RDT02-05ETUDES_Mise en page 1 13/02/2012 13:52 Page 80

La procédure interne, nouveau remède au harcèlement ?

Brèves remarques sur le traitement juridique de la souffrance au travail [1]

par Renaud Colson
Maître de conférences à l'Université de Nantes, Marie Curie Fellow à l'Institut universitaire européen de Florence, membre du laboratoire Droit et Changement Social

et Jean-Michel Poittevin
Docteur en droit, avocat

L'attention portée aux questions liées au harcèlement a conduit les partenaires sociaux au niveau européen et national à favoriser la mise en place de procédures internes destinées à éliminer ou à prévenir les risques psychosociaux. Ces procédures ont pour particularité d'introduire des garanties procédurales, souvent inspirées des règles du procès équitable, qui ne sont pas sans évoquer d'autres modes de règlement alternatifs des conflits. En a-t-on pour autant mesuré toute la portée ? Par delà la louable intention de remédier aux problèmes de la violence au travail, il est à craindre que leur développement ait aussi pour conséquence de restreindre l'accès à la justice pour les salariés et représentants du personnel.

Dans un arrêt du 29 juin 2011 (n° 09-70.902, publié au *Bulletin*), la Chambre sociale de la Cour de cassation a qualifié d'« abstention fautive » l'omission par l'employeur « d'effectuer les enquêtes et investigations qui lui auraient permis d'avoir (...) la connaissance exacte de la réalité de faits de harcèlement moral et sexuel reprochés à (un salarié) et de prendre les mesures appropriées ». Dessinant en creux une obligation nouvelle à la charge du chef d'entreprise, cette décision prolonge sur le terrain prétorien l'accord national interprofessionnel du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail [2]. Signé par les principales organisations patronales et syndicales, ce texte, qui ne contient aucune disposition contraignante, exhorte les entreprises à mettre en place une « procédure appropriée » au traitement des plaintes émanant des salariés exposés aux formes les plus préoccupantes de risque psychosocial [3]. L'accord trouve un écho dans la décision du 29 juin 2011 qui confère valeur jurisprudentielle à l'invitation des partenaires sociaux faite aux employeurs de juger les situations de harcèlement au sein de leur entreprise, sous condition de garantir confidentialité et « traitement équitable » aux parties concernées.

De prime abord, on peut se féliciter d'une évolution qui illustre, dans le champ juridique, l'attention croissante portée à la souffrance au travail par les acteurs de l'entreprise. La prise en compte par le droit des violences psychologiques dont peuvent être victimes les salariés doit être saluée alors que se multiplient les diagnostics établissant une croissance des troubles psychiques individuels dû au délitement du lien social,

(1) Que soit ici remercié Olivier Leclerc pour ses commentaires critiques sur une première version de cet article. Les erreurs et positions du texte restent imputables aux seuls auteurs.
(2) Sur l'accord du 26 mars 2010, v. not. P. Adam, « Une lecture de l'accord du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail », *RDT* 2010. 428 ; F. Pelletier, « L'ANI sur le harcèlement et la violence au travail : de nouvelles obligations pour l'employeur ? », *JCP* S 2010, n° 19-20, 3.
(3) Sur les contours de cette notion, voir les rapports diligentés par le ministère du Travail : Collège d'expertise sur le suivi des risques psychosociaux au travail, *Mesurer les facteurs psychosociaux de risque au travail pour les maîtriser*, avril 2011, [en ligne], http://www.travailler-mieux.gouv.fr/Mesurer-les-facteurs-psychosociaux.html ; et précédemment, P. Nasse et P. Légeron, *Rapport sur la détermination, la mesure et le suivi des risques psychosociaux au travail*, mars 2008, [en ligne], http://www.travail-emploi-sante.gouv.fr/IMG/pdf/RAPPORT_FINAL_12_mars_2008.pdf.

notamment dans le monde professionnel [4]. Quant à la technique mise en œuvre, à savoir l'établissement d'une procédure de type quasi-juridictionnel au sein de l'entreprise, elle peut satisfaire aussi bien les tenants du nouveau management, que les partisans du conflit des logiques. Si les premiers voient dans le bon chef d'entreprise un médiateur à même de concilier les contraires au sein d'une communauté de personnes diverses [5], les seconds voient dans le formalisme juridique un point d'appui pour faire avancer la cause des travailleurs [6]. Tous devraient dès lors s'accorder sur les vertus d'une procédure qui favorise la communication au sein de l'entreprise et encadre le pouvoir décisionnaire de l'employeur [7].

Mais au risque d'afficher un certain pessimisme [8], on peut craindre que ne se dissimule, derrière l'apparente domestication du pouvoir brut à laquelle donne lieu l'établissement d'une nouvelle procédure de gestion du harcèlement, une réalité moins idyllique. Une réalité où les partenaires sociaux, s'accordant *a minima* sur un sujet consensuel, l'instrumentalisent pour asseoir leurs intérêts respectifs au sein de l'entreprise, quitte à fragiliser les digues juridiques construites au cours des dix dernières années pour contenir les expressions les plus aiguës de la violence au travail. À y regarder de près, il n'est pas certain en effet que le renforcement des procédures internes soit un gage de protection accrue des salariés victimes de harcèlement. Mimant le procès sans en offrir toute les garanties, les procédures extrajudiciaires surdéterminent l'activité postérieure du juge quand elles ne rendent pas sa saisine improbable. Il en résulte que la diversification des réponses procédurales aux occurrences de violence professionnelle (I) pourrait avoir pour effet paradoxal la neutralisation de leur traitement judiciaire (II).

« Une réalité où les partenaires sociaux, s'accordant *a minima* sur un sujet consensuel, l'instrumentalisent pour asseoir leurs intérêts respectifs au sein de l'entreprise, quitte à fragiliser les digues juridiques construites au cours des dix dernières années pour contenir les expressions les plus aiguës de la violence au travail »

I. – La diversification des procédures de traitement de la violence au travail

La réponse législative destinée à traiter la question de la violence au travail a d'abord consisté à permettre sa sanction judiciaire en facilitant le recours aux procédures juridictionnelles (A). Sans remettre en cause ce cadre légal, les partenaires sociaux se sont ensuite accordés pour introduire, en amont de la saisine du juge, des procédures internes à l'entreprise pour prévenir et gérer les faits de harcèlement (B).

A. - Les procédures judiciaires de sanction du harcèlement

Le thème de la souffrance psychosociale dans le monde du travail a occupé une place centrale dans l'espace public au cours des quinze dernières années. Prenant un tour plus ou moins militant [9], la mise en évidence des risques susceptibles de menacer la santé mentale des salariés s'est traduite sur le terrain du droit par l'institution d'un dispositif de lutte contre le harcèlement moral au travail [10]. Avant que cette notion ne soit consacrée par la loi du 17 janvier 2002, le harcèlement était généralement défini comme une forme de « violence perverse » [11]. Mais le législateur a opté pour une définition plus large en incluant dans cette catégorie tous « les agissements répétés (subis par un salarié) qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel » [12]. Constitutif d'une faute justifiant la sanction disciplinaire de son auteur [13], le harcèlement fait l'objet d'une série de règles légales destinées à protéger les salariés contre ce type de violence [14]. Outre l'introduction d'une procédure de médiation facultative [15], peu utilisée en pratique, la loi fait bénéficier la victime d'un régime probatoire favorable [16]. Une fois les faits

(4) Pour une revue critique de cette littérature, v. A. Ehrenberg, *La société du malaise*, Odile Jacob, 2010.
(5) Exemplaire de cette conception, v. B. Audrey, « Repensons le travail du cadre », *Harvard-L'Expansion*, n° 69, été 1993, p. 56-64.
(6) T. Grumbach, « Procéduralisation et processualisation en droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, spéc. p. 271 et s.
(7) De manière générale, sur le développement des procédures internes au sein de l'entreprise, v. E. Lafuma, *Des procédures internes : Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008.
(8) Pessimisme semble-t-il partagé par d'autres ; v. en ce sens le billet de P. Adam, « Harcèlement et violence au travail : une histoire de mots (maux) », sur le Blog Dalloz, [en ligne], http://blog.dalloz.fr/2010/05/harcelement-et-violence-au-travail-une-histoire-de-mots-maux/.
(9) V. no., dans une perspective radicalement critique, le livre de C. Dejours, *Souffrance en France : la banalisation de l'injustice sociale*, Seuil, 1998.
(10) Pour une perspective globale, v. *Rép. trav.*, *v°* Harcèlement moral, par P. Adam, 2008.
(11) V. les ouvrages de M.-F. Hirigoyen qui ont contribué à donner à cette question un fort retentissement public, not. *Le harcèlement moral : la violence perverse au quotidien,* La Découverte / Syros 1998.
(12) Art. L. 1152-1 C. trav.
(13) Art. L. 1152-5 C. trav.
(14) Art. L. 1151-1 et s. C. trav.
(15) Art. L. 1152-6 C. trav.
(16) Art. L. 1154-1 C. trav. Rappr. Soc. 24 sept. 2008, n° 06-43.504, *D.* 2008. AJ 2423, obs. L. Perrin ; *ibid.* 2009. Pan. 590, obs. G. Borenfreund, L. Camaji, A. Fabre, O. Leclerc, T. Pasquier, E. Peskine, J. Porta et C. Wolmark ; *RDT* 2008. 744, obs. G. Pignarre ; *JCP S* 2008, 1537, avis Allix, note Leborgne-Ingelaere ; *Dr. ouvrier* 2008, 545, note Adam ; *Dr. soc.* 2009. 57, note Savatier.

judiciairement établis, le travailleur peut demander la nullité de toutes les mesures affectant la relation salariale qui en résultent [17]. L'auteur du harcèlement s'expose par ailleurs à des sanctions pénales pouvant aller jusqu'à un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende [18].

0Les marges d'interprétation ouvertes par la définition législative du harcèlement moral ont favorisé plusieurs innovations jurisprudentielles depuis la promulgation de la loi de 2002. Le Code n'exigeant aucune volonté délibérée de causer un préjudice à l'origine des agissements qui ont « pour effet » une dégradation des conditions de travail, la Chambre sociale de la Cour de cassation en a déduit qu'une intention malveillante n'était pas requise pour constituer les faits de harcèlement [19]. Par ailleurs, la Cour a admis que « peuvent caractériser un harcèlement moral les méthodes de gestion » qui auraient pour « effet d'entraîner une dégradation des conditions de travail (d'un salarié) susceptibles de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel » [20]. Cette extension de la notion de harcèlement à de nouvelles hypothèses, combinée à l'obligation de sécurité de l'employeur vis-à-vis de ses salariés, expose celui-ci à un nouveau risque contentieux et alourdit singulièrement sa responsabilité juridique.

Depuis plusieurs années, la Chambre sociale de la Cour de cassation pose en principe que l'employeur est tenu à « une obligation de sécurité de résultat » vis-à-vis de ses salariés. Il doit à ce titre garantir « l'effectivité » de leur droit à la protection de la santé. Or, dans plusieurs arrêts récents dont la portée est mal mesurée, les juges estiment que cette exigence vaut notamment en matière de harcèlement moral [21]. Il résulte de ces décisions que l'employeur, tenu à « une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs », manque à cette obligation « lorsqu'un salarié est victime sur le lieu de travail d'agissements de harcèlement (...) exercés par l'un ou l'autre de ses salariés, quand bien même il aurait pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements ». Derrière la formule audacieuse, les juges prennent probablement soin de ne pas franchir le seuil de la responsabilité « sans faute », l'employeur conservant la possibilité de s'exonérer en démontrant qu'il avait pris les mesures nécessaires afin de prévenir le risque de harcèlement en l'état de ce qu'il en savait ou pouvait en savoir [22]. Reste qu'en pratique, le salarié « harcelé » peut invoquer un manquement à cette obligation de sécurité de résultat devant le Conseil de prud'hommes pour obtenir, d'une part, la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur par la voie d'une « prise d'acte de rupture » ou d'une action en « résiliation judiciaire », et d'autre part, sa condamnation au versement de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi. Sensible depuis quelques années dans le contentieux prud'homal, la multiplication de ce type d'actions est l'expression la plus visible d'une prise en compte institutionnelle de la souffrance au travail. L'introduction de procédures internes à l'entreprise afin de prévenir et gérer les risques psychosociaux en est une autre.

B. - Les procédures extrajudiciaires de gestion du harcèlement

Concomitamment à l'action du législateur, les partenaires sociaux se sont emparés de la question du mal-être au travail. Invités à transposer à l'échelon national les accords-cadres élaborés dans le cadre de la politique européenne de dialogue social [23], syndicats et patronat français ont signé deux accords nationaux interprofessionnels, le premier en date du 2 juillet 2008 sur le stress au travail, et le second en date du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail. Ces textes affichent une volonté déterminée de prendre des mesures collectives pour améliorer la protection des salariés contre les risques psychosociaux résultant, entre autres, des nouvelles formes d'organisation du travail (intensification du travail, management par objectifs, etc.). Ainsi l'accord du 26 mars 2010, après avoir défini la violence au travail en des termes généraux (art. 2), suggère-t-il diverses pistes pour la prévenir, l'identifier et la gérer. Au-delà d'une mise en garde contre les effets délétères de ce phénomène, tant pour les salariés que pour leur performance (préambule), l'accord engage les entreprises « à affirmer que le harcèlement et la violence au travail ne sont pas admis » (art. 3) et les encourage à mener des opérations de sensibilisation et de formation ainsi qu'à améliorer, le cas échéant, « l'organisation, les processus, les conditions et l'environnement de travail » (art. 4).

L'originalité essentielle de l'accord du 26 mars 2010 réside dans l'invitation faite aux employeurs d'introduire une procédure spécifique d'« identification et gestion des

(17) Art. L. 1152-3 C. trav.
(18) Art. L. 1155-2 C. trav. et art. 222-33-2 C. pén.
(19) Soc. 10 nov. 2009, n° 08-41.497, *D.* 2009. AJ 2866, obs. S. Maillard ; *RDT* 2010. 39, obs. F. Géa ; *Dr. soc.* 2010, 111, obs. C. Radé.
(20) Soc. 10 nov. 2009, n° 07-45.321, *D.* 2009. AJ 2857, obs. S. Maillard ; *ibid.* 2010. Pan. 672, obs. O. Leclerc, E. Peskine, J. Porta, L. Camaji, A. Fabre, I. Odoul Asorey, T. Pasquier et G. Borenfreund ; *RDT* 2010. 39, obs. F. Géa ; *Dr. soc.* 2010, 109, obs. C. Radé ; v. aussi Soc. 3 févr. 2010, n° 08-44.107, *Dr. soc.* 2010, 472, obs. C. Radé.
(21) V. not., invoquant l'art. L. 1152-1 C. trav., Soc. 21 juin 2006, n° 05-43.914, *D.* 2006. Jur. 2831, note M. Miné ; *ibid.* 2007. Pan. 179, obs. A. Jeammaud, E. Dockès, C. Mathieu-Géniaut, P. E. Berthier et D. Condemine ; *RDT* 2006. 245, obs. P. Adam ; *JCP* S 2006, n° 28, 25, obs. Leborgne-Ingelaere ; *Dr. soc.* 2006. 826, obs. C. Radé ; Soc. 1er juill. 2009, n° 07-44.198 ; Soc. 3 févr. 2010, n° 08-44.019, *D.* 2010. AJ 445, obs. J. Cortot ; *JCP* 2010, n° 12, 592, obs. Mouly ; *Dr. soc.* 2010, 472, obs. C. Radé.
(22) Sur ce point, v. M. Babin, *Santé et sécurité au travail*, Lamy, 2011, n° 128 sq.
(23) Accord-cadre européen du 8 oct. 2004 sur le stress au travail et accord-cadre européen du 26 avril 2007 sur le harcèlement et la violence au travail sur lesquels v. C. Sachs-Durand, « Commentaire de l'accord européen du 26 avril 2007 sur le harcèlement et la violence au travail », *RDT* 2007. 525 ; « La transposition dans les États membres de l'accord conclu par les partenaires sociaux au sein de l'Union européenne, sur le stress au travail », *RDT* 2009. 243.

problèmes de harcèlement et de violence au travail » (art. 4.2). Dressant une liste de règles auxquelles doit idéalement satisfaire la réponse de l'entreprise aux faits de harcèlement commis en son sein, les partenaires sociaux ont établi les grandes lignes d'une procédure qui, par bien des aspects, rappelle les « principes directeurs de la justice contractuelle » [24]. Sont ainsi rappelées certaines garanties du procès équitable, telles que le traitement « sans retard », l'« écoute impartiale » des parties, ainsi que l'exigence de confidentialité propre aux règlements amiables. S'y ajoute l'incitation sans réserve à recourir, dans le cadre de la résolution des phénomènes de harcèlement, aux services de santé au travail. La « procédure sans procès » ainsi dessinée ne présente certes pas toutes les garanties propres à l'instance judiciaire. Son caractère hybride, articulant enquête unilatérale et médiation consensuelle, contribue à lui conférer un profil atypique, y compris dans le champ des modes alternatifs de résolution des différends. Il demeure que ce nouveau cadre de traitement des phénomènes de violence au travail dressé par les partenaires sociaux illustre l'exportation, au sein de l'entreprise, de principes en vigueur devant les juridictions [25].

L'accord du 26 mars 2010, qui a vocation à être décliné au niveau des branches ou des entreprises, prévoit que c'est aux « employeurs, en concertation avec les salariés et/ou leurs représentants » d'établir, revoir et suivre les modalités de traitement des faits de harcèlement (art. 4.2). Si la feuille de route est assez précise, les partenaires sociaux ont pris soin d'éviter toute formule impérative, indiquant seulement que la procédure proposée « peut être mise en place » tout en refusant de lui conférer un caractère obligatoire. La solution suggérée par les partenaires sociaux relève donc d'avantage du code de bonne conduite que de la règle de droit. Mais l'absence de sanction légale, révélatrice du caractère infra-juridique d'une normativité qui s'exprime ici aux confins du droit, ne doit pas dissimuler l'importance du phénomène. Dès lors qu'il est encouragé par un accord collectif prenant place parmi les sources positives du droit du travail, le dispositif procédural défini acquiert une légitimité susceptible de conduire à son développement rapide. En témoigne, outre sa mise en œuvre par de nombreuses sociétés [26], l'onction jurisprudentielle qu'il vient de recevoir implicitement [27]. Il est dès lors probable qu'à l'avenir, la gestion procédurale du harcèlement au sein de l'entreprise ne précède, voire ne chasse devant elle les procédures judiciaires instituées pour traiter de la violence au travail. C'est en effet une loi du genre que les procédures infra-juridiques, peu formalistes et vite expédiées, ne s'immiscent dans les interstices du droit pour neutraliser les lourdeurs institutionnelles, au risque de fragiliser certaines protections juridiques acquises [28].

« Dressant une liste de règles auxquelles doit idéalement satisfaire la réponse de l'entreprise aux faits de harcèlement commis en son sein, les partenaires sociaux ont établi les grandes lignes d'une procédure qui, par bien des aspects, rappelle les "principes directeurs de la justice contractuelle" »

II. – La neutralisation du traitement judiciaire de la violence au travail

L'institution d'une procédure interne destinée à gérer les faits de violence présente *a priori* de multiples vertus comparée à leur traitement judiciaire (A). Mais l'internalisation de la fonction de justice, qui consiste à prendre en charge, au sein de l'entreprise, l'activité d'identification et de sanction des faits de harcèlement confiée jusqu'alors au juge étatique, ne va pas sans soulever diverses objections (B).

A. - Les vertus de la procédure interne

Relevant d'une logique conciliatoire, pour ne pas dire réconciliatoire, la mission dévolue à l'employeur dans le cadre de l'accord du 26 mars 2010 sur le traitement de la violence au travail ne consiste pas seulement à identifier et à sanctionner les faits de harcèlement. Il s'agit plus fondamentalement de « mieux prévenir ces phénomènes, les réduire et si possible les éliminer » (art. 1). Dans cette perspective, l'enquête et la médiation que l'employeur est convié à mettre en œuvre sont orientées vers un objectif plus général que la sanction des auteurs et l'accompagnement des victimes. Elles doivent être l'occasion d'examiner « l'ensemble des éléments de l'environnement de travail » pour éviter qu'à l'avenir de tels faits ne se reproduisent. La vio-

(24) Sur les « principes directeurs de la justice contractuelle », v. S. Amrani-Mekki, L. Cadiet et J. Normand, *Théorie générale du procès*, PUF, 2010, p. 207 et s.
(25) De manière générale, sur l'exportation du modèle du procès équitable vers les modes alternatifs de règlement des litiges, v. S. Guinchard *et al.*, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 6e éd., Dalloz, 2011, p. 1265 et s. Rappr., sur le développement des procédures négociées dans le champ du droit du travail, l'ouvrage précité d'Emmanuelle Lafuma. Il existe d'autres dispositifs formels, destinés à servir l'intérêt de l'entreprise tout en protégeant ses salariés, qui peuvent être rapprochés de la procédure interne décrite par l'accord du 26 mars 2010, par ex. la réglementation progressivement élaborée pour encourager et protéger le lanceur d'alerte en cas de dénonciation de faits de corruption (art. 1161-1 C. trav.). Sur ce point, v. not. la délibération 2005-305 de la CNIL, ainsi que l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation, Soc. 8 déc. 2009, n° 08-17.191, *D.* 2010. Jur. 548, note I. Desbarats ; *ibid.* Pan. 672, obs. O. Leclerc, E. Peskine, J. Porta, L. Camaji, A. Fabre, I. Odoul Asorey, T. Pasquier et G. Borenfreund ; *Rev. sociétés* 2010. 483, étude F. Barrière ; *RDT* 2010. 171, obs. R. de Quenaudon ; *Sem. soc. Lamy* 2009, n° 1425, p. 6 et n° 1426, p. 4, concl. B. Aldigé.
(26) Commission des affaires sociales du Sénat, *Rapport d'information sur le mal-être au travail,* enregistré le 7 juill. 2010, spéc. p. 55 et s. [en ligne], http://www.senat.fr/notice-rapport/2009/r09-642-1-notice.html.
(27) Soc. 29 juin 2011, *préc.*
(28) Sur le thème des procédures infra-juridiques, v. les développements de J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, rééd. 2004, not. p. 372.

lence et harcèlement ont de graves conséquences sur les personnes mais sont également susceptible d'affecter, souligne l'accord, « la performance de l'entreprise ». À ce titre, il convient non seulement de sanctionner les faits passés s'il est établi qu'il y a eu violence, mais également de retisser le lien social au sein de l'entreprise. Ce projet curatif, qui évoque celui de la justice restaurative et des modes alternatifs de règlement des conflits [29], n'est pas inconnu du droit du travail qui favorise, en d'autres occasions, conciliation et médiation [30]. Lorsqu'elle remplit son but, cette justice douce se substitue avantageusement aux décisions tranchées des juridictions étatiques : non seulement a-t-elle le mérite de mettre un terme à la violence, mais elle permet également d'éviter les déchirures inévitablement causées par l'instance judiciaire, dont on imagine qu'elle se solde le plus souvent par la dissolution des liens existant entre l'entreprise et l'auteur du harcèlement ou sa victime.

Les règles de forme élaborées par les partenaires sociaux pour une gestion optimale des ressources humaines en présence de faits de harcèlement se révèlent d'autant plus attrayantes que, non content de se conformer à l'idéal gestionnaire d'une entreprise structurée selon une logique managériale encourageant les synergies entre salariés [31], elles font écho aux thèses contemporaines vantant les mérites d'une procéduralisation de l'ordre juridique [32]. Le modèle de droit participatif privilégiant les règles de forme au détriment des normes substantielles qui s'impose aujourd'hui dans les représentations dogmatiques de la justice [33] trouve, il est vrai, une expression parfaite dans cette série de règles destinées à répondre de manière souple et adaptée à la variété des situations de harcèlement susceptible de survenir dans l'entreprise. L'échange contradictoire organisé entre la victime et son agresseur, auquel participent également les représentants des salariés et éventuellement le service de santé au travail, doit permettre à l'employeur de prendre la décision la meilleure. Le recours au juge en est rendu inutile. Le dispositif suggéré par les partenaires sociaux présente en effet tous les avantages d'une procédure bien réglée, à savoir l'élaboration d'une décision formellement juste au terme d'un échange normé et transparent entre les parties intéressées, tout en faisant l'économie d'un procès judiciaire.

L'introduction d'une procédure de gestion de la violence au travail sous la houlette de l'employeur a en outre le mérite d'éloigner le spectre d'une judiciarisation des relations de travail [34] sans pour autant sacrifier la protection judiciaire dont bénéficient les salariés. Le recours à la juridiction prud'homale révèle souvent l'absence de mécanismes de médiation à l'intérieur de l'entreprise [35]. Le dispositif procédural suggéré par l'accord du 26 mars 2010 pallie ce manque sans menacer formellement le droit au juge des victimes de violence. En effet, c'est sans préjuger du cadre légal en vigueur que la nouvelle technique de lutte contre le harcèlement est établie. Il en résulte que son acceptation par les parties concernées n'emporte pas renonciation à la saisine éventuelle de la justice étatique sur les faits litigieux. Le recours au juge n'est pas non plus conditionné à la mise en œuvre préalable de la procédure interne à l'entreprise comme cela peut être le cas dans l'hypothèse des clauses de conciliation préalable contenues dans certains contrats [36]. Il ne s'agit donc pas de substituer la procédure interne au procès judiciaire mais d'offrir aux parties la possibilité de choisir entre les deux voies, voire de les emprunter simultanément. C'est d'ailleurs ce cumul de procédures que vient d'imposer la Cour de cassation à l'employeur engagé dans une instance prud'homale en exigeant de lui une enquête interne sur la réalité de faits présumés de harcèlement dans son entreprise sans attendre l'issue du procès en cours [37]. Il est néanmoins probable que dans bien des cas, le recours au juge étatique soit exclu *de facto*, la fonction de justice étant effectivement internalisée par l'entreprise [38].

B. - Les risques de l'internalisation de la fonction de justice

Dans l'hypothèse où une procédure interne à l'entreprise échoue à identifier ou à gérer des faits de harcèlement, le recours à la justice étatique en sera cependant rendu plus difficile. L'obstacle n'est pas ici d'ordre juridique, la victime conservant son droit d'agir, mais plutôt d'ordre psychologique et pragmatique. Si l'on admet que la forme propre à la procédure sert « à absorber les conflits, à affaiblir et à épuiser les participants, à trans-

(29) P. Milburn, « Les recherches sur les MARL : aspects économiques et sociologiques », *in* P. Chevallier, Y. Desdevises et P. Milburn (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, La Documentation française, 2003, spéc. p. 68.
(30) Pour une perspective comparatiste, v. F. Favennec-Héry, « Médiation et contentieux du travail », *in* L. Cadiet, T. Clay et E. Jeuland (dir.), *Médiation et arbitrage / Alternative Dispute Resolution. Alternative à la justice ou justice alternative*, Litec, 2005, p. 121.
(31) M. de Fabrègue, *Introduction à la gestion*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2008, p. 117.
(32) Pour une tentative de définition rigoureuse de la notion polysémique de procéduralisation, v. A. Jeammaud, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », *in* J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 66 et s. ; et sur les théories de la procéduralisation, v. D. Terré, *Les questions morales du droit*, PUF, 2007, 3e partie.
(33) Sur la sacralisation contemporaine de la procédure, v. R. Colson, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, Fondation Varenne / LGDJ, 2006, p. 195 et s.
(34) Sur le caractère pour partie fantasmé de la judiciarisation de la société, v. dès 1994, L. Cadiet, « Le spectre de la société contentieuse », in *Mélanges offerts à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 29. Et sur les mérites de « la déjudiciarisation », v. S. Amrani-Mekki, *Gaz. Pal.* 4-5 juin 2008, n° 156-157, p. 2.
(35) J. Lemniaï, « Judiciarisation et relations de travail », *in* F. Rouvillois (dir.), *La société au risque de la judiciarisation*, Litec, 2008, p. 41.
(36) Ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423, *Bull. mixte*, n° 1 ; *D.* 2003. Jur. 1386, note P. Ancel et M. Cottin ; *ibid.* Somm. 2480, obs. T. Clay ; *RTD civ.* 2003. 294, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 349, obs. R. Perrot ; *RDC* 2003, 182, obs. Cadiet et Lagarde.
(37) Soc. 29 juin 2011, *préc.*
(38) D'autres occurrences de cette internalisation de la fonction de justice par l'entreprise sont présentées dans le n° 77 (2011) de la revue *Droit et Société* qui consacre un dossier au thème : « Se donner le droit : la force des organisations face à la loi ».

former et à neutraliser leurs motivations au cours d'une histoire dans laquelle les présentations et les engagements se transforment en représentations servant à l'élimination des alternatives » [39], il est aisé d'imaginer comment une procédure interne à l'entreprise menée de manière insatisfaisante, voire injuste [40], découragera paradoxalement d'entamer un procès judiciaire. L'intuition des praticiens les plus chevronnés rejoint ici les réflexions des meilleurs théoriciens : peu nombreuses seront les victimes prêtes à saisir le juge consécutivement à une procédure menée par le chef d'entreprise en liaison avec les représentants du personnel si celle-ci ne reconnait pas réellement leur souffrance. Et quand bien même un salarié ferait preuve de suffisamment de ténacité pour cela, l'issue du débat judiciaire serait largement surdéterminée par les résultats de la procédure interne. Menée sous les auspices du chef d'entreprise, celle-ci aura en effet scellé un récit dont le juge ne pourra facilement se distancier. Lui dont le rôle est de reconstruire l'histoire des faits à travers un échange polémique [41] se verra servir, à l'aune de l'instance judiciaire, une chronique déjà écrite dans le texte consignant les positions des parties, et qui plus est probablement signée par elles.

« L'intuition des praticiens les plus chevronnés rejoint ici les réflexions des meilleurs théoriciens : peu nombreuses seront les victimes prêtes à saisir le juge consécutivement à une procédure menée par le chef d'entreprise en liaison avec les représentants du personnel si celle-ci ne reconnait pas réellement leur souffrance »

Le risque de priver certaines victimes d'accès à la justice est d'autant plus sérieux que les qualités de l'autorité sous l'égide de laquelle la procédure interne est menée ne sont pas acquises. L'employeur chargé de la mettre en œuvre ne satisfait pas à l'exigence d'extériorité requise du tiers sollicité dans la résolution amiable d'un différend : il n'est pas impartial au sens ou peut l'être le juge, tiers désintéressé par excellence [42]. Pour autant, la procédure interne destinée à traiter les cas de harcèlement au sein de l'entreprise ne donne pas lieu, dans sa mise en œuvre, à l'adoption d'un paritarisme qui permettrait, comme dans le cas du Conseil de prud'hommes, de neutraliser les intérêts respectifs des employeurs et des salariés [43]. S'il est bien envisagé d'y faire participer des membres du personnel sous une forme ou une autre, le chef d'entreprise conserve la direction des opérations. De sorte que l'on peut se demander si, sous l'apparente humanisation de la gestion des ressources humaines que dessine le nouveau traitement procédural de la violence au travail, ne se dissimule pas un dispositif ayant avant tout vocation à soustraire celle-ci à la justice étatique. En encourageant le traitement du harcèlement dans un espace privé (l'entreprise plutôt que le prétoire) et dans un cadre de moindre densité juridique (une procédure déformalisée plutôt qu'un procès formaliste), l'accord du 26 mars 2010 organise en effet un déplacement qui permet d'éviter l'épreuve judiciaire [44].

Quelles sont les raisons, économiques et stratégiques, susceptibles d'expliquer le consensus des partenaires sociaux pour procéder à l'internalisation de la fonction de justice dans les situations de violence professionnel ? Si l'on ne peut exclure une part de naïveté de la part d'acteurs aveuglés pas les sirènes de la procéduralisation du droit, il est également possible d'identifier certains intérêts particuliers justifiant le dispositif proposé. Du côté des employeurs, la procédure interne conduit à une perte relative de pouvoir discrétionnaire, les formes agissant comme autant de contraintes réduisant la liberté d'action (ou d'inaction) du chef d'entreprise. Mais en contrepartie, les organisations patronales sont bien fondées à voir dans ce dispositif un traitement prophylactique efficace contre la perte de contrôle encore plus importante et le risque financier qu'engendre la saisine de la justice étatique dans les cas de harcèlement. Il est en revanche plus difficile de saisir l'intérêt des organisations de salariés à promouvoir la procédure interne définie par l'accord du 26 mars 2010. Celle-ci menace en effet de mettre les représentants du personnel en porte-à-faux en ajoutant à leurs attributions générales [45] la fonction ambigüe de greffier du tri-

(39) N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt/Neuwied, Luchterhand, 1969, trad. fr. par L. K. Sosoe et S. Bouchard, *La légitimation par la procédure*, Presses de l'Université Laval, 2001, p. XLIX.
(40) Sur laquelle, v. M.-A. Frison-Roche, « La procédure injuste », *in* M.-A. Frison-Roche et D. Baranès (dir.), *De l'injuste au juste*, Dalloz, 1997, p. 77 et s.
(41) Pour un essai de conceptualisation du « jugement comme récit », v. la contribution de M. Doat dans les actes du colloque qui s'est tenu au Sénat les 29 et 30 septembre 2006, *L'office du juge*, éd. du Sénat, 2006, p. 396 ; et sur l'applicabilité des thèses « narrativistes » au jugement, rappr. P. Ricœur, *Temps et récit. 1. L'intrigue et le récit historique*, Seuil, 1983, spéc. p. 223 et p. 277.
(42) Sur les délicates questions soulevées par l'exigence d'impartialité dans le cadre des règlements amiables, v. S. Guinchard *et alii*, *op. cit.*, p. 1306-1308.
(43) Sur le paritarisme, gage de partialité, v. les deux arrêts suivants de la Cour de cassation, publiés au *Bulletin*, et leurs commentaires, Soc. 19 déc. 2003, n° 02-41.429, *D.* 2004. IR 188, et les obs. ; *GADT*, 4e éd., 2008, n° 28-29 ; *JCP* 2004. I. 133, n° 18, obs. Cadiet, et 177, n° 1, obs. Pétel-Teyssié ; Civ. 2e, 20 oct. 2005, n° 03-19.979, *D.* 2005. IR 2770 ; *JCP* 2006. I. 133, n° 2, obs. Clay ; *Rev. huissiers* 2006. 40, obs. Fricero. V. égal. les articles de P. Morvan, « 'Partisane' mais paritaire donc impartiale : la juridiction prud'homale », *JCP* 2004. I. 88 ; de M. Pécher, « L'impartialité de la juridiction prud'homale », *Dr. ouvrier* 2006. 5 ; T. Grumbach et M. Keller, « Sur l'impartialité de la juridiction prud'homale... encore ? », *Dr. soc.* 2006. 52.
(44) Sur la logique des déplacements dans son rapport aux épreuves juridiques instituées, v. L. Boltanski et E. Chiappelo, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, 1999, not. p. 498-500.
(45) Si les délégués du personnel, dont la mission principale est de présenter aux employeurs les réclamations et plaintes des salariés et de saisir le cas échéant l'inspection du travail (art. L. 2313-1 C. trav.), peuvent déjà être impliqués dans une enquête diligentée par l'employeur (art. L. 2313-2, al. 2, C. trav.), c'est dans le cadre de l'exercice d'un droit d'alerte donnant lieu éventuellement à la saisine directe du bureau de jugement du Conseil de prud'hommes

bunal patronal. Le pari a pu être fait de voir ces représentants élus, qui font souvent figure aux yeux des salariés d'émanation la plus tangible des syndicats au sein de l'entreprise, trouver dans cette mission le moyen de prolonger sur un nouveau terrain la défense des travailleurs. Mais si l'on peut soutenir la gageure, c'est au risque de hâter la « dégénérescence corporative » du mouvement syndical [46]. Que ce défi soit ou non relevé dans le cadre de la « procédure appropriée » dessinée par l'accord signé, les salariés constateront en tous cas que l'expression sociale des tensions nées de l'exploitation du travail connait aujourd'hui une nouvelle évolution historique. Aux combats collectifs, menés dans l'espace public pour l'amélioration des conditions de travail, a succédé la défense individuelle du droit à la santé devant le juge. Le temps est désormais à la gestion procédurale du mal-être au sein de l'entreprise, preuve s'il en était besoin que la lutte pour le droit, ce « devoir de l'intéressé envers lui-même (...) et envers la société » [47], est bien soluble dans le management.

(Soc. 28 mars 2006, n° 04-41.016, *D.* 2006. IR 1063 ; *ibid.* Pan. 2002, obs. J. Pélissier, B. Lardy-Pélissier et B. Reynès ; *RDT* 2006. 116, obs. O. Leclerc). Il s'agit donc moins en ce cas d'associer les délégués à la décision patronale que de leur permettre de donner suite à l'alerte lancée en cas de carence de l'employeur.

(46) Pour reprendre l'expression d'A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie*, Seuil, 2010, p. 141.

(47) R. von Jhering, *Der Kampf ums Recht*, Vortrag, Wien, 1872, trad. fr. *La lutte pour le droit*, Dalloz, 2006 (1re éd. fr. 1890), p. 22-23.