Vulnérabilité et harcèlement moral : étude comparée du droit de la fonction publique et du droit du travail

Anne-Sophie Denolle et Fanny Gabroy

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/crdf/6437>

DOI : 10.4000/crdf.6437

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 19 novembre 2020

Pagination : 65-72

ISBN : 978-2-84133-987-7

ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Anne-Sophie Denolle et Fanny Gabroy, « Vulnérabilité et harcèlement moral : étude comparée du droit de la fonction publique et du droit du travail », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 18 | 2020, mis en ligne le 19 novembre 2021, consulté le 16 novembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/6437> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.6437>

Vulnérabilité et harcèlement moral : étude comparée du droit de la fonction publique et du droit du travail

Anne-Sophie DENOLLE

Maître de conférences en droit public à l'université de Nîmes

Détection, évaluation et gestion des risques chroniques et émergents (CHROME, EA 7352)

Fanny GABROY

Doctorante en droit privé à l'université de Caen Normandie

Institut Demolombe (EA 967)

I. La qualification juridique de harcèlement moral

A. La définition commune du harcèlement moral

B. La preuve disparate du harcèlement moral

1. Les difficultés liées à l'établissement de la preuve

2. La difficile admission du harcèlement managérial

II. Les mécanismes de protection contre le harcèlement moral

A. L'obligation de sécurité de l'employeur : une obligation efficace ?

B. La protection fonctionnelle : un mécanisme efficace ?

Communément, la vulnérabilité se conçoit comme le caractère de quelqu'un « qui peut être blessé, atteint physiquement »¹ ou « qui résiste mal aux attaques »². La vulnérabilité renvoie alors à l'idée de fragilité, de faiblesse, ou encore de précarité. La vulnérabilité apparaît comme un concept variable et, précisément, chaque personne peut être assujettie à un ou plusieurs facteurs de vulnérabilité. C'est ainsi que la Cour de cassation, dans son rapport annuel de 2009, distingue la vulnérabilité personnelle et la vulnérabilité réelle, la première résultant d'une faiblesse personnelle³, tandis que la seconde

serait une vulnérabilité du fait des choses⁴. La relation de travail, impliquant une soumission, une dépendance du travailleur avec son donneur d'ordre, semble de toute évidence être facteur de vulnérabilités. Cette situation est d'ailleurs reconnue par la loi qui tend à protéger le travailleur. Mais tous les travailleurs ne bénéficient pas d'un même statut protecteur, cela dépend de l'identité de l'employeur. Précisément, deux statuts coexistent : celui du travailleur subordonné de droit privé, que l'on désigne comme salarié, et celui du travailleur subordonné de droit public, agent public. Tous deux – salarié et agent

1. *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Hachette, 1988.

2. *Ibid.*

3. C'est-à-dire celle « qui empêche *a priori* l'individu d'exercer convenablement l'ensemble des attributs de la personnalité juridique » (Cour de cassation, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, rapport annuel de la Cour de cassation 2009, Paris, La documentation française, 2009, p. 64, en ligne : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2009_3408).

4. « Elle se constate lors de la conclusion d'un acte ou de l'exercice d'un droit à l'occasion desquels les circonstances rendent la personne vulnérable » (Cour de cassation, *Les personnes vulnérables...*, p. 64).

public – ne sont donc pas soumis au même droit, aux mêmes contraintes. Seuls les agents publics sont placés sous l'autorité d'un employeur qui peut invoquer sa mission d'intérêt général pour leur imposer de manière unilatérale de lourdes obligations. En contrepartie, les agents publics, tout du moins les fonctionnaires, ont pu bénéficier d'un statut plus protecteur. Mais ce dernier, sous l'effet des réformes libérales successives, est régulièrement remis en cause⁵.

Et plus largement, il semble que les conditions de travail de l'ensemble des travailleurs se soient dégradées. Qu'il soit de droit public ou de droit privé, le travailleur est soumis à des risques professionnels. Ces risques, lorsqu'ils se réalisent, peuvent impacter sa santé physique et tout autant sa santé mentale. Si la nécessité de sauvegarder la santé mentale des travailleurs s'est imposée bien plus tardivement, elle semble être l'enjeu du XXI^e siècle dans le monde du travail⁶. Les risques psychosociaux (RPS)⁷ sont définis comme

[...] des risques pour la santé mentale, physique ou sociale, engendrés par des conditions d'emploi et des facteurs organisationnels et relationnels susceptibles d'interagir avec le fonctionnement mental⁸.

En 2016, ces risques ont été évalués dans le monde du travail et l'enquête gouvernementale fait état d'un niveau élevé de facteurs de risques psychosociaux révélateur de mal-être au travail⁹.

Parmi ces risques psychosociaux, le harcèlement moral est souvent cité. Il constitue l'une de ses manifestations les plus graves, pouvant conduire jusqu'au suicide de la personne qui en est victime. Le harcèlement moral recouvre une définition juridique unique, commune à tous les travailleurs¹⁰. Malgré cette unité, le harcèlement moral n'est pas appréhendé de la même manière selon le statut du travailleur subordonné (I). Au-delà des difficultés liées à la reconnaissance du harcèlement, les moyens mis en œuvre pour le faire cesser ne semblent pas adaptés (II). De toute évidence, force sera de constater que vont resurgir les différences d'essence entre le droit du travail et le droit de la fonction publique : là où la jurisprudence sociale appréhende la relation de travail comme étant inégalitaire au profit de l'employeur en tentant de corriger le déséquilibre, la jurisprudence

administrative tend, à l'inverse, à laisser une grande marge de manœuvre à l'administration pour évaluer la situation de harcèlement moral.

I. La qualification juridique de harcèlement moral

S'il apparaît qu'en théorie le droit du travail et le droit de la fonction publique partagent une définition commune du harcèlement moral (A), la pratique révèle une certaine disparité quant à la preuve de cette qualification (B).

A. La définition commune du harcèlement moral

Que ce soit en droit du travail ou en droit de la fonction publique, il existe un texte spécifique réprimant le harcèlement moral au travail. Ce texte a été introduit par la loi de modernisation sociale¹¹ à l'article L. 1152-1 du Code du travail, dans un titre V consacré aux harcèlements, et à l'article 6 *quinquies* de la loi de 1983 relative aux droits et obligations des fonctionnaires. La formule est commune aux deux domaines des relations de travail : aucun fonctionnaire ou salarié ne doit subir des 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. En sus d'être commun, le champ d'application de ces textes semble large. Déjà, l'acte matériel du harcèlement moral est désigné par « les agissements répétés de harcèlement moral », ce qui devrait permettre d'englober n'importe quel acte – injures, brimades, humiliations, comportements vexatoires, demandes d'objectifs irréalisables, privation des moyens d'assurer correctement sa prestation de travail, mises au placard, dénigrement dans les journaux, médias, réseaux sociaux, refus injustifié d'arrangements en termes d'horaires ou de congés payés, etc. – et ce dans n'importe quel contexte. Ensuite, l'auteur peut être toute personne dans l'entreprise ou dans l'administration. Il peut être le fait de l'employeur lui-même, mais aussi celui d'un supérieur hiérarchique (n+1, n+2, etc.),

5. Cela provoque inévitablement un rapprochement entre les deux corpus normatifs ; voir N. Maggi-Germain, « Existe-t-il un droit commun du travail ? », *Droit social*, 2019, p. 1034.

6. En dernier lieu, la 190^e convention, adoptée par l'Organisation internationale du travail (OIT) le 21 juin 2019, concernant « l'élimination de la violence et du harcèlement dans le monde du travail ».

7. Voir, notamment, P. Adam, « La prise en compte des risques psychosociaux par le droit du travail français », *Le droit ouvrier*, juin 2008, p. 313-332 ; T. Aubert-Monpeyssen, M. Blatman, « Les risques psychosociaux au travail et la jurisprudence française : la culture de la prévention », *Droit social*, 2012, p. 832 ; A. Lamy, S. Zilloniz, *Prévention des risques psychosociaux : les employeurs du public déclarent une forte exposition et une prévention active*, Point Stat, ministère de l'Action et des Comptes publics, 21 février 2019 ; L. Lerouge, « Harcèlement moral et fonction publique territoriale : où en sommes-nous ? », *Actualité juridique. Collectivités territoriales*, n° 6, 2019, p. 277-281.

8. *Mesurer les facteurs psychosociaux de risque au travail pour les maîtriser* (rapport Gollac), rapport du collège d'expertise sur le suivi des risques psychosociaux au travail, 11 avril 2011.

9. Enquête « Conditions de travail et risques psychosociaux », 2016, en ligne : <https://dares.travail-emploi.gouv.fr/dares-etudes-et-statistiques/enquetes/article/risques-psycho-sociaux-rps-edition-2015-2016>.

10. Voir, notamment, P. Adam, *Harcèlements moral et sexuel en droit du travail*, Paris, Dalloz (Dalloz Corpus), 2020.

11. Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *Journal officiel de la République française*, 18 janvier 2002, p. 1008.

d'un collègue, voire de personnes étrangères à l'entreprise mais qui exercent, de fait ou de droit, une autorité sur les salariés¹². Concernant ces derniers, les nouvelles organisations de travail – cobureaux, *coworking* – et le recours à des travailleurs indépendants dans les entreprises augmentent les hypothèses. Enfin, le résultat est une potentialité, un risque d'atteinte aux droits et à la dignité du travailleur, d'altération de sa santé physique ou mentale, ou d'impact négatif sur son avenir professionnel. D'une part, le champ d'application est là encore englobant¹³. D'autre part, selon les termes du texte, l'atteinte n'a pas à être effective, une potentialité d'atteinte devrait suffire. Si la dégradation des conditions de travail doit être avérée, il suffit que cette dégradation ait été de nature à porter atteinte aux droits et à la dignité, ou à altérer la santé du travailleur ou à avoir un impact négatif sur son avenir professionnel¹⁴. Cependant, en pratique, la mise en œuvre de la qualification de harcèlement moral par le travailleur n'interviendra qu'après une atteinte – insoutenable – à sa situation personnelle¹⁵. Aussi, devraient être concernés les faits de harcèlement moral d'un supérieur hiérarchique dirigé contre un de ses subordonnés spécifiquement, mais également les méthodes agressives de management, les pressions généralisées, ou encore les restructurations continues, sources certaines de risques psychosociaux et d'altération de la santé mentale des travailleurs.

Le travailleur, qu'il soit de droit public ou de droit privé, face à ces situations ponctuelles ou plus diffuses de harcèlement moral, se situe dans un état de vulnérabilité. Les agissements de harcèlement moral exercés sur un travailleur sont des facteurs de vulnérabilité ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité, ce qui pourrait conduire à son exclusion de son milieu¹⁶. L'une des conséquences concrètes du harcèlement moral est le développement de troubles psychiques chez le travailleur, entraînant arrêts maladies et mises à distance du milieu professionnel et social. La qualification de harcèlement moral et les sanctions attachées sont un outil de lutte contre ce facteur de vulnérabilité. Néanmoins, l'existence d'une protection large et commune des travailleurs privés

et publics contre le harcèlement moral se heurte à l'appréciation qu'ont les juges de ce dispositif.

B. La preuve disparate du harcèlement moral

Bien que le harcèlement moral bénéficie textuellement d'une approche globale et surtout d'une interdiction commune à l'ensemble du monde du travail, il reste difficile à appréhender dans la pratique avec des différences notables entre les salariés et les agents publics. Cette disparité dans le régime juridique applicable se retrouve tant lorsqu'il s'agit d'apprécier les manifestations individuelles (1) que collectives (2) du harcèlement moral.

1. Les difficultés liées à l'établissement de la preuve

Le harcèlement moral est souvent pernicieux, sournois, il peut prendre des formes presque invisibles sauf pour celui qui en est la victime. On imagine bien dès lors les difficultés qu'il peut y avoir pour le travailleur à en apporter la preuve devant le juge.

Pour cette raison, depuis 2002, en droit du travail, le régime de la preuve a été assoupli au profit du salarié qui doit présenter au juge des éléments laissant supposer l'existence d'un harcèlement, charge ensuite au défendeur de démontrer l'absence de tout fait s'apparentant à du harcèlement¹⁷.

En droit de la fonction publique, il a, en revanche, fallu attendre 2011 pour qu'un tel régime soit appliqué¹⁸. Avant 2011, le juge administratif considérait que les faits de harcèlement devaient impérativement être établis par l'agent victime¹⁹. Neuf ans ont donc été nécessaires pour que le Conseil d'État opère un revirement de jurisprudence et s'aligne ainsi sur le droit du travail.

Malgré ce revirement et un régime de la charge de la preuve en apparence similaire, il reste plus difficile pour l'agent public d'établir des faits de harcèlement, le juge administratif étant assez peu enclin à reconnaître leur réalité²⁰. Il tend en effet à laisser à l'administration une

12. P. Lokiec distingue plusieurs niveaux de harcèlement moral : le harcèlement vertical descendant, exercé par le supérieur hiérarchique ; le harcèlement horizontal, par un collègue ; le harcèlement vertical ascendant, par un subordonné ; le harcèlement par des personnes étrangères à l'entreprise mais qui exercent, de fait ou de droit, une autorité sur les salariés (P. Lokiec, *Droit du travail*, Paris, Presses universitaires de France (Thémis. Droit), 2019, p. 422).

13. Les « droits » visés par ce texte sont, selon le Conseil constitutionnel, les droits visés par l'article L. 1121-1 du Code du travail (CC, déc. n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, *Journal officiel de la République française*, 18 janvier 2002, p. 1053). La dignité renvoie plus spécifiquement aux conditions de travail, notamment pour les situations d'humiliation, d'absence de fourniture de travail au salarié, ou encore de critiques vexatoires en public.

14. P. Adam, « Harcèlement moral », in *Répertoire de droit du travail*, Paris, Dalloz, 2020, n° 183.

15. Mais la chambre sociale a pu censurer une cour d'appel qui avait débouté un salarié au motif de l'absence de lien établi entre les faits de harcèlement moral et la dépression du travailleur, rappelant que les juges du fond ne peuvent rejeter la qualification au seul motif de l'absence de relation entre l'état de santé et la dégradation des conditions de travail (Cass. soc., 30 avril 2009, n° 07-43.219, *Bulletin civil V*, n° 210). Cependant, si la chambre sociale a énoncé pendant un temps que le salarié a obligatoirement le droit à une indemnisation de son préjudice moral, sans avoir à le démontrer (Cass. soc., 6 mai 2014, n° 12-25.253, inédit), elle est revenue sur sa position (Cass. soc., 13 avril 2016, n° 14-28.293, *Bulletin civil V*, n° 849).

16. Sur cette définition générale de la vulnérabilité, voir, dans ce même numéro, L. Fin-Langer, « La vulnérabilité en droit privé ».

17. Art. L. 1154-1 du Code du travail.

18. CE, 11 juillet 2011, *Mme Montaut*, n° 321225, concl. M. Guyomar, *L'actualité juridique. Droit administratif*, n° 36, 31 octobre 2011, p. 2072-2082 ; *Droit administratif*, n° 10, 2011, p. 50-52, note F. Melleray ; *La semaine juridique, administrations et collectivités territoriales*, n° 48, 28 novembre 2011, p. 34-38, note D. Jean-Pierre. Voir, dans le même sens, CE, 23 décembre 2014, *M. A.*, n° 358340.

19. CE, 24 novembre 2006, *Mme Baillet*, n° 256313.

20. Voir notamment J.-P. Maublanc, « Les victimes de harcèlement moral, laissées-pour-compte de la justice administrative », in *Espaces du service public. Mélanges en l'honneur de Jean Du Bois de Gaudusson*, F. Mélin-Soucramani (dir.), Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2014, p. 1205.

grande marge de manœuvre dans l'usage qu'elle peut faire de son pouvoir hiérarchique, considérant par principe que le comportement de l'agent peut justifier les abus de son supérieur. Le juge prend ainsi en compte de manière systématique l'attitude de l'agent. Dans une espèce de 2011, en suivant ce raisonnement, le Conseil d'État a pu considérer que même si l'agent avait subi

[...] une dégradation importante de ses conditions de travail se caractérisant, de la part de son supérieur hiérarchique, par une attitude de dénigrement systématique et une réduction non négligeable de ses attributions antérieures [...] ²¹

le harcèlement moral n'était pas constitué en raison de l'attitude de l'agent révélant des difficultés relationnelles, des refus d'obéissance et une agressivité.

En 2019, le Conseil d'État retient dans une autre affaire que les faits de harcèlement ne sont pas établis alors que l'employeur avait eu « une attitude déplacée, excédant à certaines reprises l'exercice normal du pouvoir hiérarchique », qu'il avait dénigré publiquement l'agent et avait procédé de manière illégale à sa révocation ²². Selon le Conseil d'État, il n'y a pas harcèlement dans la mesure où l'agent pouvait, de son côté, se voir reprocher un manquement à son devoir de réserve et à son obligation de loyauté.

Le raisonnement du juge administratif est relativement difficile à suivre, car, à notre sens, le comportement de l'agent ne peut en aucun cas justifier que son supérieur s'adonne à des pratiques dégradantes, humiliantes ²³ alors qu'il dispose au surplus de moyens légaux pour mettre un terme aux défaillances de l'agent. Il est en effet assez problématique d'envisager qu'un supérieur puisse répondre par le dénigrement à une insuffisance professionnelle ²⁴.

Si le juge social admet pour sa part que l'attitude du salarié peut être prise en compte pour établir le harcèlement, il ne le tolère que de manière marginale et non systématique ²⁵. Le juge social n'acceptera de prendre en compte l'attitude du salarié que lors de dérapages verbaux à l'occasion d'une dispute, de faits circonstanciés, parfois isolés démontrant une situation de surenchère inhérente à l'altercation. Le contexte est donc bien différent de celui pris en compte par le juge administratif qui tend, de manière générale, à atténuer les abus en tout genre du fait du comportement de l'agent.

Le juge administratif apparaît ainsi bien plus compréhensif à l'égard du présumé harceleur que ne l'est le juge judiciaire. Et, selon certains,

Les raisons de la résistance du juge administratif sont évidentes : reconnaître plus régulièrement l'existence d'agissements de harcèlement moral dans la fonction publique, à l'instar du juge judiciaire, risquerait de mettre en péril le mode de fonctionnement hiérarchique, essentiel au fonctionnement et à l'organisation des services publics, et de porter une grave atteinte à la moralité administrative ²⁶.

Il semble toutefois que l'on puisse également considérer que des agissements humiliants, perpétrés par un supérieur hiérarchique ou portés à sa connaissance, sont constitutifs d'une grave atteinte à la moralité administrative et sont sources de graves dysfonctionnements au sein du service. C'est de toute évidence une telle logique qui devrait être aujourd'hui davantage suivie par le juge administratif et ce, en particulier, au regard des préconisations de la circulaire du 20 mars 2014 relative à la prévention des risques psychosociaux qui prévoit que

Les employeurs publics se doivent d'être exemplaires à l'égard de leurs agents. Promouvoir le bien-être de l'agent et, au premier chef, le respect de sa santé, est un objectif primordial ²⁷.

À cette fin, la circulaire précise que l'autorité hiérarchique doit remplir une mission particulière de vigilance envers les agents pour parer d'éventuelles manifestations de souffrances liées aux conditions de travail, reconnues comme étant justement susceptibles d'altérer le bon fonctionnement du service public ²⁸. À ce titre, le juge pourrait donc affiner son contrôle sur l'exercice du pouvoir hiérarchique, en restreignant la marge d'appréciation laissée à l'administration lorsque sont en cause des faits susceptibles de porter atteinte à la dignité de l'agent.

Au-delà du droit de la fonction publique, comme nous l'avons souligné en amont, la preuve du harcèlement moral est parfois assez difficile à établir au regard des formes assez pernicieuses que le harcèlement peut justement recouvrir. Toutefois, lorsque le harcèlement se généralise et tend à se dissimuler derrière des méthodes de management identifiées comme anxiogènes, sa preuve pourrait en être facilitée.

21. CE, 11 juillet 2011, *M^{me} Montaut*, concl. M. Guyomar ; note F. Melleray ; note D. Jean-Pierre.

22. CE, 13 mars 2019, *M^{me} A.*, n° 407199. Pour une analyse de cette décision, voir F. Tesson, « La difficile identification de la maladie professionnelle psychique de l'agent public », *L'actualité juridique. Droit administratif*, n° 28, 5 mai 2019, p. 1658-1663.

23. Rappelons que le harcèlement peut, en effet, consister « en des mesures vexatoires ou des dénigrements des capacités professionnelles, généralement destinées à humilier l'agent public qui en est victime, soit par des propos dévalorisants mettant en cause sans motifs les capacités professionnelles mais aussi la personnalité de l'agent, soit par un dénigrement systématique des capacités professionnelles dans des termes souvent humiliants » (L. Benoiton, « La protection de l'agent public victime de harcèlement moral », *Revue du droit public*, n° 4, 1^{er} juillet 2011, p. 811).

24. Cette prise en compte de la « faute » de l'agent a été critiquée par certains auteurs comme Patrice Adam (P. Adam, « Élus et agents face au risque pénal. Harcèlement (moral et sexuel) et agent public : quelles sanctions ? », *Actualité juridique. Collectivités territoriales*, 2014, p. 538).

25. Voir, parmi de rares exemples, CA Montpellier, 26 mai 2004, RG n° 04/00140 ; CA Grenoble, 25 février 2008, RG n° 07/00421 ; CA Douai, 31 mai 2007, RG n° 06/02146 ; Cass. soc., 24 novembre 2009, n° 08-43.481, inédit.

26. L. Benoiton, « La protection de l'agent public... ».

27. Premier ministre, circulaire n° 38082 relative à la mise en œuvre du plan national d'action pour la prévention des risques psychosociaux dans les trois fonctions publiques, 20 mars 2014, p. 1.

28. Voir l'annexe 2 de la circulaire du 20 mars 2014 intitulée « La responsabilité des chefs de service en matière de prévention des risques professionnels ».

2. La difficile admission du harcèlement managérial

Devant le juge administratif, la question du harcèlement managérial ne se pose pas, tant il apparaît déjà difficile de démontrer un comportement individualisé de harcèlement moral²⁹. Le juge judiciaire semble quant à lui un peu plus enclin à admettre le harcèlement managérial. L'expression « harcèlement managérial » désigne les situations dans lesquelles c'est l'organisation de travail elle-même, mise en place par les responsables hiérarchiques, qui harcèle. La difficulté réside dans le caractère individuel du harcèlement moral. Il faut que les agissements visent un salarié nommément désigné. C'est sur ce critère que les juges du fond ont d'abord refusé cette forme de harcèlement³⁰. Par exemple, la cour d'appel de Reims, dans un arrêt en 2006, refuse la qualification de harcèlement moral au motif que le comportement reproché concernait tous les salariés³¹. En 2007, la cour d'appel de Chambéry le rejette, reprochant à la salariée de ne pas avoir démontré qu'elle était la seule concernée par la mesure litigieuse³². Certains juges du fond ont opté pour une approche plus souple en considérant que le caractère collectif ne fait pas obstacle au harcèlement moral³³, notamment en raison du fait que le harcèlement moral ne nécessite pas la preuve d'une intention de nuire³⁴. Par suite, la chambre sociale de la Cour de cassation, par un arrêt remarqué de 2010, a validé la position. Elle pose cependant une condition : les agissements doivent pouvoir être caractérisés précisément sur le salarié qui invoque le harcèlement³⁵. Autrement dit, si « les agissements matériels de harcèlement », requis par

le texte légal, peuvent concerner l'ensemble des travailleurs d'un service, celui qui s'en prévaut doit démontrer que les actes le touchent personnellement. Après 2010, la chambre sociale a plusieurs fois réitéré sa position, dans les mêmes termes³⁶ et les juges du fond ont à plusieurs reprises sanctionné des cas de harcèlement managérial³⁷. Par la suite, dans un arrêt du 15 juin 2017, la chambre sociale utilise pour la première fois l'expression « harcèlement moral managérial », pour toutefois approuver la cour d'appel d'avoir retenu l'absence de preuve du harcèlement moral³⁸.

Néanmoins, le caractère individualisé du harcèlement moral constitue un réel obstacle à l'appréhension des méthodes agressives de management. La qualification de harcèlement moral apparaît également peu adaptée pour les changements continus d'organisations du travail ou les incessantes structurations d'entreprise, qui sont pourtant cause de risques psychosociaux³⁹. On voit ici un facteur particulier de vulnérabilité des travailleurs, dont les conditions de travail sont instables. Le procès France Télécom⁴⁰, ouvert au printemps dernier, a mis en exergue une nouvelle forme de harcèlement : le harcèlement moral organisationnel ou institutionnel qui a été retenu par le tribunal correctionnel de Paris, dans son jugement du 20 décembre dernier⁴¹. L'affaire présente cependant un caractère spécifique, tant au regard des faits qu'en raison de sa médiatisation⁴². Aussi, l'une des solutions serait d'assouplir le caractère individualisé du harcèlement moral. Cependant, au vu des décisions des juges du fond, il semblerait que le caractère individualisé ne soit pas

29. Voir, en ce sens, TA Rennes, 29 juin 2018, n° 1601268, « Harcèlement moral : la difficulté particulière de la mission confiée au chef de service peut être prise en compte », *Actualité juridique. Fonctions publiques*, n° 6, 2018, p. 340-342 : « Le harcèlement moral répond d'abord à une logique individuelle qui suppose l'existence de faits commis précisément au détriment de l'agent qui en est victime : il n'y a pas de harcèlement moral "de service". Aussi sa caractérisation reste-t-elle des plus incertaines lorsque, comme cela semble le cas en l'espèce, le chef de service qui fait un usage inadéquat de son pouvoir hiérarchique ne le fait pas au détriment d'un agent identifié mais de l'ensemble des agents du service dont il a la responsabilité, avec des effets qui peuvent être tout aussi néfastes ».
30. Voir, par exemple, CA Paris, 18 juin 2004, RG n° 03/31809 ; CA Paris, 24 mai 2005, RG n° 03/36721 ; CA Montpellier, 17 janvier 2007, RG n° 06/03131 ; CA Grenoble, 18 juin 2007, RG n° 06/01038 ; CA Nancy, 17 octobre 2007, RG n° 06/03310 ; CA Nancy, 26 mars 2008, RG n° 05/00304.
31. CA Reims, 24 mai 2006, RG n° 03/02892.
32. CA Chambéry, 5 juin 2007, RG n° 06/01128.
33. CA Paris, 11 octobre 2007 ; *Le droit ouvrier*, janvier 2008, p. 7, note P. Adam.
34. P. Lokiec, *Droit du travail*, p. 422 ; pour une opinion selon laquelle exiger un élément intentionnel n'exclurait pas le harcèlement managérial, voir P. Adam, « Pour une nouvelle définition du harcèlement moral au travail », *Droit social*, 2020, p. 249.
35. Cass. soc., 3 février 2010, n° 08-44.107, inédit, *Droit social*, 2010, p. 472, obs. C. Radé ; *La semaine juridique, édition générale*, n° 12, 22 mars 2010, 321, note J. Mouly. Voir, notamment, P. Adam, « La figure juridique du harcèlement moral managérial », *La semaine sociale Lamy*, n° 1482, 7 mars 2011, p. 4.
36. Voir, par exemple, Cass. soc., 27 octobre 2010, n° 09-42.488, inédit ; Cass. soc., 19 janvier 2011, n° 09-67.463, inédit ; Cass. soc., 1^{er} mars 2011, n° 09-69.616, *Bulletin civil V*, n° 53 ; Cass. soc., 17 janvier 2013, n° 11-24.696, inédit ; Cass. soc., 19 juin 2013, n° 12-18.850 à 12-18.854, inédit ; Cass. soc., 7 mai 2014, n° 13-11.038, inédit ; Cass. soc., 21 mai 2014, n° 13-16.341, inédit ; Cass. soc., 22 octobre 2014, n° 13-18.862, *Bulletin civil V*, n° 247 ; Cass. soc., 23 juin 2016, n° 14-30.007, inédit.
37. CA Amiens, 20 mars 2019, RG n° 16/02394 : même si l'employeur faisait face, dans son entreprise, à des difficultés économiques, cela ne saurait justifier l'utilisation de méthodes de management inadaptées, qui ont eu des répercussions sur la situation personnelle du salarié ; CA Paris, 28 septembre 2017, RG n° 16/231 : des mails collectifs adressés aux secrétaires, sur un ton agressif, ne peuvent être justifiés par des impératifs de gestion.
38. Cass. soc., 15 juin 2017, n° 16-11.503, inédit, *Gazette du Palais*, n° 29, 5 septembre 2017, p. 17, obs. G. Deharo.
39. Outre de nombreuses réaffectations ou réorganisations de leur poste de travail (que ce soit sur les missions ou sur l'installation physique du bureau dans l'entreprise), il faut ajouter l'incertitude, l'attente, du prochain changement organisationnel en réflexion par l'entreprise.
40. Voir notamment, pour une critique favorable, J.-P. Teissonnière, « France Télécom : le travail en procès », *La semaine sociale Lamy*, n° 1895, 17 février 2020 ; pour une critique défavorable, voir J. Veil, « Un jugement qui risque de paralyser toute décision en matière de relations humaines », *La semaine sociale Lamy*, n° 1895, 17 février 2020.
41. P. Adam, « Pour une nouvelle définition... ».
42. Entre 2007 et 2010, France Télécom opère une vaste restructuration. L'objectif des méthodes est d'encourager les salariés à changer de poste ou à quitter l'entreprise. Sur cette période, dix-neuf salariés de l'entreprise se sont suicidés.

le seul pas à franchir. Les juges semblent prudents face au modèle concurrentiel sur lequel repose le marché. Aussi, dans un arrêt rendu le 26 avril 2019, la cour d'appel de Douai déboute la directrice d'une parfumerie de ses demandes sur le fondement d'un harcèlement moral. La directrice régionale du distributeur avait mis en place une méthode de management particulièrement offensive sur le plan commercial, méthode qui a entraîné une pression importante sur les responsables des magasins. Néanmoins, pour la cour d'appel, cette pression a été la même pour tous les magasins et cette méthode n'excède pas l'exercice normal du pouvoir de direction et de gestion dans le secteur de la parfumerie⁴³. Tout aussi curieux, les juges du fond prennent parfois en compte la nature des fonctions de la victime. Par exemple, la cour d'appel de Paris a rejeté le harcèlement moral en relevant que l'évaluation régulière et contradictoire d'un banquier

[...] n'en reste pas moins dans les limites du classique et de l'acceptable, en début de carrière, reconnaissant les points forts mais attirant aussi l'attention sur les points faibles et identifiant des axes de progrès.

De plus, « une évaluation est précisément faite dans ce but, et, sauf à être naïf, il ne faut pas s'étonner qu'un corps, qui se veut d'« élite » en joue ». Les juges poursuivent en énonçant que le salarié « n'a pas été assez solide, à ce moment-là, pour soutenir le « choc en retour », qui a certainement été rude mais ne saurait pour autant s'analyser comme un harcèlement »⁴⁴. En résulte donc un régime à deux vitesses selon le secteur d'activité dans lequel se situe le salarié : le secteur financier ou le secteur du luxe pourraient justifier des formes agressives de management.

Droit de la fonction publique et droit du travail partagent donc une incrimination commune de harcèlement moral, mais pour laquelle l'appréciation juridictionnelle apparaît amplement variable. En tout état de cause, que ce soit devant le juge administratif ou devant le juge judiciaire, de nombreuses lacunes sont relevées. La protection du travailleur contre ce facteur de vulnérabilité, conduisant à porter atteinte à sa dignité, est alors amoindrie. Les deux domaines disposent de dispositifs de protection des travailleurs plus généraux, qui pourraient venir en renfort. Mais sont-ils réellement adaptés ?

II. Les mécanismes de protection contre le harcèlement moral

En droit privé, le mécanisme est celui de l'obligation de sécurité de l'employeur (A), en droit public, il est celui de la protection fonctionnelle du fonctionnaire (B).

A. L'obligation de sécurité de l'employeur : une obligation efficace ?

L'obligation de sécurité de l'employeur est la pierre angulaire de la santé et de la sécurité au travail. En vertu de cette obligation, l'employeur doit tout mettre en œuvre pour assurer la sécurité et préserver la santé des travailleurs de l'entreprise et, en cas d'échec, il engage sa responsabilité. Cette obligation de sécurité comprend deux volets : un volet préventif d'une part, un volet répressif d'autre part⁴⁵. Ces dernières années, l'accent est davantage mis sur l'aspect préventif, notamment sous l'influence du droit de l'Union européenne⁴⁶. L'aspect préventif est également décliné dans notre Code du travail. L'article L. 4121-1 énonce trois types de mesures nécessaires : des actions de prévention des risques professionnels, des actions d'information et de formation, et enfin la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés. L'article suivant liste neuf principes généraux de prévention. La particularité de l'obligation de sécurité de l'employeur réside dans la nature que lui a donnée la chambre sociale dans un premier temps. Les célèbres arrêts *Amiante* de 2002⁴⁷ en font une obligation de résultat⁴⁸. Le harcèlement moral a été rattaché à cette obligation de sécurité de résultat, pour la première fois dans l'arrêt *Balaguer* du 21 juin 2006⁴⁹. L'employeur manque à son obligation de sécurité, y compris quant aux actes de harcèlement commis par d'autres salariés de l'entreprise, même s'il a pris des mesures pour faire cesser ces agissements⁵⁰. Cependant, en 2015, dans l'arrêt *Air France*, la chambre sociale revient sur la nature de l'obligation de sécurité. Elle n'est plus *vraiment* une obligation de résultat⁵¹. Y est énoncé que l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail ne méconnaît pas son obligation légale de sécurité. Pour le dire autrement, en cas

43. CA Douai, 26 avril 2019, n° 16/01.495, *La semaine juridique, édition générale*, n° 26, 1^{er} juillet 2019, 716, obs. B. Cassowitz.

44. CA Paris, 1^{er} mars 2007, RG n° 05/07281.

45. Dit autrement, il y a deux conceptions de la protection de la santé et sécurité : la conception « défensive » (améliorer la réparation des pathologies professionnelles et lutter contre les accidents du travail et maladies professionnelles) et la conception « offensive » (privilégier la prévention et une approche plus globale du risque) (F. Favennec-Héry, P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, 6^e éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ (Manuel), 2018).

46. Directive du Conseil n° 89/391 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, *Journal officiel des Communautés européennes*, L 183, 29 juin 1989, art. 3.

47. Cass. soc., 28 février 2002, n° 00-10.051, 99-17.221, 99-21.255 et 99-17.201, *Droit social*, 2002, p. 445, point de vue A. Lyon-Caen.

48. Au titre de l'obligation de résultat, le débiteur est présumé responsable à partir du moment où le résultat promis n'a pas été atteint, à charge pour lui de renverser la présomption de responsabilité. En principe, il ne peut s'exonérer que par la force majeure.

49. Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-43.914, *Bulletin civil V*, n° 223 ; *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2831, obs. M. Miné ; *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1770, obs. C. Dechristé ; *Revue de droit du travail*, 2006, p. 245, obs. P. Adam ; *La semaine juridique, édition générale*, n° 41, 11 octobre 2006, II, 10166, note F. Petit ; *La semaine juridique, entreprise et affaires*, 2008, 1801, note S. Prieur.

50. Cass. soc., 3 février 2010, n° 08-44.019, *Bulletin civil V*, n° 30 ; *Recueil Dalloz*, 2010, p. 445, obs. J. Cortot ; *Droit social*, 2010, p. 472, obs. C. Radé ; *Revue de droit du travail*, 2010, p. 303, obs. M. Véricel.

51. C. Blanvillain, « L'obligation de sécurité de résultat est morte ! Vive l'obligation de sécurité ! », *Revue de droit du travail*, 2019, p. 173.

de dommage, l'employeur est présumé responsable ; sauf s'il démontre qu'il a pris toutes les mesures de prévention énoncées par le Code du travail. Par la mise en œuvre de ces moyens, l'employeur peut s'exonérer de sa responsabilité. Cette nouvelle position a été confirmée en matière de harcèlement moral par un arrêt du 1^{er} juin 2016. La chambre sociale considère que l'employeur ne peut être tenu pour responsable au titre de l'obligation de sécurité lorsqu'il a pris toutes les mesures de prévention prévues aux articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail et, qu'après avoir été informé de faits susceptibles de caractériser un harcèlement moral, il a pris les mesures immédiates pour le faire cesser. L'objectif de ce revirement est clair : il s'agit de favoriser le volet préventif, selon l'idée que « mieux vaut prévenir le harcèlement que le guérir ».

Mais la difficulté est désormais la suivante : quelles sont les mesures de prévention jugées suffisantes ? La chambre sociale énonce que l'employeur doit prendre *toutes* les mesures de prévention prévues par les textes. Mais, ces dernières sont énoncées de façon très générale par le Code du travail. Quel est le degré requis pour considérer qu'une mesure est adaptée ? Par exemple, le 2^o de l'article L. 4121-1 énonce que l'employeur doit mettre en place « des actions d'information et de formation ». Est-ce qu'une réunion d'une heure sur les dangers du harcèlement est suffisante ? Ensuite, nous énonce la chambre sociale, l'employeur, informé d'une situation de harcèlement, doit prendre « les mesures immédiates pour le faire cesser ». À nouveau, quelles sont concrètement ces mesures ? Le Code du travail ne pose aucune procédure particulière en cas de détection d'un harcèlement moral dans l'entreprise. Il ressort de la jurisprudence que l'employeur doit diligenter une enquête⁵². L'accord national interprofessionnel du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail pose un cadre minimum à l'enquête interne : elle doit être sans délai, discrète et équitable. L'enquête peut également être effectuée par le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), désormais comité social et économique (CSE). Il a pu être jugé que l'employeur, qui met à pied à titre conservatoire le salarié signalé et saisit le CHSCT pour qu'il diligente une enquête, prend les mesures immédiates conformément à l'obligation de sécurité⁵³. Mais la saisine du CSE n'est pas une obligation : est-ce qu'une enquête diligentée par l'employeur lui-même est suffisante ? À quel degré d'investigation est-elle satisfaisante ? Quid si l'employeur est lui-même l'auteur du harcèlement moral ? Quid dans les entreprises de moins de 11 salariés, dépourvues de CSE ? Les services de santé

au travail ont pour mission de prévenir le harcèlement moral⁵⁴, mais ne disposent pas de pouvoir d'enquête. Les commissions paritaires régionales interprofessionnelles dans les entreprises de moins de 11 salariés ont pour mission d'apporter aux employeurs et aux salariés des informations utiles, mais elles ne peuvent intervenir dans la résolution de conflits qu'avec l'accord des deux parties concernées⁵⁵. Elles ne disposent pas non plus de pouvoir d'enquête. Une autre question a pu être soulevée : le salarié auteur des faits de harcèlement moral doit-il être sanctionné ? L'employeur a-t-il l'obligation de le licencier ? La Cour de cassation se refuse à consacrer une telle obligation⁵⁶. Un arrêt de la cour d'appel de Paris de 2019 énonce que l'employeur ne remplit pas son obligation de prévention s'il n'a pas mis en place une organisation de travail permettant que la victime ne croise plus l'auteur du harcèlement dans les couloirs de l'entreprise⁵⁷. Mais, est-ce une mesure de prévention impérieuse ou un simple exemple de mesures nécessaires ?

En définitive, la chambre sociale reconnaît que la prévention du harcèlement moral est possible et que la mise en œuvre des mesures de prévention adéquates permet d'exonérer l'employeur de sa responsabilité. Mais, il existe un flou abyssal sur ces mesures. En droit de la fonction publique, c'est la démarche inverse que semble adopter le juge administratif.

B. La protection fonctionnelle : un mécanisme efficace ?

En droit de la fonction publique, le raisonnement est en effet inversé puisque le Conseil d'État a reconnu en juin 2019 que la victime de harcèlement moral peut demander à l'administration la réparation intégrale du préjudice subi en l'absence même de faute de sa part⁵⁸. Autrement dit, même si l'administration n'a pas commis de faute, sous-entendu qu'elle a déployé les moyens à sa disposition pour protéger l'agent du harcèlement, sa responsabilité pourra tout de même être engagée. Le seul constat de harcèlement suffit donc à engager sa responsabilité. N'est-ce pas là l'aveu – à demi-mot tout du moins – que les moyens de lutter contre le harcèlement moral dont dispose l'administration ne sont finalement pas appropriés et ne lui permettent pas de protéger l'agent de manière efficiente. La consécration de la responsabilité sans faute ne serait qu'un moyen de compenser ce déficit d'efficacité. La logique est simple : à défaut de réelle protection, l'agent pourra être pleinement indemnisé.

52. Sur la solution de principe, voir Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-70.902, *Bulletin civil V*, n° 172. Pour un arrêt récent, Cass. soc., 27 novembre 2019, n° 18-10.551, *Bulletin numérique des arrêts de la chambre sociale*, n° 1647 ; *La semaine juridique, social*, 2020, 1011, comm. V. Armillei. L'apport de cet arrêt réside également dans le principe selon lequel, même si le harcèlement moral n'est pas caractérisé, cela n'exclut pas l'absence de condamnation de l'employeur qui n'aurait pas pris les mesures nécessaires à protéger la santé et la sécurité des salariés, sur le fondement de l'obligation de prévention des risques professionnels, notamment de ne pas avoir diligenté une enquête.

53. CA Douai, 29 mars 2019, RG n° 17/003588.

54. Code du travail, art. L. 4622-2.

55. Code du travail, art. L. 23-113-1.

56. Cass. soc., 22 octobre 2014, n° 13-18.862, *Bulletin civil V*, n° 247.

57. CA Paris, 16 janvier 2019, RG n° 16/03933.

58. CE, 28 juin 2019, *Mme A. et syndicat SGEN-CFDT*, n° 415863.

Il semble en effet que les mécanismes de lutte contre le harcèlement mis en place dans la fonction publique, comme la protection fonctionnelle, ne sont pas adaptés⁵⁹. La protection fonctionnelle est censée permettre à la victime du harcèlement moral d'obtenir de l'administration qu'il soit mis fin aux attaques subies et de pouvoir bénéficier d'une réparation adéquate⁶⁰. Mais cette protection est rarement octroyée à l'agent victime de harcèlement moral car l'administration, peu encline à admettre le dysfonctionnement de son service, décide seule de l'octroi de la protection fonctionnelle⁶¹.

L'administration apparaît alors comme étant juge et partie, l'empêchant ainsi de prendre les mesures adaptées. Est particulièrement révélateur d'une telle situation le fait que l'administration ait pu, dans certains cas, faire le choix d'octroyer le bénéfice de la protection fonctionnelle à des agents présumés responsables de harcèlement moral tandis qu'elle l'a refusé à l'agent qui prétendait en être victime.

Dans une affaire, tranchée par le Conseil d'État le 1^{er} octobre 2014, l'administration avait même rejeté la demande de protection d'un agent alors que le juge pénal avait retenu la qualification de harcèlement moral pour des faits imputables à deux supérieurs qui ont quant à eux bénéficié de la protection fonctionnelle⁶². Il s'agit d'une situation où la logique partisane de l'administration est ainsi poussée à son paroxysme.

Ce défaut de neutralité de l'employeur n'est pas l'apanage de la fonction publique et se retrouve également dans le secteur privé. Or, cela constitue indéniablement un obstacle à une protection effective des travailleurs contre le harcèlement moral.

Il semblerait ainsi pertinent d'envisager l'intervention d'une autorité tierce, voire d'une autorité indépendante, pour mettre en place les mécanismes permettant de lutter contre le harcèlement moral à la demande du travailleur. Ce rôle pourrait être assuré par le comité social dans la fonction publique et par le CSE dans les entreprises de plus de cinquante salariés. Mais ces comités, soumis à une logique de seuil, ne seront véritablement efficaces que dans les entreprises ou les services les plus conséquents⁶³. À défaut de telles instances, un service dédié de l'Inspection du travail pourrait remplir cette mission de protection contre le harcèlement moral y compris dans la fonction publique. Rappelons que l'Inspection du travail a justement pour mission le contrôle de l'application de la législation du travail. Pour cela, elle dispose de compétences et prérogatives appropriées pour réaliser des enquêtes en matière de harcèlement moral (connaissances juridiques; droit d'entrée dans les locaux de l'entreprise (art. L. 8113-1 du Code du travail); accès aux documents (art. L. 8113-4 *sq.*); recherche et constatation des infractions ou des manquements avec rédaction de procès-verbaux transmis au procureur de la République (art. L. 8113-7 *sq.*)).

59. CE, 1^{er} octobre 2014, *M. A*, n° 366002, concl. F. Lambolez, *Actualité juridique. Fonctions publiques*, n° 1, 2015, p. 27-33. Les actions entreprises par l'administration pour mettre un terme au harcèlement ne sont pas toujours adaptées. L'administration semble ainsi faire un usage abusif de la mutation de l'agent victime de harcèlement, mutation qui est souvent vécue comme un échec et une sanction supplémentaire. Voir en ce sens CE, 12 mars 2010, *Commune de Hoenheim*, n° 308974, *La semaine juridique, administrations et collectivités territoriales*, n° 18, 3 mai 2010, 2154, note D. Jean-Pierre. Plus largement, sur l'inadaptation de la protection fonctionnelle aux cas de harcèlement moral, voir A.-S. Denolle, « Les risques psychosociaux dans la fonction publique : les limites de la protection fonctionnelle », *Revue française de droit administratif*, septembre-octobre 2015, p. 983-991.

60. Rappelons que sont exclus du bénéfice de la protection fonctionnelle les agents de droit privé travaillant dans les services publics industriels et commerciaux sauf les directeurs et comptables publics. Pour une critique de ces exclusions, voir notamment CE, sect., 8 juin 2011, *Georges A*, n° 312700, *La semaine juridique, administrations et collectivités territoriales*, n° 43, 24 octobre 2011, 2337, comm. D. Jean-Pierre.

61. Voir notamment F. Lambolez, concl. sur CE, 1^{er} octobre 2014, *M. A*. Selon l'auteur, « Dans un tel contexte, il était inévitable que la question du harcèlement rencontre l'invocation du droit à la protection fonctionnelle, ce qui place l'administration dans une situation ambiguë et inconfortable. En premier lieu, l'administration, qui n'est pas schizophrène, aura naturellement tendance à rejeter la demande de protection fonctionnelle d'un agent qui soutient être victime de harcèlement de la part de son ou ses supérieurs : accorder la protection serait reconnaître d'emblée la réalité du harcèlement ».

62. CE, 1^{er} octobre 2014, *M^{me} B*, n° 364536, concl. F. Lambolez, *Actualité juridique. Fonctions publiques*, n° 1, 2015, p. 27-33.

63. Dans la fonction publique, est notamment prévue la possibilité de créer une formation spécialisée en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail (FSSCT). Mais les FSSCT ne sont obligatoires que dans les administrations territoriales de plus de deux cents agents. Pour la fonction publique d'État et la fonction publique hospitalière le seuil n'est pas encore établi. Dans les entreprises privées de moins de cinquante salariés, le CSE n'a que des attributions limitées, celles des anciens délégués du personnel, et ne dispose pas d'un budget propre, ce qui limite considérablement ses moyens. Ce n'est donc que dans les entreprises de plus de cinquante salariés que le CSE peut véritablement jouer un rôle pour lutter contre le harcèlement moral, à travers notamment son pouvoir d'enquête. Par ailleurs, les entreprises peuvent se doter d'une commission santé, sécurité et conditions de travail (CSSCT), celle-ci n'étant obligatoire que dans les entreprises de plus de trois cents salariés.