

Revue

Lexbase Hebdo édition publique n°323 du 13 mars 2014

[Fonction publique] Le point sur...

Du harcèlement moral au risque psycho-social dans la fonction publique

N° Lexbase : N1164BUN



par Christelle Mazza, Avocat au barreau de Paris, Armide Avocats

En 1998, le docteur Marie-France Hirigoyen, psychiatre, a publié un ouvrage intitulé "*Le harcèlement moral : violence perverse au quotidien*" décrivant des phénomènes de mise sous emprise généralisés, tant dans le couple qu'au travail. Ses travaux, inspirés de ceux des activistes féministes nord-américaines sur le harcèlement sexuel et des théories sur le *Mobbing*, puis *Bullying*, développées en Allemagne et dans les pays nordiques, ont, pour la première fois, défini la dimension "morale", c'est-à-dire psychologique de ces attaques (1). A la suite du succès éditorial de cet ouvrage, le législateur français s'est emparé de ce phénomène de société. Nourri des travaux législatifs communautaires sur la discrimination et le harcèlement sexuel, il a créé dans le Code pénal, le Code du travail et la loi statutaire du 13 juillet 1983 (loi n° 83-634, portant droits et obligations des fonctionnaires [N° Lexbase : L6938AG3](#)) des dispositions visant à sanctionner les pratiques de harcèlement moral.

Si la loi ne définit pas les agissements, elle sanctionne les conséquences du harcèlement. Elle a ainsi laissé au juge le soin d'expliquer ce qui pouvait relever de pratiques de harcèlement moral et ce qui n'en relève pas, dans une démarche d'examen "au cas par cas". La réécriture du texte sur le harcèlement sexuel en 2012 (2) a pourtant mis en exergue toute la difficulté de la qualification du harcèlement en général. Les innovations de la Chambre sociale de la Cour de cassation, qui a intégré dans la définition du harcèlement moral le harcèlement dit "managérial" lié à des méthodes de gestion en pratique au sein des entreprises, a ouvert le débat sur la définition plus générale du risque psycho-social.

Dans la jurisprudence administrative, l'interprétation de l'article 6 quinquies de la loi du 13 juillet 1983 reste très stricte, ce qui crée une discrimination vis-à-vis des salariés qui peuvent plus facilement faire sanctionner le silence complice de l'employeur sur qui pèse une obligation de sécurité de résultat. En l'absence de définition légale de la

faute de l'employeur, tant privé que public qui, par des agissements passifs ou actifs, peut entraîner une souffrance au travail qui soit autre que le harcèlement moral, davantage lié au comportement d'un individu et à ses pratiques perverses, une confusion a émergé tant au niveau de la définition du harcèlement, que de sa prévention et, surtout, de sa sanction.

La signature, le 22 octobre 2013, d'un protocole d'accord entre les trois fonctions publiques et huit syndicats précise la définition du risque psycho-social et les mécanismes de prévention à introduire au sein des administrations, à la lecture des derniers textes élaborés depuis 2011. Dans certains statuts dérogatoires de la fonction publique, comme celui des militaires, il faut savoir qu'il n'existe aucun texte spécial régissant le harcèlement moral : les militaires ne peuvent ainsi que recourir aux dispositions du Code pénal et à la juridiction correctionnelle qui exige, contrairement au juge administratif et au juge social, la preuve de l'intention (3) du délit, preuve extrêmement difficile à rapporter, et ce alors que les médecins et professionnels du secteur démontrent que l'intention peut être à la fois consciente ou inconsciente (4). Une intervention du législateur paraît nécessaire dans cette matière afin d'uniformiser la définition tant des pratiques, que de la gravité des conséquences pour l'agent public, définition qui va bien au-delà de la simple qualification légale et qui pose des questions de sociologie du travail (5) et d'éthique dans une société en pleine mutation.

I — Les spécificités de la souffrance au travail dans la fonction publique

Après douze années d'existence de la loi sur le harcèlement moral, la société civile assiste à une prise de conscience collective de plus en plus forte du phénomène de souffrance au travail. Le droit, matière vivante s'il en est, suit l'évolution des phénomènes de société et doit nécessairement subir quelques ajustements au fil de l'émergence de nouveaux phénomènes. Les ouvrages et articles d'organes de presse se multiplient traitant de questions diverses liées au "burn-out", aux "pervers narcissiques", aux "risques psycho-sociaux" et à la souffrance au travail en général, plus particulièrement au sein des entreprises. Si l'actualité a mis en lumière des phénomènes graves de suicides ou tentatives de suicide dans la fonction publique, rares sont les écrits analysant le phénomène de la souffrance au travail propre à l'agent public, comme si ces situations étaient encore taboues.

Le secteur public est en crise et les récentes réformes des dix dernières années (ouverture à la concurrence d'anciens monopoles d'Etat, loi n° 2012-347 du 12 mars 2012, relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique N° Lexbase : L3774ISL, réforme de l'évaluation professionnelle) opèrent une profonde mutation de la gestion des administrations et collectivités au sens large, créant des dysfonctionnements managériaux. Au-delà d'un problème sociologique de la perte de repères de l'agent public et de la transformation de l'Etat au sens large, les praticiens du droit prennent peu à peu conscience que c'est le fonctionnement statutaire de la fonction publique qui peut conduire à ces dysfonctionnements. Ainsi, bien au-delà du phénomène de harcèlement moral exercé par des individus sur d'autres individus, est apparue ces dernières années une souffrance propre générée par le système, créant une notion de harcèlement institutionnalisé. Le texte issu de l'article 6 quinquies de la loi du 13 juillet 1983 étant interprété strictement par le juge administratif, difficiles sont les voies d'accès à la condamnation de l'administration en cas de souffrance au travail dont l'origine serait liée au fonctionnement même de l'institution. Sur ce point, la jurisprudence administrative accuse un certain retard par rapport à la jurisprudence sociale. C'est que la prise de conscience de ces dysfonctionnements nécessiterait une réforme en profondeur de la culture même du droit de la fonction publique.

A — Le devoir d'obéissance hiérarchique et l'intérêt du service

Il existe une spécificité en droit de la fonction publique susceptible de créer le berceau de pratiques particulièrement perverses et attentatoires tant aux droits statutaires de l'agent (sa carrière) qu'à sa personne (santé et dignité). Nécessaire à l'origine de la création du statut, du fait, notamment, de l'exercice de prérogatives régaliennes, la notion d'obligation d'obéissance hiérarchique fait apparaître aujourd'hui certaines limites en pratique (6).

Un salarié est lié à son employeur par un contrat qui définit à la fois ses droits et ses obligations. Le lien est le travail. En cas de manquement de l'une ou l'autre des parties à ces dispositions contractuelles, une faute peut être recherchée et sanctionnée. L'atteinte répétée à ces dispositions (non-respect de la fiche de poste, retrait de missions, rétrogradation de tâches par exemple) peut constituer un harcèlement moral, circonstance aggravante d'une faute contractuelle classique, en ce sens qu'elle crée un préjudice spécial au salarié comme l'atteinte à la carrière, la santé ou la dignité. La réintégration est extrêmement rare en droit social et l'employeur peut, d'ailleurs, la refuser : la réparation du préjudice subi consistera en l'octroi de dommages-intérêts, la condamnation civile (voire pénale) de l'employeur et le salarié pourra postuler et travailler dans une autre structure.

Petit à petit, c'est la responsabilité de l'employeur qui a été dérogée, lui conférant une obligation lourde de protection du salarié. Ainsi, le harcèlement moral est caractérisé "dès lors que l'ensemble des éléments établis par la salariée

corroborent l'existence d'un comportement répété de sa supérieure hiérarchique à son égard, ayant eu pour effet de la déprécier à ses yeux et à ceux de ses collègues de travail et mettent en évidence une altération de son état de santé, sans qu'aucune réponse adaptée n'ait été apportée par l'employeur pour remédier à cette situation, permettant de présumer l'existence d'un harcèlement moral, sans que l'employeur ne prouve que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un harcèlement et que ses décisions soient justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. En outre, l'employeur a manqué à ses obligations contractuelles en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, dès lors qu'il ne justifie d'aucune enquête sérieuse sur les faits dénoncés par la salariée" (7).

En droit de la fonction publique, le fonctionnaire titulaire est lié par le statut à son employeur. Conformément aux dispositions de l'article 4 de la loi du 1er juillet 1983, *"le fonctionnaire est, vis-à-vis de l'administration dans une situation statutaire et réglementaire"*. Il est titulaire de droits et d'obligations issus de la loi, à la terminologie forte, induisant une sujétion à l'Etat pris au sens général. Ainsi, le fonctionnaire, y compris l'agent contractuel dans une certaine mesure, est soumis à un devoir d'obéissance hiérarchique fixé par les dispositions de l'article 28 de la loi du 13 juillet 1983 : *"tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées. Il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public"*.

La fonction publique constitue un corps structuré et hiérarchisé. Le non-respect de la chaîne hiérarchique peut constituer une faute passible d'une sanction disciplinaire. La preuve de l'ordre manifestement illégal est très difficile à rapporter, surtout dans un contexte de harcèlement moral où les pratiques insidieuses sont souvent exercées par le supérieur hiérarchique. Avant l'introduction de la loi sur le harcèlement moral d'ailleurs, le juge administratif sanctionnait les abus par la notion d'exercice anormal du pouvoir hiérarchique, notion à laquelle il continue pourtant souvent de se référer.

Par un arrêt du 12 mars 2010, le Conseil d'Etat a reconnu la possibilité, pour un agent public, de demander la mise en œuvre de la protection fonctionnelle en cas de harcèlement moral. (8). L'administration se retrouve alors subrogée dans les droits de la victime, lui doit une réparation intégrale du préjudice et peut exercer une action récursoire contre l'agent harceleur, en prenant notamment des mesures disciplinaires à son encontre. En ce sens, du fait du lien statutaire, l'agent doit solliciter la protection de l'administration pour faire valoir ses droits. En effet en matière de harcèlement moral, si l'agent souhaite poursuivre l'auteur des faits, il devra prouver une faute personnelle détachable du service et ne pourra le poursuivre que dans le cadre d'une action pénale, là où le régime probatoire est le plus difficile en cas de harcèlement moral.

C'est par un arrêt du 11 juillet 2011, largement repris depuis, que le Conseil d'Etat a fixé la charge de la preuve du harcèlement moral : *"considérant d'une part qu'il appartient à un agent public qui soutient avoir été victime d'agissements constitutifs de harcèlement moral de soumettre au juge des éléments de faits susceptibles de faire présumer l'existence d'un tel harcèlement; qu'il incombe à l'administration de produire, en sens contraire, une argumentation de nature à démontrer que les agissements en cause sont justifiés par des considérations étrangères à tout harcèlement; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si les agissements de harcèlement sont ou non établis, se détermine au vu de ces échanges contradictoires, qu'il peut compléter, en cas de doute, en ordonnant toute mesure d'instruction utile" (9).*

Compte tenu parfois de la difficulté rencontrée pour rapporter la preuve d'un harcèlement moral dans l'administration, le Conseil d'Etat affirme ainsi que le demandeur doit établir et démontrer *a priori* les faits générateurs et le lien de causalité des préjudices dont il se réclame, mais ce *"en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine"*. Ainsi, il appartient à l'administration de produire parallèlement les éléments prouvant que ces actions et décisions ne reposent que sur des *"éléments objectifs étrangers à toute discrimination"* (10).

Cette charge de la preuve est assez classique en droit public et constitue une méthode d'interprétation prudentielle des faits : l'agent, compte tenu de la difficulté de la preuve et du déséquilibre entre son statut et celui de son employeur, doit rapporter une présomption de preuve de harcèlement moral. L'administration, en retour, doit rapporter la preuve contraire. Le juge se nourrit de cet échange pour déterminer l'existence ou non de faits de harcèlement moral et condamner ainsi l'administration du fait des agissements d'un ou plusieurs agents et de la protection fonctionnelle qu'elle devait à l'agent victime.

La technique paraît simple, mais elle est d'une extrême complexité en pratique, notamment du fait de l'absence de définition légale de ce que sont les comportements de harcèlement moral, particulièrement en droit de la fonction publique. Bien souvent, c'est la notion *"d'intérêt du service"*, sur laquelle le juge dispose d'un contrôle normal, qui permet à l'administration de justifier ses actions ou l'absence d'actions (11). C'est également un des cas permettant à l'administration employeur de ne pas mettre en œuvre la protection fonctionnelle au profit d'un agent qui en fait la demande. Aussi, à travers les notions de devoir d'obéissance hiérarchique et d'intérêt du service, le juge ne peut-il

L'intérêt du service est présumé établi lorsque la mutation n'emporte aucune modification de la situation du fonctionnaire (16), bien que cette affirmation puisse être nuancée dans le cas d'une mutation pour faits de harcèlement moral, si l'agent harceleur ne fait l'objet d'aucune poursuite ou qu'aucune enquête administrative n'est mise en place. Ainsi, ce n'est pas tant l'affectation qui pose problème, mais les raisons de la mutation. Il s'agira bien d'une sanction disciplinaire déguisée s'il y a volonté de l'autorité hiérarchique de porter atteinte à la situation professionnelle de l'agent. On peut alors considérer que, non seulement il s'agira d'une sanction disciplinaire déguisée mais, également, d'un manquement aux dispositions de l'article 6 quinquies de la loi du 13 juillet 1983, aux termes duquel *"aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la formation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire en prenant en considération"*, le fait qu'il ait subi, refusé de subir ou encre relaté des faits de harcèlement moral.

Dans un arrêt du 13 novembre 2013, le Conseil d'Etat a élargi la dimension du contrôle du juge sur la proportionnalité de la sanction par rapport aux faits faisant grief. Ainsi, *"considérant qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir, saisi de moyens en ce sens, de rechercher si les faits reprochés à un agent public ayant fait l'objet d'une sanction disciplinaire constituent des fautes de nature à justifier une sanction et si la sanction est proportionnée à la gravité de ces fautes"* (17). Le juge devrait élargir ce champ d'examen aux situations de mutation liées à la dénonciation de faits de harcèlement moral et rechercher si, notamment, il n'existait pas d'autres moyens comme la mise en place d'une enquête interne, voire de poursuites disciplinaires, devant précéder ce mouvement d'agent.

Il ressort de cette notion d'obéissance et d'intérêt du service un risque fort, en pratique, de méthodes institutionnelles et légales laissant le sort d'un agent public entre les mains parfois d'une seule personne, dont le seul statut de chef de service peut suffire à garantir la crédibilité, parfois couvert par la hiérarchie immédiatement supérieure.

Cette structure pyramidale de la fonction publique isole de nombreux agents, à défaut de mise en œuvre des alertes par les structures de prévention du harcèlement. Ils n'auront souvent d'autre choix que de s'exécuter, dans l'attente de l'issue d'une procédure judiciaire au fond pouvant durer plusieurs années. Il n'existe, en effet, aucune procédure urgente ni organe de contrôle interne permettant d'apprécier le caractère illégal d'un ordre donné ou la situation de danger grave et imminente d'un agent, dans une situation individuelle, les prérogatives du CHSCT étant encore, sur ce point, extrêmement peu mises en pratique (18).

B — Le devoir de réserve

A cette obligation d'obéissance se rajoute, également, un fort devoir de réserve liant l'agent qui ne pourra pas dénoncer les faits qu'il subit à un service hiérarchique plus élevé ou à des tiers (la presse par exemple), sans risquer d'encourir une sanction disciplinaire pour manquement à l'un ou à l'autre de ses devoirs.

Si les dispositions de l'article 6 quinquies protègent l'agent qui dénonce des faits de harcèlement moral ou toute personne qui en serait le témoin, l'équilibre est parfois complexe à trouver entre le respect du devoir de réserve (l'agent ne doit pas entacher la réputation du service dans lequel il exerce) et la gravité des faits qu'il subit.

L'article 26, deuxième alinéa de la loi du 13 juillet 1983, dispose, en effet, que *"les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. En dehors des cas expressément prévus par la réglementation en vigueur, notamment en matière de liberté d'accès aux documents administratifs, les fonctionnaires ne peuvent être déliés de cette obligation de discrétion professionnelle que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent"*. Ainsi, si les agents ont l'obligation de communiquer aux usagers tous les documents publics dont ils font la demande, sous certaines réserves, en dehors de ces cas ils ne doivent communiquer aucun acte, sauf décision expresse de levée de cette obligation par l'autorité dont ils dépendent, c'est-à-dire une fois encore sous le contrôle de l'autorité hiérarchique. Par exemple, la discrétion professionnelle oblige à mesurer ses propos devant un journaliste (19), ou à ne pas compromettre une enquête policière (20).

Qu'en est-il de l'agent qui aura, en interne, épuisé toutes les voies de recours pour voir reconnaître une situation de harcèlement moral et qui s'en remettrait à la presse, par exemple ? C'est souvent le cas d'agents des collectivités territoriales où l'immixtion forte de la politique permet de rééquilibrer une forme de dialogue social.

Un agent public victime de harcèlement moral *"ne peut être sanctionné lorsqu'il est amené à dénoncer publiquement des faits de harcèlement moral dont il est la victime ou le témoin, même si la relation de tels faits est par elle-même de nature à jeter le discrédit, en se livrant à des descriptions ou critiques qui déborderaient, par leur tonalité ou leur contenu, le cadre dans lequel les faits de harcèlement moral se sont produits, le cercle des personnes impliquées dans ce harcèlement moral et le contexte qui l'a rendu possible ; que le maintien, dans cette mesure, du devoir de réserve, de l'intéressé, dont la méconnaissance pourrait, le cas échéant, donner lieu à sanction disciplinaire, sous sanction du juge, n'est pas contraire aux dispositions législatives précitées. Il a ainsi été jugé dans un contexte de*

harcèlement moral que l'utilisation par un agent des termes 'omerta' et de 'système mis en place par le directeur d'un CHU pour mettre au placard trois directeurs et promouvoir des agents subalternes' doit être regardée comme une description acceptable des faits en cause et ne présentant pas un caractère fautif" (21).

Une fois encore, l'appréciation jurisprudentielle sera affaire d'opportunité, notamment par rapport à la gravité des faits dénoncés. Ainsi, par principe, l'agent qui dénonce publiquement des faits de harcèlement moral pourra ne pas être poursuivi pour manquement au devoir de réserve :

- d'autant plus si ces faits sont avérés sur la base d'éléments concordants et de grande ampleur(22) ;
- et si les dénonciations ne revêtent aucun caractère injurieux, vindicatif ou insultant susceptible de compromettre la bonne marche du service (23).

En revanche, une dénonciation de pure opportunité sur une situation individuelle qui s'avèrerait par la suite effectuée sur la base d'informations erronées ou mensongères ne bénéficie pas de la protection de l'article 6 quinquies et expose l'agent à des sanctions disciplinaires, voire à des poursuites pour dénonciation calomnieuse. De même, l'instrumentalisation de la presse à des fins de pressions politiques doit être sanctionnée au titre du devoir de réserve, d'une part, afin de ne pas faire revêtir au harcèlement moral ce qu'il n'est pas (parfois un simple conflit de personnes ou politique), d'autre part, afin de préserver le respect de la présomption d'innocence ou, plus largement, le secret d'une instruction. De même que pour l'appréciation du devoir d'obéissance, le juge devient, au titre du devoir de réserve, le garant de l'équilibre entre le respect de l'agent public et les pouvoirs exorbitants de l'administration employeur.

II — Les mécanismes de prévention et de lutte contre le harcèlement moral et le harcèlement institutionnel : l'émergence d'une nouvelle notion liée à la souffrance au travail

L'absence de responsabilité pénale de la personne morale publique en cas de harcèlement moral et l'absence de texte visant à engager la responsabilité de la personne morale pour les faits de harcèlement institutionnel ou "managérial" conduisent, en pratique, à discriminer les salariés des agents publics. Non seulement la Chambre sociale de la Cour de cassation a, en l'absence de texte, élargi la notion de harcèlement moral à une pratique plus collective, liée aux méthodes managériales mises en place par l'employeur pouvant générer du harcèlement et aussi une véritable souffrance au travail, mais des discriminations encore plus lourdes existent en termes de réparation de la victime, en cas de condamnation pour harcèlement moral, condamnation qui reste souvent symbolique pour l'agent public.

Là où le droit social a accentué les garanties de protection offertes au salarié dans le cadre de sa relation au travail par la mise en place d'une obligation de sécurité de résultat pesant sur l'employeur, la fonction publique vise à renforcer les outils de prévention, en se référant, d'ailleurs, pour grande partie aux dispositions du Code du travail.

C'est dans ces conditions que, le 22 octobre 2013, un accord sur la prévention des risques psycho-sociaux dans la fonction publique a été signé avec huit organisations syndicales et l'ensemble des employeurs territoriaux et hospitaliers. Cette communication politique vise à développer et harmoniser une nouvelle ligne de prévention des risques professionnels. Pour autant, reste toujours en suspens le problème de la sanction des comportements de harcèlement moral et l'émergence des risques psycho-sociaux sur lesquels le législateur devra impérativement se prononcer.

A — Du harcèlement moral aux risques psycho-sociaux : une volonté de renforcer la prévention

Les engagements du protocole d'accord du 22 octobre 2013 rappellent que les dispositions de l'article L. 4121-2 du Code du travail (N° [Lexbase : L8844ITQ](#)) sont applicables à la fonction publique et établissent les principes généraux de la prévention. Cet accord vient en prolongement de celui du 20 novembre 2009 sur la santé et la sécurité au travail dans la fonction publique, qui a notamment eu pour effet de modifier les dispositions des décrets n° 82-453 du 28 mai 1982 (N° [Lexbase : L3033A18](#)) et n° 85-603 du 10 juin 1985 (N° [Lexbase : L1018G89](#)), rendant certaines dispositions du Code du travail (notamment les dispositions relatives à la médecine du travail et au CHSCT) applicables aux fonctionnaires. C'est, néanmoins, toute une culture du dialogue social liée à la prévention des risques qu'il convient de modifier dans la fonction publique, les résultats en pratique étant, pour l'instant, particulièrement peu concluants.

La notion de risque psycho-social est de plus en plus évoquée depuis quelques années. Initialement, l'idée d'un risque d'atteinte "morale" ou psychologique, liée aux conditions d'exercice des travailleurs, a été développée devant les tribunaux à travers les dispositions du harcèlement moral. Pourtant dès l'origine, la loi du 17 janvier 2002 avait rajouté la notion de risque "mental" à la définition de l'article L. 4121-1 du Code du travail (24), tout en définissant le harcèlement moral dans un texte distinct. Cette distinction entre risque psycho-social et harcèlement moral n'a de

cesse d'être rappelée par les professionnels et force est de constater que le juge administratif s'en tient à une interprétation particulièrement stricte. Or en l'absence de définition légale du risque psycho-social, tout aussi dangereux pour la santé des agents, la reconnaissance d'une souffrance et sa condamnation demeurent très complexes.

La mutation des modes d'organisation du travail, l'instauration d'un principe d'individualisation et de performance dans la fonction publique, l'introduction des nouvelles technologies (modification des logiciels, montée en puissance des réseaux sociaux), tous ces phénomènes ont profondément bouleversé la nature du lien de travail entre l'agent public et l'administration. Les différents travaux issus de la psychologie et de la sociologie ont mis en avant la nécessité de traiter les sources de la souffrance au travail, alors que les textes ne permettent que de traiter les conséquences de cette souffrance, par les atteintes qui s'en manifestent (25). C'est tout le principe de la mise en avant de mécanismes de prévention.

La Cour de cassation, consciente des limites du texte sur le harcèlement moral et constatant l'émergence d'une souffrance collective, voire indéterminée (dans le sens non rattachable aux agissements d'une personne en particulier), liée aux méthodes de gestion de l'entreprise, a ainsi reconnu dans une jurisprudence confirmée depuis, la notion de harcèlement managérial. Ainsi, les méthodes de gestion mises en œuvre par une organisation peuvent constituer un harcèlement moral "*dès lors qu'elles se manifestent pour un salarié déterminé par des agissements répétés*" ayant pour objet une atteinte à la carrière, la santé et la dignité. Le juge social a pris en considération les aspects collectifs du management pouvant avoir une conséquence individuelle sur un salarié (soumission du personnel à une pression continue caractérisée par des reproches incessants, des ordres et contre-ordres ayant pour effet de diviser l'équipe) (26). Le caractère intentionnel n'étant pas requis, l'employeur ne peut plus, en conséquence, se prévaloir d'une volonté d'améliorer la performance des salariés ou la rentabilité de l'entreprise. Il existerait ainsi une forme de harcèlement involontaire, voire inconscient, qui distingue la faute de gestion liée à la maladresse, ou encore l'inadéquation d'un système au salarié, de la faute intentionnelle de l'auteur visant à le détruire et l'humilier.

Le harcèlement moral managérial consisterait, ainsi, en une faute de l'employeur quant à son obligation "*d'adapter le travail à l'homme, en particulier en ce qui concerne la conception des postes de travail ainsi que des choix des équipements de travail et des méthodes de travail et de production, en vue notamment de limiter le travail monotone et le travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé*" (27). Historiquement, ces notions visaient à protéger le salarié de ses conditions "physiques" de travail et on comprend l'analyse de la Cour de cassation qui, en rattachant le harcèlement managérial au harcèlement moral a non seulement pris en compte les conséquences individuelles de ces méthodes sur le salarié (en étant en ce sens fidèle à l'esprit de la loi du 17 janvier 2002, qui vise à réprimer les effets et non les causes du harcèlement moral) mais également la dimension morale et psychologique des atteintes. Se pose alors encore la question de l'intention, puisque le Code pénal réprime le harcèlement moral dans les mêmes termes que le Code du travail ou la loi du 13 juillet 1983, tout en exigeant, c'est un principe de droit pénal général, la preuve de l'intention du délit, ce qui ne manque pas de secouer la doctrine (28).

C'est certainement en partie pour cette raison que la fonction publique a décidé de développer des pratiques de prévention du risque psycho-social devant donner lieu à un plan d'évaluation d'ici 2015. Le protocole d'accord (axe 1) commence par définir la notion de risque psycho-social comme les "*risques pour la santé mentale, physique ou sociale, engendrés par les conditions d'emploi et les facteurs organisationnels et relationnels susceptibles d'interagir avec le fonctionnement mental*".

Il existerait six dimensions de risques à caractère psychosocial, parmi lesquelles ne figure pas la notion de harcèlement moral :

- les exigences et l'intensité du travail ;
- les exigences émotionnelles ;
- le manque d'autonomie et de marges de manœuvre ;
- la mauvaise qualité des rapports sociaux et des relations de travail ;
- les conflits de valeur ;
- l'insécurité de la situation de travail.

La volonté de l'administration est en conséquence de faire échapper le harcèlement moral à la qualification de risque psycho-social (RPS). Pourtant, sont définis les troubles liés à l'émergence de ces RPS comme des troubles psychosomatiques ou physiques et au niveau de la carrière par un désengagement au travail, un absentéisme accru et des conflits entre les personnes. On l'avouera, les qualifications sont subtiles et si les RPS ne sont pas

le harcèlement moral, le harcèlement moral paraît bien être aussi un risque psycho-social. Peut-être peut-on y voir un début de définition distincte entre le harcèlement moral et le risque lié aux pratiques mises en place par l'administration employeur en tant que personne morale.

Le protocole d'accord préconise un certain nombre de mesures à mettre en place en vue de la prévention des risques psychosociaux et notamment :

— la mise en œuvre par chaque employeur public d'un plan d'évaluation et de prévention des risques psychosociaux. Il s'agira, ainsi, de mettre en place : un diagnostic partagé de facteurs de risques psychosociaux présenté et débattu au sein du CHSCT et l'élaboration de préconisations ; ou la mise en place d'un calendrier précis : les plans d'évaluation et de prévention des RPS devant être initiés en 2014 et achevés en 2015 ;

- la formation d'un conseil commun spécialisé en matière de conditions de travail, d'hygiène et de sécurité, au sein du Conseil commun de la fonction publique, qui devrait présenter son premier bilan en 2016. En 2015, par exemple, sera lancée une enquête centrée exclusivement sur les RPS dans la fonction publique afin d'avoir une meilleure connaissance statistique de ces phénomènes ;

- la mise en place d'appuis méthodologiques à disposition des employeurs publics, parmi lesquels les travaux de l'Anact, la Haute Autorité de la santé, le Fonds national de prévention de la CNRACL ou l'INRS, ainsi que le guide méthodologique d'aide à l'identification, l'évaluation et la prévention des RPS dans la fonction publique élaboré à la suite de l'accord du 20 novembre 2009 ;

- la formation des personnels préventeurs, encadrants et directions des ressources humaines ;

- la participation effective des personnels dans la démarche de construction des plans d'action ;

- le renforcement du rôle des "encadrants", étant entendus comme les chefs de service, devant être soumis à une obligation de sensibilisation et formation à la prévention des RPS et sa responsabilisation en matière de respect des règles d'hygiène et de sécurité ;

- la diffusion d'une culture de prévention des risques professionnels, par le biais notamment d'une campagne de communication ;

- l'évaluation des plans de prévention des RPS établis par chaque fonction publique ;

- la mise en place de ces plans d'action au niveau du conseil commun afin de créer un observatoire national des RPS ;

— la mise en place d'une commission de suivi des signataires.

Les annexes du protocole proposent un renforcement de l'action du CHSCT et de la médecine de prévention. Si ce protocole a le mérite de poser des instruments de politiques publiques d'étude d'un phénomène grandissant dans la fonction publique, force est de constater que les mécanismes de prévention en vigueur à ce jour, au stade du seul harcèlement moral sont peu effectifs. La plupart du temps, les alertes ne sont pas transmises et l'administration employeur procède au règlement des difficultés entre agents par des mises en congé maladie d'office, des mises au placard ou des mutations d'office, ce qui pose un problème tant de finances publiques que de santé publique. Bien que le droit de la fonction publique soit de plus en plus calqué sur le droit social, les différences historiques et culturelles demeurent et les procédures sont encore peu connues et peu usitées dans les services.

Se pose ainsi la question de la réparation du préjudice subi du fait du harcèlement moral, alors que le harcèlement institutionnel, qualifié dans la doctrine administrative de risque psycho-social, n'a toujours aucune existence tant légale que jurisprudentielle (29).

B — La difficulté de la sanction et de la réparation du harcèlement moral dans la fonction publique

Les décisions reconnaissant le harcèlement moral dans la fonction publique sont relativement peu nombreuses. Elles interrogent ainsi sur ce phénomène : soit il est beaucoup plus marginal que l'on ne veut le laisser croire (mais alors comment interpréter la position plus large de la cour de cassation et les alertes des sociologues et psychologues sur ce phénomène), soit le texte de l'article 6 quinquies de la loi du 13 juillet 1983 définit insuffisamment les agissements, le juge administratif, dans une position prudente, ne s'en tenant pas qu'aux conséquences du harcèlement mais cherchant, sans oser la fixer, une définition des agissements du harcèlement moral.

Ont été qualifiés de harcèlement moral, par exemple :

- le comportement d'un supérieur hiérarchique conduisant à l'isolement au sein du service d'un agent jugé "récalcitrant" (30) ;
- le fait d'avoir volontairement évincé un agent du circuit interne du courrier (31) ;
- le fait de dessaisir un agent de la plupart de ses attributions, la dégradation de ses conditions de travail ayant eu pour conséquence la détérioration de son état de santé (32) ;
- la dégradation des locaux où est installé l'agent (33) ;
- une grave dégradation des conditions de travail liée à la privation, pendant plusieurs mois, de l'usage d'un ordinateur et du téléphone (34) ;
- l'attribution de locaux inadaptés à l'exercice de l'activité (35).

Pour autant, alors que, dès l'apparition de la loi en 2002, le juge s'est emparé de la question du harcèlement moral, force est de constater que les décisions se font de plus en plus rares, le juge administratif étant extrêmement peu enclin à reconnaître ce type de situation, ce qui se retrouve dans la plupart des derniers articles de doctrine commentant certaines décisions. Un arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Nancy en date du 14 juin 2012 en est ainsi la parfaite illustration (36). Dans cette espèce assez illustrative de certains modes de management dans l'administration, le juge administratif va, pour examiner la qualification du harcèlement moral, se référer à l'exercice du pouvoir hiérarchique. Ainsi, le juge énonce que, *"considérant que pour être qualifiés de harcèlement moral, de tels agissements répétés doivent excéder les limites de l'exercice normal du pouvoir hiérarchique ; que dès lors qu'elle n'excède pas ces limites, une simple diminution des attributions justifiée par l'intérêt du service, en raison d'une manière de servir inadéquate ou de difficultés relationnelles, n'est pas constitutive de harcèlement moral"*.

Malgré cet énoncé de principe et le rappel de la charge de la preuve, le juge qualifie le harcèlement moral au profit du requérant par :

- la réorganisation du service du fait de l'arrivée d'un nouveau chef de service ;
- la baisse immédiate de ses notations et primes ;
- l'oubli de son nom dans l'annuaire interne ;
- le retrait de ses dossiers et l'invitation à faire un bilan de compétences ;
- l'octroi d'un blâme pour ne pas avoir rangé son bureau et ne pas avoir respecté de délais ;
- un licenciement pour inaptitude professionnelle annulé par le juge administratif car infondé ;
- une mise en congé maladie pour dépression ayant conduit à sa mise en retraite anticipée à la date de son licenciement par la suite annulé.

Ce qui est intéressant dans cette jurisprudence et qui mérite d'être souligné, c'est l'analyse du commentateur qui précise que, *"devant la gravité des faits, on peut s'étonner du très faible montant de l'indemnisation du préjudice moral (6 000 euros). Cet arrêt démontre l'intérêt toujours actuel de la question de savoir s'il est bien utile de ne s'adresser qu'au juge administratif ou s'il ne vaudrait pas mieux poursuivre aussi et systématiquement les auteurs d'un harcèlement moral directement devant le juge répressif, car, en définitive, l'administration se débarrasse à bon compte d'un fonctionnaire qui a pourtant raison sur le fond"*.

C'est, en effet, une question essentielle dans l'appréciation de la stratégie procédurale de lutte contre le harcèlement moral. Avec, d'un côté, des mécanismes de prévention largement insuffisants et une juridiction peu encline à reconnaître le harcèlement moral, parfois des années après, quand l'agent se situe dans une situation irréversible et ne peut plus reprendre le service, (mise en retraite anticipée pour inaptitude du fait d'une dépression liée aux conditions d'exercice), avec un secteur public en crise dépourvu de fonds suffisants pour prendre en charge le risque de telles pratiques et, notamment, son indemnisation (les dommages-intérêts sont très peu élevés par rapport au droit social), avec, enfin, un droit pénal qui requiert la preuve d'une intention très difficile à rapporter, l'irresponsabilité pénale des personnes morales publiques et l'absence de texte régissant le harcèlement institutionnel, il est clair que le risque psycho-social, dans toute sa dimension, a encore de beaux jours devant lui, alors qu'à ce jour, aucune statistique n'est venue quantifier le taux de suicides dans la fonction publique, parmi les plus élevés au monde. Une intervention des pouvoirs publics paraît nécessaire pour la prise en compte de ce facteur social qui représente, au-delà d'un problème humain, un coût conséquent en termes de finances publiques.

- (1) "J'ai conscience que, dans le langage courant, on parle parfois de harcèlement quand on est houspillé par quelqu'un, aussi la distinction entre harcèlement professionnel et harcèlement moral me paraît pertinente, pour bien marquer par le terme moral l'importance de l'humiliation et du manque de respect dans le second cas". M-F. Hirigoyen, *in Malaise dans le travail — Harcèlement moral, démêler le faux du vrai*, éd. La Découverte, 2004, p.17.
- (2) Loi n° 2012-954 du 6 août 2012, relative au harcèlement sexuel (N° Lexbase : L8784ITI), modifiant les dispositions de l'article 222-33 du Code pénal (N° Lexbase : L8806ITC).
- (3) Cass. soc., 10 novembre 2009, n° 08-41.497, FS-P+B+R (N° Lexbase : A7558ENA).
- (4) M-F. Hirigoyen, *in Malaise dans le travail — Harcèlement moral, démêler le faux du vrai*, préc..
- (5) L. Salah-Eddine, *La reconnaissance du harcèlement moral au travail : une manifestation de la "psychologisation" du social ?*, SociologieS, 27 décembre 2010.
- (6) A. Puppo, *La lutte contre le harcèlement moral dans la fonction publique : soumission ou dignité ?*, AJFP, 2002, p. 36.
- (7) CA Versailles, 31 octobre 2012, n° 11/0932.
- (8) CE 3° et 8° s-s-r., 12 mars 2010, n° 308 974, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A1604ETL).
- (9) CE, S., 11 juillet 2011, n° 321 225, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A0246HWZ); CE 3° s-s., 25 novembre 2011, n° 353 839, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : A9968HZ9).
- (10) CE 2° et 7° s-s-r., 22 février 2012, n° 343 410, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A3407IDK). *Harcèlement moral et discrimination : enfin une réparation concrète des préjudices moraux et matériels*, JCP éd. A, n° 9, 5 mars 2012, act. 163.
- (11) CE, 24 juin 1953, Périer de la Bathie, Rec., 1953, p. 315.
- (12) CE, 30 octobre 1968, n° 71 065, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A0909B9K), Rec. 1968, p. 539.
- (13) Voir, par exemple, le cas de l'illégalité d'une notation prise sur la base d'une proposition du chef de service mentionnant une plainte déposée contre lui par l'intéressée pour harcèlement moral, dès lors que cette plainte apparaît comme la cause réelle de l'important diminution de la notation de la requérante (TA Nouvelle-Calédonie, 26 juillet 2007, n° 06 281, AJFP, 2008, p. 20).
- (14) CE 3° et 5° s-s-r., 24 novembre 1971, n° 80 354, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A6862B8N), AJDA, 1972, p.527.
- (15) CE 1° et 4° s-s-r., 28 juin 1967, n° 70 260, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A9206B8H), Rec. CE, 1967, p.822.
- (16) C. Chevilly-Hiver, *Mutation dans l'intérêt du service et sanction disciplinaire déguisée : critères de distinction*, AJFP, janvier-février 2000, p.35.
- (17) CE, Ass., 13 novembre 2013, n° 347 704, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A2475KPD).
- (18) Voir la réponse ministérielle sur une demande de mise en place de procédure accélérée en matière de harcèlement moral : rép. min. n° 13 165, JO Sénat du 26 août 2010.
- (19) T. confl., 25 mai 1998, Mme Paris, n° 03 092 (N° Lexbase : A5696BQZ), RFDA, 1998, p.1058.
- (20) CE 5° et 7° s-s-r., 21 novembre 2003, n° 243 959, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A2859DA7).
- (21) CAA Marseille, 8ème ch., 27 septembre 2011, n° 09MA02 175, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : 09MA02175), in S. Pringaul, *Le devoir positif à la recherche du point d'équilibre entre l'obligation de réserve et devoir de dénonciation de harcèlement moral*, AJFP, juillet-août, 2012, n° 4, p. 202.
- (22) CAA Marseille, 2ème ch., 2 juillet 2009, n° 07MA00 313, inédit au recueil Lebon ([LXB=A3234EKY]).

(23) S. Dyens, *De nouvelles limites au devoir de réserve*, Gaz. Cnes, 12 mars 2012, p. 50.

(24) C. trav., art. L. 4121-1 (N° Lexbase : L3097INZ) : "L'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Ces mesures comprennent : 1° Des actions de prévention des risques professionnels et de la pénibilité au travail ; 2° Des actions d'information et de formation ; 3° La mise en place d'une organisation et de moyens adaptés. L'employeur veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes".

(25) B. Pereira, *Du harcèlement moral au harcèlement managérial : les limites de l'objectivation légale*, in *Revue française de Gestion*, n° 233, mai 2013.

(26) Cass. soc., 10 novembre 2009, n° 08-41.497, FS-P+B+R, préc..

(27) C. trav., art. L. 4121-2 4° (N° Lexbase : L8844ITQ).

(28) M. Ledoux et J. El Berry, *Un harcèlement moral génétiquement modifié*, *Semaine sociale*, Lamy, 7 mars 2011, n° 1482.

(29) Le Conseil d'Etat vient d'ailleurs de rappeler qu'un accord collectif conclu entre les représentants de l'Etat et des organisations syndicales était dépourvu de portée juridique, l'accord constituant un simple "exposé des intentions du Gouvernement" (CE 3° et 8° s-s-r., 1er octobre 2013, n° 363 288, mentionné aux tables du recueil Lebon N° Lexbase : A3415KMG), AJFP, 2014, p. 17.

(30) CE 2° et 7° s-s-r., 24 novembre 2006, n° 256 313, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A7586DSR).

(31) CE 9° et 10° s-s-r., 26 janvier 2007, n° 282 703 (N° Lexbase : A7077DTB), Rec. CE, 2007, p. 915.

(32) CAA Bordeaux, 6ème ch., 15 février 2011, n° 10BX00 807, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : A3326MGB).

(33) TA Besançon, 11 décembre 2003, n° 02 539, AJFP, 2004, p. 87.

(34) TA Besançon, 11 décembre 2003, n° 02 539, préc..

(35) CAA Nancy, 3ème ch., 15 novembre 2007, n° 06NC00 990, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : A6452DZY).

(36) CAA Nancy, 3ème ch., 14 juin 2012, n° 11NC01 167, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : A3327MGC).