

Les dispositifs juridiques de réaction

Manuela Grévy

Maître de conférences à l'ISST-Université Paris I

Le droit communautaire, comme la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, affirment « le principe de protection juridictionnelle effective ». Plus précisément, les Etats-membres ont l'obligation de prendre les mesures permettant à toute personne victime d'une illicéité de « faire valoir ses droits par voie juridictionnelle », obligation dont il découle notamment l'impératif d'instituer et de garantir le « droit à une sanction effective et efficace »¹. A la lumière de ces exigences, quelle est la réaction de l'ordre juridique à la transgression des règles qui prohibent la discrimination et le harcèlement ?

Apporter des éléments de réponse à une telle question présente quelques périls en l'absence de socle commun de règles en matière de D et de H. La matière est régie par une multitude de textes dont il ressort une impression de désordre tandis que la jurisprudence est abondante et audacieuse sur les discriminations, au contraire discrète sur le harcèlement.

Cependant s'il est un lien entre ces deux qualifications -harcèlement et discrimination- c'est celui des droits fondamentaux, justifiant dès lors que l'on recherche une certaine unité du dispositif juridique. En outre, le terrain des droits fondamentaux est essentiel lorsqu'on s'interroge sur la manière dont le droit réagit aux atteintes, à l'illicite, tant la règle et la sanction sont indissociables, sont le miroir l'un de l'autre.

La réaction de l'ordre juridique à la transgression des règles qui prohibe la discrimination et le harcèlement sera examinée à deux niveaux. Tout d'abord l'institution garante de la protection. Dans notre système juridique, le juge est la figure cardinale de la protection des droits fondamentaux ; il le demeure on le verra, mais se voit fragilisé par l'émergence d'une forme alternative de règlement des litiges qu'est la médiation. Puis on sera naturellement conduit à s'interroger sur les sanctions; ici le tableau est contrasté : tandis que la sanction civile s'affirme avec vigueur, la sanction pénale semble s'effacer de la scène judiciaire.

¹ Cf. jurisprudence CJCE : la sanction de la méconnaissance des règles/égalité de traitement doit être « de nature à assurer une protection juridictionnelle effective et efficace et doit en outre avoir à l'égard de l'employeur un effet dissuasif réel » ; cf. aussi les derniers textes communautaires (D2000/43 D2000/78 D2002/73, D2002/73): les victimes « doivent disposer de moyens de protection juridique adéquats » et les sanctions doivent être « effectives, proportionnées et dissuasives ».

I- La coexistence du juge et du médiateur

En la matière coexistent deux formes d'action d'une nature différente, voire opposée –l'action en justice d'un côté, la médiation de l'autre, coexistence qui révèle l'absence de philosophie claire du législateur sur la manière dont l'ordre juridique doit se saisir de la violation des dispositions prohibant la discrimination et le harcèlement.

A- Le juge, gardien des droits fondamentaux

D'un côté donc, le législateur a conforté le juge dans son rôle de gardien des droits fondamentaux.

1/ La protection du droit d'agir en justice.

Exercice d'une liberté publique, l'action en justice est protégée contre une mesure patronale de rétorsion, protection particulièrement nécessaire dans une relation de subordination². Cette exigence s'impose d'autant plus que l'action en justice a pour objet de sanctionner la violation d'un droit fondamental du salarié. Dans le prolongement, le législateur interdit également toute mesure de rétorsion à l'encontre d'un salarié qui témoignerait d'agissements constitutifs d'une discrimination ou d'un harcèlement³.

La protection de l'action en justice apparaît toutefois imparfaite. Elle n'est explicitement prévue que dans l'hypothèse d'un licenciement prononcé à raison d'une action en justice relative à une discrimination. Ce licenciement est nul et de nul effet.⁴ Mais en prenant appui sur le caractère fondamental du droit auquel il est ici porté atteinte, on peut soutenir la nullité de tout acte de rétorsion autre qu'un licenciement.

Il faut également relever l'absence de protection –en tout cas explicite- lorsque l'action en justice est relative à une situation de harcèlement, sexuel ou moral. Toutefois, le caractère fondamental du droit d'agir en justice, associé à l'exigence d'une protection adéquate des victimes d'actes attentatoires à leur dignité justifierait ici également la nullité de tout acte ou mesure de rétorsion. Cette protection pourrait également prendre appui sur les dispositions légales qui interdisent de sanctionner ou de licencier un salarié pour avoir subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement sexuel ou moral⁵, en considérant que l'engagement d'une action en justice manifeste un refus de la situation⁶.

Mais il ne suffit pas de protéger le droit d'agir en justice dans son principe ; il faut également lever les obstacles à son exercice.

2/ L'exercice de l'action en justice

² Cf. A.Supiot, Les juridictions du travail, Dalloz, Traité, 1987, n°559 p.519.

³ Art. L122-45 al.3 ; L122-46 al.2 et L122-49 al.2 CT.

⁴ Art. L122-45-2 CT ; pour une illustration jurisprudentielle, cf. Cass.soc.28.11.00, Bull. n°395 p.302.

⁵ Art. L122-45 et L122-49 CT.

⁶ En ce sens, CA Chambéry, 18.01.00, RJS 4/00 n°371.

a) Tout d'abord la discrimination, notamment certaines formes d'entre-elles comme la discrimination dans les conditions de travail, la rémunération ou la carrière, est par nature diffuse, opaque.

Longtemps invisible dans l'espace judiciaire, il a fallu la construction communautaire sur le droit de la preuve pour lever le voile. Ce dispositif probatoire sera discuté lors de la table ronde. Mais d'autres dispositions essentielles le complètent.

C'est ainsi que la loi du 16/11/01 a renforcé les pouvoirs de l'inspecteur du travail. Ce dernier peut désormais « se faire communiquer tout document ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de faits susceptibles d'établir » une discrimination⁷. L'inspection du travail devient donc un acteur central pour révéler ces discriminations. Et si naturellement son enquête peut, le cas échéant, déboucher sur une action pénale, ses observations peuvent également –et c'est effectivement le cas dans certains contentieux- étayer les allégations du salarié devant une juridiction civile⁸.

b/ Ensuite, le législateur a facilité l'exercice de l'action en justice en favorisant l'intervention d'acteurs collectifs.

En amont de l'action en justice, c'est le droit d'alerte, confié au délégué du personnel, une situation de discrimination ou de harcèlement entrant dans le champ de l'article L422-1-1 CT. On sait en effet que si un DP constate une atteinte aux droits des personnes ou à leur santé physique et mentale, il en saisi l'employeur, lequel doit procéder sans délai à une enquête et prendre les mesures nécessaires pour remédier à la situation. Ce droit trouve un prolongement dans une action judiciaire, organisé par le texte lui-même qui précise en effet que le Conseil de prud'hommes peut être saisi en la forme des référés.

Surtout, les organisations syndicales et, plus récemment, certaines associations peuvent agir en substitution du salarié⁹. Cette action ne semble pas cependant particulièrement mobilisée. En revanche l'intervention de ces mêmes acteurs en qualité de partie civile ou de partie jointe apparaît plus nettement dans les contentieux de la discrimination, et tout particulièrement de la discrimination syndicale s'agissant des premières et de la discrimination à raison de la race, de l'origine ou de la nationalité devant les juridictions pénales s'agissant des secondes.

Ces interventions n'ont cependant pas la même fonction ni la même signification. L'intervention d'une organisation syndicale apparaît assez naturelle dès lors qu'une discrimination syndicale porte nécessairement atteinte à l'organisation elle-même, au-delà de ses militants. En revanche, l'intervention des associations, en l'occurrence des associations qui ont pour objet la lutte contre ce type de discrimination revêt une fonction tribunicienne : dénoncer les discriminations en prenant appui sur le caractère symbolique de la condamnation pénale.

On le voit, l'action judiciaire paraît une voie privilégiée par le législateur face à une situation de discrimination ou de harcèlement. Et l'on observe ces dernières années une montée en

⁷ Art. L611-9 CT. Cette précision législative répond à la jurisprudence de la Cour de cassation qui, considérant que l'inspecteur du travail ne pouvait exiger la communication que des seuls documents prévus par les textes, avait écarté l'obligation de communiquer des fiches d'évaluation (Cass.crim. 17.03.92, Bull 116).

⁸ Cf. M.Miné, La discrimination dans l'emploi, SSLamy 17.12.01, p.19

⁹ Art. L122-45-1, L123-6 et L122-53 CT.

puissance du contentieux, tout particulièrement en matière de discrimination syndicale dans la carrière. Du reste, et ce n'est pas un hasard, c'est sur cette question qu'une menace plane : celle d'une réforme des règles de prescription.

3/ Une réforme des règles de prescription ?

Soutenant que l'indemnisation du préjudice pour le passé cache en réalité un rappel de salaire, il a été plaidé l'application de la prescription quinquennale. La chambre sociale de la Cour de cassation a cependant très nettement affirmé que l'action du salarié est ici une action en dommages et intérêts soumise à la prescription trentenaire¹⁰.

C'est donc par la voie législative que certains représentants patronaux tentent désormais d'obtenir la modification des règles de prescription afin de limiter le montant des réparations indemnitaires. Si le législateur venait à les entendre, ce serait un obstacle sérieux aux actions judiciaires relatives à la discrimination dans le déroulement de carrière qui, par nature, ne peuvent être révélées, et donc dénoncées qu'après de longues années.

L'action judiciaire se voit aussi fragilisée par l'émergence d'une forme alternative de règlement des conflits : la médiation.

¹⁰ Cass.soc. 15.03.05, Dr.soc. 2005 p.827.

B- La médiation

Ce mode de règlement des litiges a été à l'honneur lors de la définition des missions confiées à la nouvelle Halde¹¹. Outre une mission d'assistance et de conseil des victimes, la Haute Autorité s'est vu en effet confier une mission de médiation, justifiée par ses promoteurs à « des fins d'efficacité »¹² et qui n'a pas été discutée dans son principe lors des débats parlementaires. Le décret d'application de la loi du 30.12.04 précise ainsi « qu'en vue de parvenir à une résolution amiable des différends (...), la haute autorité peut, après avoir recueilli l'accord des intéressés, désigner un médiateur ». Le texte précise en outre les modalités procédurales de cette intervention.

En matière d'harcèlement également, le législateur a prévu la faculté de recourir à une telle procédure¹³. Instituée par la Loi de Modernisation sociale¹⁴, elle avait été envisagée comme une faculté réservée à la victime des agissements de harcèlement moral ou sexuel, le médiateur étant une personnalité extérieure à l'entreprise et la procédure de médiation encadrée par la loi¹⁵.

Une année plus tard, à l'occasion des discussions sur ce qui allait être la loi du 3 janvier 2003, la question de la médiation est revenue dans les débats. Il en est résulté des modifications de deux ordres. Tout d'abord le harcèlement sexuel a été exclu du champ d'intervention de la médiation. Ensuite, la procédure a été repensée, notamment en laissant ouvert le choix du médiateur qui peut donc appartenir à l'entreprise, médiateur qui doit être choisi par accord entre les protagonistes. D'une médiation proche dans sa philosophie de la médiation judiciaire –tel qu'envisagé par la LMS, l'on est donc passé à un mécanisme purement interne de règlement amiable d'une situation conflictuelle. Du reste, la refonte des dispositions en 2003 a été justifiée par le souhait « de régler d'abord dans l'entreprise » une question qui est « interne à l'entreprise »¹⁶.

Que l'engouement suscité par la médiation atteigne les relations de travail ne surprend pas. Mais on peut s'interroger sur la signification et la portée d'un tel dispositif dans le domaine des droits fondamentaux.

Comment comprendre qu'un agissement constitutif d'une discrimination ou d'un harcèlement moral soit considéré comme suffisamment grave pour justifier une sanction pénale et qu'en même temps il puisse être traité dans une procédure amiable dont l'objet est de rapprocher les parties sur un différend ?

¹¹ Loi du 30.12.04

¹² Exposé des motifs du projet de loi.

¹³ Art. L122-54 CT

¹⁴ Loi du 17.01.02.

¹⁵ A l'origine de ce dispositif, des amendements parlementaires déposés en 1^{ère} lecture à l'AN lors de la discussion de la LMS se proposaient de définir le harcèlement moral, de le prévenir et de le sanctionner civilement et pénalement. La question de la médiation était intervenue plus tard, en seconde lecture.

¹⁶ Rapport Sénat n°92 (travaux parlementaires préalables à l'adoption de la loi dite LMS du 17.01.02).

Le législateur n'y a vu a priori aucune contradiction ; plus encore, en matière d'harcèlement, c'était lors des mêmes débats parlementaires qu'avaient été adoptés la procédure de médiation et la sanction pénale du harcèlement moral ! A priori cependant car lorsque le harcèlement sexuel a été exclu du champ de la médiation, c'était parce que « dans de tels cas, il ne peut y avoir de procédure autre que judiciaire »¹⁷. La philosophie du législateur apparaît pour le moins peu cohérente.

Plus fondamentalement, la médiation met en valeur une conception du droit comme simple instrument de satisfaction des intérêts privés. Dans cette conception, c'est en effet d'abord la résolution d'un conflit privé qui est en cause et donc la satisfaction ou la compensation du dommage. Mais à l'inverse, si l'on considère que la violation de la loi doit être sanctionnée afin de rétablir l'ordre juridique dans son intégrité, l'intervention du juge et la sanction retrouvent toute leur place. Cette reconnaissance par le juge du caractère illicite d'un acte ou d'une situation est essentielle pour l'ordre juridique comme pour la victime qui peut alors être rétablie dans sa dignité.

En outre, ce mode de résolution d'un litige privé sur la base d'un compromis nie toute conflictualité des relations de travail et porte au contraire en lui une conception paternaliste de ces relations que l'on aurait pu croire d'un autre temps.

En conclusion de cette première partie, on peut se demander si l'émergence de la Halde sur le terrain de la mise en l'état des dossiers individuels, par des investigations et auditions, et plus encore est-il annoncé sur le terrain des sanctions, ne pourrait obscurcir encore davantage le paysage tant le doute s'impose quant à la nature des prérogatives de cette Autorité¹⁸ et son inscription dans le dispositif juridique de réaction.

Si l'on envisage maintenant la manière dont l'ordre juridique saisit l'illicéité à travers les sanctions judiciaires, la situation apparaît contrastée mais porteuse d'une réelle protection des salariés.

¹⁷ Débats AN, 1^{ère} lecture (préalables à l'adoption de la loi du 31.01.03).

¹⁸ Le texte même de la loi du 30 décembre 2004 suggère des interrogations sur la place respective de la Halde d'un côté, du juge de l'autre, en raison des hésitations entre une mission de conseil et d'orientation et une mission d'investigation se substituant à la mise en l'état judiciaire.

II- Les sanctions judiciaires

Les droits fondamentaux ont été depuis longtemps au cœur des réflexions doctrinales sur la sanction et se révèlent le terrain privilégié d'une évolution majeure en la matière. Tandis que la sanction civile s'affirme avec toujours plus de force, la sanction pénale paraît s'effacer.

A- L'affirmation de la sanction civile

La sanction civile se révèle dans toute sa richesse et ses nuances, moins que jamais réductible à une simple technique indemnitaire du préjudice dans laquelle elle a été longtemps cantonnée en droit du travail. Elle offre des ressources multiples à l'imagination des plaideurs et des juges tout en favorisant une plus grande protection des salariés. Cette évolution est très nette en matière de discrimination.

1/ La sanction civile s'affirme par l'enracinement du rétablissement de la légalité, par la reconnaissance du droit du salarié, qui a subi une discrimination, à être rétabli dans ses droits. C'est le cas face à un acte juridique illicite mais aussi, de façon plus récente et remarquable, face à une situation illicite.

a) Face à un acte illicite

Le principe de la nullité de l'acte ou de la clause attentatoire à un droit fondamental n'est plus guère aujourd'hui discuté. Le législateur a contribué à cette évolution en adoptant progressivement cette sanction dans les différents textes. Et s'il aura fallu longtemps pour que la Cour de cassation en tire toutes les conséquences, en particulier lorsque l'acte illicite est un licenciement, cette construction paraît aujourd'hui achevée.

Mais si la nullité et la remise en état qui s'ensuit sont acquises dans leur principe, on perçoit quelques glissements dans la qualification des actes par les juges du fond, révélant que certaines situations ne sont toujours pas analysées comme une discrimination.

C'est le cas s'agissant du licenciement prononcé à raison de l'état de grossesse. Certes, la Cour de cassation a enfin admis, en 2003, qu'un tel licenciement est nul ce dont il résulte le droit de la salariée à être réintégrée dans son emploi¹⁹. Pourtant, il n'est pas rare de lire encore sous la plume des juges du fond que le L est irrégulier car dépourvu de cause réelle et sérieuse, l'employeur étant condamné à verser des DI en réparation du préjudice subi. Comme si, en définitive, l'acte n'était pas -contrairement à ce que nous enseigne le droit communautaire- une discrimination directe à raison du sexe mais la violation de dispositions qui protègent la femme dans sa fonction maternelle. Cette conception, qui a longtemps dominé le droit français²⁰, reste, on le voit à travers le prisme de la sanction, présente dans l'esprit de certains magistrats.

Il faut évoquer également la jurisprudence relative au licenciement du salarié malade. On sait que la Cour de cassation trace une frontière -subtile- entre le licenciement prononcé à raison de l'état de santé -licenciement nul- et celui motivé par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par les absences, rendant indispensable le remplacement

¹⁹ Cass.soc. 30.04.03, Dalloz 2004, SC 178, note B. Pélissier.

²⁰ Cf M-T. Lanquetin, Un autre droit pour les femmes ? Le travail du genre, Ed. La Découverte, 2003.

définitif du salarié – licenciement justifié²¹. Or, lorsque ces conditions ne sont pas réunies, on constate que certains juges du fond en déduisent l'absence de cause réelle et sérieuse. Pourtant, si l'entreprise n'est pas désorganisée, si la nécessité d'un remplacement définitif n'est pas établie, c'est qu'en réalité l'état de santé est le véritable motif de licenciement. Ce licenciement est donc nul. Le qualifier de licenciement irrégulier, c'est nier la discrimination pour ne retenir que l'absence de justification de l'acte, à l'égal de n'importe quel autre licenciement pour motif personnel.

b) Plus remarquable, car plus délicate et imprévue, est l'affirmation jurisprudentielle du rétablissement de la légalité face à une situation illicite.

Cette évolution touche en premier lieu les discriminations dans le déroulement de carrière d'un salarié, à raison par exemple de son sexe ou d'une activité syndicale. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'ordonner le repositionnement du salarié, seule mesure qui met un terme à la situation discriminatoire en rétablissant le salarié dans ses droits. Les termes mêmes de certains arrêts sont significatifs de la volonté de la Cour de cassation d'affirmer le pouvoir du juge de rétablir la légalité en effaçant l'atteinte qui lui a été portée. Ainsi dans un arrêt du 24 février 2004, la Cour de cassation considère « qu'après avoir reconnu l'existence d'une discrimination dans le déroulement de carrière, la Cour d'appel a pu (...) décider d'un reclassement (du salarié) ». Et répondant à la question de la date du repositionnement, la Cour de cassation se retranche derrière l'exercice du pouvoir souverain d'appréciation du juge en soulignant qu'il s'agit pour ce dernier de mettre à néant les effets de la discrimination. Cette solution a été à nouveau clairement affirmée dans un arrêt du 23 novembre 2005²².

Ces arrêts, ainsi qu'un précédent rendu en 2002²³, retiennent d'autant plus l'attention que les pourvois portaient précisément, et exclusivement, sur la question de la sanction. Les employeurs plaidaient en effet l'absence d'un tel pouvoir du juge, en invoquant la liberté contractuelle et le pouvoir de direction.

Longtemps cristallisée sur la réintégration du salarié licencié, la confrontation entre sanction civile et prérogatives patronales s'est ainsi déplacée ces dernières années sur l'exercice du pouvoir de direction dans la détermination du salaire et du déroulement de carrière.

Reste que si là aussi le principe du rétablissement de la légalité est admis malgré la résistance qu'il suscite auprès des employeurs et de certains magistrats, cette jurisprudence soulève des interrogations sur l'appréciation de la remise en l'état. Comment reconstituer in abstracto une évolution salariale, une évolution de carrière ? Question d'autant plus difficile si l'entreprise est dépourvue de normes collectives, si elle pratique une politique d'individualisation des salaires et carrières. Les juges peuvent certes adopter le point de référence qui a permis de caractériser et de mesurer l'écart –la différence de traitement- entre le salarié discriminé et un ou plusieurs salariés comparables. Certains adoptent cette démarche²⁴. Cependant, lorsque ce raisonnement conduit à procéder à un changement de catégorie professionnelle, certains

²¹ Cass.soc. 13.03.01.

²² Cass.soc. 23.11.05, n°03-40826

²³ Cass.soc. 10.07.02, n°00-45359

²⁴ Par exemple CA 25.03.03, Buscaïl c/ IBM, Dr.

magistrats ordonnent seulement le repositionnement à la limite supérieure de la catégorie à laquelle appartenait le salarié²⁵.

L'enracinement du rétablissement de la légalité se manifeste également à l'occasion de la discrimination dans les conditions de travail. En témoigne un arrêt du 23.06.04 dans lequel la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir ordonné à l'employeur de rétablir les conditions de travail d'un salarié – en l'espèce l'attribution d'une certaine catégorie de camion pour un chauffeur routier- conditions qui avaient été modifiée en rétorsion à l'engagement syndical de l'intéressé²⁶.

2/ Cette dernière jurisprudence est particulièrement intéressante si l'on envisage la question de la sanction civile du harcèlement, et particulièrement du harcèlement moral, celui-ci se matérialisant par une dégradation des conditions de travail. En matière d'harcèlement en effet, aucune jurisprudence comparable de la Cour de cassation. Mais la nullité de l'acte, du reste prévue par les textes, ne paraît guère discutable²⁷. Et l'on peut penser que, saisi d'une situation qualifiée d'harcèlement, le juge ordonne, si la victime le demande, des mesures de remise en état plutôt qu'une indemnisation pécuniaire. On peut citer en ce sens un jugement audacieux du Conseil de Prud'hommes de Créteil. Soulignant que la société n'avait pris aucune mesure adéquate de nature à faire cesser des agissements constitutifs d'un harcèlement moral, le conseil a ordonné d'écarter de ses fonctions l'auteur du harcèlement, ce dernier n'étant autre que le responsable du service dans lequel travaillait la victime²⁸.

Même si on le voit, cette construction n'est pas achevée et suscite de nouvelles interrogations, elle est essentielle. Lorsqu'un acte est prononcé au mépris d'un droit fondamental, lorsqu'une situation est la négation d'un tel droit, la mesure ordonnée par le juge doit être apte non seulement à réparer l'atteinte portée aux droits patrimoniaux mais également aux droits de la personne. Effacer une telle atteinte implique de rétablir le salarié dans sa dignité, ce que seul le rétablissement de la légalité permet. Une indemnisation pécuniaire, aussi élevée soit son montant ne le permet pas.

Face à l'affirmation de la sanction civile, la sanction pénale paraît, quant à elle, s'effacer de la scène judiciaire des droits fondamentaux dans les relations de travail.

²⁵ Par exemple CPH Schiltigheim, 24.03.04, Wolff c/ Sollac.

²⁶ Voir aussi CA Douai, 13.04.01, Sitra France c/ Fruleux.

²⁷ Voir pour quelques exemples CA Chambéry, 18.01.00, RJS 4/00 n°371 ; CA Paris, 18.01.96, Dr. Ouvrier 1997, p.76 ; CA Paris, 23.05.86, Jurisprudence sociale Lamy n°159 du 13.01.05 ; CPH Paris, 01.12.97, Dr.ouvrier 1999 p.250.

Mais encore faut-il que les juges du fond caractérisent le lien de causalité entre le licenciement et le fait d'avoir subi/refusé de subir les agissements de harcèlement ; cf. Cass.soc. 20.04.05, Bull V, n°149.

²⁸ CPH Créteil, 28.11.03, Goherel et a/ c/ Castorama ; voir aussi CPH Metz, référé, 20.12.02, Roock et a/ c/ Société Fiduciaire de l'Est (rétablissement du salarié harcelé moralement dans ses conditions de travail antérieures –bureau, attributions, moyens-) ; voir cependant en sens contraire CA Paris, 06.03.03, Bersoux et a/ c/ Laboratoires Darphin (saisie d'un harcèlement moral se manifestant notamment par une modification des secteurs d'activité de salariés chargés de démarcher des clients, la CA estime qu'il « n'apparaît pas possible, faute de clientèle contractuellement désignée à chaque conseillère, d'ordonner que des officines de pharmacie déterminées soient affectées à nouveau au salarié »).

B- L'effacement de la sanction pénale

La sanction pénale occupe pourtant une fonction symbolique essentielle pour l'ordre social et pour la victime. Mais plusieurs facteurs contribuent à cet effacement progressif.

1/ Un dispositif complexe et incohérent

Outre la question de la preuve –qui sera évoquée toute à l'heure-, la sanction pénale est fragilisée par la construction même des textes, complexe et dépourvue de cohérence.

En premier lieu, le périmètre civil et le périmètre pénal des actes ou des comportements traqués par le droit ne sont pas identiques. Ainsi en matière de discrimination, tandis que le législateur a progressivement étendu le champ d'application de l'article L122-45 CT à toutes les mesures patronales prises dans le cadre du pouvoir de direction, le code pénal ne vise que l'embauche, l'accès à un stage ou une formation, la sanction disciplinaire et le licenciement (art.225-2 CP)²⁹.

Complexe et incohérent, le dispositif l'est également en raison de l'absence de concordance entre les incriminations générales et les incriminations spéciales. Ainsi en matière de discrimination, ne sont pas traitées de la même manière une discrimination salariale ou encore une discrimination dans la carrière à raison du sexe ou de l'activité syndicale – sanctionnée pénalement – et une même discrimination salariale ou dans la carrière mais fondée sur un autre motif – la race, l'état de santé par exemple –non sanctionnée pénalement. Et lorsqu'une même infraction est prévue par les deux textes – général et spécial-, la peine encourue n'est pas identique. Ainsi la discrimination syndicale est-elle passible de trois ans d'emprisonnement et 45.000 euros d'amende aux termes de l'article 225-2 du CP, de seulement 3750 euros d'amende aux termes de l'article L481-3 du CT³⁰.

2/ La faible intensité des peines

La fragilité du dispositif tient également à la faible intensité des peines en matière d'harcèlement et plus encore de discrimination. Cette faiblesse des sanctions pénales n'est pas sans cohérence avec la place qu'occupe les relations de travail dans la politique pénale. Mais elle perpétue la moindre considération portée par le législateur aux atteintes sur la personne par opposition à celles portées aux biens.

Plus encore, les condamnations à de simples peines d'amendes au montant souvent faible, et très exceptionnellement à une peine d'emprisonnement avec sursis tournent en dérision la gravité de ces délits. Or on le sait, la fonction exemplaire du procès n'est pas séparable de l'intensité avec laquelle le juge poursuit et condamne³¹. Il n'y a pas d'exemplarité sans crédibilité de la sanction pénale, « sauf à transformer le prétoire en théâtre »³².

²⁹ Sauf les 2 motifs pour lesquels coexistent des incriminations générale et spéciale (discrimination syndicale et fondée sur le sexe).

³⁰ Voir aussi le délit de harcèlement sexuel : 1 an emprisonnement et 15.000 euros d'amende selon le CP, 1 an emprisonnement et/ou 3750 euros d'amende selon le CT.

³¹ Coeuret, Fortis, Droit pénal du travail

³² Coeuret, Fortis, Droit pénal du travail

Pour autant, faut-il considérer que la sanction pénale n'a plus sa place face aux discriminations et au harcèlement ?

3/ Cette question doit être re-située dans une réflexion plus générale, celle de la fonction de la sanction pénale dans les relations de travail. Sans prétendre y répondre aujourd'hui, deux observations.

- Si la sanction civile assure la reconnaissance par l'ordre juridique de l'illicéité et le rétablissement du salarié dans ses droits et dans sa dignité, seule la sanction pénale assure une fonction tribunicienne essentielle en la matière : dénoncer les discriminations et le harcèlement. En outre, en raison de l'exemplarité du procès pénal en droit du travail, soulignée par de nombreux auteurs, comme de l'opprobre qui demeure attachée à la condamnation pénale, cette sanction demeure pertinente dans les relations de travail lorsqu'est en jeu la violation d'un droit ou d'une liberté fondamentale du salarié.

- Mais sans doute la sanction pénale renforcerait-elle son attraction si l'injonction de faire était davantage mise en valeur. L'injonction ne peut en effet être prononcée par le juge que lorsqu'un texte le prévoit (art 132-66 CP). Or ce n'est qu'en matière « d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes » que le CT prévoit la possibilité de prononcer l'ajournement de peine avec injonction faite à l'employeur de prendre « les mesures propres à assurer (...) le rétablissement » de cette égalité.

Seraient alors conciliées deux exigences face à l'atteinte à un droit fondamental, qui transcendent en quelque sorte la distinction entre sanctions pénale et civile : d'une part dénoncer le trouble apporté à l'ordre public et caractériser la nature et la gravité de l'illicéité ; d'autre part mettre un terme à ce trouble en restaurant la légalité.

Inachevées, ces réflexions sont en tous les cas une exigence dès lors que dans la réaction de l'ordre juridique à la transgression d'une règle est en jeu l'existence même de la règle, ou plus exactement du droit qu'elle protège.