour a jugé que la demanderesse était fondée à engager une action en violation de l'intimité en alléguant que son supérieur l'avait appelé chez elle et au bureau à plusieurs reprises, en lui posant des questions et en faisant des commentaires obscènes sur sa vie privée et ses expériences sexuelles. Dans l'affaire Phillips v. Smalley Maintenance Services, Inc.,⁷⁵ la Cour Suprême de l'Alabama a étendu la notion d'intrusion à des comportements fréquents dans les litiges relatifs au harcèlement sexuel. Le patron d'une entreprise avait pris l'habitude d'appeler la victime à son bureau et de l'interroger sur sa vie privée et sexuelle. Il lui avait également demandé d'avoir des relations sexuelles avec lui. La Cour jugea qu'il n'était naturellement comme privés et fermés aux personnes intruses, non-invitées, inopportunes et injurieuses".

74. 526 F. Supp. 523 (D.D.C. 1981).

75. 435 So. 2d 705 (Ala. 1983).

pas nécessaire que le défendeur ait envahi un espace physiquement déterminé par opposition avec la personnalité ou l'intégrité psychologique de la victime. L'immixtion du défendeur dans la vie privée de la victime et ses demandes sexuelles agressives constituent une violation de l'intimité quel que soit le lieu où ils se produisent. La cour nota que le défendeur devrait être condamné à payer une indemnité à la victime à concurrence du préjudice moral causé.

L'action en violation d'intimité semble être applicable à tous les cas de harcèlement quid pro quo et à toutes les immixtions dans la vie privée d'autrui. A l'opposé, elle ne semble pas applicable au harcèlement facteur d'un environnement professionnel hostile qui ne porte pas atteinte à la vie privée de la victime.

4. L'intervention intentionnelle dans un contrat

Dans la plupart des Etats, la "common law" prévoit une action contre celui qui intervient dans les droits qu'autrui tire d'un contrat. Pour porter plainte, le demandeur

doit prouver (1) qu'un contrat existe entre le demandeur et une tierce personne; (2) que le défendeur, qui n'était pas partie au contrat, a eu connaissance de la relation contractuelle; (3) que le défendeur s'est délibérément ingéré dans le rapport contractuel, soit dans un but intempestif soit par un moyen intempestif; (4) que le défendeur a subi un dommage en raison de cette intervention.⁷⁶

Dans le domaine du travail, les cours s'opposent sur le point de savoir si le recours est ouvert quand le contrat de travail est a durée indéterminée, c'est-à-dire, quand la durée du contrat est ad nutum.⁷⁷ Quelques cours ont appliqué la théorie à des cas dans lesquels des collègues ou

76. RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS, Sec. 766-67 (1979).

77. Comparer, Cummings v. Walsh Construction Co., supra note _____, 561 F. Supp. p. 883 et W. Holloway & M. Leach, Employment Termination Rights and Remedies, 195 (1985) et Lewis v. Oregon Beauty Supply Co., 302 Or. 616, 733 P.2d 430 (1987).

des supérieurs avaient contraint la victime à démissionner en raison du caractère insupportable des conditions de travail créées par leur comportement.⁷⁸ Par définition, la théorie n'est pas applicable contre un employeur puisqu'une troisième personne est censée intervenir dans des relations contractuelles engageant deux personnes. L'utilité de ce type de recours, en matière de harcèlement sexuel, est donc limitée.

IV. Les modes et les critères de la preuve du harcèlement sexuel

A. Le harcèlement sexuel quid pro quo

Quand le niveau hiérarchique d'un supérieur lui permet d'affecter la rémunération d'une salariée, ses conditions de travail, ou ses chances d'avancement et que la réponse positive aux avances sexuelles du supérieur a été érigée en

78. Lewis v. Oregon Beauty Supply Co., Idem,; Kyriazi v. Western Electric Co., 461 F.Supp. 894 (D.N.J. 1978), mod. 473 F.Supp. 786 (D.N.J. 1979), aff'd 467 F.2d 388 (3d Cir. 1981).

condition expresse ou implicite d'obtention des avantages professionnels, on a affaire au harcèlement quid pro quo.⁷⁹

79. Voir. Hicks v. Gates Rubber Co., 833 F.2d 1406, 1413 (10th Cir. 1987) (Il y a harcèlement quid pro quo "quand la soumission aux demandes sexuelles est transformée en condition d'obtention d'avantages professionnels précis"); Caleshua v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner and Smith, 737 F. Supp. 1070, 1084 (E. D. n. 1990) (Puisque l'auteur suppose du harcèlement n'avait pas "autorité pour embaucher, licencier la demanderesse ni pour lui accorder l'avancement ou lui infliger une sanction disciplinaire, l'employeur ne pouvait être tenu responsable de harcèlement quid pro quo). Les conditions d'obtention d'avantages professionnels précis"); Caleshua v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner and Smith, 737 F. Supp. 1070, 1084 (E. D. Mo. 1990) (Puisque l'auteur supposé du harcèlement n'avait pas "autorité pour embaucher, licencier la demanderesse ni pour lui accorder l'avancement ou lui infliger une sanction disciplinaire, l'employeur ne pouvait être tenu responsable de harcèlement quid pro quo).

Le fait que la salariée ait été ou n'ait pas été privée d'un avantage professionnel précis, le fait qu'elle ait cédé ou pas aux avances du supérieur sont indifférents à l'établissement du harcèlement.⁸⁰ Selon cette théorie, les demandes sexuelles d'un individu, détenteur d'un certain pouvoir dans l'allocation d'avantages professionnels constituent, à lui tout seul, une discrimination sexuelle portant sur les modalités du contrat de travail. Les conséquences finales sur la victime, le fait qu'elle ait perdu son emploi ou qu'elle souffre de tout autre dommage

80. Les principes posés par l'EEOC retiennent les avances sexuelles comme forme de harcèlement illicite "quand ... la soumission à un tel comportement est transformée en condition implicite ou explicite du contrat de travail pour un individu." Les principes distinguent cette forme de harcèlement de celui dans lequel la soumission à un tel comportement ou son rejet motive les décisions relatives à la gestion de la carrière d'un individu (souligné par nous). Voir, Highlander v. K.F.C. Management Co., 803 F.2d 644, 648-49 (6th Cir. 1986) (distingue les cas où l'employeur force la salariée à avoir des relations sexuelles avec lui sous peine de perdre son emploi et les cas où il pénalise la salariée qui éconduit ses avances: les deux sont constitutifs de harcèlement quid pro quo). D'autres instances soutiennent qu'il n'y a de harcèlement quid pro quo que si un avantage professionnel est effectivement retiré ou modifié. Voir, Conte, Sexual Harassment in the Workplace: Law and Practice, Sec. 3.15. p. 86 (1990).

détermineront la réparation mais n' affectent en rien le problème de savoir si la violation existe.

Dans l'affaire Spencer v. General Electric Co.,⁸¹ la Cour d'Appel fédérale du quatrième circuit a souligné les éléments de preuve nécessaires en matière de harcèlement quid pro quo: (1) Le salarié doit être en butte à des avances sexuelles en raison de son appartenance sexuelle; (2) le consentement aux avances doit constituer une condition expresse ou implicite de l'obtention d'un avantage professionnel ou leur rejet doit avoir effectivement entraîné la perte d'un avantage professionnel; (3) si l'employé a été réellement privé d'un avantage, il doit montrer qu'il était par ailleurs qualifié pour obtenir ledit avantage, c'est-à-dire qu'il y avait un lien de cause à effet entre les avances sexuelles (du moins leur rejet) et la perte de l'avantage.⁸² Ainsi défini, le harcèlement

81. 984 F.2d 651 (4th Cir. 1990).

82. Idem., p. 658.

sexuel quid pro quo recouvre deux sortes de comportement.

Le premier correspond à l'hypothèse selon laquelle l'employeur fait des avances en échange d'avantages professionnels, que ce soit de façon implicite ou expresse.

Le deuxième correspond à l'hypothèse selon laquelle l'employeur fait des avances sans dire expressément ou implicitement que les conditions de travail seraient affectées en cas de refus, mais licencie l'employée, la rétrograde ou la pénalise d'une façon ou d'une autre une fois qu'elle lui a opposé un refus.⁸³ Les cours font rarement cette distinction parce que dans les affaires ordinaires, les deux répondent à la qualification de discrimination sexuelle illégale aussi bien au regard du Titre 7 qu'au regard de la législation des Etats en faveur de la justice dans l'emploi ou de la clause de l'Egale Protection.

83. Voir, Keppler v. Hindsdale School District, 716 F. Supp. 862, 868 (N.D. Ill. 1989) (distingue entre le harcèlement quid pro quo et les cas de "représailles d'origine sexuelle").

Bien que la plupart des actions en harcèlement quid pro quo naissent d'une série d'avances ou de demandes sexuelles, en droit l'action peut être intentée à la suite d'un unique incident.⁸⁴ Ceci revêt une importance du point de vue pratique, parce qu' un incident unique ne peut créer un environnement hostile. Ainsi, si le harcèlement tient à un unique incident, il ne pourra faire l'objet d'un recours, sauf s'il constitue un harcèlement quid pro quo.⁸⁵

Toutes les sollicitations sexuelles d'un supérieur ne constituent pas un harcèlement quid pro quo. Si la perte d'un avantage précis n'est pas liée au refus de se soumettre aux avances du supérieur, il n'y a pas de harcèlement quid

84. Highland v. K.F.C. National Management Co., 805 F.2d 644, 649 (6th Cir. 1986); Downes v. F.A.A., 775 F.2d 228, 291 (1985); Laughinghouse v. Risser, 754 F. Supp. 836, 840 (D. Kan. 1990) (distingue le harcèlement quid pro quo du harcèlement facteur d'environnement hostile).

85. Chamberlin v. 101 Realty, Inc., 915 F. 2d 777, 783 (1st Cir. 1990) (bien que le fait qu'un supérieur fasse des avances sexuelles à une employée sous peine de licenciement ait des chances d'être revue favorablement par les cours en tant que harcèlement quid pro quo, une avance sexuelle isolée ne répond pas aux critères de preuve (l'existence d'un environnement hostile)); Keppler v. Hindsdale School District, supra, 715 F. Supp. p. 867. Voir, Perceptions of Harm: The Consent Defense in Sexual Harassment Cases, 71 Iowa L. Rev. 1109, 1117 (1986).

pro quo. Dans l'affaire Spencer v. General Electric Co., par exemple, la Cour a décidé que bien que le supérieur de la défenderesse lui ait fait de nombreuses avances, il n'avait pas pratiqué un harcèlement quid pro quo parce qu'il ne l'avait pas menacée de perdre son emploi en cas de refus de sa part et qu'en outre la défenderesse n'avait apporté la preuve du lien de causalité entre la privation de promotion et le refus opposé aux avances.⁸⁶ Le comportement qui ne constitue pas un harcèlement quid pro quo, s'il est suffisamment persistant et grave, peut, bien sûr, être actionné en harcèlement facteur d'environnement hostile. Dans la décision Meritor Savings Bank, il était implicitement entendu que les demandes du vice-Président de la banque envers Mme Vinson pourrait constituer un harcèlement facteur d'environnement hostile même si le vice-Président n'avait jamais fait de son consentement la

86. 894 F.2d at 659.

condition de la conservation de son emploi, de l'obtention de promotions ou de décisions qui lui soient favorables. Le même comportement peut ouvrir droit à une action de chaque type.⁸⁷

Pour qu'il y ait harcèlement quid pro quo, il est indispensable que l'appartenance sexuelle soit la cause du comportement litigieux. Dans l'affaire Hubeschen v. Department of Health and Social Services,⁸⁸ un salarié avait été licencié à la demande de son supérieur de sexe féminin. Juste avant le licenciement, le salarié et son supérieur avaient rompu la relation qu'ils entretenaient volontairement. Le salarié cita son supérieur en justice sur le fondement du Titre 7 et de la clause de l'Egale Protection et eu gain de cause. La Cour d'Appel infirma la décision au motif que le défendeur n'avait pas prouvé que

87. Voir, Carrero v. New York City Housing Authority, 890 F.2d 569, 579 (2d Cir. 1989) ("Le Recours en harcèlement quid pro quo et l'action en harcèlement facteur d'environnement hostile ne sont pas toujours distincts.)

88. 716 F. 2d 1167 (7th Cir. 1983).

son licenciement avait pour cause son apparentance sexuelle.

La preuve de ce que le supérieur avait demandé à poursuivre la relation juste avant de le faire congédier n'était pas suffisant. La Cour a retenu le raisonnement selon lequel s'il était vraisemblable que le supérieur avait agi par dépit envers son ex-compagnon, ses actes n'étaient pas motivés par l'appartenance sexuelle de ce dernier mais par la déception et la colère nées de la rupture.⁸⁹ Un employeur qui cherche à se venger d'une rupture ne commet pas une discrimination sexuelle. Des décisions comme celle prise dans l'affaire Hubeschen démontrent que seul le comportement qui cherche à extorquer des faveurs sexuelles est susceptible de constituer un harcèlement quid pro quo. Les représailles contre une rupture de relation ne constitue pas une discrimination sexuelle dans le sens du Titre 7 ou de la clause de l'Egale Protection.⁹⁰

89. Id., p. 1172.

90. Voir, Keppler v. Hinsdale School District, supra, 715 F. Supp. p. 868-69. (Représailles de l'employeur fondées

Même si la grande majorité des actions pour harcèlement sexuel sont menées par des femmes contre des hommes, le harcèlement homosexuel peut également servir de fondement à une action. Il existe peu d'affaires dans lesquelles le harcèlement quid pro quo a été reconnu à propos de rétrogradation ou de licenciement subi par un employé à la suite d'un refus opposé aux avances sexuelles d'un supérieur du même sexe.⁹¹

B. L'environnement hostile

A la différence du harcèlement quid pro quo, l'environnement hostile peut être créé par des collègues⁹² comme par des supérieurs, et même par des tierces personnes comme les clients ou les partenaires de l'entreprise.⁹³

non sur l'appartenance sexuelle mais sur la déception née de la rupture); Babcock v. Frank, 729 F. Supp. 279 (S.D.N.Y. 1990) (Avances sexuelles apres rupture d'une précédente relation, considérées comme harcèlement quid pro quo).

91. Wright v. Methodist Youth Services, Inc., 511 F. Supp. 307 (N.D. Ill. 1981); Barlow v. Northwestern Memorial Hospital, 30 FEP Cases 223 (N.D. Ill. 1980).

92. Voir, Swentek v. U.S. Air Inc., 830 F. 2d 552, 558 (4th Cir. 1987); Hall v. Gus Construction Co., 842 2d 1010 (8th Cir. 1988).

93. Les principes posés par l'EEOC prévoient qu'un employeur "peut être également déclaré responsable du harcèlement sexuel subi par ses salariés, sur le lieu de travail de la part de personnes étrangères s'il en a connaissance ou devait en avoir connaissance et n'a pas pris les mesures nécessaires pour y mettre fin." 29 CFR Sec.

L'employeur sera tenu responsable du harcèlement facteur d'environnement hostile, dès lors qu'il a connaissance des actes créant un tel environnement et qu'il n'a pas pris des mesures propres à y mettre fin.⁹⁴ Toujours à la différence du harcèlement quid pro quo, les comportements ainsi que les motivations de leur auteur susceptibles de provoquer un environnement hostile sont multiples. Des avances sexuelles répétées à l'égard d'un employé en particulier, comme dans l'affaire Meritor Savings Bank, peuvent être à l'origine d'un environnement hostile, parce que, quand bien même il n'y a pas de harcèlement quid pro quo, des menaces ont été proférées. L'environnement professionnel peut également être rendu inhospitalier ou hostile pour tous les salariés d'un même sexe, par l'emploi de surnoms intimes ou déplacés,⁹⁵ par les commentaires sexistes et désobligeants dirigés contre un sexe en particulier,⁹⁶ par l'affichage ostentatoire de photographies, de bandes dessinées et de graffitis sexuellement suggestifs,⁹⁷ par l'exigence de

1604.11 (e) 1985. Voir Erebia v. Chrysler Plastic Products Corp., 772 F.2d 1250 (6th Cir. 1985); Llwellyn v. Celanese Corp., 693 F. Supp. 369 (W.D.N.C. 1988).

94. La responsabilité de l'employeur est étudiée plus bas.

95. Volk v. Coler, 638 F. Supp. 1555, 1558-59, (C.D. Ill. 1986), _____ 845 F.2d 1422 (7th Cir. 1988); Delgado v. Lehman, 665 F. Supp. 460, 468 (E.D. Va. 1987).

96. Voir, Morgan v. Hertz Corp., 542 F.Supp. 123, 128 (W.D. Tenn. 1981), 725 F.2d 1070 (6th Cir. 1984) (langage indécent et vulgaire à destination des salariées); Huddleston v. Roger Dean Chevrolet, Inc., 845 F.2d 900 (11th Cir., 1988) (victime traitée de "s").

porter d'uniformes affriolants ou de l'usage de manières provocantes dans le but d'attirer la clientèle.⁹⁸

Enfin l'environnement hostile peut être créé par un comportement ou un langage sans teneur sexuelle mais qui est simplement offensant à l'égard d'un sexe. Dans l'affaire McKinney v. Dole,⁹⁹ la Cour d'Appel du District de Columbia a jugé que "tout harcèlement ou autre traitement inégalitaire à l'égard d'un salarié ou d'un groupe de salariés peut, s'il est suffisamment caractérisé et persistant être qualifié de condition illicite de travail, sans qu'il soit besoin d'examiner si le harcèlement prend la forme d'avances sexuelles ou de tout autres incidents empreints de sous-entendus sexuels." Par conséquent, les actes susceptibles de fonder une plainte pour environnement hostile peuvent ne pas avoir une nature sexuelle pourvu

97. V. Robinson v. Jacksonville Shipyards, Inc., 760 F. Supp. 1486 (M.D. Fla. 1991) (dessins de femmes nues, graffitis); Gilardi v. Schroeder, 833 F.2d 1226 (7th Cir. 1987) (dessins d'étreintes sexuelles); Waltman v. International Paper Co., 875 F.2d 468 (5th Cir. 1989) (graffitis sexuels sur le lieu de travail).

98. V. Priest v. Rotary, 634 F. Supp. 571, 581 (N.D. Cal. 1986). (Title VII violé parce que la victime avait été retrogradée en tant que serveuse pour avoir refusé de porter des vêtements suggestifs); EEOC v. Newton Inn Assoc., 647 F. Supp. 957 (E.D. Va. 1986) (serveuses tenues de porter des vêtements affriolants et d'avoir des manières provocantes pour attirer la clientèle); Marentette v. Michigan Host, Inc., 506 F. Supp. 909 (E.D. Mich. 1980) (Des règles imposant le port de vêtements provocants violent le Titre 7).

99. 765 F.2d 1123, 1138-39 (D.C. Cir. 1985).

qu'ils trouvent leur origine dans l'appartenance sexuelle de la victime.¹⁰⁰

Dans l'affaire Meritor Savings Bank v. Vinson, la Cour Suprême a noté que tous les comportements qui dans le cadre professionnel peuvent être considérés comme harcèlement ne sont pas susceptibles d'affecter les modalités du contrat de travail et par conséquent ouvrir droit à réparation.

Pour que le harcèlement soit un fondement valable, il faut qu'il soit suffisamment grave et envahissant au point

d'altérer les clauses contractuelles et de créer un

environnement injurieux.¹⁰¹ Comme exemple de comportement

qui n'est pas constitutif d'environnement hostile, la Cour

Suprême a cité l'arrêt de la Cour d'Appel dans l'affaire

Rogers v. EEOC: "le simple fait d'user des qualificatifs

d'ordre ethnique ou racial blessants pour l'un des salarié"

100. Hall v. Gus Construction Co., 842 F.2d 1010, 1014 (8th Cir. 1988); Laughinghouse v. Risser, 754 F. Supp. 836, 840 (D.Kan. 1990) (l'employeur, quoiqu'injurieux envers tout le monde l'était davantage envers les femmes).

101. 477 U.S. p. 67 (citant Henson v. Dundee) (11th Cir. 1982).

n'affecte pas suffisamment les termes du contrat de travail pour être considéré comme une violation du Titre 7.

Sur la question de savoir quel type de comportement est susceptible d'être qualifié de harcèlement illicite, la Cour Suprême¹⁰² a précisé que les cours de première instance doivent considérer "le dossier comme un tout" et l'ensemble des circonstances, telle que la nature des avances sexuelles et le contexte dans lequel les incidents allégués se sont produits.¹⁰³ Aucun autre problème n'a donné lieu à des opinions aussi variés et contradictoires que celui de "l'ensemble des circonstances" dans le but de déterminer si l'environnement hostile existe.

1. La sévérité et le caractère persistant

Quel degré d'inhospitalité l'environnement professionnel doit-il revêtir pour constituer un harcèlement illicite? Pour répondre à une telle question, les cours ont

102. 454 F.2d 234, 238 (5th Cir. 1971), certiorari refuse 406 U.S. 957 (1972).

103. 477 U.S. 957 (1972).

tenu compte du nombre d'incidents, de leur fréquence, et du temps pendant lequel ils se sont produits. Un comportement particulièrement choquant qui ne serait commis que quelquefois sera considéré comme insuffisamment "persistant" par les cours pour empoisonner le milieu de travail,¹⁰⁴ tandis que la continuation d'un tel comportement sur une longue période sera considéré comme ayant changé les conditions de travail de la victime.¹⁰⁵ Une cour d'appel fédérale a, cependant, indiqué que la détermination du caractère suffisamment "grave et persistant" du comportement ne devrait pas reposer

104. Voir. Downes v. F.A.A. 775 F.2d 288 (Fed. Cir. 1985) (5 incidents sur une période de 6 ans jugés insuffisants pour la détermination du caractère persistant); Hirshfeld v. New Mexico Corrections Dept., 916 F.2d 572, 574 (10th Cir. 1990) (2 contacts physiques inopportuns sur 2 jours consécutifs et une baiser une autre fois jugés insuffisants pour constituer l'environnement hostile); Chamberlin v. 101 Realty, Inc., supra 915 F.2d p. 783 (2 incidents d'ordre sexuel sur une période de 6 mois jugés insuffisamment "graves et persistants" pour constituer le harcèlement facteur d'environnement hostile mais le comportement, dans d'autres circonstances, a constitué un harcèlement quid pro quo).

105. Moffet v. Gene B. Blick Co., Inc., 621 F. Supp. 244, 269-270 (N.D. 2nd. 1985) (le fait d'être exposé quotidiennement à un langage vulgaire et avilissant pendant 6 mois constitue "incontestablement" un harcèlement illicite); Porta v. Rollins Environmental Services, Inc., 654 F. Supp. 1275 (D.N.J. 1987); Jones v. Wesco Investment, Inc., 846 F.2d 1154 (8th Cir. 1988 (Attouchements répétés de la poitrine et du postérieur de la victime)).

seulement sur la fréquence de celui-ci mais encore et surtout sur une prise en compte de l'ensemble des circonstances y compris la gravité des incidents. Dans l'affaire, Vance v. Southern Bell Telephone & Telegraph Co.,¹⁰⁶ la cour d'appel a jugé que la cour de district avait commis une erreur en décidant qu'un comportement menaçant commis deux fois ne prouvait pas l'existence d'un environnement hostile. Une autre cour a tenu le raisonnement suivant: "quoiqu'un acte unique peut être en général suffisant, des incidents répétés augmentent les chances de succès du demandeur, parce que celles-ci dépendent du nombre des incidents ainsi que de l'intensité de chacun d'entre eux."¹⁰⁷ Récemment dans l'affaire Ellison v. Brady,¹⁰⁸ la Cour d'Appel du Neuvième Circuit a soutenu que deux bizarres lettres d'amour écrites

106. 863 F. 2d 1503 (11th Cir. 1989). Voir également, Carrero v. New York City Housing Authority, 890 F.2d 569 (2d Cir. 1989) (Environnement hostile pas seulement déterminé par la durée du comportement; le caractère injurieux du comportement doit être également pris en compte).

107. King v. Board of Regents of the University of Wisconsin, 898 F.2d 533, 537 (7th Cir. 1990).

108. 924 F.2d 872 (9th Cir. 1991).

par un collègue pouvaient suffire à créer un environnement professionnel injurieux.

En dehors de la détermination du caractère "persistant", les cours se sont substantiellement divisées sur le degré de gravité de la conduite emportant responsabilité. Le même comportement peut être considéré actionnable par une juridiction et comme pure vétille par une autre. Beaucoup de cours ont exigé que le caractère injurieux soit particulièrement caractérisé pour que l'existence de l'environnement hostile fût considéré établie. Dans l'affaire Jones v. Flagship International,¹⁰⁹ par exemple, une cour d'appel fédérale a ainsi jugé:

S'il n'est pas indispensable qu'une salariée prouve la perte d'avantages professionnels précis pour établir l'existence du harcèlement sexuel, en l'absence d'une telle perte, elle doit absolument démontrer que les actes de harcèlement sexuel

109. 793 F. 2d 714 (5th Cir. 1986).

étaient persistants et destructeurs de l'ambiance de travail.¹¹⁰

Une autre cour, dans une "opinion" très souvent citée, a défini le caractère injurieux comme celui qui "affecte déraisonnablement l'exécution de sa mission par l'employé et créé un environnement professionnel intimidant, hostile et injurieux qui touche l'employé dans son équilibre psychologique." Rabidue v. Osceola Refining Co.,¹¹¹ Dans cette affaire, la cour a jugé que l'usage d'un langage sexuellement vulgaire et l'affichage de nus sur le lieu de travail ne constituaient pas un harcèlement sexuel facteur d'environnement hostile parce que la défenderesse ne rapportait pas la preuve d'une grave blessure psychologique. La même cour soutint également que l'ambiance de travail qui existait avant les incidents devrait être prise en compte

110. Idem., p. 720.

111. 805 F.2d 611, 622 (6th Cir. 1986), certiorari refuse, 481 U.S. 1041 (1987).

pour déterminer l'existence d'un environnement hostile.

Citant la cour de district, la Cour d'Appel a ainsi déclaré:

Il est incontestable que dans certaines professions, l'humour et le langage sont grossiers et vulgaires. Les plaisanteries sexuelles, les conversations sexuelles, les revues pornographiques peuvent foisonner. Le Titre 7 n'a pas été adopté dans le but de changer cet état de fait et ne peut le changer. Il ne faut pas oublier que le Titre 7 est la pièce maîtresse du dispositif de lutte pour l'égalité des droits en matière d'emploi, pour les femmes américaines. Mais toute autre chose est d'affirmer que le Titre 7 a été conçu pour changer par un coup de baguette magique les moeurs du monde du travail aux Etats-Unis.¹¹²

112. Idem., p. 620-21.

La cour a tenu le raisonnement selon lequel: "une bonne estimation de l'environnement professionnel" dans un procès de harcèlement exige que les obscénités couramment utilisées dans le milieu de travail concerné, avant et après l'arrivée de la victime soient répertoriées et qu'il soit tenu compte des attentes raisonnables de la victime, entrée volontairement dans l'entreprise.¹¹³ Dans l'affaire Rabidue, la Cour notait encore:

L'étalage de posters suggestifs a eu un effet de minimus sur l'environnement professionnel de la victime, s'il est replacé dans un contexte social qui ferme les yeux sur, laisse mettre la vedette sur et exploite commercialement des étalages de littérature et de dessins érotiques, aussi bien chez les vendeurs de journaux, qu'aux heures de

113. Ibid.

grande écoute à la télévision, au cinéma et dans

d'autres lieux publics.¹¹⁴

Dans une autre affaire exemplaire, Scott v. Sears
Roebuck & Co.,¹¹⁵ une mécanicienne se plaignait de
harcèlement sexuel de la part de ses collègues qui lui
avaient maintes fois demandé d'avoir des relations sexuelles
avec eux, lui proposaient de la "frictionner", lui tapaient
le postérieur, et présumaient qu'elle devait "gémir et
pousser des petits cris au lit." La Cour a jugé qu'il ne
s'agissait que d'exemples isolés qui n'étaient pas
suffisamment graves, éprouvants ou persistants pour créer un
environnement hostile ou injurieux et fonder une action sur
le Titre 7.¹¹⁶ Et dans l'affaire Jackson-Colley v. Army
Corps of Engineers,¹¹⁷ la Cour a soutenu que la série de
sollicitations sexuelles et le comportement impudique

114. Idem., p. 622.

115. 793 F.2d 210 (7th Cir. 1986).

116. Idem., p. 212.

117. 655 F. Supp. 122 (E.D. Mich. 1987).

(caresses des parties génitales) commis par le supérieur de la victime n'étaient pas constitutifs de harcèlement sexuel puisqu'ils étaient isolés et que leur auteur ne cherchait pas à harceler la victime et n'avait proféré aucune menace à son égard.

D'autres cours ont fait preuve d'une tolérance moindre à l'égard des comportements sexuels injurieux. Dans la décision Barbetta v. Chemlawn Services Corp.,¹¹⁸ la cour a conclu que la prolifération des dessins pronographiques sur le lieu de travail pouvait créer une atmosphère dans laquelle les femmes sont considérées comme des objets sexuels des hommes plutôt que comme leurs collègues de travail." Dans l'affaire Robinson v. Jacksonville Shipyards, Inc.,¹¹⁹ la victime se plaignait de l'existence, sur le lieu de travail, de nombreux posters et calendriers représentant des femmes partiellement ou entièrement nues,

118. 669 F. Supp. 5569 (N.D. N.Y. 1987).

119. 760 F. Supp. 1486 (N.D. Fla. 1991).

posant dans des formes suggestives, ainsi que de remarques généralement dégradantes pour les femmes, prononcées par les salariés de sexe masculin et les supérieurs. La cour a soutenu que, bien qu'à l'origine les collègues n'eussent pas eu d'intention offensante à l'égard des femmes (puisqu'il n'y avait pas de femmes dans l'entreprise quand ils commencèrent à se conduire de cette façon), il était incontestable qu'un tel comportement était dégradant envers les femmes et créait un environnement professionnel injurieux. La Cour rejeta explicitement l'argument du "contexte social" utilisé dans l'affaire Rabidue v. Usceola

Refining:

L'argument du "contexte social" contredit la volonté du législateur qui dans le Titre 7 entend ouvrir le monde du travail à la femme. Si l'état antérieur de l'environnement professionnel est considéré comme critère d'évaluation de son caractère hostile à l'égard des femmes, seules les

femmes qui veulent et qui peuvent accepter le caractère injurieux inhérent au milieu professionnel en question--milieu qui peut avoir été à l'origine strictement masculin ou qui historiquement s'est fermé aux femmes -- chercheraient à y entrer et continueraient d'y travailler. Il serait absurde de croire que le Titre 7 ait voulu formellement ouvrir de tels milieux aux femmes pour en réalité les tenir fermés. L'existence d'un environnement professionnel décourageant les candidatures féminines ou incitant les femmes à démissionner est tout aussi contraire et destructive du principe d'égalité en matière d'emploi qu'une pancarte portant la mention "réservé aux hommes"¹²⁰

120. Idem., p. 1526.

Dans l'affaire Sparks v. Pilot Carriers, Inc.,¹²¹ la cour a déclaré que "toute la difficulté d'une action en harcèlement sexuel" tient au fait qu' un comportement "tolérable dans certaines situations ... peut être injurieux dans le cadre professionnel ..." D'autres cours ont également répété l'argument du contexte social en tant que critère d'évaluation de la gravité du harcèlement.¹²²

La décision Rabidue v. Osceola Refining et d'autres ont été beaucoup critiquées par la doctrine. Un auteur a pu ainsi noté que:

Des photos pornographiques affichées sur les murs ou étalées sur le bureau d'un employeur indiquent clairement comment il considère les femmes, et cette façon de voir est diamétralement opposée au

121. 830 F.2d 1554, 1561 (11th Cir. 1987).

122. Walker v. Ford Motor Co., 684 F.2d 1355, 1359 n. 2 (5th Cir. 1982) (le contexte social ne diminue pas les effets des insultes); Wyerick v. Bayou Steel Corp., 887 F.2d 1271, 1275 n. 11 (5th Cir. 1989) (l'argument selon lequel le cadre professionnel nourrissait déjà une animosité contre le groupe de personnes protégées est en contradiction avec la jurisprudence Meritor Savings Bank et Henson v. Dundee)).

statut que les femmes souhaitent avoir sur le marché du travail. Selon les circonstances de l'affaire, cela peut indiquer que les femmes doivent être en butte aux agressions sexuelles, qu'elles sont des esclaves soumises aux désirs du mâle, et que leurs attributs les plus saillants et les plus attrayants sont d'ordre sexuel. Toutes ces images peuvent laisser les collègues de sexe masculin penser qu'il est normal d'envisager les femmes sous un rapport avant tout sexuel. Les images véhiculent des idées dénigrantes des femmes, bien éloignées de celles qu'elles souhaiteraient en majorité promouvoir.¹²³

123. Abrams, Gender Discrimination and Transformation of Workplace Norms, 42 Vand. L. Rev. 1183, 1212 n. 118 (1989). Voir aussi, Ehrenreich, Pluralist Myths and Powerless Men: The Ideology of Reasonableness in Sexual Harassment Law, 99 Yale L. J. 1177, 1201-10 (1990); Note, The Aftermath of Meritor: A Search for Standards in the Law of Sexual Harassment, 98 Yale L. J. 1717, 1737-38 (1989); Strauss, Sexist Speech in the Workplace, 27 Harv. C.R.-CIL Rev. 1, 11-16 (1990).

Resumant les critiques, Catherine MacKinnon a fait remarquer que: "si le caractère persistant d'un comportement injurieux n'est pas un cas d'ouverture d'action, aucune inégalité suffisamment institutionnalisée pour susciter une législation a son encontre ne le serait d'avantage."¹²⁴

2. Le critere de l'inopportunité: le comportement de la victime.

Pour qu'un comportement sexuel puisse constituer un harcèlement illicite, il faut qu'il soit inopportun, déplacé. Dans l'affaire Meritor Savings Bank v. Vinson, la juridiction de première instance a admis que la preuve du langage et de la tenue vestimentaire sexuellement provocants de la défenderesse étaient rapportées et a apparemment considéré que quelle que fût la relation entre son supérieur et elle, celle-ci n'avait pu avoir lieu qu'avec le consentement de la prétendue victime. La Cour d'Appel a

124. C. MacKinnon, FEMINISM UNMODIFIED 115 (1987).

jugé qu'une telle preuve n'était pas déterminante et ne devrait pas avoir été admise.¹²⁵ Eu revanche, la Cour Suprême décida qu'une telle preuve était "incontestablement déterminante" sur le point de savoir si "les avances sexuelles étaient inopportunes."¹²⁶ Dans un certain nombre d'affaires, l'employeur a été autorisé à apporter la preuve de ce que le comportement litigieux n'était pas injurieux et inopportun envers la victime compte tenu de son mode de vie, de sa propre conduite, et du type de relations qu'elle entretenait avec l'employeur. Dans un de ces affaires, la cour a admis la preuve que l'employée avait "suscité" le prétendu harcèlement en invitant son supérieur dans un bar pour "discuter de ses chances de carrière."¹²⁷ Dans une autre affaire, la cour a trouvé que les avances sexuelles avaient été encouragées parce que la prétendue victime avait

125. Vinson v. Taylor, 753 F.2d 141, 146 (D.C. Cir. 1985).

126. 477 U.S., p. 69

127. Highland v. K.F.C. National Management Co., 805 F.2d 644 (6th Cir. 1986).

rendu visite à l'hôpital au prétendu harceleur, l'avait invité à voyager avec elle, et l'avait autorisé à venir chez elle.¹²⁸

Les décisions semblables à celles qui viennent d'être présentées suggèrent qu'un comportement social normal (la visite d'un collègue hospitalisé, le fait d'inviter un supérieur à prendre un verre) qui ne serait pas considéré comme une sollicitation sexuelle tant qu'il engage deux personnes du même sexe pourrait l'être si les personnes concernées sont de sexe opposé. Si tel est le cas, cela ne voudrait-il pas dire que les conditions de travail d'un individu reposent sur son appartenance sexuelle, ce que le Titre 7 veut précisément interdire? Dans l'affaire Swentek v. U.S. Air, Inc.,¹²⁹ la Cour a jugé que l'usage d'un langage vulgaire par la victime ne laissait pas supposer qu'elle était consentante alors qu'elle avait clairement

128. Sardigal v. St. Louis National Stockyard Co., 42 F.E.P. Cases 497 (S.D. Ill. 1986).

129. 830 F.2d 552 (4th Cir. 1987).

fait comprendre à son collègue qu'il ne l'intéressait pas.

La question n'est pas tant de savoir si la victime engage facilement des relations sexuelles que de savoir si elle a accueilli favorablement les avances ou le comportement précis dont elle se plaint. Certaines cours ont continué à se demander, dans les affaires de harcèlement facteur d'environnement hostile, "si la demanderesse n'a pas grandement contribué à créer l'ambiance détestable dont elle se plaint de par ses poses suggestives et son allure provocante."¹³⁰

Les cours ont également décidé que la diligence de la victime dans la saisine des instances qui sanctionne de tels comportements devait être pris en compte pour déterminer si le comportement a été inopportun ou s'il était suffisamment injurieux pour constituer un environnement hostile.¹³¹

130. Perkins v. General Motors Corp., 709 F. Supp. 1487, 1499 (W. D. Mo. 1989).

131. Highland v. KFC National Management Co. *supra* (retard de 6 mois pour rapporter les avances sexuelles); Neville v. Taft Broadcasting Co., 42 FEP Cases 1314 (W.D. N.Y. 1987)

3. Les critères selon lesquels le comportement sur le lieu de travail doit être jugé

Le fait que la jurisprudence ne présente pas d'unité sur les critères au regard desquels le comportement sur le lieu du travail doit être jugé explique la diversité et le caractère contradictoire des modes de détermination de l'environnement hostile, ainsi que l'ambiguïté de la valeur du critère relatif à la conduite de la victime. A partir de quand peut-on dire que le comportement injurieux affecte l'environnement professionnel au point de modifier les clauses du contrat de travail?

Les cours qui ont eu la conception la plus étroite de l'environnement hostile, ont décidé que seul le comportement qui a causé un trouble émotif a été assez grave pour affecter les conditions de travail. Dans la décision Scott v. Sears Roebuck & Co.,¹³² la cour a expliqué qu'elle

(le retard de 3 jours pour rapporter les cas de harcèlement prouve que l'employée ne les a pas trouvés trop graves).

132. 798 F.2d 210 (7th Cir. 1986).

devait examiner les éléments de preuve pour déterminer si "le comportement dégradant et l'utilisation de stéréotypes avaient causé une telle anxiété et un tel affaiblissement chez la victime que les conditions de travail en avaient été "empoisonnées" dans le sens du Titre 7."¹³³ Dans l'affaire Rabidue v. Osceole Refining Co.,¹³⁴ la cour a déclaré qu'une série de remarques sexistes dirigées contre la demanderesse en particulier et contre les femmes en général, et la fréquence de représentations de femmes nues sur le lieu de travail avaient seulement un effet de minimus et n'affectait pas sérieusement l'équilibre psychologique de la demanderesse. Ces décisions impliquent en réalité que la détermination d'un environnement hostile pose une recherche subjective relative aux effets du comportement litigieux sur la demanderesse: c'est seulement si le harcèlement a causé

133. Idem., p. 213.

134. 805 F.2d 611 (6th Cir. 1986).

une blessure psychologique réparable au regard des règles de "tort" que le harcèlement sera considéré illicite.

D'autres cours ont suggéré d'appliquer le critère objectif de "la personne raisonnable":

Pour déterminer si l'environnement était hostile, la cour prend comme référence la réaction d'une personne raisonnable placée dans un environnement similaire, et soumise à des circonstances comparables La conduite du défendeur aurait eu des incidences sur l'accomplissement de son travail par cette personne raisonnable et aurait affecté son équilibre psychologique¹³⁵

Un certain nombre de décisions récentes ont déclaré que la meilleure façon de déterminer l'existence d'un environnement hostile consiste à se référer à une femme raisonnable ou à une personne raisonnable qui tiendrait le

135. Highland v. K.F.C. National Management Co., *supra*, 805 F.2d p. 650; Caleshu v. Merrill, Lynch, Pierce, Fenner & Smith, 737 F. Supp. 1070, 1082 (E.D. Mo. 1990) (le test de la "personne raisonnable").

rôle de la victime.¹³⁶ Dans l'affaire Ellison v. Brady,¹³⁷ la Cour d'Appel du Cinquieme Circuit a critiqué la recherche du "préjudice réel" effectuée dans les affaires Rabidue v. Osceola Refining et Scott v. Sears, Roebuck comme étant en contradiction avec les lois relatives aux droits civils:

Il ne fait aucun doute que les salariés n'ont pas à endurer un harcèlement sexuel jusqu'à ce que leur anxiété et leur affaiblissement révèlent que leur équilibre psychologique est atteint ... Le Titre 7 entre en jeu bien avant que la victime d'un harcèlement sexuel ait besoin de soins psychiatriques.¹³⁸

136. Andrews v. City of Philadelphia, 895 F.2d 1463, 1482 (3d Cir. 1990) (Le harcèlement sexuel doit causer un préjudice à une personne raisonnable du même sexe que la victime); Yates v. Avco Corp., 819 F.2d 630, 637 (6th Cir. 1987) (application du critère de la femme raisonnable); Hirschfeld v. New Mexico Corrections Dept., 916 F.2d 572, 575 (10th Cir. 1990) (référence à une personne raisonnable mise à la place de la victime).

137. 924 F.2d 872 (9th Cir. 1991).

138. Idem., p. 878.

La Cour expliqua pourquoi l'évaluation de la gravité et du caractère persistant du harcèlement sexuel devait s'effectuer à partir de la victime même:

Si on se contentait de se demander comment une personne raisonnable réagirait au prétendu harcèlement sexuel, on pourrait courir le risque de renforcer le niveau de discrimination qui prévaut actuellement. Et les auteurs de harcèlement pourraient continuer à sévir simplement parce qu'une pratique discriminatoire est courante.¹³⁹

La Cour a également conclu que, même en se plaçant du point de vue de la victime, la référence à "une personne raisonnable assexuée" ne saurait être appliquée en raison des positions différentes entre les hommes et les femmes sur la qualification d'un comportement à teneur sexuelle. La cour cite l'exemple d'un supérieur qui pense simplement

139. Ibid.

faire un compliment à sa subordonnée en lui disant qu'elle a "un corps superbe" ou "de belles jambes", alors que cette dernière pourrait considérer ces commentaires comme inconvenants.¹⁴⁰

La cour ajouta que "les hommes qui font rarement l'objet d'agressions sexuelles, sont susceptibles d'avoir une perception plutôt lointaine d'un comportement sexuel et de se révéler incapables d'appréhender réellement un contexte social ou la menace secrète d'une violence comme une femme le ferait."¹⁴¹ Les études disponibles confirment la position de la cour selon laquelle l'appartenance sexuelle est un facteur significatif dans la façon de percevoir un comportement sexuel.¹⁴² La Cour du Neuvième

140. Ibid. L'hypothèse est tirée de Lipsett v. University of Puerto Rico, 864 F.2d 881, 898 (1st Cir. 1988). Voir également, Yates v. Avco Corp., supra 819 F.2d p. 637 (les hommes et les femmes ne répondent pas aux mêmes critères de vulnérabilité et ne sont pas blessés par les mêmes actes).

141. 924 F.2d, p. 879.

142. Un des résultats de l'étude du U. S. Merit Systems Office était relatif au fait que les hommes et les femmes tendent à définir le harcèlement sexuel dépourvu de manifestations physiques de façon différentes. Les hommes ont tendance à penser que les victimes de harcèlement sexuel

Circuit a ainsi pu décider qu' "une défenderesse présente une argumentation prima facie à l'appui d'une action en harcèlement sexuel facteur d'environnement hostile quand elle dénomme une conduite qu'une femme raisonnable considérerait suffisamment grave et persistant pour altérer les conditions de travail et créer un milieu professionnel injurieux."¹⁴³

L'importance pratique du critère ne doit pas être surestimé. Par exemple, dans l'affaire Ellison v. Brady, la Cour de Neuvieme Circuit a jugé que selon la critère de "la femme raisonnable" la question de savoir si deux bizarres (mais pas explicitement menaçantes) lettres d'amour

en sont en quelque sorte responsables et que les femmes dramatisent les conséquences du harcèlement. U.S. Merit Systems Survey Summary and Conclusions, supra n.2, p. 97. Voir également, Ehrenreich, Pluralist Myths and Powerless Men: The Ideology of Reasonableness in Sexual Harassment Law, 99 Yale L. J. 1177, 1207-08 (1990) (les hommes ont tendance à regarder certaines formes de harcèlement sexuel comme "des petits désagréments de la vie social que seules les femmes hypersensibles peuvent rejeter"); Abrams, Gender Discrimination and The Transformation of Workplace Norms, 42 Vand. L. Rev. 1183, 1203 (1989) (les hommes considèrent habituellement le harcèlement sexuel comme un phénomène sans gravité).

143. 924 F.2d p. 879.

adressées par un collègue avait crée un environnement hostile, pouvait être portée à l'instance, la cour ne peut pas dire que la réaction d'Ellison était tout à fait particulière et qu'elle révélait une sensibilité à fleur de peau. La Cour croit qu'une femme raisonnable aurait pu avoir la même réaction.¹⁴⁴ Il est probable que la décision eût été contraire si elle avait été prise en application du critère subjectif du "préjudice reel", ou de celui de la "personne raisonnable" assexuée. Dans l'affaire Ellison, la cour a également souligné la responsabilité encourue par l'employeur:

Il est à noter que le critère de la victime raisonnable amène à qualifier un comportement de harcèlement sexuel illicite alors même que l'auteur des actes ne réalise pas que son comportement crée un environnement hostile. Des compliments sans arrière-pensées de la part de

144. Idem.

collègues ou de supérieurs peuvent constituer un harcèlement sexuel si une personne raisonnable de même sexe que la victime considérerait les remarques assez graves et persistantes pour altérer les conditions de travail et créer un environnement professionnel injurieux Pour éviter d'être déclaré responsable sur le fondement du Titre 7, l'employeur peut être amené à éduquer et sensibiliser son personnel à fin d'éliminer les comportements qu'une victime raisonnable considérerait comme harcèlement illicite.¹⁴⁵

Le critère de "la victime raisonnable" exige des juges et des jurys qu'ils se mettent, certaines fois, à la place d'un individu de sexe opposé. Les complications que cela peut poser n'ont pas été examinées par la Cour.¹⁴⁶

145. Ibid.

146. Une opinion dissidente dans l'affaire Ellison soutient que "la référence à une personne raisonnable asexuée

V. La responsabilité de l'employeur

Les principes posés par l'EEOC en 1980 définissent le type de conduite que l'agence qualifie de harcèlement sexuel et établissent un critère de responsabilité de l'employeur:

Un employeur ... est responsable de ses actes et de ceux de son personnel en ce qui concerne le harcèlement sexuel, que lesdits actes aient été autorisés ou interdits par l'employeur, que ce dernier en ait eu connaissance ou qu'il dût en avoir En ce qui concerne les relations entre collègues, l'employeur est responsable du harcèlement sexuel commis sur le lieu de travail dès lors qu'il (ou ses agents ou le personnel de direction) a connaissance ou devrait avoir connaissance de celui-ci à moins qu'il puisse prouver qu'il a immédiatement pris les mesures qui s'imposaient L'employeur peut être également

contribuerait grandement à clarifier l'affaire présente et des affaires à venir" 924 F.2d, p. 885.

responsable du harcèlement commis par des tierces personnes envers ses employés sur le lieu de travail quand il a connaissance ou devait avoir connaissance des actes et ne prend pas immédiatement les mesures qui s'imposent.¹⁴⁷

Les cours fédérales n'étaient cependant pas d'accord entre elles sur le critère de responsabilité à appliquer à l'employeur dont les employés subissent un harcèlement sexuel sur le lieu de travail. Le conflit le plus important est apparu dans des affaires où un supérieur était l'auteur du harcèlement.¹⁴⁸ Certaines décisions tenaient l'employeur responsable de tout harcèlement commis sur le lieu de travail (commis par des collègues ou des supérieurs)

147. 29 CFR Sec. 1604, 11 (c-e).

148. Le désaccord en ce qui concerne le harcèlement engageant deux collègues (de même niveau hiérarchique) était faible. Les cours ont uniformément décidé que la responsabilité de l'employeur devait être déclarée dès lors que celui-ci savait ou aurait du savoir que la harcèlement était commis et qu'il n'a entrepris aucune action pour y mettre fin. Voir Zabkouwicz v. West Bend Co., 589 F. 780, 784 (E.D. Wis. 1984). Cette position a été également reprise par le EEOC dans ses principes.

seulement s'il avait eu connaissance et n'avait pas cherché à y mettre fin.¹⁴⁹ D'autres tenaient l'employeur strictment responsable des actes de son personnel de direction, qu'il ait ou qu'il n'en ait pas eu connaissance.¹⁵⁰

Les différences entre les décisions tiennent au conflit qui divise les cours sur le point de savoir si le harcèlement sexuel devrait être traité de la même façon que les autres formes de discriminations dont l'employeur est responsable. Selon les principes généraux posés par l'agence, l'employeur est légalement responsable des actes commis par ses employés dans le cadre du service et pour l'exécution de leurs fonctions. Ce principe général est applicable au Titre 7 parce que le texte inclut "les agents" sous le terme "l'employeur". Les cours qui ont adopté la position restrictive tiennent le raisonnement suivant:

149. Voir Tomkins v. Public Service Electric & Gas Co., 568 F.2d 1044, 1048-49 (3d Cir. 1977).

150. Voir Miller v. Bank of America, 600 F.2d 211, 213-14 (9th Cir. 1977).

compte tenu de la responsabilité qui pèse sur l'employeur pour d'autres discriminations commises par le personnel de direction, s'agissant, par exemple, d'un licenciement motivé par l'appartenance raciale, que l'employeur ait été au courant, l'ait ou pas approuvé ou pas, la même responsabilité devrait s'appliquer en cas de harcèlement sexuel commis par un supérieur. Les cours qui avaient lié la responsabilité de l'employeur à sa connaissance du comportement litigieux, distinguent, cependant, entre le harcèlement sexuel et les autres formes de discriminations. Normalement quand un supérieur prend des décisions défavorables à l'égard d'un employé (licenciement, refus de promotion, changement d'affectation), il le fait par délégation de pouvoir au nom de l'employeur et intervient ainsi dans l'exercice de sa mission. Dans de telles affaires, la responsabilité absolue est applicable conformément aux principes reconnus. Mais le harcèlement sexuel, spécialement quand il est porteur d'environnement

hostile, se situe normalement en dehors de la délégation de pouvoir accordée par l'employeur, dès lors, selon certaines cours, celui-ci ne devrait être déclaré responsable que s'il a connaissance des actes et n'a pas pris les mesures nécessaires pour les faire cesser.

Dans l'affaire Meritor Savings Bank v. Vinson, la Cour Suprême a eu l'occasion de résoudre le conflit qui divisait les cours fédérales inférieures. Le défenderesse soutenait que le banque devait être déclarée strictement responsable du comportement de Taylor parce que celui-ci était non seulement son supérieur mais occupait la direction de la succursale où elle travaillait. La banque, de son côté, prétendait que le fait que Vinson n'ait pas utilisé la procédure interne de plainte ou n'ait par d'autres moyens porté les faits à sa connaissance, l'exonérait de toute responsabilité.

La Cour Suprême infirma la décision de la Cour d'Appel qui imposait une responsabilité stricte aux employeurs pour

le harcèlement sexuel commis par leurs cadres mais ne s'est pas prononcée de façon définitive sur la responsabilité de l'employeur:

La Cour s'accorde avec l'EEOC pour dire que le Congrès a voulu que les juridictions s'inspirent des principes posés par l'agence en la matière. La définition donnée par le Congrès qui inclut les "agents" sous le terme "employeur" (42 USC Sec. 2000 e (b)) marque incontestablement la volonté de limiter les actes pour lesquels l'employeur est tenu responsable. Aussi, la Cour conclut-elle que la Cour d'Appel a commis une erreur de droit en décidant que l'employeur était toujours et automatiquement responsable du harcèlement sexuel commis par ses cadres De même, l'ignorance du comportement n'exonère pas nécessairement l'employeur de sa responsabilité.¹⁵¹

151. 477 U.S., p. 72.

La Cour Suprême a également rejeté l'argument de la banque selon lequel l'existence d'une politique interne antidiscriminatoire et d'une procédure de plainte, ajoutée au fait que Vinson n'avait pas utilisé ladite procédure ni cherché à l'informer du comportement de Taylor, l'exonérait de toute responsabilité.¹⁵² Le Cour nota que: (1) La politique générale de la banque prônant la non-discrimination ne visait pas spécialement le harcèlement sexuel et ainsi ne sensibilisait pas le personnel au souci de la banque de corriger ce type précis de discrimination; et (2) la procédure de plainte exigeait de l'employé de se plaindre en premier lieu à son supérieur direct qui en l'espèce était l'auteur présumé du harcèlement. La Cour suggéra que l'argument de la banque selon lequel la procédure de plainte était une garantie "aurait plus de

152. Ibid.

poids si celle-ci avait été organisée de façon à encourager les victimes de harcèlement à se déclarer."¹⁵³

Conformément à la jurisprudence Meritor Savings Bank, les cours font reposer la responsabilité de l'employeur pour le comportement de ses employés sur le fait que l'auteur du harcèlement sexuel agit, sous l'autorité explicite ou apparente de l'employeur.

A. Le harcèlement Quid Pro Quo

Quand un supérieur a commis un harcèlement Quid Pro Quo, l'employeur est généralement déclaré entièrement responsable des actes de ce dernier: "l'employeur est entièrement responsable des actes de discrimination ou de harcèlement sexuels commis par un supérieur à l'encontre d'un subordonné privant ainsi ce dernier d'un avantage professionnel précis."¹⁵⁴ Cette analyse suit en fait les principes posés par l'agence puisque le supérieur agit dans

153. Idem., p. 73.

154. Henson v. City of Dundee, 862 F.2d 897, 910 (11th Cir. 1982).

l'exercice des fonctions que lui a assignées l'employeur et bien qu'il les ait mal utilisées, il doit tout de même être considéré comme un commettant de l'employeur.¹⁵⁵ La violation de la politique interne de l'entreprise, ou l'ignorance de l'employeur ou l'impossibilité dans laquelle il se trouvait d'empêcher le harcèlement ne sont pas des causes exonératoires de responsabilité.

B. L'environnement hostile

Conformément aux principes posés par l'EEOC et révisés après l'affaire Meritor Savings Bank, la plupart des cours ont jugé que la responsabilité de l'employeur pouvait être établie de deux façons. La "responsabilité directe" est engagée lorsque le supérieur est l'auteur du comportement qui est à l'origine de l'environnement hostile et qu'il a agi dans l'exercice de ses fonctions.¹⁵⁶ La "responsabilité

155. Sparks v. Pilot Freight Carriers, 830 F.2d 1554 (11th Cir. 1987).

156. Steele v. Offshore Shipbuilding, Inc., 867 F.2d 1311, 1316 (11th Cir. 1989).

indirecte" est engagée lorsque l'auteur de l'environnement hostile n'agit pas en tant que commettant de l'employeur, tels qu'un collègue ou un supérieur qui agissent en dehors des limites de leurs fonctions, et que le demandeur établit que l'employeur avait ou devait avoir connaissance du harcèlement et qu'il n'avait pas rapidement pris les mesures qui s'imposaient.¹⁵⁷ "Les employeurs sont responsables s'ils n'ont pas remédié à un environnement hostile ou injurieux ou s'ils ne l'ont pas empêché alors que la direction savait, ou, dans l'exercice normal de ses fonctions, était censée savoir."¹⁵⁸

La responsabilité pour environnement hostile existe très rarement mais elle est susceptible d'être engagée quand le personnel de direction a fermé les yeux sur la conduite des subordonnés ou l'a facilitée. Dans l'affaire Robinson

157. Steele v. Offshore Shipbuilding, Inc., supra; Henson v. City of Dundee, supra, 682 F.2d 910.

158. EEOC v. Hacienda Hotel, 881 F.2d 1504, 1515-16 (9th Cir. 1989).

v. Jacksonville Shipyards, Inc., la cour a jugé l'employeur directement responsable de l'environnement hostile parce que la direction avait toléré la distribution et l'affichage de revues pornographiques qui constituaient une partie des faits sur lesquels reposait l'action.¹⁵⁹

C'est la responsabilité indirecte qui est le plus souvent reconnue en matière d'environnement hostile et la question qui se pose alors est de savoir si l'employeur avait réellement connaissance du comportement injurieux ou est présumé l'avoir eu. L'employée peut établir la connaissance en prouvant qu'elle s'était plainte à l'agent de direction compétent ou que le harcèlement était tellement persistant qu'il était impossible de ne pas en avoir connaissance.¹⁶⁰ Une fois que l'employeur reçoit des plaintes ou a quelqu'autre signe de la dégradation de l'environnement professionnel, il lui incombe de mener une

159. 760 F. Supp. p. 1529.

160. Huddleston v. Roger Dean Chevrolet, Inc., 845 F.2d 900, 904 (11th Cir. 1988).

enquête.¹⁶¹ Le fait d'ignorer ou de réagir trop lentement emporte responsabilité. La présomption de connaissance repose sur un critère pratique: si la conduite injurieux est trop persistante pour échapper à la vigilance normale de la direction, la connaissance de l'employeur sera présumé, même en l'absence de plaintes.¹⁶² Dans l'affaire Robinson v. Jacksonville Shipyards, Inc., la Cour a présumé la connaissance à partir de la quantité d'effets pornographiques en circulation dans l'entreprise et du grand nombre de personnes au courant du harcèlement subi par la salariée de la part de ses collègues. "Le nombre de collègues et de cadres qui savaient réellement que la

161. Yates v. Avco Corp., 819 F.2d 630, 636 (6th Cir. 1987); Paroline v. Unisys Corp., 879 F.2d 100, 107 (4th Cir. 1989).

162. Voir Andrews v. City of Philadelphia, 895 F.2d 1469, 1486 (3d Cir. 1990) (la sous-direction doit avoir eu connaissance des remarques et des dessins); Waltman v. International Paper Co., 875 F.2d 468, 478-79 (5th Cir. 1989) (Connaissance indubitable puisque les dessins obscènes étaient affichés sur les murs longeant le couloir de la direction).

victime était harcelée laisse aisément présumer la connaissance du harcèlement par la direction."¹⁶³

Dans l'affaire Meritor Savings Bank, la Cour Suprême a suggéré qu'une "bonne procédure" de plainte (propre à l'entreprise) pouvait fournir un argument de défense à l'employeur dont les salariés ont créé un environnement hostile aux employés des minorités. La jurisprudence subséquente n'a pas défini "la bonne procédure" de plainte, mais certaines cours ont décidé qu'un employeur pouvait s'exonérer en réagissant rapidement et effectivement aux plaintes d'une employée. Dans l'affaire Katz v. Dole,¹⁶⁴ la cour a exigé de l'employeur qu' "il prenne des mesures propres à faire cesser le harcèlement." Dans cette affaire, la cour a jugé que l'employeur avait pris les mesures adéquates, en ouvrant une enquête, en adoptant des notes de service interdisant le harcèlement, et en menaçant l'auteur

163. 760 F. Supp., p. 1531.

164. 709 F.2d 251, 256 (4th Cir. 1983).

des actes litigieux de licenciement en cas de récidive. De même, dans l'affaire Barrett v. Omaha National Bank,¹⁶⁵ la Cour d'Appel a jugé qu'un employeur avait pris les mesures adéquates en ouvrant une enquête détaillée, en plaçant l'auteur du harcèlement sous surveillance, et en le menaçant de démission à la moindre défaillance. La court conclut que le Titre 7 n'exige pas que l'employeur congédie tous les auteurs de harcèlement.

Les cours ont généralement indiqué que les mesures devaient être "proportionnelles à la gravité des actes."¹⁶⁶ Les mesures seront considérées inadéquates si l'employeur tarde à réagir ou adopte une solution qui, au regard des faits, ne saurait empêcher la répétition des mêmes actes.¹⁶⁷

Par exemple, dans l'affaire Waltman v. International Paper

165. 726 F.2d 424, 427 (8th Cir. 1984).

166. Dormhecker v. Malibu Grand Prisc Corp., 828 2d 307, 309 (5th Cir. 1987).

167. Guess v. Bethlemem Steel Corp., 913 F.2d 463, 465 (7th Cir. 1990) Ellison v. Brady, 924 F.2d 872, 882 (9th Cir. 1991).

Co.,¹⁶⁸ la victime avait été en butte à des agressions verbales et physiques caractérisées, la cour après avoir lu les dispositions du règlement intérieur, a jugé qu'elles étaient insuffisantes. Dans l'affaire Ellison v. Brady, la réponse de l'employeur au harcèlement (lettres d'amour inopportunes) a consisté uniquement à demander à l'auteur de ne pas importuner la victime: il n'y eut ni blâme ni menace de sanction:

Le Titre 7 exige plus que le simple fait de demander de se retenir de tout comportement discriminatoire. Les employeurs n'encouragent pas l'attitude souhaitable chez les auteurs potentiels de harcèlement quand ils ne sanctionnent pas les auteurs effectifs. Si Ellison arrive à prouver devant le cour de renvoi que Gray était au courant de sa conduite ou en tout cas était présumé l'être et que le gouvernement n'avait pas pris la moindre

168. 875 F.2d 468 (5th Cir. 1989).

des sanctions disciplinaires, alors la cour de district devra juger que la réaction initiale du gouvernement était insuffisante au regard du Titre 7.¹⁶⁹

VI. La réparation du préjudice causé par le harcèlement sexuel

A. Le droit fédéral

Quand un employeur est déclaré responsable de discrimination illicite, sur le fondement du Titre 7, la cour peut prononcer une injonction de toute discrimination future et "ordonner des mesures de réparation telles que, par exemple, la réintégration ou l'embauche des employés, avec ou sans rappel de salaires ... ou toute forme d'indemnisation que la cour jugera adéquate."¹⁷⁰ Ces mesures sont destinées à favoriser les deux buts de la loi: éliminer la discrimination en matière d'emploi, et réparer

169. 924 F.2d, p. 882.

170. 42 U.S.C. Sec. 2000 e-5 (g) (1982).

équitablement le préjudice subi du fait de la discrimination illicite."¹⁷¹

Bien qu' "une réparation équitable englobe de nombreuses formes d'indemnisation", les cours fédérales adoptent une interprétation du Titre 7 qui interdit toute indemnité en dehors du remboursement des mois de salairé dont la victime a été privée: il n'y a pas de droit à indemnité pour les autres préjudices ("personal damages", "punitive damages") sur le fondement du Titre 7.¹⁷² A un employé qui a été licencié ou privé d'un avantage professionnel par suite de harcèlement quid pro quo, la loi offre ainsi la réintégration et le remboursement des mois de salaire perdus. Mais le plus souvent, le harcèlement sexuel n'entraîne pas de perte de salaire. Dans le cas du harcèlement, facteur d'environnement hostile, la victime n'a

171. Albemarle Paper Co., v. Moody, 422 U.S. 405, 418 (1975).

172. Chauffeurs Teamsters and Helpers Local 391 v. Terry, 110 S. Ct 1339 (1990).

pas nécessairement été privé de salaires ou d'avantages professionnels. La seule réparation possible consiste en une injonction de faire cesser le harcèlement, adressée à l'employeur.

Les tentatives d'amendement du Titre 7 de façon à ce qu'il comprenne une réparation d'ordre financier ("damage remedy") ont été vouées à l'échec. Aussi le demandeur se fonde-t-il à la fois sur le Titre 7 et les lois des Etats relatives aux droits civils ou sur les principes des "torts" pour obtenir une réparation financière.

Il est possible d'obtenir des "monetary damages", des "compensatory damages" ou des "punitive damages" à travers un recours constitutionnel en dommages et intérêts fondé sur la section 42 du Code des Etats Unis, paragraphe 1983. Mais de tels recours ne peuvent être faits qu'à l'encontre des employeurs publics, et ceux-ci ne pourront être déclarés responsables que s'il est prouvé que les actions discriminatoires ont été menées en application de la

politique officielle dudit employeur. Le recours constitutionnel est donc d'une faible utilité en ce qui concerne la réparation du préjudice causé par le harcèlement sexuel.

B. Le droit des Etats

Les dispositions relatives à la réparations prévue par les lois des Etats qui favorisent le développement de pratiques équitables dans le travail sont calquées sur le Titre 7 et ne prévoient par conséquent qu'une indemnisation en équité. D'autres textes prévoient expressément la réparation financière ("monetary damages") ou ont été interprétés de cette façon par les cours des Etats. Le Human Rights Act de l'Illinois, par exemple, inclut explicitement dans la liste des indemnisations "un véritable réparation du préjudice et de la perte subis." La Fair Employment and Housing Act de Californie ne prévoit pas explicitement ce type de réparation mais les cours ont retenu une interprétation qui autorise "les autres formes de

réparation propres à assurer" les "compensatory and punitive damages."

La Common Law de Etats accorde également des réparations et beaucoup d'Etats autorisent l'allocation de "punitive damages" quand le comportement est d'une gravité caractérisée. Comme cela a déjà été indiqué plus haut, il est à noter que les théories relevant de la common law ne conviennent pas vraiment aux problèmes posés par les affaires de harcèlement sexuel, aussi les plaideurs répugnent-ils à porter leurs recours devant les cours des Etats, en matière de protection des droits civils. De plus en plus, les auteurs de recours en harcèlement sexuel se tournent vers les cours fédérales et se fondent sur le Titre 7 et les théories de "tort" des Etats.

Conclusions

L'élément le plus important dans le développement du droit du harcèlement sexuel aux Etats-Unis est que les moyens de recours, les statuts fédéraux et les actions en

"common law" n'ont pas été créés pour le harcèlement sexuel.

Donc, la plupart des actions engagées pour harcèlement sexuel consiste dans une tentative d'adapter et de forger le droit applicable ainsi que les remèdes juridiques. Les ajustements faits pour adapter le droit aux faits sociaux n'ont pas toujours été réussis. La plus grande connaissance du domaine apporter éventuellement un droit plus précis et distinct. Les moyens de recours seront prévus de façon à réparer le véritable préjudice de la victime et de façon à encourager les employeurs à une politique d'auto-régulation.