



Le risque du harcèlement moral dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux

Olivier Poinot

► To cite this version:

Olivier Poinot. Le risque du harcèlement moral dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux. Cahiers de l'Actif, 2010, 406/409, pp.35-56. hal-01063832

HAL Id: hal-01063832

<https://hal.science/hal-01063832>

Submitted on 21 Nov 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le risque du harcèlement moral dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux

Olivier POINSOT

Avocat au Barreau de Montpellier
Chargé de cours à l'IAE de Toulouse et à l'EHESP

Premier sans doute des risques psycho-sociaux liés à l'activité professionnelle, le harcèlement moral a appelé depuis 2002 un ensemble de réponses juridiques, dans le secteur privé comme dans le secteur public, dont l'objet fut d'abord de sanctionner puis ensuite de prévenir. Du fait de la subjectivité de la caractérisation des atteintes, le droit a évolué pour faire place à un régime de relatif équilibre dans l'administration de la preuve, les éléments du salarié ou de l'agent et de l'employeur étant également soumis au contrôle du juge du fond. Les ESSMS n'échappent pas, naturellement, à cette évolution importante du droit du travail et quelques enseignements particuliers peuvent être tirés de la jurisprudence qui les concerne. Olivier POINSOT, avocat et enseignant en droit des institutions sociales et médico-sociales, décrit cette évolution et ses incidences pour les professionnels dans le contexte actuel d'évolution du secteur social et médico-social.

Des hommes au service des hommes : voilà qui pourrait contribuer à décrire l'essence des activités sociales et médico-sociales, activités d'accueil et d'accompagnement qui font la part belle au savoir-faire mais aussi au savoir-être et qui, en cela, s'originent dans une motivation professionnelle singulière qui interroge les fondements de la relation d'aide. Activité humaine au service de l'épanouissement humain, c'est bien ce qui fait des institutions sociales et médico-sociales le théâtre d'une mise en acte permanente du souci de la dignité. Et l'objectif même de l'action des professionnels, tel qu'il a été reformulé par la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002, place la notion de droit au respect de la dignité de la personne au cœur des obligations juridiques et des pratiques. Bien sûr, il s'agit du droit des personnes accueillies, reconnues dans leur humanité non seulement par le droit commun¹ mais également par le droit des activités institutionnelles² et, au-delà, par toutes les normes qui ont vocation à garantir aux personnes vulnérables le droit à compensation comme modalité nécessaire d'une exigence, plus fondamentale, de non discrimination.³ Mais en tant que les établissements et services sociaux et médico-sociaux (ESSMS) constituent des communautés de travail organisées,

¹ Article 16 du Code civil : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. »

² Article L. 311-3 du Code de l'action sociale et des familles ; charte des droits et libertés de la personne accueillie annexée à l'arrêté du 8 septembre 2003.

hiérarchisées, animées à la perspective de la réalisation d'un projet,⁴ il s'agit également du nécessaire respect de la dignité humaine dans les relations de travail.

La reconnaissance du droit au respect de la dignité des professionnels dans leur vie professionnelle, corollaire de l'exigence de non discrimination, est issue – de la même manière que cela fut le cas à l'égard des personnes accueillies – d'une intrusion du droit international dans le droit interne, et notamment du droit communautaire. Ainsi à plusieurs directives⁵ succéda un accord-cadre européen sur le harcèlement et la violence au travail⁶ dont l'objet est clairement exprimé.⁷ La réception de la notion de harcèlement par le droit français intervint d'abord, à partir de 1992, *via* le harcèlement sexuel.⁸ La consécration de l'autonomie du harcèlement moral dans le droit interne attendit la promulgation de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale et l'adjonction dans le Code du travail des nouveaux articles L. 122-49 à L. 122-53. Le harcèlement au travail fut ainsi défini : « *Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* ». Le 1^{er} mai 2008, la réforme du Code du travail a repris à son compte cette définition, mot pour mot, au nouvel article L. 1152-1. Applicable aux salariés, cette définition l'est également aux agents publics dans les mêmes termes mais sur un autre fondement

³ Il est fait allusion ici à la logique de l'« aménagement raisonnable » issue de la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées, logique qui repose sur la volonté de garantir l'égalité de traitement et donc sur celle d'abolir la discrimination. A ce propos : O. POINSOT, « Travailler en ESAT après le 11 février 2005 », *Cahiers de l'Actif* n° 404-405, janvier/février 2010, p. 41 et s., spéc. p. 42.

⁴ Le projet d'établissement bien sûr, aussi primordial du point de vue juridique – et financier, tant que l'allocation des ressources demeure liée à la réalité de l'activité – que d'un point de vue managérial.

⁵ Directive n° 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, *JOCE* du 29 juin 1989, L 183, p. 1 et s. ; directive du Conseil n° 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *JOCE* du 19 juillet 2000, L 180, p. 22 et s. ; directive du Conseil n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOCE* du 2 décembre 2000, L 303, p. 16 et s. La définition actuelle du harcèlement moral en droit français procède plus précisément de la transposition de cette dernière directive.

⁶ *Framework agreement on harassment and violence at work* du 26 avril 2007, accessible en anglais à l'adresse Internet suivante : www.tradeunionpress.eu. Cet accord-cadre, conclu entre organisations syndicales européennes, définit la notion de harcèlement au travail et identifie ensuite diverses modalités de prévention, d'identification et de traitement du phénomène.

⁷ Article 3 de l'accord-cadre : « *Le harcèlement et la violence au travail sont imputables au comportement inacceptable d'une ou de plusieurs personnes et peuvent prendre diverses formes, certaines étant plus aisément identifiées que d'autres. L'environnement de travail peut avoir une incidence sur l'exposition des personnes au harcèlement et à la violence. / Le harcèlement apparaît lorsqu'un ou plusieurs travailleurs ou dirigeants sont, de manière répétée et délibérée, injuriés, menacés et/ou humiliés dans des circonstances en rapport avec le travail. / La violence apparaît lorsqu'un ou plusieurs travailleurs ou dirigeants sont agressés dans des circonstances en rapport avec le travail. / Harcèlement et violence peuvent être pratiqués par un ou plusieurs dirigeants ou travailleurs, dans l'objectif ou à l'effet d'attenter à la dignité d'un dirigeant ou d'un travailleur, en affectant sa santé et/ou en générant un environnement de travail hostile.* » (traduction de l'auteur).

⁸ Lois n° 92-1179 du 2 novembre 1992, n° 98-468 du 17 juin 1998 et n° 2001-397 du 9 mai 2001.

juridique.⁹ Ces éléments de définition sont partagés par le droit pénal qui les décline aux articles 222-33-2 du Code pénal¹⁰ par analogie et L. 1155-2 du Code du travail¹¹ par référence.

A l'aune de ces textes, appréhender les enjeux d'un management efficace du risque du harcèlement moral dans les ESSMS passe nécessairement par une connaissance des principes de prévention et de sanction (I) devant conduire à l'identification de points critiques plus spécifiques à la situation des établissements dans le contexte de leur situation actuelle et à venir (II).

I – LE TRAITEMENT JURIDIQUE DU HARCELEMENT MORAL

La notion de harcèlement moral est à manier avec délicatesse dans la mesure où elle paraît subjective par essence. Une telle subjectivité rend complexe la définition des critères de la faute qu'elle suppose. Il n'est pas possible de faire l'économie d'un tel effort de définition puisque la protection juridique contre le harcèlement moral procède avant tout d'un régime de responsabilité civile, pénale et administrative, même s'il faut ensuite prêter attention à une autre approche de la législation fondée sur la prévention du risque.

A/ La protection du professionnel par la sanction du harceleur

La logique à l'œuvre est d'abord une logique de la sanction car l'existence d'un régime de sanction conditionne l'effectivité de la règle de droit en offrant la première des préventions par l'exemplarité, comme le reconnaissait déjà BECCARIA à propos du droit pénal. Il faut toutefois dissocier la sanction pénale de la sanction civile ou administrative : la première réprime l'auteur quand les secondes réparent – selon le statut professionnel de la victime – le préjudice. Mais force est de constater que la définition du dol est la même dans les deux cas ; seuls varient le régime de responsabilité et la configuration procédurale.

⁹ Il s'agit de l'article 6 *quinquies* du titre Ier du statut général des fonctionnaires. Voir : A. PUPPO, « Harcèlement moral et fonction publique : spécificités », *AJFP* 2002-3, p. 42 ; A. PUPPO, « La lutte contre le harcèlement moral dans la fonction publique : soumission ou dignité ? », *AJFP* 2002-4, p. 36 ; B. ARVIS, « L'action en réparation des préjudices nés du harcèlement moral auprès du juge administratif : premier bilan », *AJFP* 2009-5, p. 259.

¹⁰ « *Le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.* »

¹¹ « *Les faits de harcèlement moral et sexuel, définis aux articles L. 1152-1 et L. 1153-1, sont punis d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 €. / La juridiction peut également ordonner, à titre de peine complémentaire, l'affichage du jugement aux frais de la personne condamnée dans les conditions prévues à l'article 131-35 du code pénal et son insertion, intégrale ou par extraits, dans les journaux qu'elle désigne. Ces frais ne peuvent excéder le montant maximum de l'amende encourue.* »

1°) Une conception moniste du dol

Quelle que soit la source, civile, pénale ou administrative, la définition juridique du harcèlement est la même : sont incriminés les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte aux droits et à la dignité, d'altérer la santé physique ou mentale ou de compromettre l'avenir professionnel d'une personne. Définition quelque peu curieuse¹² si l'on veut bien constater, à la lecture des textes, que sont énumérés quatre critères dont un est précisément celui d'acte de harcèlement moral. Ce constat exprime en réalité une volonté expresse du législateur de ne pas définir une typologie précise d'actes.¹³ Seuls trois critères sont pris en considération par le juge pénal comme par le juge prud'homal ou administratif : la répétition des agissements, la constatation – ou l'augure – d'une dégradation des conditions de travail et l'atteinte aux droits, à la santé ou à l'avenir professionnel. La nature des actes incriminés n'est pas définie, ce qui conduit à n'écarter *a priori* aucun comportement du champ de la qualification du harcèlement. Peuvent ainsi constituer des actes de harcèlement moral l'infliction ou la menace d'une sanction disciplinaire injustifiée,¹⁴ la fixation – ou le refus – d'horaires de travail ou de dates de congés,¹⁵ l'ingérence dans la vie personnelle,¹⁶ l'affectation à une fonction dont le niveau de qualification ne correspond pas¹⁷ ou encore les insultes, menaces et autres critiques.¹⁸ En revanche, les actes qui procèdent de l'exercice

¹² B. PLATEL & T. VIALA, Le fabuleux destin du concept de harcèlement moral, *JCP E* 2002, I, 762

¹³ *Jurisclasseur* Code pénal, article 222-33-2, n° 19.

¹⁴ A pu être reproché à un employeur le fait d'impliquer un salarié « dans un engrenage de sanctions ou de menaces de sanctions injustifiées au regard des délais impartis et des efforts consentis par celui-ci pour « se ressaisir » comme l'y avait invité l'employeur » (TGI NANTERRE, 7 décembre 1999, *Dr. ouvrier* 2002, p. 192), de proférer « des menaces de sanctions jamais mises à exécution » (METZ, 30 janvier 2001, *Daewoo c/ Bresson*, *RJS* 11/2001, n° 1245 ; *Juris-Data* n° 2001-154883) ou d'adresser à un salarié un avertissement pour avoir écrasé des moucheron contre le mur de son bureau (PARIS, 7 mai 2002, *Khalilzadeh Chirafi c/ SA International Limousine*, *Juris-Data* n° 2002-178737).

¹⁵ Sont parfois relevés le refus d'octroyer des congés payés aux dates choisies par un salarié (PARIS, 7 mai 2002, *Khalilzadeh Chirafi c/ SA International Limousine*, précité), le fait d'imposer à une salariée des changements successifs d'horaires difficilement compatibles avec la vie d'une mère célibataire (REIMS, 22 novembre 2000, *Boulet c/ Lanham*, *Juris-Data* n° 2000-135854), celui d'obliger une autre à prendre une semaine de congés payés à l'issue de son congé de maternité (PARIS, 16 mai 2000, *Martin c/ Assoc. des Foyers de Paris 17^{ème}*, *Dr. ouvrier* 2000, p. 341 ; *Juris-Data* n° 2000-124501) ou encore d'imposer à une mère de famille travaillant à mi-temps pour un autre employeur des dates de congés la privant de toute période de repos complet effectif et de toutes vacances simultanées avec ses enfants (BOURGES, 23 juin 2000, *Roger c/ Mutuelle familiale des travailleurs de l'Indre*, *Juris-Data* n° 2000-125206).

¹⁶ Ont été relevés le fait « d'interdire [à une salariée] d'être malade » et de « lui conseiller de ne plus faire d'enfants » (GRENOBLE, 3 mai 1999, *SA Adecco c/ Savelli*, *Juris-Data* n° 1999-125226), ou celui « d'imposer des conditions de travail insupportables [à une salariée] » en l'observant à tous instants, en la critiquant sans fondement, tant du fait de son comportement professionnel que de sa vie privée (NANCY, 13 novembre 2000, *Christophe c/ SA Vilroc*, *RJS* 2/2001, n° 163 ; *Juris-Data* n° 2000-129428).

¹⁷ Le fait de ne confier à une salariée que « des tâches subalternes mal définies » (GRENOBLE, 30 avril 2001, *SA Agence générale d'information c/ Roux*, *RJS* 11/2001, n° 1245 ; *Juris-Data* n° 2001-159075), ou au contraire de ne lui confier que des tâches arides ou trop difficiles pour elle (METZ, 30 janvier 2002, *Daewoo c/ Bresson*, précité), le fait de cantonner de façon prolongée et systématique une salariée engagée en qualité d'ambulancière et devenue régulatrice à des fonctions d'ambulancière, alors que cette fonction n'était qu'accessoire à la fonction principale (NANCY, 30 janvier 2002, *Lecossois c/ SA Mathieu Zitvogel*, *Juris-Data* n° 2002-177085) peuvent être constitutifs de harcèlement moral.

¹⁸ Les attitudes menaçantes ou humiliantes, les insultes et les critiques reviennent le plus fréquemment. Ainsi du fait, pour un chef d'équipe, « d'adopter une attitude négative et menaçante à l'égard de ses subordonnés » et d'avoir « insulté et harcelé un salarié pour le pousser à la démission » (Cass., Soc., 17 octobre 2001, *Gonzalez c/ Sté Interconnexion*, *RJS* 12/01, n° 1392), pour un directeur commercial d'obliger des salariés « à

normal du pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur n'entrent pas dans le champ du harcèlement moral.¹⁹ De plus, la qualification d'acte de harcèlement échappe à toute exclusive tant que les agissements incriminés ont eu lieu dans la sphère professionnelle : l'auteur de ces actes peut être un supérieur hiérarchique mais aussi un pair²⁰ ou même un subordonné. Il peut aussi bien s'agir d'une personne extérieure à l'entreprise qui, en raison de ses liens avec un membre de celle-ci, est susceptible de vouloir exercer un ascendant.²¹

Le premier véritable critère du harcèlement moral, indépendamment même de la nature des faits, est celui de leur caractère répétitif. Cette exigence de répétition, explicitement affirmée comme essentielle lors des travaux parlementaires,²² a été consacrée par la jurisprudence.²³

faire des pompes » dans son bureau pendant un rapport commercial devant d'autres salariés, à jeter des pièces dans un gobelet en cas de mauvaises réponses à un questionnaire et à les menacer de les pendre à sa plante verte (PARIS, 7 mai 2002, *Schumacher c/ Sté Garage du Bac*, *Juris-Data* n° 2002-178722) ou, pour une directrice d'association, de faire subir à une salariée des humiliations et vexations en se moquant de son accent, de ses expressions et de son vocabulaire et en la traitant régulièrement de bête, de menteuse et de débile (PARIS, 19 février 2001, *Boudebza c/ Assoc. des foyers de Paris*, *Juris-Data* n° 2001-145029). Sont aussi reprochés à un employeur sa grossièreté et son mépris affichés pour une salariée (RENNES, 31 janvier 2002, *SA Opperman Dambrun Finance c/ Jan*, *Juris-Data* n° 2002-176666), à un autre des réflexions désobligeantes et un comportement irrévérencieux visant à pousser une salariée à la démission (BORDEAUX, 22 mars 2002, *SA Epidea c/ Gombaudo*, *Juris-Data* n° 2002-173883). Sont également relevés, dans un cas, des vexations et humiliations constantes pouvant aller jusqu'aux violences physiques (GRENOBLE, 17 décembre 2001, *Accarias c/ Hubert*, *Juris-Data* n° 2001-167253), dans un autre des appels téléphoniques fréquents au domicile d'une salariée accompagnés d'injures et de menaces de ne pas reconduire son contrat de travail (RENNES, 23 octobre 2001, *Deleplanque c/ Assoc. Féd. française du logement de la consommation et de l'environnement d'Ille-et-Vilaine*, *Juris-Data* n° 2001-173616). Peuvent de même relever de cette catégorie de comportement le fait de disposer dans le bureau d'une salariée, à son retour d'un arrêt maladie, une feuille et un panonceau indiquant respectivement que « *les femmes n'ont point de plus grand ennemi que les femmes* » et que « *tout le monde apporte de la joie dans ce bureau... certains quand ils entrent, d'autres quand ils partent* » (PARIS, 27 février 2002, *Moreau c/ SA Fiducial Expertise*, *Juris-Data* n° 2002-169179), de reprocher à une salariée, en des termes particulièrement menaçant, le port d'un collier cervical alors qu'il résultait d'une prescription médicale (REIMS, 22 novembre 2000, *Boulet c/ Lanham*, précité) ou de se livrer à des actes répétés de méchanceté visant à humilier le personnel et à le mettre en difficulté, tel que la fourniture d'effectifs erronés destinés à induire en erreur la personne chargée d'établir les rations, le tout accompagné de moqueries assises sur le handicap auditif affectant deux employées (GRENOBLE, 24 novembre 1997, *Pailhes c/ Centre d'études forestières et agricoles*, *Juris-Data* n° 1997-046900).

¹⁹ Le fait d'attirer l'attention d'une secrétaire sur ses défaillances professionnelles, de la mettre en garde et de surveiller son travail régulièrement ne peuvent être assimilés au harcèlement moral dont la salariée prétend avoir été victime, ce contrôle et cette vigilance découlant du pouvoir de direction et de discipline de l'employeur dont il n'est pas établi en l'espèce qu'il ait abusé (RENNES, 20 mars 2001, *Ravetta c/ Faq-Pestourie*, *Juris-Data* n° 2001-166182). Ne constituent pas le harcèlement allégué la diffusion par l'employeur d'une note rappelant l'existence d'un droit de regard de l'employeur sur l'utilisation strictement professionnelle de la messagerie électronique (CPH MONTBELIARD, 19 septembre 2000, *R. c/ Sulzer Orthopédie Cedior*, *Legalis.net* 2002, p. 165, note TINOT ; *Juris-Data* n° 2000-176466) ni les divers courriers électroniques demandant l'accomplissement de travaux, même exigés en urgence, dès lors qu'ils ne sont pas excessifs et que ces demandes entrent dans les attributions de la salariée, pas plus que les deux lettres adressées à l'intéressée, même envoyées à deux jours d'intervalle, qui constituent des mises en garde exigeant une amélioration de la qualité du travail et non des avertissements (PARIS, 18 septembre 2001, *Ginisty c/ SA Bayer Pharma*, *Juris-Data* n° 2001-156147).

²⁰ GRENOBLE, 24 novembre 1997, *Pailhes c/ Centre d'études forestières et agricoles*, précité ; 3 mai 1999, *SA Adecco c/ Savelli*, précité ; NANCY, 23 février 2000, *SA La Meusienne c/ Velsh*, *Juris-Data* n° 2000-113035.

²¹ Tel le conjoint de l'employeur : POITIERS, 30 mai 2000, *Chaigneau c/ Morisset*, n° 99/2377 ; Cass., Soc., 10 mai 2001, *Sté Repass'Net c/ Bouet*, n° 90-40.059.

²² JO Sénat CR, 24 avril 2001, p. 1433 ; 2 mai 2001, p. 1652 et 1658.

²³ REIMS, 22 novembre 2000, *Boulet c/ Lanham*, précité ; PARIS, 5 décembre 2000, *Ber c/ SA Syac*, *Juris-Data* n° 2000-132024 ; Cass., Crim., 26 février 2002, *Dr. pén.* 2002, comm. 68, obs. VERON ; RSC 2002, p. 591,

Le deuxième critère tient au fait que les actes en cause doivent avoir eu pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail. Cette dégradation s'entend de manière très large²⁴ et peut porter tant sur les conditions matérielles de travail²⁵ que sur les conditions morales, avec une difficulté toutefois dans ce cas qui tient à la caractérisation de l'atteinte morale, par essence immatérielle : sans doute est-ce alors l'apparence de la souffrance éprouvée par la victime du harcèlement qu'il convient de prendre en considération.²⁶ Dès lors que le texte vise l'objet ou l'effet des actes de harcèlement, un résultat négatif n'est pas expressément requis et la seule possibilité de la dégradation des conditions professionnelles pourrait être suffisante.

Le troisième critère tient aux effets que les actes de harcèlement sont susceptibles d'avoir eus en termes d'atteinte aux droits et à la dignité, d'altération de la santé physique ou mentale ou de compromission de l'avenir professionnel.

S'agissant d'abord de l'atteinte aux droits et à la dignité, la doctrine tend à considérer que la loi a édicté ici deux conditions cumulatives : ainsi une atteinte exclusive à la dignité ou aux droits ne serait-elle pas suffisante pour caractériser le harcèlement moral.²⁷ Au-delà de l'intérêt théorique d'une discussion sur la possibilité, pour le juge, d'inférer l'atteinte à la dignité à partir de la seule constatation de l'atteinte aux droits, la jurisprudence fait ici preuve de pragmatisme en condamnant les comportements vexatoires²⁸ et humiliants, l'atteinte aux droits s'accompagnant d'un rabaissement de la personne au travail.²⁹ Appelle alors la sanction le fait :

- d'exercer des pressions sur ses collaborateurs, de les faire culpabiliser, de les rabaisser, de les critiquer devant les clients³⁰ ;

obs. MAYAUD ; Cass., Crim., 21 juin 2005, n° 04-87.767 ; CPH LONGJUMEAU, 21 mai 2001, *RG c/ Assoc. Jean Lachenaud, Dr. ouvrier* 2001, p. 439, note BOUAZIZ ; *Juris-Data* n° 2001-158014 ; Cass., Soc., 24 janvier 2006, 03-44.889 ; 12 décembre 2006, n° 05-87.658 ; 22 mars 2007, n° 04-48.308 ; 16 avril 2008, n° 06-41.999 ; 8 juillet 2009, n° 08-41.638. *A contrario* est exclu l'acte considéré comme isolé : Cass., Soc., 9 décembre 2009, n° 07-45.521. Pour ce qui concerne l'appréciation par le juge administratif : CAA MARSEILLE, 23 mars 2004, *Guitard*, n° 01MA01888 ; CAA NANCY, 2 août 2007, *Altemaire c/ Cne de Hoenheim*, n° 06NC01324 ; CAA NANCY, 15 octobre 2007, *M. X... c/ Ville de Besançon*, n° 06NC00990 ; CAA BORDEAUX, 2 décembre 2008, *A.*, n° 07BX01070.

²⁴ Ce sont « les conditions humaines, relationnelles et matérielles de travail » (*JO Sénat CR*, 3 mai 2001, p. 1658).

²⁵ Installer une salariée « au fond de la salle de réception, avec pour tout matériel de bureau une simple table d'écolier, sans tiroir, une chaise, et au pied de sa table, un carton pour ranger ses affaires » (GRENOBLE, 30 avril 2001, *SA Agence générale d'information c/ Roux*, précité) ou attribuer à un autre, « en guise de bureau un réduit situé sous un escalier sans fenêtre ni éclairage alors qu'il était amené à recevoir de la clientèle » (AIX-EN-PROVENCE, 18 décembre 2001, *Alinot c/ Société Crédit Commercial de France, Dr. soc.* 2002, p. 701, note BOUTY ; *Juris-Data* n° 2001-182935) constituent une dégradation matérielle des conditions de travail révélatrice d'un harcèlement moral.

²⁶ Certaines décisions voient dans « l'isolement » ou « l'exclusion » subis par le salarié l'un des traits caractéristiques du harcèlement moral (NANCY, 13 novembre 2000, *Christophe c/ SA Vilroc*, précité ; METZ, 7 février 2000, *Weber, SA Soreto c/ Zinck, Juris-Data* n° 2000-132679).

²⁷ B. LAPEROU-SCHNEIDER, Les mesures de lutte contre le harcèlement moral, *Dr. soc.* 2002, p. 313 ; C. DUVERT, fascicule « harcèlement moral », *Jurisclasseur pénal*, n° 43.

²⁸ CE, 14 juin 1995, *Lemarquis*, n° 143428.

²⁹ BOURGES, 13 juin 1997, *Toutain c/ Sté HL Industrie*, n° 97/300.

³⁰ GRENOBLE, 3 mai 1999, *Sté Adecco c/ Savelli*, précité.

- de vouloir explicitement « faire craquer » un salarié par des mesures vexatoires³¹ ;
- de priver le salarié de travail³² ;
- de manquer de respect au salarié, de s'emporter contre lui³³ ;
- de modifier de façon injustifiée les conditions de travail au point de générer un état dépressif médicalement constaté³⁴ ;
- de tenir des propos blessants et de faire des attaques inutiles en usant d'un ton excédant celui qu'autorise le lien de subordination.³⁵

La présence de témoins ajoute au caractère humiliant de tels agissements.³⁶

Quant à la nature des droits atteints, la jurisprudence réprime l'atteinte à la liberté du travail lorsque l'employeur encourage l'hostilité du personnel à l'égard d'un salarié afin de lui rendre la relation de travail insupportable³⁷ ou encore lorsque l'employeur contraint le salarié à se présenter à son travail sans lui fournir aucune activité.³⁸ Elle sanctionne également les atteintes à l'image, à la fonction³⁹ ou à l'autorité, notamment lorsque le discrédit est jeté sur un salarié auprès de ses collègues⁴⁰ et d'autant plus si cela a eu pour effet de remettre en cause l'exercice d'une fonction d'encadrement.⁴¹ Le juge administratif retient pour sa part la dégradation des moyens matériels nécessaires aux bonnes conditions de travail, déterminant pour ce faire au cas par cas un standard des conditions normales d'activité.⁴² Il sanctionne également l'éviction d'un agent pour des raisons politiques.⁴³ Enfin, il veille au respect des droits statutaires de l'agent, sanctionnant l'exercice abusif du pouvoir hiérarchique ayant des conséquences sur la carrière.⁴⁴

³¹ VERSAILLES, 19 octobre 1994, *Sté Dion c/ Fehr*, n° 6735/93 ; DIJON, 1^{er} avril 1997, *Aubert c/ Flegel-Duda & autres*, n° 2597/96.

³² PARIS, 13 mai 1988, *Sté Le Parisien Libéré c/ Dombray*, n° 31908/87.

³³ GRENOBLE, 6 mai 1992, *Sté Acore c/ Naili*, n° 91/2197.

³⁴ Cass., Soc., 27 octobre 2004, *Sté Mât de Misaine c/ Pouvreau*, *Bull. Civ.* 2004, V, 271.

³⁵ Cass., Crim., 25 septembre 2007, n° 06-84.599.

³⁶ POITIERS, 26 mars 1996, *Marchix c/ Goudeau*, n° 1315/95 ; Cass., Crim., 21 juin 2005, n° 04-86.936.

³⁷ BORDEAUX, 30 mars 2000, *Sté Marbot et Cie c/ Durepaire*, n° 97/615. Dans la jurisprudence administrative, se rapproche de cette idée et fonde la reconnaissance du harcèlement le fait que la continuation de l'activité de l'agent d'une Commune soit compromise par un « état des relations exécrable » avec un adjoint au Maire (CAA MARSEILLE, 16 septembre 2003, *Cne de Peyrolles-en-Provence*, n° 02MA00157).

³⁸ REIMS, 31 mars 1993, *Sté JS Télécom direction régionale Est c/ Durin*, n° 01905/92 ; BOURGES, 22 septembre 1995, *AFPA c/ Vintsos*, n° 95/844.

³⁹ Le juge administratif sanctionne sur ce fondement la rétrogradation de fonction : CAA NANCY, 2 août 2007, *Altemaire c/ Cne de Hoenheim*, précité ; CAA BORDEAUX, 2 décembre 2008, *A.*, précité. Mais il ne reconnaît pas le harcèlement moral lorsque l'agent n'a plus droit statutairement aux fonctions qu'il a perdues : CAA NANCY, 8 décembre 2008, *X... c/ Cne de Saverne*, n° 07NC00272.

⁴⁰ Cass., Soc., 15 mars 2000, *Sté France Restauration Rapide c/ Gavin*, n° 97-45.916.

⁴¹ Cass., Crim., 6 février 2007, n° 06-82.601.

⁴² CAA NANCY, 15 novembre 2007, *M. X... c/ Ville de Besançon*, précité (retrait à un professeur de musique des instruments de musique enseignés) ; TA BESANCON, 11 décembre 2003, *Braido c/ Centre de réadaptation de Quingey*, n° 02539 (privation pendant plusieurs mois du téléphone et de l'ordinateur) ; CE, 26 janvier 2007, *Giffard*, Rec. 915 (éviction du circuit interne du courrier).

⁴³ Suite à l'élection de l'agent dans l'opposition municipale : CAA NANCY, 2 août 2007, *Altemaire c/ Cne de Hoenheim*, précité.

S'agissant ensuite de l'altération de la santé, la jurisprudence retient régulièrement l'atteinte à la santé psychologique dès lors que le lien avec le travail est établi, de la prise de calmants⁴⁴ au syndrome dépressif réactionnel médicalement constaté.⁴⁵ Le juge administratif retient comme critère déterminant l'imputabilité au service de l'apparition de ces altérations⁴⁷ et prête attention au caractère causal des agissements en cause à l'égard de la dégradation de la santé mentale de l'agent.⁴⁸

S'agissant enfin de la compromission de l'avenir professionnel, outre les cas déjà cités dans lesquels les faits de harcèlement conduit à l'interruption de l'activité professionnelle, le juge condamne les atteintes exprimant un traitement discriminatoire par rapport aux autres salariés : la preuve de la discrimination établit alors le harcèlement moral.⁴⁹

Quelle que soit la nature de l'atteinte, peu importe pour le juge judiciaire que l'auteur du harcèlement ait été animé par une intention de nuire : une telle intention n'a aucune incidence au plan prud'homal⁵⁰ et, dès lors que la Cour de cassation veille à l'homogénéité de sa jurisprudence, il se pourrait qu'aucun dol spécial ne soit non plus requis pour la constitution du délit pénal. En revanche, dans la jurisprudence administrative, l'identification expresse de l'auteur du harcèlement est essentielle en ce qu'elle permet de vérifier l'existence d'une intention de nuire dirigée contre la personne de la victime.⁵¹ Seront dès lors exclues de la qualification de harcèlement moral les situations dans lesquelles l'agent aura été placé en difficulté du fait d'une note de service de portée générale ou encore du fait de la suppression de son poste pour cause de restrictions budgétaires.⁵² Cette exigence de personnalisation du conflit se prolonge d'ailleurs une double attente : l'agent doit n'avoir pas été en cause dans la tension des relations professionnelles⁵³ et il est attendu de lui qu'il ait cherché à désamorcer le

⁴⁴ Retrait d'un écrit calomnieux du dossier individuel : CAA BORDEAUX, 30 juin 2008, *CH Charles-Perrens*, précité. Annulation de la notation : TA Nouvelle-Calédonie, 26 juillet 2007, *Hugon*, n° 06.281.

⁴⁵ GRENOBLE, 3 mai 1999, *Sté Adecco c/ Salvelli*, précité.

⁴⁶ MONTPELLIER, 17 juin 1998, *Sté Défi c/ Standinguer & autres*, n° 97-1384 ; METZ, 30 janvier 2001, *Sté Daewoo c/ Bresson*, précité ; GRENOBLE, 30 avril 2001, *Sté Agence générale d'information c/ Roux*, précité ; Cass., Crim., 6 février 2007, n° 06-82-601.

⁴⁷ CE, 30 juin 1989, *Dupré*, n° 57916 ; CE, 4 décembre 1995, *CHR de Toulouse*, n° 146256 ; CAA MARSEILLE, 29 mai 2001, *CHS Valvert*, n° 98MA01617.

⁴⁸ En l'absence de lien de causalité établi, le constat que l'agent ne présentait antérieurement aucun trouble dépressif et que sa personnalité ne l'y prédisposait pas sera suffisant : CE, 14 juin 1995, *Lemarquis*, précité ; CE, 31 juillet 1996, *Sabah*, n° 124801 ; CAA Marseille, 4 novembre 2003, *X... c/ Cne de Sainte-Tulle*, n° 01MA00069 ; CAA MARSEILLE, 22 mars 2005, *X... c/ Hôpital de Gordes*, n° 00MA01461. Au contraire seront exclusifs du harcèlement moral les cas dans lesquels seront établies une pathologie préexistante (CE, 13 février 2004, *S... c/ Préfet de la région Rhône-Alpes*, n° 249049) ou une cause étrangère au service (CE, 18 mai 1998, *Lopez*, n° 134969, *a contrario*).

⁴⁹ TOULOUSE, 18 mai 2000, *Caisse de prévoyance et de retraite de la SNCF c/ Gelardo*, n° 1999/3583 ; Cass., Soc., 24 janvier 2006, *Sté Schlumberger Sema c/ Garcia*, n° 03-44.889. Obliger un agent public à présenter sa mutation, ce qui interrompt dès lors le déroulement de sa carrière, correspond bien à cette notion de compromission de l'avenir professionnel : CAA MARSEILLE, 16 septembre 2003, *Cne de Peyrolles-en-Provence*, précité.

⁵⁰ Cass., Soc., 10 novembre 2009, *Moret c/ Sté HSBC France*, n° 08-41.497.

⁵¹ CAA BORDEAUX, 30 juin 2008, *CH Charles-Perrens*, n° 06BX00646.

⁵² CAA DOUAI, 26 avril 2005, *Hassam*, n° 02DA00284.

⁵³ Cette exigence n'a pas d'incidence sur la reconnaissance du principe du harcèlement mais affecte l'appréciation du préjudice indemnisable : CAA NANCY, 15 novembre 2007, *M. X... c/ Ville de Besançon*, précité.

conflit en saisissant sa hiérarchie,⁵⁴ le comité d'hygiène et de sécurité⁵⁵ ou le médecin du travail.⁵⁶

La question de la preuve des agissements de harcèlement moral revêt une importance capitale, d'autant qu'il s'agit d'établir en faits des comportements parfois rétifs par nature à toute traçabilité. En droit du travail, la question a fait l'objet d'une évolution puisqu'au principe libéral initial selon lequel le salarié pouvait se contenter d'alléguer des faits de harcèlement a succédé une intervention législative aux termes de laquelle le salarié doit désormais établir les faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement.⁵⁷ Confronté à cette administration de la preuve, l'employeur doit alors prouver l'absence de harcèlement : la charge de la preuve est ainsi partagée.⁵⁸ Sur cette administration de la preuve, la Cour de cassation exerce un contrôle renforcé depuis quatre arrêts rendus en 2008⁵⁹ : elle s'assure que les juges du fond, dont l'appréciation des faits est souveraine, ont bien appréhendé l'ensemble des faits invoqués et recherché si ces circonstances permettaient de présumer l'existence du harcèlement allégué. Tout moyen de preuve peut être admis, même le plus moderne.⁶⁰ La maîtresse preuve réside dans le jugement pénal ayant prononcé la condamnation de l'auteur du chef du délit de harcèlement moral.⁶¹ En droit pénal, la question de l'administration de la preuve relève des dispositions générales de la procédure pénale qui consacrent le principe de liberté de la preuve sous réserve du respect de la contradiction devant le juge.⁶² Devant les juridictions administratives, c'est également cette liberté d'administration de la preuve qui prévaut, avec cette précision importante que la preuve des faits de harcèlement moral incombe à l'agent victime.⁶³

Il apparaît, au vu de ces enseignements jurisprudentiels, que la répression civile, pénale et administrative du harcèlement moral repose sur des fondements analogues pour ne pas dire identiques. Les différences essentielles entre ces régimes résultent de la nature des sanctions et des voies procédurales qui y conduisent.

⁵⁴ CE, 24 novembre 2006, *Baillet*, précité.

⁵⁵ TA NANTES, 12 juin 2008, *Syndicat FO des agents territoriaux de la ville de Laval*, n° 05377.

⁵⁶ CAA BORDEAUX, 30 juin 2008, *CH Charles-Perrens*, précité.

⁵⁷ Article L. 1154-1 du Code du travail.

⁵⁸ Cette charge ne saurait reposer exclusivement sur le salarié dès lors qu'il a établi la matérialité des faits dont il se prévaut : Cass., Soc., 7 mai 2008, *Mopin c/ Sté Azur Net*, n° 06-42.185 ; Cass., Soc., 7 juillet 2009, *Grosman c/ Sté Monster Worldwide*, n° 07-45.632.

⁵⁹ Cass., Soc., 24 septembre 2008, *Raybaud c/ RATP*, n° 06-46.517 ; *Amblard c/ RATP*, n° 06-45.747 ; *Gérin c/ Sté Clinique de l'Union*, n° 06-45.579 ; *Bourdin c/ CMBM*, n° 06-43.504.

⁶⁰ Des SMS dont le libellé est constaté par huissier de justice peuvent valablement être pris en compte : Cass., Soc., 23 mai 2007, *SCP Laville-Aragon & autres c/ Lacomme*, n° 06-43.209.

⁶¹ Un tel jugement lie en effet le juge prud'homal : Cass., Soc., 3 novembre 2005, *ADFIC c/ Tassy*, n° 03-46.839.

⁶² Article 427 du Code de procédure pénale.

⁶³ Une administration de la preuve insuffisante aboutit au débouté du requérant : CAA NANCY, 8 décembre 2008, *X... c/ Cne de Valmont*, n° 07NC00632.

2°) Le dualisme des sanctions : punir et indemniser

*La mise en œuvre du droit pénal doit conduire à la punition de l'auteur du harcèlement.*⁶⁴ Les éléments constitutifs du délit sont les suivants :

- élément légal : ce sont les articles 222-33-2 du Code pénal et L. 1155-2 du Code du travail ;
- élément intentionnel : il correspond au triptyque qui vient d'être détaillée ;
- élément intentionnel : comme cela a déjà été évoqué *supra*, il semble que l'exigence d'un dol spécial ne s'impose pas, ce qui signifierait que la commission des agissements de harcèlement suffise à constituer le délit.

La répression du délit de harcèlement moral appelle une précision s'agissant des peines encourues, dans la mesure où les textes d'incrimination du Code pénal et du Code du travail mentionnent des maxima distincts. Cette question a été réglée à l'occasion de l'examen *a priori* de la constitutionnalité de la loi de modernisation sociale : le Conseil constitutionnel a rappelé le principe selon lequel, en cas de concours de qualifications, doit être retenue la peine la plus importante.⁶⁵ Les peines encourues à titre principal sont donc d'un an de prison et de 15 000 € d'amende. Peuvent s'ajouter deux peines complémentaires : l'affichage du jugement aux frais de la personne condamnée dans les conditions prévues à l'article 131-35 du Code pénal, l'insertion dans un journal sans que les frais engagés puisse excéder le maximum de l'amende encourue.

La prescription du délit de harcèlement doit résulter de l'application des règles propres aux infractions continues, ce qui conduit à retenir un délai de prescription de trois ans à compter du dernier agissement.

La sanction civile ou administrative du harcèlement moral relève d'une autre logique puisqu'elle doit conduire à l'indemnisation de la victime.

Le dispositif civil désigne les juridictions prud'homales, compétentes s'agissant des litiges individuels du travail, dans la mesure où la situation de harcèlement moral aboutit à la cessation de la relation de travail et fait apparaître la question de la qualification de cette cessation. On retrouve ici les règles qui gouvernent traditionnellement la matière, qu'il s'agisse de la contestation du licenciement ou de la requalification de la démission en « prise d'acte de la rupture ». Dans le premier cas sera prononcée l'annulation du licenciement pour absence de motif réel et sérieux ; dans le second cas, la résiliation judiciaire du contrat de travail après requalification aboutira aux mêmes effets qu'un licenciement non causé. Dans les deux cas, le salarié pourra solliciter sa réintégration et aura droit à une indemnisation

⁶⁴ Le principe classique de personnalité de la responsabilité pénale vise la condamnation de la personne physique auteur de l'infraction. S'agissant de la responsabilité pénale des personnes morales, prévue à l'article 121-1 du Code pénal et généralisée à toutes les infractions depuis la loi « Perben II », il n'existe pas encore de jurisprudence qui permette de dessiner les contours de cette responsabilité en cas de harcèlement. Le seul arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui a envisagé cet augure (Cass., Crim., 19 janvier 2010, n° 09-82260) n'a pas apporté de réponse, les poursuites ayant été engagées alors que cette généralisation de la responsabilité pénale n'était pas encore intervenue et en l'absence, à l'époque, de prévision spéciale du texte d'incrimination.

⁶⁵ C. Constit., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, consid. n° 84 et 85.

couvrant, outre les salaires non perçus, l'indemnisation du préjudice subi sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. S'il refuse une réintégration proposée par l'employeur, alors il aura droit en sus au paiement de l'indemnité compensatrice de préavis.

Indépendamment de cette indemnisation, le salarié pourra également prétendre au bénéfice de l'indemnisation, par la sécurité sociale, d'un accident du travail (AT) lorsque les faits de harcèlement se seront soldés par une tentative de suicide voire un suicide. Cette triste situation doit être évoquée pour indiquer que la reconnaissance de l'AT sera subordonnée à l'existence d'un lien de causalité entre les faits de harcèlement et le geste malheureux ; sur ce point, la jurisprudence des juridictions du contentieux général de la sécurité sociale retiendra l'existence d'un tel lien lorsque l'autolyse – ou sa tentative – aura eu lieu au temps et au lieu du travail. Elle admettra par ailleurs, dans la lignée de l'évolution initiée en 2002 par le Tribunal des affaires de sécurité sociale d'Epinal et consacrée par la Chambre sociale de la Cour de cassation en 2006, que cette situation est de nature à engager la responsabilité de l'employeur à raison de la commission d'une faute inexcusable.

Le dispositif administratif, qui concerne la situation des agents publics victimes, offre la possibilité d'une réparation des conséquences dommageables du harcèlement sous deux modalités : au titre de la protection fonctionnelle et à celui de la responsabilité pour faute de service.

S'agissant d'abord de la protection fonctionnelle, l'article 11 du statut général des fonctionnaires fait obligation à l'Administration d'offrir sa protection aux agents publics victimes d'attaques dans l'exercice de leurs fonctions. Cette obligation se décline en celles de procurer à l'agent une assistance (identification d'un avocat, paiement des honoraires et des autres frais de procédure), d'engager des poursuites pénales voire disciplinaires contre l'auteur des attaques, d'assurer un soutien moral passant par une communication favorable, d'indemniser le préjudice qu'il a subi et notamment de rembourser toute condamnation civile déjà prononcée. Cette obligation est assortie d'une sanction : dès lors que l'agent a sollicité le bénéfice de la protection fonctionnelle et ne l'a pas obtenue alors qu'elle lui était due, son Administration expose sa responsabilité pour faute.⁶⁶

Indépendamment de la sanction du refus de la protection fonctionnelle, l'agent victime peut aussi rechercher l'engagement de la responsabilité de la puissance publique sur le fondement d'une faute dans l'organisation du service dans les cas où sa hiérarchie a adopté un comportement passif ou abstentionniste,⁶⁷ lorsqu'elle a tenté d'étouffer le problème à ses dépens⁶⁸ voire lorsqu'elle a sanctionné la victime en lieu et place de l'auteur.⁶⁹ Une telle responsabilité repose d'autant plus sur la notion de faute que les chefs de service sont investis d'une obligation réglementaire de veiller à la sécurité et à la protection de la santé des agents placés sous leur autorité.⁷⁰

⁶⁶ CE, 24 mars 1965, *Villeneuve*, Rec. p. 207 ; CE, 11 octobre 1990, *Chavant*, n° 89PA01548 ; CE, 17 mai 1995, *Kalfon*, n° 141635 ; CAA NANTES, 13 juin 2008, n° 07NT02298.

⁶⁷ CE, 24 novembre 2006, *Baillet*, précité.

⁶⁸ TA BESANCON, 11 décembre 2003, *Braido c/ Centre de rééducation de Quingey*, précité.

⁶⁹ TA LIMOGES, 14 mai 2007, *Daudin*, n° 05-01.394.

⁷⁰ Article 2-1 du décret n° 82-453 du 28 mai 1982 modifié relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique.

Les sanctions possibles du harcèlement moral, pour utiles qu'elles soient en raison de leur effet dissuasif, ne constituent pas le seul outil de prévention : le risque peut en effet être identifié et traité en amont, avant qu'une situation ne dérape.

B/ La protection du professionnel par la prévention dans le milieu de travail

Les développements qui suivent s'appliquent aux employeurs de droit privé comme de droit public dans la mesure où ces derniers, par la vertu de textes spéciaux, sont assujettis à la réglementation du Code du travail en matière d'hygiène et de sécurité.⁷¹ Au demeurant, l'Administration s'est engagée – comme le secteur privé – dans une logique volontariste de prévention : plusieurs circulaires témoignent ainsi de la volonté des pouvoirs publics employeurs de se situer à la hauteur de l'enjeu des risques psycho-sociaux.⁷²

La prévention du harcèlement moral incombe à l'employeur en vertu de l'article L. 1152-4 du Code du travail.⁷³ Au fondement de ces dispositifs figure d'abord le principe de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail qui, émanant du droit civil,⁷⁴ a intégré le droit matériel par l'article 1222-1 du Code du travail après que la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation y a recouru pour traiter, notamment, des litiges individuels de travail des travailleurs sociaux.⁷⁵ Mais intervient également l'obligation faite à l'employeur de protéger la santé physique et mentale des salariés, au visa des articles L. 4121-1 et L. 4121-3, cette obligation devant se traduire par la réalisation d'actions de prévention des risques professionnels et d'actions d'informations et de formation ainsi que par la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés. Il s'agit là d'une obligation de résultat pour ce qui concerne la garantie de la sécurité, cet impératif s'accompagnant de celui de procéder à l'évaluation des risques dans le cadre du processus d'établissement et d'actualisation du document unique de prévention des risques.⁷⁶

La prévention du harcèlement moral est organisée en deux paliers, le premier déployant des mesures générales et permanentes de prévention, le second concernant le traitement des situations suspectes.

S'agissant d'abord du dispositif général et permanent de prévention du harcèlement, l'article L. 1152-4 du Code du travail fait obligation à l'employeur de prendre toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral.⁷⁷ La mise en œuvre de

⁷¹ Article 3 du décret n° 82-453 du 28 mai 1982 modifié relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique.

⁷² Voir par exemple pour le ministère de l'Éducation nationale : circulaire n° 2007-047 du 27 février 2007, *BOEN* n° 10 du 8 mars 2007. Pour le ministère de la Santé : guide pour les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux publics, DHOS/RH2S, mai 2004 ; circulaire DAGPB/SRH2D n° 2007-178 du 27 avril 2007 relative à la préservation de la qualité de vie au travail dans les services de l'administration sanitaire et sociale.

⁷³ « *L'employeur prend toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral.* »

⁷⁴ Article 1134 du Code civil.

⁷⁵ Voir l'usage fait du principe de loyauté fondé sur l'article 1134 du Code civil en cas de sanction disciplinaire d'un travailleur social pour opposition au projet d'établissement : N. CAMPERGUE, « Les travailleurs sociaux et la jurisprudence prud'homale », *Dr. Soc.* n° 7/8, juillet-août 1997, p. 699 et s.

⁷⁶ Circulaire DRT n° 6 du 18 avril 2002.

⁷⁷ L'existence de cette obligation légale légitime la décision prise par l'employeur de prononcer le licenciement pour faute grave de la personne auteur du harcèlement : Cass., Soc., 22 mars 2006, *Cadours c/ Sté Belmart*, n° 03-44.750.

cette obligation passe par l'information de la collectivité de travail sur la prohibition du harcèlement, information qui doit résulter de mentions explicites du règlement intérieur.⁷⁸ Elle passe également par l'association des institutions représentatives du personnel (IRP) au suivi de la prévention :

- le comité d'entreprise doit veiller à la conformité du règlement intérieur,⁷⁹ il peut également proposer la mise en place d'actions de sensibilisation et d'information du personnel ;
- le comité de l'hygiène, de la sécurité et des conditions de travail (CHSCT) – dont l'obligation est, tout autant que l'employeur lui-même, de veiller à la santé physique et mentale du personnel⁸⁰ – dispose de la faculté de proposer à l'employeur l'adoption d'un dispositif de prévention et si l'employeur n'adopte pas ce dispositif, alors il doit motiver expressément son refus.⁸¹ Cette attribution se double du pouvoir, pour le comité, de procéder régulièrement à des inspections et d'effectuer des enquêtes en matière d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ou à caractère professionnel⁸² et, en cas de risque grave révélé ou non par un accident du travail, une maladie professionnelle ou à caractère professionnel, de faire appel à un expert agréé.⁸³

Le « climat de prévention » ainsi instauré engage chaque salarié à l'égard des autres puisqu'en vertu de l'article L. 4122-1 du Code du travail, chacun se trouve dans l'obligation de veiller à sa propre santé mais aussi à celle des autres. Sur la base de ce texte, la Cour de cassation a reconnu l'existence d'une obligation générale de sécurité à la charge de chaque salarié qui, en cas de manquement par action ou omission, est susceptible d'engager sa responsabilité personnelle à l'égard de ses collègues.⁸⁴ Cette jurisprudence conduit à la condamnation personnelle de l'auteur des actes de harcèlement à indemniser la victime⁸⁵ indépendamment du jeu de la garantie de responsabilité objective du commettant du fait de ses préposés instituée à l'article 1384 du Code civil et interprétée par la jurisprudence *Costedoat*.

S'agissant ensuite du dispositif d'identification et de traitement des situations suspectes, sont en jeu des processus d'alerte et de médiation. Au titre des processus d'alerte, deux mécanismes coexistent. Le premier a trait à l'exercice du droit d'alerte et de retrait par le salarié victime, sur le fondement de l'article L. 4131-1, lorsque ce salarié a un motif raisonnable de penser qu'il est soumis à une situation présentant un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé. La notion peut paraître difficile à manier, en raison notamment de l'objectivation des critères de gravité et d'imminence ainsi que de l'appréciation de l'existence d'un motif raisonnable ; toutefois, la jurisprudence judiciaire a pu admettre l'exercice du droit d'alerte et de retrait dans une situation de harcèlement moral.⁸⁶ La

⁷⁸ Article L. 1321-2 du Code du travail : le règlement intérieur doit reproduire les dispositions des articles L. 1152-1 à L. 1152-3 et L. 1152-5. Article L. 1321-4 : le règlement intérieur doit expressément mentionner l'interdiction de toute pratique de harcèlement.

⁷⁹ Article L. 1321-4.

⁸⁰ Article L. 4612-1.

⁸¹ Article L. 4612-3.

⁸² Articles L. 4612-4 et L. 4612-5.

⁸³ Article L. 4614-12. Il a été jugé que la situation de souffrance professionnelle peut constituer un risque grave justifiant le recours à un expert pour le CHSCT : AIX-EN-PROVENCE, 5 juillet 1999, *CRAM du Sud-Est c/ FO CHSCT*, n° 99/3107.

⁸⁴ Cass., Soc., 28 février 2002, *Deschler c/ Sté Textar France*, n° 00-41-220.

⁸⁵ Cass., Soc. 21 juin 2006, *Balaguer c/ Bourlier & autres*, n° 05-43.914.

⁸⁶ RIOM, 18 juin 2002 *Matteodo c/ Pszonak*, n° 01/00919.

jurisprudence administrative, en revanche, n'admet guère qu'une situation de harcèlement moral puisse justifier l'exercice du droit d'alerte et de retrait, d'une part en raison des missions de service public exercées qui ne peuvent s'accommoder d'une discontinuité de service, d'autre part à raison d'une incompatibilité jugée intrinsèque entre les notions de gravité et d'imminence du danger.⁸⁷ Le second mécanisme d'alerte concerne les délégués du personnel : au visa de l'article L. 2313-2 du Code du travail, ils disposent d'un droit d'alerte en cas d'atteinte à la santé physique ou mentale des salariés. L'exercice de ces prérogatives est susceptible de se prolonger par l'intervention du médecin du travail⁸⁸ voire de l'inspecteur du travail.⁸⁹ Au titre d'un règlement par la voie de la médiation, la situation litigieuse peut faire l'objet de l'intervention d'un médiateur désigné sur accord du salarié qui s'estime victime et du salarié accusé d'être auteur du harcèlement.⁹⁰ La procédure de médiation n'est pas prévue en détail par la loi mais il est *a minima* prévu que le médiateur s'informe de l'état des relations entre les parties, qu'il tente de les concilier et qu'il leur soumette des propositions écrites en vue de mettre fin au harcèlement. Lorsque la conciliation échoue, le médiateur doit informer les parties des éventuelles sanctions encourues ainsi que des garanties procédurales prévues en faveur de la victime.

Au terme de cette présentation synthétique du régime juridique de la prévention et de la répression du harcèlement moral, il devient possible d'identifier des pistes pour alimenter une réflexion sur la gestion du risque de harcèlement moral dans les ESSMS.

II – LES ENJEUX D'UNE GESTION DU RISQUE DE HARCELEMENT MORAL DANS LES ESSMS

Les activités des ESSMS sont organisées et hiérarchisées, dans la sphère du droit public comme dans celle du droit privé, et appellent donc au respect des dispositions législatives et réglementaires qui viennent d'être évoquées. De ce point de vue, l'application du régime juridique du harcèlement moral s'impose dans les situations qu'il vise, comme dans toute autre entreprise ou dans tout autre service administratif quel que soit le domaine d'activité. C'est pourquoi il paraît de prime abord opportun de veiller à ce que les dispositifs de prévention prévus – et qui n'interdisent pas, le cas échéant, d'en animer d'autres – soient à l'œuvre et que l'approche du phénomène relève, plus globalement, d'un engagement legaliste de l'employeur. Mais dans le contexte actuel d'évolution des activités, il paraît aussi

⁸⁷ Pour une illustration récente du refus d'admettre l'exercice du droit d'alerte et de retrait dans la fonction publique : CE, 16 décembre 2009, *Mme T... c/ Ministre de la défense*, n° 320840 ; *JCP A* 2010, 2075, note D. JEAN-PIERRE.

⁸⁸ Qui peut proposer des mutations ou des transformations de poste justifiées par des considérations afférentes à la santé physique ou mentale du salarié concerné. L'employeur doit prendre ces propositions en considération et, en cas de refus, faire connaître ses motifs. Un refus peut conduire à l'intervention du médecin-inspecteur du travail puis, in fine, à une décision de l'inspecteur du travail pour purger le désaccord entre l'employeur et le médecin du travail (article L. 4624-1).

⁸⁹ Outre un rôle de surveillance du respect des obligations légales et réglementaires de l'employeur, l'inspecteur du travail peut informer le Parquet, en cas de constatation du délit de harcèlement moral, au visa de l'article 40 du Code de procédure pénale.

⁹⁰ Article L. 1152-6.

pertinente d'inscrire une réflexion sur la gestion du risque dans le contexte de l'accompagnement du changement.

A/ La jurisprudence rendue à propos des ESSMS en matière de harcèlement moral

L'examen de la jurisprudence rendue à l'égard des ESSMS confirme globalement le régime qui a été décrit ci-dessus :

- s'agissant de l'administration de la preuve, la Cour de cassation exige que les juges du fond aient pris en considération la totalité des éléments de faits invoqués par le salarié victime ; dans le cas contraire, elle casse l'arrêt d'appel.⁹¹ Sous cette réserve, les juges du fond procèdent à l'appréciation souveraine du fait, en particulier pour vérifier si les éléments apportés au débat par le salarié employeur tiennent de la simple allégation ou du moyen probant⁹² ;
- à ce titre, les juges du fond vont s'attacher à caractériser, non seulement les comportements mais aussi leurs conséquences sur la santé du salarié, en recherchant la preuve d'un lien de causalité entre les uns et les autres.⁹³

Une casuistique s'élabore ainsi pour déterminer ce qui peut constituer une situation de harcèlement moral répréhensible :

- la rudesse habituelle du supérieur hiérarchique, supportée pendant treize ans par une salariée qui a connu une progression de carrière dans cette période, ne suffit pas à caractériser le harcèlement moral en l'absence de preuve de pressions particulières et d'un préjudice avéré⁹⁴ ;
- le fait que le salarié soit appelé par l'employeur par un diminutif de son prénom, qu'à une réunion il ait été dit à ce salarié par l'employeur « tu compliques tout » et « on n'y comprend rien » et qu'enfin, l'employeur n'ait pas respecté la réglementation afférente à la durée du travail n'est pas nécessairement constitutif d'un harcèlement moral⁹⁵ ;
- un surcroît de travail ainsi que le prononcé de deux avertissements sur une période de plusieurs années ne caractérisent pas, en l'absence d'autres éléments probants, une situation de harcèlement moral⁹⁶ ;
- le fait qu'une situation de harcèlement moral ne soit pas caractérisée ne fait pas pour autant obstacle à l'engagement de la responsabilité de l'employeur, à la suite d'une altération avérée de la santé du salarié en lien avec le travail, sur le fondement de la violation de son obligation de sécurité de résultat.⁹⁷

⁹¹ Cass., Soc., 18 novembre 2009, *Mme X... c/ Association Centre inter régional Provence Alpes Côte-d'Azur*, n° 08-42.150.

⁹² NANCY, Ch. Soc., 10 octobre 2007, *Marc X... c/ Association ADAPEI des Vosges*, n° 06/03007 ; Cass., Soc., 24 septembre 2008, *Mme X... c/ Association APAEIA*, n° 06-41.448.

⁹³ PAU, Ch. Soc., 3 avril 2008, *Association Philae c/ Josy X...*, n° 1588/08.

⁹⁴ LYON, Ch. Soc., 3 mai 2007, *X... c/ Association ADIPSH*, n° 06/05063.

⁹⁵ VERSAILLES, 17 octobre 2006, *Luzmina X... c/ Association PASSERELLE 92*, n° 06/00005.

⁹⁶ NIMES, 13 avril 2006, *X... c/ Association ADAPEI Section d'Apt*, n° 04/03478.

⁹⁷ Cass., Soc., 23 septembre 2009, *Association ADCRO c/ X...*, n° 08-43.198.

Il faut toutefois adjoindre à ces illustrations quelques indications qui semblent démontrer la prise en compte, par le juge, de certaines particularités de l'activité :

- l'activité d'une équipe éducative peut rencontrer des difficultés et celles-ci peuvent générer un état de tension qui, affectant les membres de l'équipe, ne suffit pas pour autant à caractériser une situation de harcèlement moral⁹⁸ ;
- le fait de demander à un salarié d'accomplir aussi certaines tâches dépourvues de lien direct avec sa compétence technique (en l'espèce, une infirmière) se justifie par la vocation globale et transdisciplinaire du projet d'établissement d'un ESSMS. Dès lors, de telles demandes occasionnelles ne caractérisaient une situation de harcèlement moral, d'autant qu'était en jeu la continuité de l'exercice d'une mission de service public.⁹⁹

Enfin, dans la mesure où le contentieux du harcèlement moral peut s'inscrire dans le contexte plus global d'une contestation des circonstances et de la nature de la rupture de la relation de travail, il paraît utile de signaler une espèce dans laquelle la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi à l'occasion duquel était posée la problématique de la constatation de faits de harcèlement moral, a retenu la solution suivante : « *le seul fait pour l'intéressé [un médecin psychiatre] d'alerter les autorités de tutelle et les délégués du personnel sur les difficultés rencontrées dans l'exercice de sa profession, par une lettre qui ne contenait pas de termes injurieux, excessifs ou diffamatoires, n'était pas constitutif d'un abus dans l'exercice de la liberté d'expression reconnue à tout salarié* ». ¹⁰⁰

Dans le souci d'une analyse exhaustive du risque, il faut sans doute ajouter à ces illustrations quelques considérations propres à tenir compte du contexte actuel de l'activité des ESSMS, dans un environnement juridique et financier en pleine mutation.

B/ La conduite du changement et le risque du harcèlement managérial

L'environnement des activités des ESSMS est en pleine mutation, les pouvoirs publics ayant annoncé à partir de 2006 leur volonté stratégique de provoquer une restructuration et une concentration du secteur et les outils de gouvernance juridique et financière étant de plus en plus contraignants de la loi du 2 janvier 2002 à la loi HPST du 21 juillet 2009.

Ce contexte invite les acteurs à une réactivité et à une adaptation sans précédents qui n'est pas sans poser question quant aux méthodes de management employées, *a fortiori* alors que l'exigence de formation et de compétence des directeurs s'est notablement renforcée en 2007.

Dans un tel contexte, un risque spécifique apparaît qui tient à la tentation d'adopter des pratiques de management qui ne sont pas étrangères aux pressions – voulues comme moyen

⁹⁸ Cass., Soc., 17 décembre 2008, *Mme X... c/ Association Service social et sauvegarde*, n° 07-44.021.

⁹⁹ CAA NANCY, 3^{ème} Ch., 3 décembre 2009, *Mme A... c/ Etablissement public communal pour personnes handicapées de Rosières-aux-Salines*, n° 08NC00635. Cet arrêt rejoint un arrêt antérieur CAA NANCY, 3^{ème} Ch., 12 novembre 2009, *Mme A... c/ Etablissement public communal pour personnes handicapées de Rosières-aux-Salines*, n° 08NC01250 en vertu duquel la direction de l'établissement était fondée à demander à une infirmière, dans l'intérêt des patients, d'effectuer ponctuellement des missions relevant des attributions statutaires des aides-soignantes.

¹⁰⁰ Cass., Soc., 9 novembre 2009, *Dr X... c/ Association APAJH 34*, n° 08-42806.

de communication implicite – que sanctionne précisément le régime juridique du harcèlement moral.

A cet égard, il faut rappeler les termes d'une décision de la Cour de cassation du 10 novembre 2009¹⁰¹ qui a condamné le recours à des actes de harcèlement moral dans une logique de management du changement :

« Vu les articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du Code du travail ;

Attendu qu'il résulte du premier de ces textes que le harcèlement moral est constitué, indépendamment de l'intention de son auteur, dès lors que sont caractérisés des agissements répétés ayant pour effet une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte aux droits et à la dignité du salarié, d'altérer sa santé ou de compromettre son avenir professionnel ; que, selon le second, dans sa rédaction alors applicable, la charge de la preuve d'un harcèlement moral ne pèse pas sur le salarié ;

Attendu que pour débouter Mme X... de ses demandes en paiement de dommages intérêts pour harcèlement moral et de résiliation judiciaire du contrat de travail, l'arrêt retient que les agissements dont elle se plaint ne peuvent être considérés comme des agissements répétés de harcèlement moral et s'inscrivent dans l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur, tant qu'il n'est pas démontré par la salariée qu'ils relèvent d'une démarche gratuite, inutile et réfléchie destinée à l'atteindre et permettant de présumer l'existence d'un harcèlement ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »

Cette lecture a été aussitôt confirmée, dans un arrêt du même jour,¹⁰² par la Haute juridiction pour qui l'érection de la pratique d'actes de harcèlement en méthode de management appelle la sanction :

« Mais attendu que peuvent caractériser un harcèlement moral les méthodes de gestion mises en œuvre par un supérieur hiérarchique dès lors qu'elles se manifestent pour un salarié déterminé par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet d'entraîner une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ;

Et attendu que la cour d'appel a relevé que le directeur de l'établissement soumettait les salariés à une pression continuelle, des reproches incessants, des ordres et contre-ordres dans l'intention de diviser l'équipe se traduisant, en ce qui concerne M. X..., par sa mise à l'écart, un mépris affiché à son égard, une absence de dialogue caractérisée par une communication par l'intermédiaire d'un tableau, et ayant entraîné un état très dépressif ; qu'ayant constaté que ces agissements répétés portaient atteinte aux droits et à la dignité du salarié et altéraient sa santé, elle a ainsi caractérisé un harcèlement moral, quand bien même l'employeur aurait pu prendre des dispositions en vue de le faire cesser ; D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ; »

¹⁰¹ Cass., Soc., 10 novembre 2009, *Mme X... c/ HSBC*, n° 08-41.497.

¹⁰² Cass., Soc. 10 novembre 2009, *Association Salon vacances loisirs c/ M. X...*, n° 07-45.321.

Alors que les nouveaux managers du secteur social et médico-social, nantis parfois de références méthodologiques décrites comme particulièrement adéquates à la gestion humaine du changement,¹⁰³ sont appelés à s'engager avec leur équipe dans des dynamiques d'évolution qui rencontreront l'habituelle inertie de la nature humaine, il importe de garder présent à l'esprit ce garde-fou qu'est la condamnation du harcèlement managérial. L'argument juridique, certes, peut porter mais il n'est en définitive que subsidiaire. Car si manager revient à donner du sens – et donc de la cohérence – à l'action collective, comment justifier alors éthiquement une pratique qui ferait fi de la préoccupation qui motive toute l'activité : la promotion de la dignité ?

¹⁰³ Telles que l'analyse transactionnelle (AT) ou la programmation neurolinguistique (PNL), dont il faut rappeler que les fondements et l'inocuité des effets demeurent discutés dans le champ de la psychologie appliquée.