Une bonne prévention du harcèlement moral

Guillaume CHAMPENOIS Avocat associé, Cabinet Houdart et associés

La prévention des risques en matière de santé et de sécurité au travail est l'une des premières préoccupations des organisations syndicales et un enjeu de première importance pour le directeur de l'établissement sanitaire comme pour le directeur de l'établissement médico-social. Or, s'il est bien un thème récurrent sur la santé au travail, sans cesse invoqué, c'est celui du harcèlement moral. Le harcèlement moral peut être descendant (du supérieur hiérarchique au subordonné), transversal (entre agents sans lien hiérarchique) ou ascendant (du subordonné au supérieur hiérarchique). Nous évoquerons ici le harcèlement moral le plus souvent invoqué dans les services : celui imputé au supérieur hiérarchique, c'est-à-dire le harcèlement moral « descendant ».

En droit, le harcèlement moral est défini à l'article 6 quinquies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Le harcèlement moral est ici défini comme la répétition dans le temps d'agissements qui ont pour objet, ou pour effet, une dégradation des conditions de travail, susceptible elle-même de porter atteinte aux droits et à la dignité du travailleur, à sa santé physique ou mentale ou à son avenir professionnel.

À la lecture de ces dispositions législatives, on constate d'une part que le harcèlement moral est exclusif de tout élément intentionnel, d'autre part que les agissements en question ne sont nullement définis. Le seul critère objectif est le caractère répété de l'agissement de nature harcelante. Les autres critères sont totalement subjectifs, ce qui rend l'application de ces dispositions hasardeuses au sein du monde du travail. En effet, par définition, chacun a une perception différente de ce qui peut dégrader ses propres conditions de travail en fonction de sa sensibilité, de son vécu professionnel, de son expérience ou de sa capacité à résister au stress et à la pression.

Un critère objectif fixé par le Conseil d'État

Le Conseil d'État a jugé que le harcèlement moral tel que défini à l'article 6 quinquies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 doit s'entendre comme la réitération de faits, propos ou actions qui excèdent les limites de l'exercice normal du pouvoir hiérarchique[1]. Ce critère, propre aux situations au sein desquelles il existe un lien de subordination professionnelle, permet d'objectiver la notion de harcèlement moral. Avec un tel critère, le cadre de santé peut, de manière réitérée, alerter un agent sur sa manière de servir sans risquer une quelconque condamnation pour harcèlement moral. Le fait de relever une carence sur la réalisation d'une tâche, même de manière très régulière sur une courte période, n'excède pas les limites de l'exercice normal des prérogatives du cadre.

Tout autant, dresser un bilan négatif de l'année écoulée lors de l'entretien professionnel en invoquant une manière de servir insatisfaisante, et mettre en perspective une possible procédure de licenciement pour insuffisance professionnelle, ne peut être constitutif de harcèlement moral[2] dès lors que le cadre n'excède pas les limites de ses prérogatives durant l'entretien.

1. CE, 11 juillet 2011 n°321225.
2. CE, 27 septembre 2021 n°440983.

En d'autres termes, le cadre doit ici objectiver la manière de servir de l'agent, ce qui induit de relever trois points distincts. Le premier est le niveau professionnel que le cadre est en droit d'obtenir de l'agent sur son emploi ou son grade. Le deuxième est l'ensemble des points positifs dans la manière de servir de l'agent. Le troisième est l'ensemble des points négatifs sur la qualité de son travail. Classiquement, si les points négatifs l'emportent sur les points positifs et que la manière de servir de l'agent ne correspond pas à ce que l'administration employeur est en droit d'attendre de l'intéressé, la voie d'un licenciement pour insuffisance professionnelle est ouverte.

Sur un terrain strictement juridique, le risque d'une condamnation pour harcèlement moral par le juge administratif est très réduit. Mais le risque d'une condamnation par le juge répressif est prégnant.

Ce faisant, on constate que la condamnation d'un établissement public de santé pour harcèlement moral par une juridiction administrative est rare, pour ne pas dire exceptionnelle. Pour autant, les actions de prévention du harcèlement moral demeurent nécessaires et d'actualité, à plus d'un titre.

En premier lieu, si le juge administratif ne condamne que très exceptionnellement un établissement public de santé au visa des dispositions de l'article 6 quinquies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, l'évocation d'un fait harcelant, ou d'un harcèlement moral au sein des équipes à l'encontre du cadre ou du cadre supérieur de santé, n'a rien d'exceptionnel. C'est même assez fréquent et s'accompagne systématiquement d'un arrêt maladie de l'agent se disant victime dudit harcèlement.

Au demeurant, les hypothèses de l'évocation d'un harcèlement moral au sein des services d'un établissement public de santé sont multiples et très variées. Cela va de l'agent se disant victime du harcèlement moral de la part du cadre qui l'évalue de manière négative au cadre lui-même, qui évoque une forme de harcèlement à son encontre – au travers de tracts d'une organisation syndicale lui imputant un management fautif, de publications mettant en cause ses compétences professionnelles sur le mur Facebook d'agents du service – en passant par le praticien qui imputera à l'un de ses confrères des actions harcelantes portant préjudice à la prise en charge de ses patients, et donc à son exercice professionnel. L'évocation du harcèlement moral est devenue monnaie courante.

En deuxième lieu, deux ans de crise sanitaire ont épuisé les équipes et exacerbé les tensions, favorisant l'évocation, ici, d'une dégradation des conditions de travail propice à l'évocation du harcèlement moral dans les services.

En troisième lieu, il ne faut pas écarter le risque pénal, étant observé que tant la personne physique que la personne morale employeur peuvent être condamnées pour harcèlement moral par le juge répressif[3]. C'est ici un risque de plus en plus prégnant alors que le ministère public n'hésite plus à engager des poursuites au visa des dispositions de l'article 222-33-2 du code pénal[4].

C'est potentiellement problématique dès lors que la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé « *que la simple possibilité de cette dégradation de travail suffit à consommer le délit de harcèlement moral*[5] ». La différence entre la jurisprudence de la chambre criminelle et celle du Conseil d'État est saisissante.

Alors que le Conseil d'État objective la définition du harcèlement posée par le législateur en imposant un critère objectif, la chambre criminelle de la Cour de cassation fait une application littérale de l'article 222-33-2 du code pénal.

En d'autres termes, sur un terrain strictement juridique, le risque d'une condamnation par le juge administratif est objectivement très réduit, mais le risque d'une condamnation par le juge répressif est tout à fait prégnant. La prévention du harcèlement moral au sens large est plus que jamais d'actualité.

Les actions de prévention en matière de harcèlement moral peuvent être utilement mises en œuvre par le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), le chef d'établissement et, enfin, par la conclusion d'un accord collectif conclu entre le directeur de l'établissement et les organisations syndicales représentatives.

Les actions à l'initiative du CHSCT

On ne peut évoquer la prévention des situations de harcèlement moral sans évoquer les missions du CHSCT en la matière. Le législateur a confié au CHSCT la mission de contribuer, de manière large, à la protection de la santé physique et mentale des

3. Cass. Ch. criminelle, 23 mai 2018, n°17-81.376.
4. C. pénal, art. 222-33-2 – « Le fait de harceler autrui par des propos ou comportements 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 de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende. »
5. Cass. Ch. criminelle, 6 décembre 2011, n°10-82.266.

travailleurs[6] et la mission spécifique de promouvoir les actions de prévention du harcèlement moral comme du harcèlement sexuel[7].
Les actions de prévention du CHSCT prennent en principe soit la forme d'inspections à réaliser au moins quatre fois par an, soit la forme de préconisations faites à l'employeur.
Pour l'inspection, il convient de relever que la Cour de cassation a jugé qu'il s'agit ici d'une prérogative du CHSCT et non de l'un de ses membres[8]. Un membre du CHSCT ne peut décider seul de réaliser une inspection. Autrement formulé, toute inspection implique un vote en séance qui aura pour objet de délimiter l'objet de l'inspection et son périmètre ainsi que les modalités de sa restitution en séance.
L'expérience acquise dans la gestion de ces dossiers montre que les CHSCT réalisent très rarement des inspections, et encore plus rarement dans une logique de prévention. Les représentants du personnel siégeant au CHSCT réalisent des enquêtes à la suite d'un danger grave et imminent (DGI), prenant parfois la forme d'une évocation d'un harcèlement moral dans le service, et interviennent donc en réaction à une situation déjà identifiée. Tout autant, l'élaboration par le CHSCT d'une préconisation à l'employeur relative au harcèlement moral, dans une logique de prévention, est peu courante. Le CHSCT alerte l'employeur sur telle situation, dans tel service, mais construit très rarement une véritable préconisation pour lutter contre le harcèlement moral.

Les actions à l'initiative du chef d'établissement

Lorsque l'on interroge le directeur d'hôpital sur la politique de l'établissement en matière de prévention du harcèlement moral, il peut être tenté de renvoyer son interlocuteur à la consultation du document unique d'évaluation des risques professionnels (DUERP). Ce faisant, la constitution du DUERP, comme sa mise à jour, ne constitue pas une action de prévention du harcèlement moral.
Nous préconisons des actions de formation sous la forme d'ateliers à l'attention des cadres et cadres supérieurs de santé. Elles auront pour objet de maîtriser la notion de harcèlement moral sur le terrain juridique, d'apprendre à bien identifier des situations à risque conduisant potentiellement au subordonné à évoquer un harcèlement moral, à maîtriser la traçabilité d'un fait positif comme négatif dans la perspective, notamment, de préparer l'entretien professionnel annuel et enfin d'apprendre à objectiver la valeur professionnelle de l'agent.
La maîtrise du harcèlement moral sur le terrain juridique revient à opérer avec les cadres et cadres supérieurs un travail de décryptage du texte législatif et de la jurisprudence des juridictions administratives comme pénales. Les cadres et cadres supérieurs de santé ont besoin de ces repères juridiques.

>> Identifier les situations à risque Exemple type

Par ailleurs, la capacité à identifier des situations à risque est déterminante dans une logique de prévention en matière de santé au travail. L'exemple type est celui du changement du cadre à la tête du service. Le schéma est d'ailleurs très souvent le même. Un agent en difficulté sur son poste depuis de nombreux mois ou années se retrouve du jour au lendemain confronté à un nouveau cadre qui, à l'inverse de son prédécesseur, va relever ces difficultés et lui demander d'y remédier. Rappelons que la circonstance que l'insuffisance n'ait pas été relevée pendant des mois ou des années n'empêche pas l'autorité hiérarchique de commencer à relever cette carence professionnelle et à engager, le cas échéant, une procédure pour insuffisance professionnelle.
L'erreur serait ici de recourir à « l'entretien de recadrage » pour faire part à l'agent de son insatisfaction quant à sa manière de servir. Si l'agent est confronté à une carence durable dans la réalisation de ses

ÉTUDE DE CAS

Cette étude de cas ressort d'un recours pour excès de pouvoir exercé par un cadre à l'encontre d'une décision prononçant son licenciement pour insuffisance professionnelle.
Le licenciement pour insuffisance professionnelle ne saurait donner lieu à une condamnation pour harcèlement moral. Cependant, certaines situations présentent des risques. Au cas d'espèce, un cadre exerçant au sein d'un établissement public de santé mute au sein d'un autre établissement. Les évaluations professionnelles figurant à son dossier administratif sont excellentes. Très vite, le constat est fait que celles-ci ne correspondent pas à la manière de servir de l'agent. L'intéressé n'est pas pris en défaut sur ses connaissances professionnelles mais sur son défaut d'implication qui perturbe la bonne marche du service.
Le chef d'établissement a cherché à éviter une situation où le licenciement pour insuffisance professionnelle de l'agent était rendu plus délicat en raison de l'évocation, par l'intéressé, d'un harcèlement moral. Il a organisé sept entretiens en huit mois pour objectiver la manière de servir de l'agent et dressé, à l'issue de chaque entretien, un compte-rendu sur les objectifs à atteindre, les éléments positifs et négatifs dans la manière de servir. Cette objectivation et l'accompagnement dont a bénéficié l'agent ont rendu toute évocation d'un harcèlement moral impossible, tant par l'agent que par son conseil juridique.
Le chef d'établissement a juridiquement sécurisé sa décision sans basculer dans un tout autre dossier susceptible d'aboutir à une tout autre issue. L'agent a été licencié pour insuffisance professionnelle et le tribunal administratif a rejeté le recours pour excès de pouvoir.

6. C. tra. L. 4612-1.
7. C. tra. L. 4612-3.
8. Cass. Ch. sociale, 19 janvier 2010, n°08-45092.

missions, par définition, nous ne sommes pas sur le terrain disciplinaire mais sur celui de l'insuffisance professionnelle. Au surplus, cela pose la question de l'intervention, à cet entretien de recadrage, du représentant syndical qui se positionnera dans une logique de défense des droits de l'agent plutôt que d'aller dans le sens du discours du cadre visant à faire prendre conscience à l'agent de ses carences et de sa capacité à les surmonter.

Cela pose donc la question du rôle du cadre. Il ne consiste pas ici à tracer une faute mais à accompagner l'agent en difficulté pour l'aider à atteindre les objectifs qu'il lui a assignés. C'est ce que l'on appelle le management. Dès lors, le cadre pourra utilement mettre en œuvre ce que nous appellerons « l'entretien de suivi ».

Le cadre recevra l'agent en réelle difficulté à deux reprises, voire plus, non pas dans la seule finalité de lui faire grief de sa manière de servir mais dans la finalité d'échanger avec lui sur ses carences et le niveau de compétence qu'il est en droit d'attendre de lui. La différence entre les deux modes opératoires est importante.

Dans ce schéma, le cadre prendra soin de toujours évoquer en premier les éléments positifs pouvant être relevés dans la manière de servir de l'agent, et ce n'est que dans un deuxième temps qu'il abordera les carences observées. Cette objectivation de la manière de servir rend ici plus audibles les critiques du cadre à un agent qui n'avait pas été, jusqu'à présent, confronté à une quelconque critique de la part de sa hiérarchie.

Ce point est essentiel notamment dans les situations où l'agent, cela arrive, est psychologiquement fragile. En effet, en l'absence de toute objectivation de la manière de servir de l'agent, celui-ci risque de se convaincre que le cadre pense qu'il est « nul » et, plus problématique encore, risque de se convaincre que le cadre l'aura qualifié expressément de « nul », terme qui pourtant n'aura jamais été employé. C'est précisément à ce moment que l'on bascule dans l'imputation d'un harcèlement moral et où s'enclenche une spirale infernale dans laquelle l'agent en fragilité va interpréter chaque mot et geste de son cadre pour conforter sa conviction que son supérieur hiérarchique le croit « nul ».

Une traçabilité qui protège contre une accusation de harcèlement moral

Dans un tel schéma, la question de la traçabilité de la manière de servir de l'agent tient une place importante. Elle est souvent perçue, à tort, à sens unique, en ce que ladite traçabilité a pour seul objet de constater les manquements de l'agent dans sa manière de servir afin de permettre à la direction des ressources humaines de sanctionner l'intéressé. La traçabilité de ces « entretiens de suivi » permet de prouver l'objectivation de l'évaluation professionnelle de l'agent tout en préparant l'entretien professionnel annuel au cours duquel le cadre devra se prononcer sur l'année écoulée.

Si l'on met en perspective une telle formation à l'attention des cadres et cadres supérieurs, on constate qu'elle s'inscrit parfaitement dans une politique de prévention en matière de risque de santé au travail. Elle permet aux cadres et cadres supérieurs d'acquérir des réflexes et de mieux gérer ces situations à risque où l'évocation d'un harcèlement moral peut très vite survenir. Cela tend à améliorer la gestion des situations complexes pour l'encadrement, et par ricochet, à réduire le risque de survenu d'un arrêt de maladie de l'agent. Elle permet de signifier aux cadres et cadres supérieurs de santé que la direction entend leur consacrer du temps et de l'argent et participe à une amélioration des conditions de travail des professionnels concernés. Enfin, elle permet d'être le réceptacle de nombreuses informations sur leur perception du fonctionnement de la direction des ressources humaines et de son interaction quotidienne avec eux. Il s'agit ici d'un exemple, parmi d'autres, d'un travail de prévention du risque en matière de santé au travail. Mais il prend une forme très concrète et a vocation à produire des effets immédiats.

La négociation d'un accord collectif

L'ordonnance n° 2021-174 du 17 février 2021 relative à la négociation et aux accords collectifs dans la fonction publique a fixé les items possibles d'un accord conclu entre les organisations syndicales représentatives et la direction de l'établissement. L'article 1 de cette ordonnance insère un article 8ter à la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 listant les items possibles d'une négociation collective et parmi ces items figure les « *conditions et à l'organisation du travail, notamment aux actions de prévention dans les domaines de l'hygiène, de la sécurité et de la santé au travail* ».

Les organisations syndicales et la direction de l'établissement pourraient utilement travailler sur un programme concret de prévention des risques en matière de santé au travail en élaborant des actions de formation comme évoqué plus haut. Le champ du possible est très vaste : formation commune sur la gestion du CHSCT, notamment sur le terrain de la prévention, atelier commun sur le droit syndical à l'attention du personnel d'encadrement et des représentants syndicaux, etc. ■