

L'institution du médiateur mise en place par la loi sur le harcèlement moral n'aura donc pas vécu ! *

par Philippe LEVAVASSEUR, DEA de Droits fondamentaux,
 Doctorant en Droit social à l'Université de Nantes,
 Laboratoire Droit et changement social

La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 avait instauré de nouvelles dispositions relatives au harcèlement moral et notamment une procédure de médiation (1).

L'institution du médiateur comportait alors plusieurs dispositions communes avec celle du conseiller du salarié. Ainsi, elle profitait plus particulièrement à ceux exerçant leur activité professionnelle dans une structure démunie d'institutions représentatives du personnel (2). Cette toute nouvelle forme de médiation comportait l'ensemble des garanties propres à en assurer la crédibilité et l'efficacité. En effet, la loi confiait à la DDTEFP (3) le soin de procéder à l'examen des candidatures. L'appréciation de celle-ci se fondait à la fois sur des critères d'autorité morale et de compétences dans la prévention du harcèlement et sur la connaissance du droit social (4). La liste des médiateurs devait donc être arrêtée par le Préfet de département. Mais, la loi du 3 janvier 2003 (5) a subrepticement empêché la mise en place des médiateurs (6). Certes, « une procédure de médiation peut être envisagée par toute personne de l'entreprise s'estimant victime de harcèlement moral » (7). Mais, avec quels moyens la médiation pourra-t-elle donc

se réaliser ? La question se pose avec une acuité particulière lorsque l'entreprise est dépourvue de toute structure syndicale. En effet, concrètement, comment un salarié, en proie au désarroi induit par une ambiance de harcèlement et sans repère syndical, sera-t-il en mesure de rentrer en contact avec un médiateur ? L'efficacité de cette mission suppose en premier lieu une reconnaissance à travers un statut légal. Or, précisément, la loi du 3 janvier 2003 vient briser le statut juridique du médiateur en matière de harcèlement pour renvoyer aux « bons soins » des parties en présence le choix de mettre en œuvre cette procédure. Cela revient à priver des salariés, tout à la fois affaiblis et isolés, de la possibilité réelle de recourir à une médiation (8). Dans cet attachement aux règlements des conflits, la maxime de Lacordaire prend toute sa tonalité : « entre le fort et le faible (...) c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit ». Ainsi, comme le rappelle à juste titre le Pr. Ichiro Kitamura, « l'autonomie de la volonté risque parfois de conduire à celle des puissances » (9).

Le choix du médiateur est d'une importance telle qu'il doit être encadré. En effet, faute de pouvoir ou de savoir comment rentrer en contact avec une

* Contribution hors colloque.

(1) La loi n° 2002-73 du 17.01.2002 a introduit la notion de harcèlement moral dans notre législation à l'article L. 122-49 du Code du travail. V. F. Bocquillon "Harcèlement moral au travail : une loi en trompe l'œil ?", Dr. Ouv. 2002 p. 278.

(2) En 2002, le législateur a inscrit plusieurs mesures de prévention : il a étendu le rôle du CHSCT à la protection de la santé mentale des salariés (C. trav., art. L. 236-2), il a étendu la procédure d'alerte des délégués du personnel aux cas d'atteinte à la santé mentale des salariés (C. trav., art. L. 122-34), il a étendu le contenu du règlement intérieur aux dispositions relatives à l'interdiction de toute pratique de harcèlement moral (C. trav., art. L. 122-34). Toutefois ces dispositions ne s'imposent qu'aux entreprises de 11, 20 voire 50 salariés et plus.

(3) Direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle.

(4) V. M. Meunier-Boffa, « Le médiateur : une unicité de nom pour une diversité de fonctions », TPS, 01/2003 p.6 : « dans le cadre du harcèlement, le médiateur doit avoir une solide connaissance des principes généraux du droit et des droits liés au respect de la personne humaine mais aussi en psychologie et en communication afin de proposer une recommandation, dont le cas échéant, les conclusions serviront à engager une procédure juridictionnelle ».

(5) cf. loi n° 2003-6 du 03.01.2003 « portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques », JORF, 04.01.2003, pp. 255-256. On peut être surpris de trouver des dispositions visant la médiation relative au harcèlement sous un tel intitulé.

(6) On peut s'interroger sur la raison qui a conduit à l'absence d'installation de cette institution courant 2002. Cf. Actes du colloque « Harcèlement moral, management et organisation du travail » qui s'est tenu les 6 et 7 juin 2001 à Montreuil, Dr. Ouv. 06/2002 p. 268 : « la loi du 17.01.2002 ne prévoyant pas de décret, rien ne pourrait expliquer que ces médiateurs ne soient pas rapidement mis en place ».

(7) Aux termes de l'article 5 de la loi du 03.01.2003, l'article L. 122-54 du Code du travail dispose : « une procédure de médiation peut être envisagée par toute personne de l'entreprise s'estimant victime de harcèlement moral. Elle peut être également mise en œuvre par la personne mise en cause. Le choix du médiateur fait l'objet d'un accord entre les parties ». A l'origine, la procédure de médiation visait le harcèlement de nature non seulement morale mais aussi sexuelle.

(8) Et pourtant, comme le souligne M. A. Gaonac'h, dans un article intitulé « Le champ d'application de la médiation judiciaire », LPA, 21.06.1999, p. 7 : « le recours à la médiation trouve une place de choix lorsque le salarié est toujours en fonction ». En pareilles circonstances, le salarié a certainement besoin d'une solution mais pas forcément d'un jugement dont l'issue laisse trop souvent des traces indélébiles

(9) V. I. Kitamura, L'avenir de la « justice conciliatoire » in L'avenir du Droit, Mélanges en hommage à F. Terré, Dalloz, Paris, 1999, p. 815.

personnalité reconnue par les pouvoirs publics, le salarié risque, soit d'accepter l'entremise d'un médiateur dont il est permis de douter des compétences, soit de renoncer à toute initiative. La liberté la plus large laissée aux parties dans le recours à la médiation en matière de lutte contre le harcèlement au travail risque donc de sombrer dans l'immobilisme. Bien au contraire le recours à la médiation doit-il être favorisé par la loi et recevoir toute l'attention des pouvoirs publics (10). A défaut, l'on perçoit le piège tendu aux salariés (11). A notre sens, le législateur qui se contente « d'envisager » la possibilité d'une médiation l'ignore en réalité. Il méconnaît ainsi tout l'intérêt d'une telle procédure pour des relations professionnelles appelées à se poursuivre. En effet, la logique de la médiation « *correspond à un véritable besoin et s'impose, progressivement, comme une solution qui permet un traitement différent des conflits* » (12). Agissant en tant que tiers à l'entreprise, le médiateur trouve toute sa place dans la poursuite de la relation contractuelle de travail (13). C'est là tout l'intérêt d'une institution suscitant l'apaisement du différend tout en évitant « *l'alternative brutale entre la persistance du harcèlement et l'action en justice* » (14). Ainsi comprise, la médiation doit intervenir en amont d'une procédure prud'homale car, lorsque l'on recourt à ce moyen c'est que l'on considère davantage le

conflit comme une maladie à guérir et non comme un mal à réprimer dans le cadre d'une procédure juridictionnelle (15). Notre conception de la médiation rejoint ainsi l'analyse très pertinente de Mme Christine Labbé pour qui la médiation consiste à « *se placer sur le terrain du respect des droits et des conditions de travail saines sur le terrain de la prévention, et non sur le terrain étroit de la réparation indemnitaire ou des soins médicaux* » (16). Pour réussir sa mission en matière de harcèlement, le médiateur doit avoir un statut (17). C'est précisément ce que lui offrait la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002. La nomination par l'autorité préfectorale dissipait alors tout risque attaché au choix du médiateur comme elle favorisait l'accès à l'information du salarié intéressé par cette procédure. Enfin son statut assurait l'indépendance, la neutralité et l'impartialité du médiateur (18). Cette institution devait donner corps à la modernisation sociale dans le cadre de la lutte contre le harcèlement au travail. Le législateur de 2003 ne lui a pas permis de vivre. Et l'on imagine déjà le salarié, désespéré par sa situation de harcèlement, ne sachant pas qui saisir comme médiateur. Décidément la modernisation sociale reste un vaste chantier. Pour réussir dans cette louable démarche ne faut-il pas avant toute chose s'en donner les moyens ?

Philippe Levavasseur

(10) cf. Mme. Meunier-Boffa, *op. cit.*, « *le recours au médiateur (...) peut s'analyser comme la volonté du législateur et des pouvoirs publics de donner un essor nouveau aux relations sociales et de lutter contre la tendance actuelle à l'individualisme dans le travail et l'incapacité à aller au-delà des apparences* ».

(11) A rapprocher de l'article de M. B. Augier, « *La médiation dans les conflits individuels du travail : une chance pour le patronat, un piège pour les salariés ?* », *Dr. Ouv.* 06/1999. L'auteur reproche à cette procédure son caractère payant. En effet, comment ce médiateur « librement » choisi par les parties serait-il indemnisé ? Notre scepticisme est renforcé par le principe selon lequel « celui qui paie commande ». La procédure de médiation aménagée par la loi du 17 janvier 2002 présentait quant à elle l'avantage de la gratuité.

(12) V. M. Bénichou, « *L'avocat et la médiation* », *Gaz. Pal.*, 30.11.1999 p. 1917

(13) Comme le rappelle la note de la direction confédérale CGT, « *l'intervention d'un tiers extérieur à l'ambiance confinée, mollement consensuelle ou oppressive des entreprises a toujours été recommandée par les différentes analyses du harcèlement* » : cf. *Dr. Ouv.* 06/2002, « *Mise en place des médiateurs...* », Document, p. 309.

(14) cf. Rapport Ass. nat., nouvelle lecture, n° 3385, T. II, p. 83

(15) En outre, « *les procédures judiciaires peuvent se dérouler sur un "sur-traumatisme" des personnes victimes de harcèlement* » selon Mme Christine Labbé, « *Agir sur le processus de harcèlement : l'enrayer et le prévenir* », *Dr. Ouv.* 06/2002 p. 271.

(16) cf. C. Labbé, *idem*, p. 267. Notre conception de la médiation rejoint également celle de M. Boulmier pour qui, en matière de

travail, la médiation doit intervenir en amont d'une action prud'homale : v. D. Boulmier, « *Médiation judiciaire déléguée à une tierce personne et instance prud'homale : nid ou déni de justice ?* », *Dr. Ouv.* 05/2002 pp. 185-196. Selon l'auteur, p. 195, « *la médiation judiciaire déléguée à une tierce personne pour le règlement des conflits individuel du travail, se positionne comme un substitut à la justice* ». Il en sera de même pour la médiation retenue en dehors de la liste arrêtée par l'autorité administrative.

(17) Cette opinion est à rapprocher de celles de certains auteurs qui revendiquent, pour faciliter l'accès au droit des salariés démunis, un véritable statut pour les défenseurs syndicaux (article L. 516-4 du Code du travail). V. J.-Cl. Lam : « *Sur le statut du défenseur syndical* », *RPDS*, n° 08-09/1995, p. 256. V. également P. Rennes, « *Les travailleurs et l'accès à une justice prud'homale efficace* », *Dr. Ouv.* 01/2002 p. 16, disponible sur le site internet de la revue.

(18) Le statut faisait du médiateur un véritable acteur de la lutte contre le harcèlement : possibilité de convoquer les parties qui devaient alors comparaître en personne dans le délai d'un mois, possibilité de procéder à des auditions et de demander aux parties la production de documents utiles à son droit d'information, protection contre le licenciement, droit de s'absenter et crédit d'heures, droit à la formation, couverture sociale de tout accident susceptible d'intervenir dans le cadre de sa mission, entrave à leur mission punie d'une peine d'amende ou de prison etc. En cas d'échec de sa mission, le médiateur informait les parties des éventuelles sanctions encourues et des garanties procédurales en faveur de la victime.

Erratum - Une erreur s'est glissée dans l'article de Pascal Moussy "Encore et toujours à propos de l'impartialité : lorsque la rigueur cède devant l'effet de mode" *Droit Ouvrier* février 2003 p. 48. Les 2^e et 3^e alinéas de la 2^e colonne de la page 53 doivent être lus de la manière suivante :

"B) Une intervention marquée par la préoccupation de voir affirmer le principe du respect de la réglementation protectrice des droits des travailleurs.

Aux termes de l'article L. 411-11 du Code du travail, l'intervention..." (*le reste sans changement*).

Que nos lecteurs et l'auteur veuillent bien accepter nos excuses.