

« Subordination juridique et morale dans l'entreprise »

Par

Jean-Michel LATTES

Maitre de Conférences à l'Université Toulouse Capitole

Chercheur au LIRHE (CNRS - UMR 5066)

Matière en permanente évolution, le droit du travail est qualifié de "*droit vivant*" par la doctrine sociale. Soumis, au début du 19^{ème} siècle, à une logique purement patrimoniale, les salariés vont être progressivement placés dans un nouveau rapport de droit qualifié de "*subordination juridique*" qui, tout en les protégeant, détermine une véritable organisation des pouvoirs dans l'entreprise construite autour de la reconnaissance d'une indispensable hiérarchie. Au cours de cette mutation, les principes civilistes dominants issus du Code de 1804 cèdent la place à un droit de régulation des rapports sociaux organisant les modes d'exercice du pouvoir dans les entreprises tout en leur affectant des contreparties en matière de responsabilité¹. Ces pouvoirs s'inscrivent cependant dans un contexte social peu contraignant se révélant incompatible avec les exigences d'une société moderne valorisant le respect des droits des personnes y compris dans leur dimension morale.

La confrontation de la réalité de la protection organisée par le droit du travail avec le nécessaire respect des droits citoyens ne peut se satisfaire de ces mutations incomplètes. Le salarié doit se voir reconnaître les mêmes droits que les citoyens y compris sur le terrain d'une morale sociale pourtant fragile et, de fait, susceptible d'être négligée en raison des déséquilibres résultant des rapports de travail. Le droit social antérieur aux réformes Auroux ne le permet pas et il faut attendre les quatre lois de 1982 pour que l'exercice de ce pouvoir soit placé dans un cadre juridique rénové consacrant la protection des droits individuels des personnes face à la toute-puissance de l'employeur. Désormais, le salarié, citoyen dans la cité, doit être aussi reconnu comme citoyen dans l'entreprise et le juge social constitue le garant de cette véritable moralisation juridique² même si la nature particulière du droit du travail participe à la complexification de son intervention.

¹ L'employeur, "*seul maître*" dans son entreprise, se doit d'être, aussi, un employeur responsable. Il lui revient d'assumer des charges qui constituent la conséquence directe de la reconnaissance de son pouvoir de direction et de son pouvoir disciplinaire. La morale sociale apparaît peu à peu dans l'esprit, comme dans la lettre, de certaines réformes ; Voir. A. JEAMMAUD, "Droit et direction du personnel", *Dr. soc.*, 1982.56 ; "Le pouvoir patronal", *Dr. soc.*, n° 1-1982, n° spécial, sous la direction de J. J. DUPEYROUX.

² La réalité du processus de judiciarisation des pouvoirs du chef d'entreprise est aujourd'hui incontestable. Il s'inscrit fort logiquement dans un mouvement plus vaste de renforcement des pouvoirs de magistrats confrontés à des textes souvent imprécis ou incomplets. Ce mouvement a de réelles conséquences sur les modes d'exercice du pouvoir de direction de l'employeur et sur sa lecture hiérarchique en particulier dans la recherche du respect d'une morale d'entreprise Voir A. SUPLOT, "Le juge et le droit du travail", *Dr. Soc.* 1980, sp. 59 ; J.-M. LATTES, "Pouvoirs et juges", *Actes des Journées Michel Despax*, Dalloz, janvier 2002, pp. 79 à 97.

Défini, à l'origine, comme un "*droit de la protection des personnes placées en situation de subordination*"³, le droit du travail est bouleversé dans ses fondements par le grand vent de flexibilité des normes sociales qui, à partir des années 80, modifie l'esprit d'une spécialité juridique désormais plus sensible aux contraintes de gestion qu'au respect de ses valeurs fondatrices. Pourtant la remise en cause du statut traditionnel du salarié n'empêche pas sa protection de se trouver renforcée dans des problématiques dont l'existence n'était pas, jusqu'alors, reconnue par les juristes⁴: celles relatives au harcèlement. C'est au domaine de l'intime que s'attaque ici le législateur au nom d'une éthique d'entreprise en vertu de laquelle les pouvoirs reconnus aux employeurs ne peuvent justifier la recherche d'une domination qu'elle soit morale ou sexuelle.

Le harcèlement sexuel dans un premier temps, le harcèlement moral ensuite, sont pris en compte par le législateur avec l'introduction, dans le code du travail, de moyens juridiques nouveaux destinés à permettre au salarié victime de réagir face à des agressions jusqu'alors non reconnues et, de fait, non protégées. La mise en place d'un texte spécifique au harcèlement sexuel avec la loi du 2 novembre 1992 "*sur l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail*" constitue une première réponse⁵. Le développement rapide d'une jurisprudence nouvelle débouchant sur de véritables sanctions⁶ révèle la pertinence de ce nouveau champ juridique : définition de la notion d'abus d'autorité⁷ révélant les formes multiples susceptibles d'être prises par ces déviations, modes d'expression de ce détournement de pouvoir⁸ et moyens de mettre en évidence les actes sanctionnables⁹, le juge social considérant qu'un acte isolé peut être constitutif de harcèlement sexuel¹⁰.

La lutte contre le harcèlement moral, conflit masqué et atypique dans l'entreprise, présente, à la fois, des similitudes et des différences avec les objectifs poursuivis par ces nouvelles règles. Si des dérives individuelles existent, on constate que, dans certaines entreprises, le harcèlement psychologique peut constituer un véritable mode de gestion du personnel¹¹. Il apparaît donc nécessaire de prendre en compte des difficultés spécifiques qui

³ J.-M. LATTES, "Pouvoirs de l'employeur et libertés des salariés", *Pouvoir et gestion*, Tome V de la collection "Histoire, Gestion et Organisation", Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, octobre 1997, pp. 261 à 280.

⁴ On notera cependant que le harcèlement dans l'emploi existe depuis que le travail existe, les textes nouveaux ne servant que de révélateur à un phénomène déjà identifié. Le droit syndical, par exemple, semble particulièrement concerné par ces dérives comme en témoignent des affaires récentes inscrites sur toute la durée de la carrière de certains représentants du personnel ; voir Cass. Soc. du 28.03.2000, Fluchère /SNCF, *Dr. Ouvrier*, 2000.176 ; "Les discriminations syndicales", *R.P.D.S.*, n° 663, Juillet 2000.198 ; M. COHEN, "Les 169 *mea-culpa* de la Société Peugeot", *R.P.D.S.*, 1998.333.

⁵ Loi du 2.11.1992 relative à "*l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail*", *JO* du 4.11.1992, p. 15255. Voir M. MINE et F. SARAMITO, "Le harcèlement sexuel", *Dr. Ouvrier*, 1997.48 ; C. ROY-LOUSTAUNAU, "Le harcèlement sexuel à la Française", *Commentaire de la loi n° 92-1992*, *JCP*, 93, ed. E, I, 237.

⁶ CPH d'Orange du 17.11.1997, Mme M. Mercier/SA Soc. d'application Peinture, *R.P.D.S.*, n° 663, Juillet 2000, p. 225 ; CA de Chambéry du 18.01.2000, Mme. F. Bollon/Mr. A. Gache, *R.P.D.S.*, n° 663, Juillet 2000, p. 224 ; Cass.soc. du 27.01.1993, *Bull. V*, n° 26 p. 18.

⁷ Circulaire DRT n° 93-2 du 11.02.1993 sur "*l'application de la loi relative à l'abus d'autorité dans les relations de travail*", *Bull. Off. min. trav.*, n° 15, du 20.08.1993 ou *JCP* 93 ed E III 66384.

⁸ On note ici une différence significative avec le harcèlement moral qui se caractérise beaucoup plus par une action inscrite dans le temps et par la répétition de mesures blessantes et insidieuses.

⁹ Dans une affaire jugée par la Cour d'Appel de Paris, "des attouchements répétés" vont être considérés comme constitutifs de harcèlement (CA de Paris du 18.09.1996, *D.*, 1996, IR. 264).

¹⁰ A. MAZEAUD, "Changement d'affectation et harcèlement sexuel", *Dr. soc.*, 1993.345 ; C. LE MARGUERESSE, "Sur la nullité des mesures prises à l'encontre d'une salariée victime de harcèlement sexuel", *Dr. soc.*, 1998.437.

¹¹ Plusieurs types de pratiques peuvent être assimilées au harcèlement moral : un harcèlement "gratuit" lié à la personnalité perverse de certains salariés ou employeurs, le harcèlement "démission" visant à contraindre une

n'apparaissent pas dans l'application de la loi de 1992 à la fois pour identifier les victimes et pour organiser la sanction des agresseurs¹². On constate cependant que l'idée de hiérarchie se situe au cœur de la problématique du texte de 1992¹³ alors qu'elle n'est pas reprise dans la lutte contre le harcèlement moral.

D'une simple protection physique des corps des salariés (Partie I) on passe à la protection de la sphère de son intimité morale (Partie II).

Partie I. Subordination juridique et direction de l'entreprise.

A. De la protection civiliste du droit de propriété à l'encadrement social du pouvoir de direction de l'employeur.

1. Le droit de propriété, justification civiliste du pouvoir absolu de l'employeur.

Figé sur le socle de principes inadaptés aux relations de travail¹⁴, le *Code civil de 1804* organise le classement des activités humaines au sein de dispositifs juridiques exclusivement consacrés aux marchandises. Le droit fait prévaloir la nécessaire protection de l'autorité du chef d'entreprise en invoquant, le droit de propriété puis en appliquant les règles classiques du droit des contrats.

L'employeur achète du travail et il en dispose librement. Dans un premier temps, le droit de propriété se confond totalement avec le pouvoir hiérarchique exercé dans l'entreprise¹⁵. Le déséquilibre évident entre les deux cocontractants permet à la partie dominante, l'employeur, de déterminer le mode d'organisation de la prestation de travail au détriment de la partie faible au contrat, le salarié. Ce rapport hiérarchique est le plus souvent absolu du fait de cette domination sans maîtrise juridique et, dans un tel contexte, toutes les dérives morales sont possibles.

Au-delà de cette référence originare au droit de propriété, le droit des contrats participe, lui aussi, au renforcement du pouvoir hiérarchique de l'employeur. Le contrat de travail apparaît comme un contrat synallagmatique comportant des obligations incombant à l'un et à l'autre des deux partenaires sociaux. L'employeur et le salarié déterminent librement le contenu du contrat et ils peuvent décider unilatéralement de le rompre à tout moment. Cette liberté est cependant théorique, le contrat de travail apparaissant, avant tout, comme un contrat d'adhésion. L'employeur reste le principal organisateur des relations qui le lient à ses

personne à démissionner sous le poids de pressions morales ou le harcèlement "stratégique" destiné à mettre en concurrence les salariés pour améliorer la productivité.

¹² J.E. RAY, "Le harcèlement moral sous l'œil des juges", *Liaisons sociales*, mai 2000, p. 68.

¹³ J.-M. LATTES, "De l'ouvrier des forges au cyber-salarié : étude des mutations du marché du travail au travers des concepts de pouvoir et de hiérarchie", *Marché (s) et Hiérarchie (s)*, Tome X de la collection "Histoire, Gestion, Organisations", *Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse*, novembre 2002, pp. 235 à 246.

¹⁴ J.-M. LATTES, "Le travail : objet de Propriété ?", *Propriété et Révolution*, Ed. CNRS, 1990.

¹⁵ L'article 544 du *Code civil* précise que les meubles et immeubles de l'entreprise appartiennent à l'employeur qui peut "en jouir de la manière la plus absolue" alors que l'article 1134 ajoute que, "pour faire fonctionner ses machines, l'employeur recrute des salariés qui –en s'engageant se soumettent à son autorité". Le juge en déduit que l'employeur-chef d'entreprise-peut exercer sur ce qui constitue un bien privé, tous les droits dévolus à un propriétaire comme sur n'importe quel autre bien-meuble ou immeuble-faisant partie de son patrimoine. On retrouve ici la confusion entre pouvoir sur les choses et pouvoir sur les personnes et la morale n'a pas sa place dans un tel dispositif juridique.

salariés, la jurisprudence privilégiant l'autonomie contractuelle des volontés en justifiant l'absence de contrôle externe par le simple respect du droit commun des obligations¹⁶.

Le cumul des règles relatives au droit de propriété avec celles organisant les conséquences juridiques de l'engagement contractuel du salarié caractérise la mise en place d'un véritable rapport d'autorité conférant à l'employeur un pouvoir quasi-discrétionnaire sur "les outils et les hommes" dans un contexte de liberté juridique pouvant être qualifié de "sauvage"¹⁷. L'employeur est, dans ce contexte, le législateur de son entreprise. Il y édicte librement les règles de fonctionnement : horaires de travail, rémunérations, modalités d'exercice du travail¹⁸... Tous les domaines liés à la vie de l'entreprise sont placés sous sa seule autorité, la présence d'un responsable doté de pouvoirs propres pour diriger ce type de structures s'imposant comme une évidente nécessité¹⁹.

La jurisprudence respecte fidèlement cette situation, l'employeur étant considéré comme "le seul juge" du non-respect de ses prescriptions. Les sanctions qu'il organise autour de ce pouvoir permettent d'en traduire l'effectivité, l'amende et le licenciement en constituant les principaux vecteurs²⁰. La Cour de Cassation bride toute évolution de cette logique civiliste en refusant, aux juridictions de premier et de second degré, le droit de contrôler les manifestations de discipline internes à l'entreprise au nom de la primauté de l'article 1780 du Code civil²¹. L'employeur dispose d'un pouvoir absolu faisant de lui le maître et le possesseur du destin de ses ouvriers. La hiérarchie et le libre marché constituent les principales justifications d'une situation au demeurant bien peu satisfaisante. S'il est possible d'évoquer l'existence, dans ce contexte, d'une logique managériale, on ne peut se situer dans un contexte éthique ou moral particulier. Le droit, loin de participer à la création d'une réflexion morale en interdit même toute construction.

2. La régulation du pouvoir de l'employeur dans une nouvelle logique sociale.

L'émergence de nouvelles règles juridiques et la prise en compte, par le juge, de la dimension sociale du travail humain, génèrent des évolutions significatives. On passe d'une hiérarchie non encadrée assise sur des pouvoirs sans limite à une hiérarchie contrôlée dans ses prérogatives. Dans un tel contexte, la naissance du social apparaît comme une tentative de régulation et donc de moralisation du pouvoir patronal. Cette évolution, tant au niveau des textes qu'au niveau du droit, va s'étaler dans le temps²² et ce n'est que très progressivement

¹⁶ On demeure ici sur les classifications fondamentales reprises par les grands auteurs civilistes. Voir. Ph. MALAURIE, *Introduction générale au droit civil*, Cujas, 1991.

¹⁷ J. SAVATIER, "Du domaine patriarcal à l'entreprise socialisée", *Mélanges R. Savatier D* 1965.863.

¹⁸ L'étude des règlements des manufactures est, à cet égard, particulièrement significatif. Le salarié s'y voit imposer des devoirs, des injonctions, des interdictions... sans la moindre référence à ses droits ; voir J.P. GAUDEMAR, *L'ordre et la production. Naissances et formes de la discipline d'usine*, Dunod 1982.

¹⁹ Dès les premiers travaux relatifs au "gouvernement des entreprises", cette nécessité est reconnue ; voir J. CARLIOZ, *Le gouvernement des entreprises industrielles*, Dunod 1927 ; A. ROUAST et P. DURAND, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 1957.

²⁰ M.-C. AMAUGER-LATTES, *Droit pénal et droit disciplinaire dans l'entreprise privée - L'irréductible pouvoir disciplinaire*, Thèse Toulouse 1992.

²¹ "Le louage de service fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté de l'une des parties contractantes".

²² Le Président Despax souligne la lenteur du mouvement : "Le 89 social a été dilué sur plus d'un siècle" - Voir *Le droit du travail - Que sais-je ? - 1992*.

que la personne même du salarié est prise en compte dans l'organisation de la relation de travail.

Le droit de licencier illustre les réticences des juges face à ces mutations. Dans le contexte civiliste de l'application de l'article 1780, l'employeur conserve une liberté totale d'appréciation des difficultés économiques de l'entreprise²³ même si de nouveaux textes permettent d'ébranler ces logiques. La loi du 27 décembre 1890 modifie la perception traditionnelle du louage de service en affirmant que, désormais, "la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des deux partenaires peut donner lieu à des dommages-intérêts". Pourtant, alors que ce texte donne au juge la possibilité de sanctionner un employeur qui rompt abusivement un contrat de travail, les juridictions restent dans la logique de la protection du droit de libre rupture. La loi du 19 juillet 1928 s'inscrit dans cette perspective d'abandon progressif des logiques civilistes en rattachant le salarié à l'entreprise et non à son employeur²⁴. Le pouvoir hiérarchique de l'employeur n'est pas remis en cause dans son principe, il est désormais régulé. L'employeur conserve les moyens de diriger l'entreprise, il n'en est plus pour autant le maître absolu²⁵.

Ce principe hiérarchique est, cependant, atténué par la création progressive d'organes de coopération entre le capital et le travail. La création des délégués ouvriers transformés, par suite, en délégués du personnel et, surtout, la mise en place des Comités d'entreprise, participent au rééquilibrage du pouvoir quasi-absolu de l'employeur sur son entreprise. Ainsi, l'*ordonnance du 22 février 1945* s'efforce de promouvoir une étroite collaboration entre le chef d'entreprise et les représentants des salariés²⁶. Les textes en cause et leur application par les juges limitent cependant ces mutations. Les salariés sont mieux informés mais seul l'employeur décide et ordonne.

La doctrine juridique participe à cette évolution. Les travaux de Paul Durand²⁷ et ceux de Michel Despax²⁸ reprennent les réflexions de Léon Duguit en opposant "la théorie institutionnelle" de l'entreprise à la logique contractuelle civiliste²⁹. Dans un contexte juridique figé, les juges ne prennent pas à leur compte cette recherche doctrinale. Loin d'admettre que le contrat de travail ne peut être assimilé à un contrat ordinaire et que la réunion juridiquement organisée de personnes autour d'activités professionnelles débouche

²³ Dès que la production se met à fléchir et que la demande se raréfie, il a la possibilité de débaucher des salariés qu'il considère comme "excédentaires", parfois avec un court préavis mais, le plus souvent, sans la moindre indemnité. La Cour de Cassation se montre très déférente à l'égard de la souveraineté patronale. Elle ne conteste pas l'autorité de l'employeur et considère qu'il n'est pas de la compétence des tribunaux de porter une appréciation sur les motifs même du licenciement.

Voir G.H. CAMERLYNCK, "De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement", *JCP*, 1958, Ed. G., I, 1425 ; J. SAVATIER, "Pouvoir patrimonial et direction des personnes", *Dr. Soc.*, 1982.2.

²⁴ L'article L. 122-12 al. 2 du Code du travail est relayé dans son application par le célèbre arrêt Goupy dont la lecture extensive traduit la volonté des juges de s'émanciper des chemins traditionnels initiés par les fondements civilistes de la matière. Les parties au contrat ne peuvent plus invoquer les conséquences de l'application de l'article 1134 du Code civil, la "permanence de l'entreprise" dominant la volonté des parties au contrat ; voir Cass. Civ. du 27/02/1934, Goupy, *GADT*, n° 104, p. 284, *Gaz. Pal.*, 1934.2.40., S. 1934.1-179.

²⁵ G. LEVASSEUR, "Evolution et tendances du Droit du travail", *Etudes offertes à G. Ripert, L.G.D.J.*, 1950, T2, p. 467.

²⁶ La 3^{ème} loi Auroux de novembre 1982 renforce ces orientations.

²⁷ P. DURAND, "Rapport sur la notion de l'entreprise", *Travaux de l'Ass. H. Capitant*, T. 3, 1947.45 et "Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail", *JCP*, 1944, I, 387.

²⁸ M. DESPAX, "L'entreprise en droit du travail", *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, tome XIII, fasc. 2, 1965.127.

²⁹ P. DURAND, "Le particularisme du droit du travail", *Dr. Soc.*, 1945.298.

sur la mise en place d'une véritable communauté –au moins réduite aux acquêts– le juge ne sort pas du rôle incertain de censeur d'un abus de droit bien difficile à établir côté salariés.

A l'aube des années 70, la liberté de licencier demeure la clé de voûte des pouvoirs reconnus à l'employeur sans véritable contrôle du juge judiciaire³⁰. Le marché du travail reste soumis à ses fonctionnements traditionnels en privilégiant une conception hiérarchisée de l'entreprise. La grande réforme du droit du licenciement constitue une étape importante dans la mise en place de pratiques plus respectueuses des droits des personnes³¹. Malgré d'évidentes difficultés d'ordre probatoire, les lois de 1973 et de 1975 génèrent de nouvelles orientations jurisprudentielles sans que l'on puisse pour autant parler d'équilibre entre les droits de l'employeur et ceux du salarié licencié³². Les juges privilégient ici la théorie de l'apparence et donnent une impression d'inachevée à la réforme du droit du licenciement, le sacro-saint pouvoir de direction de l'employeur n'étant pas véritablement contrôlé³³.

B. Extensions et limites d'un droit en mutation permanente.

Les textes qui prolongent les lois de 1973 et de 1975 génèrent une mutation juridique beaucoup plus significative en révélant la fonction sociale du juge dans son contrôle de la rupture de la relation de travail³⁴. Le développement de nouvelles technologies dans l'entreprise impose cependant la mise en place de mécanismes nouveaux.

1. La reconnaissance de la citoyenneté du salarié.

La genèse de l'évolution actuelle se situe à la Révolution industrielle. Succédant à des structures pouvant être qualifiées "d'artisanaux-rurales", l'entreprise facilite le développement de nouvelles relations de travail au sein d'un espace-temps organisant une sorte de clôture tant matérielle que juridique autour des acteurs qui participent à son développement. Il en résulte une mutation profonde des relations de pouvoir que le droit se doit de prendre en compte et d'organiser dans une perspective hiérarchique renouvelée. Le droit du travail contemporain constitue une sorte d'aboutissement de ce processus, au moins dans sa partie non flexible.

³⁰ J. SALAVAIRE, "DU licenciement non motivé, ou... le silence est d'or", *Gaz. Pal.*, 1969, I, doc. p. 11 ; H. SINAY, "Les tendances actuelles de la jurisprudence en matière de licenciement individuel", *D.*, 1972, chr. XXXVII, p. 241.

³¹ J. PELISSIER, *La réforme du licenciement*, Sirey 1974.

³² Le dogme de l'employeur "*seul juge*" renforcé par la mise en place de nouveaux instruments juridiques (contrats de travail précaires, filialisation des entreprises, transactions...) n'est pas totalement remis en cause. La Cour de cassation tolère en effet des motifs contestables comme "*la perte de confiance*", la mésentente ou l'insuffisance professionnelle... l'employeur demeurant, sauf détournement de pouvoir, le seul à même d'apprécier les mesures les plus appropriées au redressement de la situation d'une entreprise (Cass. Soc. du 19/01/1977, *Amer. c./Adam*, *Bull.* V, n° 37) ; voir G. COUTURIER, "Le nouveau droit des licenciements est-il efficace ?", *Dr. Soc.* 1978, sp. 78 ; A. LYON-CAEN, "La loi du 3 janvier 1975 : loi morte ?", *Dr. Soc.*, 1981-287 ; A. CHIREZ, "La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement", *D.*, 1981, chr. 193 ; F. GAUDU, "Le licenciement pour perte de confiance", *Dr. Soc.*, 1992.32.

³³ Cass. Soc. du 10/11/1976, *Soc. Hom. c./Mlle Abelly*, *JCP*, - IV - 393.

³⁴ Si les lois du 4 août 1982 et du 30 décembre 1986 renforcent les droits des salariés licenciés, c'est la loi du 2 août 1989 qui, en harmonisant leurs droits, fait des droits de la défense, du contradictoire et de l'obligation d'information "*des principes communs applicables à toutes les procédures*", le doute profitant désormais au salarié. La loi du 27 janvier 1993 renforce cette orientation. De fait, l'obligation de transparence entraîne une véritable moralisation, parfois contrainte, des choix de l'employeur.

Sans remettre en cause les fondements du pouvoir de direction de l'employeur, le droit social en limite les excès³⁵.

Le pouvoir d'organiser l'activité de l'entreprise se justifie par le nécessaire respect de règles permettant de garantir et d'assurer le fonctionnement de la collectivité de travail. S'il apparaît légitime, voire même indispensable, que l'entreprise –ordre juridique secondaire– fasse l'objet d'une réglementation, il faut aussi limiter et encadrer ce pouvoir pour éviter l'arbitraire et le discrétionnaire³⁶. En organisant un encadrement de son contenu et de sa mise en place, la loi du 4 août 1982 replace, de fait, le Règlement intérieur au cœur du droit du travail³⁷. Sans véritablement parler de morale dans l'entreprise, on peut évoquer de la fin du pouvoir unilatéral de l'employeur³⁸. Le contrôle du juge porte désormais sur le silence de l'employeur (ou sur son défaut d'explication) traduisant ainsi la progression de l'intervention du pouvoir judiciaire dans la régulation des rapports de travail³⁹.

2. D'une hiérarchie juridique à une « cyber hiérarchie ».

Le développement des NTIC (Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication) bouleverse les rapports sociaux en introduisant des données qui n'avaient pas été prises en compte par le droit du travail. Si l'ouvrier des forges de Zola est facile à identifier, le cyber-salarié sort des sentiers traditionnels tracés par les règles sociales classiques⁴⁰. Ne travaillant plus sur un site donné, sur la base d'un horaire fixe et sous la surveillance physique d'un supérieur hiérarchique, il semble libéré de toutes les contraintes qui avaient fondées la notion même de subordination⁴¹. La liberté gagnée en apparence est en réalité fondatrice d'une subordination perverse, beaucoup plus lourde à assumer car assise sur des technologies permettant un suivi permanent de la personne⁴² y compris dans le domaine privé et intime de sa vie personnelle. La frontière entre sa vie professionnelle et sa vie privée

³⁵ Paradoxalement, les textes sociaux consacrant les libertés des salariés vont conduire les juges à les définir et, donc, à les limiter. On retrouve ici –comme dans d'autres domaines juridiques– "l'irréductible et terrible ambivalence de toute norme", la norme sociale se devant d'être confrontée à d'autres libertés publiques parfois très éloignées de ses fondements. On assiste, malgré ces réserves, à l'émergence de nouvelles formes de rapports sociaux redéfinissant la place du salarié dans l'entreprise et induisant, de fait, une redéfinition moralisée des rapports de pouvoir.

Voir J.-C. JAVILLIER, "La dynamique du droit du travail", *Droit du travail*, LGDJ 1992.13.

³⁶ La mise en place du Règlement intérieur constitue le domaine d'expression naturel du pouvoir réglementaire de l'employeur. La doctrine qui précède la première des 4 lois Auroux témoigne des difficultés posées par l'absence d'encadrement législatif de ce type de document, certains auteurs considérant que le Règlement intérieur pouvait être comparé à "un héritage du Moyen Age" alors que d'autres –plus mesurés– parlent "d'anomalie juridique".

Voir G. LYON-CAEN, "Une anomalie juridique : le règlement intérieur", *D.*, 1969, chr. 247.

³⁷ En énonçant dans l'article L. 122-35 du droit du travail que le Règlement intérieur "ne peut apporter au droit des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche accomplir ni proportionnées au but recherché", le Code du Travail ne se limite pas à organiser un contrôle administratif. Au-delà du rôle dévolu à l'inspection du travail, le juge prud'homal développe un contrôle basé sur "la proportionnalité" de la mesure prise en imposant désormais de fortes exigences de justification. La Cour de Cassation considère, en la matière, que "le règlement intérieur est un acte juridique de droit privé" et que le juge judiciaire peut donc connaître d'une action principale en nullité d'une ou plusieurs clauses du règlement intérieur. Voir Cass. Soc. du 16/12/1992, *D.*, 1993.334, note X. PRETOT. *Dr. Soc.*, 1993.267, note A. JEAMMAUD.

³⁸ *Cass. Soc. du 10/06/1982*, Sté ed. Quo Vadis, *Bull.* V, n° 392.

³⁹ J.-E. RAY, "L'utilisation du juge judiciaire dans les rapports de travail", *Mélanges Percerou*, Vuibert, 1994.165.

⁴⁰ J.-E. RAY, "De Germinal à internet", *Dr. soc.*, 1995.634.

⁴¹ J.-E. RAY, "Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination", *Dr. Soc.*, fév 2000. 144.

⁴² "Les nouveaux mouchards de l'entreprise", *Liaisons sociales*, oct. 1999.

est balayée par des liens nouveaux, non soumis aux canons classiques de la doctrine sociale, susceptibles de mettre en cause la recherche d'équilibre induite par la moralisation des rapports sociaux.

Le rapport de la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL) souligne le fait que "le recours de plus en plus systématique aux nouvelles technologies de réseau a des incidences considérables sur le rapport salarial". La CNIL souligne ainsi fort justement que les NTIC permettent désormais de conserver toutes traces de l'activité d'une personne connectée. On peut véritablement parler de l'ère du "contremaître virtuel" capable de tout contrôler sans que le salarié en ait parfaitement conscience. De plus, au-delà de l'information strictement professionnelle, ces nouveaux outils risquent de permettre à des employeurs peu scrupuleux d'établir le profil professionnel, intellectuel voire psychologique d'un salarié travaillant sur ces nouveaux outils technologiques. Toutes les dérives deviennent possibles car le cumul des différents outils de travail que sont désormais le mail, le fax, le téléphone portable... participe à créer un lien permanent subi par le salarié⁴³. La Cour de cassation s'efforce, cependant, de contrôler un domaine où tout est à faire et à organiser en veillant au respect de principes issus de règles sociales souvent interprétables.

L'application de ces nouveaux principes implique qu'aucune information concernant un salarié ne peut être collectée par un dispositif dont il n'aurait pas eu connaissance et les méthodes et techniques d'évaluation se doivent d'être pertinentes au regard de la finalité poursuivie⁴⁴. La loi "*Informatique et Libertés*" du 6 janvier 1978 conforte cette orientation et connaît une application contemporaine par le moyen de la directive européenne sur le droit des personnes qui en est largement inspirée⁴⁵. Elle permet ainsi de conjuguer 2 principes essentiels du droit français : le principe de loyauté et celui de proportionnalité⁴⁶ au nom d'une gestion morale des personnels des entreprises.

⁴³ J.-E. RAY, "La preuve en droit du travail : avec les NTIC, l'essentiel est invisible pour les yeux", *Liaisons sociales*, avril 2001.

⁴⁴ L'article L. 121-7 du Code du travail permet à la Cour de cassation de remettre en cause les moyens excessifs utilisés par les employeurs à l'encontre de leurs salariés et qui, pour reprendre les termes de l'article L. 120-2 "*ne seraient pas justifiés par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché*".

⁴⁵ Directive 95/46 sur "la protection des libertés et les droits fondamentaux des personnes physiques en matière de données personnelles", *JOCE* du 23.11.1995. Pour le droit européen, on verra aussi : S. GREVISSE, "Le renouveau de la Charte sociale européenne", *Dr. soc.*, 2000.884 sur l'idée de "dignité au travail".

⁴⁶ Il est possible de mesurer les premières tendances juridiques organisées par la Cour de cassation sur la base des règles qui précèdent. Le courrier électronique est, par exemple, assimilé à une correspondance privée et peut, à ce titre, être protégé. On retrouve ici l'application de la loi du 10 juillet 1991 sur le secret des correspondances que la Cour de cassation transpose au cas particulier de la correspondance e-mail. La mise en place dans certaines entreprises de codes internes de bonne conduite permet de réguler ce type de problèmes même s'il convient d'en mesurer les limites et d'en réduire les excès. Des repères peuvent alors être fixés permettant de distinguer ce qui est autorisé de ce qui ne l'est pas (Cass. soc. du 18.07.2000 sur la sanction d'un cadre bancaire qui consultait des comptes auxquels il n'aurait pas du avoir accès).

Partie II. A la recherche de nouveaux équilibres.

A. L'émergence du concept de harcèlement.

1. Du harcèlement sexuel au harcèlement moral.

La première étape de la lutte contre le harcèlement sexuel est la réforme du Code pénal en 1993 qui organise la mise en place de l'article 222-33 en vertu duquel, "*le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende*". Jusqu'à cette réforme, on ne pouvait se défendre au pénal que pour des actes "matériels" (attouchements, attentat à la pudeur ou licenciement abusif). Désormais, l'harceleur peut être poursuivi pénalement.

La deuxième étape est la loi Neiertz du 2 novembre 1992 "relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail" modifiant, à la fois, le Code du travail et le Code de procédure pénale. Ce texte organise la responsabilité de l'employeur tenu de prendre toutes les dispositions nécessaires pour empêcher le harcèlement sexuel dans son entreprise⁴⁷. Il comporte cependant une réserve importante car il exige une subordination hiérarchique de la victime qui ne peut poursuivre ni un collègue, ni un client. La jurisprudence, pourtant limitée, traduit néanmoins la prise en compte de cette nouvelle dimension⁴⁸.

Plus que le harcèlement sexuel, le harcèlement moral suppose la prise en compte de situations immatérielles, dissimulées et interprétables. Il faudra attendre que les travaux de Marie-France Hirigoyen connaissent leur récent succès pour que l'expression même "harcèlement moral" soit revendiquée par des personnes qui n'arrivaient pas à identifier clairement leurs difficultés. L'évolution de la médecine du travail dans l'entreprise et les mutations générées par des textes renforçant ses prérogatives, permettent la prise de conscience de l'existence de problématiques délicates longtemps négligées par les juristes. Au-delà de la souffrance physique, souvent aisée à caractériser, d'autres types de souffrances, plus sournoises et plus complexes, apparaissent dans des situations qualifiées de harcèlement. Les travaux d'Heinz Leymann⁴⁹ et de Marie-France Hirigoyen⁵⁰ permettent de placer ce type de souffrances au tout premier plan des réflexions sociales. Les travaux de Leymann, en premier lieu, révèlent l'existence de situations jusqu'alors enfouies dans la conscience de personnes victimes de ces agressions. L'impact de l'ouvrage de Marie-France Hirigoyen confirme cette mutation des perceptions en dépassant la simple analyse de la souffrance de la victime pour révéler les ressorts complexes des agresseurs⁵¹. Tout cela révèle la place centrale

⁴⁷ Art. L 122-48 du *Code du travail*.

⁴⁸ Cass. crim. du 4.03.2003, *Dr. soc.*, n° 1/2004, pp. 112-113, CA de Douai du 10.09.1997, *JCP G*, n° 11, pp. 445-446, *Jurisp.* 10 037, note Th. GARÉ.

⁴⁹ Cass. crim. du 4.03.2003, *Dr. soc.*, n° 1/2004, pp. 112-113, CA de Douai du 10.09.1997, *JCP G*, n° 11, pp. 445-446, *Jurisp.* 10 037, note Th. GARÉ.

⁵⁰ Marie-France HIRIGOYEN, *Le harcèlement moral, la violence perverse au quotidien*, Syros 1998.

⁵¹ Les nombreux travaux autour de ces thématiques témoignent de la pertinence de ces réflexions.

Voir D. et K. RHODES, *Le harcèlement psychologique : ces gens qui drainent votre énergie*, Ed. Le Jour, 1999 ; I. NAZARE-AGA, *Les manipulateurs sont parmi nous*, Ed. de l'Homme, 1999 ; Ch. DEJOURS, *Souffrance en France - La banalisation de l'injustice sociale*, Seuil 2000 ; Ph. RAVISY, *Le harcèlement moral au travail*, *Delmas Express* ; I. MERCIER et M. OSMAR, *J'ai un patron psychopathe*, O. EYROLLES, *Santé et Société*, 2001 ; P. BOUAZIZ, "Le harcèlement moral dans les relations professionnelles", *D.O.*, mai 2000, n° 261 ; B. LAPEROU, "La notion de harcèlement moral dans les relations de travail", *Revue de jurisprudence sociale F.Lefebvre*, juin 2000, chr. 423 ; B. LAPEROU-SCHENEIDER, "Les mesures de lutte contre le harcèlement moral", *Dr. soc.*, 2002.313 ; C. BOUTY, "Harcèlement moral et droit commun de la responsabilité civile", *Dr. soc.*, 2002.695 ; J.-

du travail comme vecteur d'équilibre moral. L'activité professionnelle participe à l'équilibre psychosomatique de la personne salariée, l'enjeu étant chez l'agresseur de rechercher sa déstabilisation⁵². La difficulté de dégager une définition unique du harcèlement moral au travail atteste de la complexité de son évaluation dans l'entreprise. Le deuxième ouvrage de Marie-France Hirigoyen⁵³ témoigne de cette difficulté même si certains éléments permettent de caractériser ce type de situations : remise en cause des conditions relationnelles de travail, critiques injustes du travail réalisé, dégradation des conditions matérielles d'activité... La recherche d'une définition précise et utilisable constitue, en l'espèce, une nécessité pour permettre aux juges de cerner ces problématiques.

Nul doute que l'impact de l'évolution des modes d'activité et celui de l'organisation juridique de la flexibilité ne sont pas étrangers au développement des processus de harcèlement. De nouvelles formes d'organisation du travail débouchant sur une évaluation individualisée de la relation de travail dans un contexte de précarisation de l'emploi suscitent, entre ceux qui travaillent, des relations de concurrence pouvant aller jusqu'à des pratiques parfaitement déloyales⁵⁴. On constate, le plus souvent, que le harcèlement moral au travail ne peut être réduit à une relation spécifique entre deux personnes, l'agresseur et la victime, et qu'il ne peut s'opérer dans le secret. Pourtant le silence et la défection des témoins, le plus souvent collègues de travail, l'absence de solidarité professionnelle et d'entraide... font de ces problématiques des situations extrêmement difficiles à établir et, bien sûr, à prouver.

2. La sanction juridique du harcèlement.

Sur le plan juridique, le *Code civil*, le *Code du travail*, le *Code de la sécurité sociale*, voire même le *Code pénal* peuvent servir de support juridique à la lutte contre le harcèlement au travail⁵⁵. Ils ne suffisent pas, cependant, à cerner toutes les situations. Ainsi, le droit Constitutionnel au travers du Préambule de la Constitution de 1946 reconnaît les droits inaliénables et sacrés de tout être humain⁵⁶ alors que d'autres textes au niveau international s'inscrivent dans des perspectives similaires⁵⁷. Il faut cependant attendre la loi d'orientation de lutte contre les exclusions⁵⁸ pour que soit évoqué directement le principe du respect de l'égalité de tous les êtres humains. Le nouveau Code Pénal consacre un chapitre aux atteintes à la dignité de la personne⁵⁹. Si ces dispositions vont bien au-delà du harcèlement

M. LATTES, "Le harcèlement moral, conflit dans l'entreprise ?", *Actes du colloque Conflits*, Tome 11 de la collection "Histoire, Gestion, Organisations", Presses de l'Université Toulouse 1, novembre 2003, pp. 331 à 342.

⁵² Des enquêtes récentes traduisent clairement l'impact dramatique de ces nouvelles formes de relations très éloignées de toute morale professionnelle : Rapport du BIT, *La violence au travail*, Genève 1999 ; *Enquête européenne sur les conditions de travail de la Fondation de Dublin* (Printemps 2000) ; *Enquête de l'ANDCP (DRH) sur "le harcèlement moral"* (mars 2001).

⁵³ M.-F. HIRIGOYEN, *Malaise dans le travail, harcèlement moral - Démêler le vrai du faux*, Syros 2001.

⁵⁴ J. de LINARES, "Stress, le mal du nouveau siècle", *Le Nouvel Observateur*, 4.01. 2001, pp. 10 et s. ; J. JOLY, "Le retour des petits chefs", *L'Express*, 23.11.2000, pp. 151 et s.

⁵⁵ P. BOUAZIZ, "Le harcèlement moral dans les relations professionnelles", *D.O.* 2000, n° 621.

⁵⁶ Saisi au sujet des textes relatifs à la bioéthique, le Conseil Constitutionnel confirme cette orientation en considérant que la sauvegarde de la dignité humaine est un principe constitutionnel (Décision du 27 juillet 1994).

⁵⁷ Préambule de la Déclaration Universelle des droits de l'homme de 1948 ("... la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde") ; *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne des 6-7 décembre 2000 ("La dignité humaine est inviolable - Elle doit être respectée et protégée")*.

⁵⁸ *Loi du 29 juillet 1998*.

⁵⁹ Les articles 225-14 et 15 du Chapitre V du *nouveau Code pénal* sanctionnent le fait de soumettre des personnes à des conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine. D'autres dispositions du *Code Pénal* sont susceptibles d'être exploitées juridiquement : art. 222.13 sur les "violences psychologiques", art.223-

moral, il est cependant possible de l'y intégrer du fait de développements spécifiques aux situations de dépendance économique. La faiblesse de la jurisprudence basée sur ces dispositifs témoigne cependant de la difficulté juridique de réunir les conditions permettant de sanctionner le harcèlement moral⁶⁰.

Le droit du travail assure la protection des libertés et des personnes autour de l'application de l'article L. 120-2 du Code du travail⁶¹ mis en place par la quatrième loi Auroux du 31 décembre 1982. De ce texte, il est possible de déduire la possibilité pour le juge d'effectuer un contrôle de finalité et de proportionnalité des mesures prises par l'employeur à l'encontre de ses salariés. Les délégués du personnel disposent, en outre, d'un droit d'alerte leur permettant, au moins en théorie, de contrôler les atteintes aux droits et libertés des personnes dans l'entreprise⁶². Dans le même esprit, le CHSCT conserve la possibilité de faire appel à un expert agréé lorsqu'il est établi que les conditions de travail imposées aux salariés leur font courir un risque grave pour leur santé.

Les exemples d'interventions autour du risque moral sont cependant exceptionnels⁶³ et l'efficacité des dispositifs issus du Code du travail ne semble pas véritablement significative⁶⁴. Le droit de la Sécurité Sociale peut cependant compléter les moyens ouverts par le droit du travail en utilisant le biais de la notion d'accident de travail. A ce titre, le suicide d'un salarié à la suite du harcèlement moral de ses supérieurs nous amène à analyser les fondements de l'article L.411-1 du *Code de la Sécurité sociale* en vertu duquel on qualifie d'accident de travail tout accident "survenu par le fait ou à l'occasion du travail". Il devient alors possible aux victimes d'exercer un recours pour faute inexcusable de l'employeur ouvrant droit à une rente majorée et à une réparation améliorée⁶⁵.

13 sur "la provocation au suicide" et l'article 223.6 alinéa 2 sur "la non-assistance à personne en danger"... Leurs possibilités d'application semblent cependant peu évidentes.

⁶⁰ On notera cependant l'existence d'une décision aboutissant à la sanction pénale de l'employeur, celui-ci "s'obstinant à poursuivre un contrat de travail aux seules fins de brimades" ; voir TGI de Caen, Ch. Corr., Ministère public /Luc Robichon, *D.O.*, mai 2000, p. 202.

On lira : Ph. ECALLE, "Un patron Vendéen condamné pour harcèlement moral", *Le Monde* du 24.02.2001 ; S. DES DESERTS, "Le tyran du bocage", *Le Nouvel Observateur* du 1 mars 2001, p. 94.

⁶¹ "Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché".

⁶² Art. L. 422-1-1 du *Code du travail*.

⁶³ L'application de l'article L.236-9 du *Code du travail* a cependant été possible dans une affaire où le CHSCT de la Cram du Sud Est souhaitait missionner un expert pour "troubles moraux" malgré l'opposition des dirigeants de la Cram. La Cour d'appel d'Aix en Provence accepte cette procédure (CRAM Sud-Est/CHSCT Cram Sud-Est).

⁶⁴ Notons cependant que, dans une décision de la Cour d'appel de Grenoble du 3.05.1999, il a été décidé que "le harcèlement moral sur ses collaborateurs constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement". Cette décision rend responsable l'employeur d'éventuelles dérives en la matière. Il se doit de surveiller ses responsables salariés. Cette orientation est confirmée par la Cour de cassation qui, dans une décision du 15 mars 2000, considère que l'employeur est, dans ce type de situations, directement engagé par les agissements du cadre fautif "titulaire d'une délégation et assurant sa représentation à l'égard du personnel placé sous ses ordres" (Cass. soc. du 15.03.2000, n° 1414, *D.*, Ste France Restauration Rapide/Gavin). Ajoutons, pour compléter cette analyse de la responsabilité de l'employeur, que l'article L.230-2 du Code du travail stipule que "l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs de l'établissement".

⁶⁵ La Cour a reconnu cette définition pour le cas d'un suicide faisant directement suite à des remontrances d'un supérieur (Cass. soc. du 20.04.1988, *Bull.*, p. 158, n° 241) mais a refusé, dans un premier temps, d'appliquer l'article en cause dans des situations où le suicide intervenait dans un temps relativement éloigné du temps de travail (Cass. soc. du 4.02.1987, *Bull.* n° 64, p. 41 ou Cass. soc. du 18.01.1996, CPAM de Belfort/Boffy, n° 93-20.342, *D.*). L'évolution de la jurisprudence sociale permet cependant de renforcer le bénéfice de la présomption d'imputabilité, les juridictions ayant tendance aujourd'hui à considérer que le suicide, acte grave, peut être lié à

Le *Code civil* ouvre, de son côté, quelques possibilités d'intervention aux juges même si leurs évaluations se révèlent difficiles. Le droit de la responsabilité comme le droit des contrats permet de suivre un certain nombre de pistes juridiques comme l'obligation de réparer un dommage ou l'obligation d'exécuter une convention de "bonne foi"⁶⁶.

B. Les mutations contemporaines de la prise en compte de la réalité du harcèlement.

Le vote de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002⁶⁷ renforce les dispositifs juridiques en vigueur (1) mais la loi de modification du 3 janvier 2003⁶⁸ en atténue les conséquences (2).

1. Les apports de la loi de modernisation sociale.

Les réflexions menées autour du harcèlement moral ne peuvent être détachées de celles intervenues auparavant lors de la préparation et de la mise en place du texte relatif au harcèlement sexuel⁶⁹. Cette loi, inspirée du droit européen⁷⁰, permet d'introduire un certain nombre de dispositions nouvelles dans les textes sociaux : interdiction de sanction en cas de résistance à des agissements qualifiables de harcèlement moral⁷¹, pouvoir de sanction de l'employeur sur un salarié coupable de tels agissements⁷², contenu du Règlement Intérieur⁷³, protection contre des attitudes discriminatoires⁷⁴, renforcement du rôle préventif du CHSCT⁷⁵...

Il est aisé de constater que le harcèlement sexuel et le harcèlement moral présentent, à l'analyse, d'évidentes similitudes dans leur traitement juridique. Les situations à appréhender sont, en effet, tout à fait comparables : usage abusif de prérogatives hiérarchiques, difficultés de réaction de la victime, preuves et témoignages complexes à présenter au juge⁷⁶, lien entre

l'environnement professionnel sans pour autant intervenir sur le lieu de travail (TASS des Vosges du 28.02.2000, Rousseaux/CPAM des Vosges, *RPDS*, n° 663, juillet 2000, p. 215; CA de Riom du 22.02.2000, Brucker/SA Diamantine et CPAM de l'Ailier, n° 1655-99).

⁶⁶ L'exemple de l'affaire Chapet témoigne de la possibilité d'utiliser les articles 1382 et 1383 du Code civil lorsqu'un litige est avéré. En l'espèce, un cadre technico-commercial s'était suicidé après avoir subi des pressions et sanctions socialement inexplicables. Le Tribunal de grande instance de Bobigny reçoit le recours de sa femme et de son fils en considérant qu'il y avait une "relation immédiate de causalité" entre le suicide de l'intéressé et les actes injustifiables de l'employeur. Il accorde 100.000 francs de dommages et intérêts à chacun des demandeurs ; voir TGI de Bobigny du 7.12.1999, Chapet et autres/Sté Hella.

⁶⁷ *JO* du 18.01.2002, p. 1008.

⁶⁸ *JO* du 4.01.2003, p. 255.

⁶⁹ Loi n° 92-1179 du 2.11.1992, *JO* du 4.11.1992.

⁷⁰ Le droit européen s'est organisé autour de plusieurs dispositifs incitatifs : Rapport Rubinstein de 1987, résolution du 29.05.1990, recommandation de la commission du 27.11.1991 (n° 92/131/CEE, *JOC.E.*, L.49 du 24.02.1992).

⁷¹ Art. L. 122-46 du *Code du travail*.

⁷² Art. L. 122-47 et 48 du *Code du travail*.

⁷³ Art. L. 122-34 du *Code du travail*.

⁷⁴ Art. L. 122-1 et L. 152-1-1 du *Code du travail*.

⁷⁵ Art. L. 236-2 du *Code du travail*.

⁷⁶ La jurisprudence permet de relever un certain nombre d'éléments reconnus par les juges dans leur recherche des situations de harcèlement moral : "...convocations multiples et sans objet réel de la hiérarchie, bouleversements du lieu d'activité (changements de bureau, enlèvements de portes, bureaux aveugles...), suppression des outils de travail (téléphones, ordinateurs...), accumulation de dossiers transmis au dernier moment, multiplication d'ordres incohérents et contradictoires, interdiction de parler, de sourire ou de lever la tête...".

dispositifs civils et règles pénales, risques professionnels... La médiatisation du harcèlement moral⁷⁷ du fait de la réaction de la société à ce type de problématiques n'est pas sans lien avec l'insertion dans la loi dite de "modernisation sociale" d'un dispositif juridique spécifique au harcèlement moral. L'insertion d'amendements lors de la première lecture du nouveau texte permet de dégager des orientations nouvelles autour de thèmes indispensables à la protection des personnes : introduction d'un chapitre nouveau sur le harcèlement moral dans le Code du travail, application de la règle civiliste de l'exécution "de bonne foi" du contrat de travail, protection des salariés victimes ou témoins du harcèlement moral, définition du harcèlement...

La loi du 17 janvier 2002 ajoute ainsi un nouvel article L. 120-4 au *Code du travail*, en vertu duquel "le contrat de travail est exécuté de bonne foi". Il résulte de l'article L. 122-49 du *Code du travail* que, "constituent des actes de harcèlement moral, les agissements répétés qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits ou à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel"⁷⁸. Le nouveau texte ouvre plusieurs moyens d'action aux salariés ou à leurs représentants à l'intérieur de l'entreprise pour lutter contre le harcèlement moral⁷⁹. Par suite, le règlement intérieur⁸⁰, la responsabilité du chef d'entreprise dans la lutte contre le harcèlement⁸¹, le rôle des délégués du personnel⁸² et du CHSCT sont adaptés au nouveau dispositif. Enfin, la loi de modernisation sociale instaure une nouvelle procédure de médiation⁸³ pour les victimes de harcèlement moral (ou sexuel...) et, par ailleurs, les intéressés peuvent agir en justice pour faire cesser cette situation ou demander réparation du préjudice qui leur a été causé. Une telle action peut être également exercée en leur nom par un syndicat professionnel⁸⁴ et le régime de la preuve est aligné sur celui de loi relative au harcèlement sexuel aménagé dans le cadre de la lutte contre les discriminations⁸⁵. Le salarié peut bénéficier d'un avantage de procédure, la présentation de simples éléments de fait étant suffisante pour obliger le défendeur à prouver qu'il n'y a pas eu harcèlement. La mise en place de sanctions pénales permet de conforter ce nouveau dispositif susceptible de mieux garantir une gestion moralisée du personnel dans l'entreprise.

⁷⁷ M.-F. HIRIGOYEN, *op. cit.*

⁷⁸ Il convient de souligner que, lors des débats au parlement, la notion de répétition est apparue importante. Un acte isolé, portant atteinte aux droits ou à la dignité du salarié, n'est pas constitutif de harcèlement moral même s'il reste fautif. En outre, toute situation de stress ne saurait être assimilée à du harcèlement, la notion de harcèlement ne devant pas devenir le réceptacle de toute une série de dysfonctionnements internes aux entreprises. Par suite, le harcèlement doit intervenir dans un cadre professionnel mais une logique hiérarchique n'est pas exigée contrairement aux faits de harcèlement sexuel. Ces actes sont proscrits, qu'ils soient intentionnels ou non et cela même sans dommage avéré.

⁷⁹ Le *Code du travail* consacre la reconnaissance du principe de non-discrimination qu'il élargit désormais au harcèlement moral : "Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements constitutifs de harcèlement moral ou pour avoir témoigné de tels agissements. Toute rupture du contrat de travail qui en résulterait, toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit" (Art. L. 122-49, alinéas 2 et 3).

⁸⁰ Art. L. 122-34 du *Code du travail*.

⁸¹ Art. L. 122-51 du *Code du travail*.

⁸² Art. L. 422-1-1 du *Code du travail*.

⁸³ Art. L. 122-54 du *Code du travail*.

⁸⁴ Art. L. 122-53 du *Code du travail*.

⁸⁵ Art. L. 122-52 du *Code du travail*.

2. La loi de modification du 3 janvier 2003.

Moins d'un an après le vote de la loi de modernisation sociale, un nouveau texte, la loi du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation en matière de licenciement économique, en modifie certaines dispositions. Les articles 4 et 5 du nouveau dispositif reprennent le régime de la preuve du harcèlement et les modalités de la procédure de médiation.

Craignant que les dispositions favorables aux victimes de harcèlement dans le domaine de la preuve n'entraînent une recrudescence de contentieux abusifs, le législateur réorganise le partage de la charge de la preuve. Le salarié victime ne doit plus simplement présenter au juge prud'homal des éléments laissant supposer l'existence d'une situation de harcèlement, il doit désormais établir les faits qu'il avance et, donc, présenter des éléments objectifs certains⁸⁶. L'employeur demeure toutefois tenu d'établir le fait que ses propres agissements ne sont pas constitutifs de harcèlement et que ses décisions peuvent être justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le juge conserve toute sa liberté de conviction à l'issue d'une instruction qui redevient équilibrée et contradictoire⁸⁷. Cette nouvelle rédaction du Code du travail, si elle pose question en terme d'efficacité, présente l'avantage d'être conforme, à la fois, avec la directive européenne relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes⁸⁸ et avec la décision du Conseil constitutionnel qui avait émis de fortes réserves d'interprétation en se prononçant sur la rédaction initiale de l'article L. 122-52 du Code du travail. Le Conseil avait alors indiqué que le texte en cause "ne saurait dispenser la partie demanderesse d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants"⁸⁹.

Concernant le problème particulier du médiateur⁹⁰, la procédure est désormais réservée au cas de harcèlement moral, toute référence au harcèlement sexuel étant supprimée dans l'article L. 122-54 du Code du travail⁹¹. En outre, la procédure n'est plus réservée au salarié qui s'estime victime de harcèlement moral, elle est désormais ouverte à la personne qui se voit reprocher ce type de comportement.

Ce nouveau texte a pu faire craindre à un véritable recul dans la lutte contre les faits de harcèlement. L'analyse de la jurisprudence récente démontre qu'il n'en est rien et que les juges participent désormais très directement à la nécessaire moralisation des pratiques managériales des employeurs⁹².

Conclusion.

Le salarié, à l'inverse du travailleur indépendant, se caractérise par l'acceptation de l'autorité d'un employeur. A une situation de subordination induite par le caractère personnel

⁸⁶ Témoignages, certificats médicaux...

⁸⁷ Art. L. 122-52 modifié.

⁸⁸ N° 2000/43/CE du 29 juin 2000.

⁸⁹ Cons. const. du 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, *JO*, 18.

⁹⁰ La loi nouvelle intervient aussi pour modifier les conditions de choix du médiateur, son statut et ses obligations.

⁹¹ Pour le harcèlement sexuel, la seule voie de recours sera donc la procédure judiciaire.

⁹² *Cass. soc. du 13.07.2005*, SCP Monsaux-Castanie/Y., n° 03.44980 ; *Cass. crim. du 21.06.2005*, n° 04.86936 ; *Cass. civ. du 24.05.2005*, n° 03-30480, *Cass. soc. du 5.04.2005*, n° 02-46634, *Cass. soc. du 16.03.2005*, n° 03.40251.

du contrat, il convient d'ajouter la mise en place d'une véritable dépendance économique. Cette double soumission ne doit pas faire oublier que le salarié demeure, pour la société, un travailleur libre et que sa citoyenneté ne disparaît pas aux portes de l'entreprise.

Le droit du travail constitue un régulateur indispensable dans sa capacité à limiter les conséquences toujours possibles d'une dérive du pouvoir patronal. Dans un domaine où il n'intervenait que marginalement, le harcèlement, il participe désormais à une véritable moralisation des relations sociales dans l'entreprise en organisant un véritable contrôle du juge social. Il retrouve ici pleinement sa fonction progressiste dans un contexte global de flexibilité pourtant peu favorable aux salariés.