

SIGNALEMENT DES ACTES DE VIOLENCE, DES AGISSEMENTS SEXISTES, DES DISCRIMINATIONS, ET DU HARCÈLEMENT MORAL OU SEXUEL



Centre de gestion
de Seine-et-Marne
Fonction Publique Territoriale



1 Table des matières

2	Introduction : un décret publié dans un contexte de prise de conscience de la montée des risques psychosociaux	3
3	Éléments de contexte : les agissements signalés peuvent prendre naissance dans une ambiance de souffrance au travail.....	5
3.1	Définition des risques psycho-sociaux	5
3.2	Évaluation des RPS, quelques chiffres	6
3.3	Historique des initiatives nationales prises face à ces constats	7
4	Éléments de langage : quels faits relèvent d'une infraction à la loi pénale ou d'une éventuelle sanction disciplinaire ?	10
4.1	Apprendre à qualifier juridiquement les faits signalés	10
4.2	Les faits ne relevant pas de la loi pénale mais contrevenant parfois à la civilité	10
4.3	Les violences physiques	12
4.3.1	Obligations de prévention des risques et de sécurité des travailleurs	12
4.3.2	Démarches à effectuer par l'agent	12
4.3.3	Possibilité d'une sanction disciplinaire.....	13
4.3.4	Recours de la collectivité devant le juge judiciaire contre l'auteur des faits, prise en charge et remboursement des préjudices	13
4.3.5	Les crimes : homicides, tortures, actes de barbarie, séquestrations... ..	16
4.4	Injures, violences verbales, diffamations, menaces	16
4.4.1	Définition de l'injure.....	17
4.4.2	Injure publique et injure non publique.....	19
4.4.3	Agent auteur ou victime d'injure : que peut faire l'employeur ?.....	19
4.4.4	Peines encourues en cas d'injure	20
4.4.5	Menaces.....	20
4.4.6	Diffamation.....	21
4.5	Le harcèlement moral : une notion avant tout jurisprudentielle	25
4.5.1	Critères généraux de reconnaissance du harcèlement : répétition et intention de nuire 26	
4.5.2	Exemples de faits constitutifs de harcèlement	27
4.5.3	Exemples de faits non constitutifs de harcèlement	32
4.5.4	Le comportement de la victime peut-elle influencer sur la qualification de harcèlement moral ? 34	
4.6	Les agissements sexistes, un terme à bien définir : une gradation, des faits infra-pénaux jusqu'au harcèlement sexuel	35
4.6.1	Définition de l'agissement sexiste	36
4.6.2	Exemples pris par le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle	37

4.6.3	Le harcèlement sexuel.....	38
4.6.4	Le viol et les attouchements.....	40
4.7	Les discriminations de tout type : une notion jurisprudentielle.....	41
4.7.1	Définition de la discrimination dans les textes de loi.....	41
4.7.2	Les règles de preuve en justice administrative : une discrimination ne peut simplement être alléguée.....	43
4.7.3	Exemples d'application en matière de droit de la Fonction publique.....	43
4.7.4	La notion complexe de discrimination indirecte	44
5	Éléments de procédure : outils juridiques, compétences de l'employeur, compétences judiciaires	46
5.1	Ce qu'il est possible de faire pour éviter les contentieux.....	46
5.1.1	Question introductive fondamentale : lorsqu'un agent veut aller en justice peut-il y avoir une médiation ou une conciliation entre deux protagonistes, agents ou élu(s) ?.....	46
5.1.2	Outils de prévention : médecins du travail, document unique, inspections.....	47
5.1.3	Autres outils de prévention : règlement intérieur et chartes	48
5.1.4	Outil de vérification : l'enquête administrative	49
5.1.5	Outil de réparation : la reconnaissance des accidents de service ou des maladies professionnelles	50
5.1.6	Outil de protection : la protection fonctionnelle	51
5.2	Les enjeux des procédures contentieuses	52
5.2.1	Harcèlement et diffamation : à quelles conditions peut-on se retourner contre un signalement dont on conteste le contenu s'il y a action contentieuse ?.....	52
5.2.2	Le principe fondamental de séparation de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire : les prérogatives de l'employeur public	55
5.2.3	Comment est organisée la justice en France ? juridictions civiles, pénales, administratives	57
5.2.4	Réparation des dommages pour un agent public à l'issue d'une procédure pénale.....	58
5.2.5	Schéma du fonctionnement des juridictions.....	59

2 Introduction : un décret publié dans un contexte de prise de conscience de la montée des risques psychosociaux

Le décret portant sur le signalement des actes susmentionné¹, bien qu'il ne porte pas explicitement sur la prévention des risques psycho-sociaux, s'inscrit dans le contexte d'une prise de conscience de plus en plus aigüe des conséquences que ces phénomènes peuvent avoir sur les relations de travail, puisque les agissements visés par le texte en sont, d'une certaine façon des manifestations exacerbées.

Il convient de souligner que les risques psycho-sociaux sous toutes leurs formes sont une des principales causes de l'absentéisme (y compris de longue durée : CLM, CLD, voire CITIS).

Il est donc de l'intérêt des employeurs territoriaux de prendre en compte ces risques de manière préventive, mais aussi de réparer et de corriger les conséquences que ceux-ci engendrent sur la santé des agents.

Le décret signalement entend franchir un pas supplémentaire en s'attaquant aux formes les plus graves de leur développement, lorsqu'ils donnent des naissances à des agissements qualifiables de harcèlement, de violence, ou de discrimination.

Ces faits ne se confondent pas avec la simple souffrance au travail, mais force est de constater que la souffrance au travail crée un contexte favorable à l'apparition de tels agissements, même de manière non intentionnelle. En quelque sorte, cette souffrance peut légitimer le sentiment de harcèlement, de violence ou de discrimination, sans préjuger du fait que ce ressenti corresponde aux infractions définies par la loi.

Pour rappel, le 22 octobre 2013, huit organisations syndicales et l'ensemble des employeurs de la Fonction publique (FPE, FPT, FPH) ont signé un accord-cadre relatif à la prévention des risques psychosociaux (RPS) dans la Fonction publique.

Ces plans de prévention reposent sur une phase de diagnostic associant les agents, qui doit être intégrée dans le DUERP (document unique). L'ancien CHSCT (formation spécialisée désormais) doit être associé à chaque étape de l'élaboration du diagnostic à la mise en œuvre du plan de prévention.

Cet outil est primordial et doit s'articuler avec le dispositif de signalement afin de traiter au plus tôt les situations problématiques.

Le Gouvernement a d'abord misé sur la prévention. Mais depuis la loi de transformation de la Fonction publique, il compte aller plus loin pour endiguer ces phénomènes.

Le dispositif institué par le décret est avant tout un dispositif d'orientation et d'accompagnement des victimes, la voie contentieuse n'étant pas privilégiée : il s'agit de distiller dans les administrations une culture de la médiation au sens juridique comme au sens de l'accompagnement social. Le décret utilise toutefois des termes ayant des qualifications juridiques (*par exemple, discrimination ou harcèlement ne sont pas des termes neutres, ils ont une signification précise en droit public ou pénal*), ce qui implique

¹ Décret n° 2020-256 du 13 mars 2020 relatif au dispositif de signalement des actes de violence, de discrimination, de harcèlement et d'agissements sexistes dans la Fonction publique.

que les collectivités doivent réfléchir sur les risques contentieux encourus lorsque certains agissements mentionnés par le décret sont suffisamment avérés.

Ce ne sont pas simplement des notions issues du sens commun. Parfois, ces agissements peuvent être qualifiés d'infractions.

Le Centre de gestion vous propose avant tout une interprétation du texte qui va dans le sens de la prévention, de l'accompagnement et de la médiation, bien qu'il entend vous sensibiliser, à travers ce guide, à ce que la jurisprudence administrative ou judiciaire entend par harcèlement, agissements sexistes ou discriminations, afin d'éviter des actions en justice : il s'agit avant tout d'anticiper sur la juridicisation de problèmes qui pourraient relever, in fine, d'une réflexion sur l'organisation interne ou le règlement intérieur de la collectivité, et qui pourraient être résolus selon d'autres modalités.

Le dispositif mis en place par le Centre de gestion pour accompagner les collectivités s'inscrit dans cette philosophie en privilégiant une approche pluridisciplinaire en vous précisant succinctement les enjeux médicaux, psychologiques, sociaux et organisationnels du harcèlement, des violences et des discriminations.

Les phénomènes visés par le décret ont certes une dimension individuelle impliquant un mis en cause et une victime présumée, mais peuvent se situer dans des contextes qui favorisent involontairement leur apparition. En ce sens, les services en charge des ressources humaines sont particulièrement impactés.

L'accompagnement des victimes présumées consiste avant tout à les orienter vers des acteurs compétents et à leur indiquer leurs droits, ainsi que les démarches possibles auprès de leur employeur.

Après avoir défini quelques éléments de langage (injures, harcèlement, discriminations...), le Centre de gestion entend vous exposer de manière simple le fonctionnement du recueil des signalements.

Il a quant à lui une procédure interne d'alerte éthique que peuvent utiliser les agents (voir le site).

3 Éléments de contexte : les agissements signalés peuvent prendre naissance dans une ambiance de souffrance au travail

L'approche juridique n'est jamais suffisante pour agir efficacement contre la cause des signalements.

Il convient d'extirper parfois le problème à la racine. De nombreux facteurs médicaux, sociaux, psychologiques, organisationnels entrent en jeu, qui permettent de comprendre pourquoi un ou des agents recourent au dispositif.

Le Centre de gestion dispose de services se chargeant d'effectuer une pédagogie autour des risques professionnels de tous types, dont les risques psycho-sociaux. Plus vous agirez sur ces facteurs, moins vous aurez de signalements.

3.1 Définition des risques psycho-sociaux

S'il n'existe pas de définition « légale », certaines font consensus, comme celle donnée en 2011 par le collège d'expertise sur le suivi des RPS mis en place par le ministre du Travail, dit rapport Gollac :

- « **Les risques pour la santé mentale, physique et sociale, engendrés par les conditions d'emploi et les facteurs organisationnels et relationnels susceptibles d'interagir avec le fonctionnement mental** ».

Cette définition est d'ailleurs celle retenue par le protocole d'accord sur la prévention des RPS dans la Fonction publique du 22 octobre 2013.

Il convient de comprendre que le signalement porte sur des agissements qui peuvent être des infractions mais aussi sur des agissements qui sont vécus comme des risques psycho-sociaux occasionnant des troubles psychiques. Le sentiment de violence doit être traité tout autant que la violence réelle.

Les risques psychosociaux tels que définis au niveau européen incluent le stress, les violences internes dont le harcèlement moral et sexuel, les violences externes et la souffrance ou le mal-être au travail. L'origine des risques psychosociaux est multifactorielle : contenu du travail à effectuer, organisation et relations de travail, environnement physique et socio-économique. Des causes sociétales peuvent entrer en ligne de compte, comme la précarité, le sous-effectif etc...

Le harcèlement moral constitue un aspect de la souffrance au travail mais la souffrance au travail n'est pas nécessairement du harcèlement moral. **Cette distinction est importante car elle peut déterminer le choix de l'action à mettre en œuvre. Le sentiment de harcèlement peut provenir d'autre chose que d'une infraction caractérisée.**

3.2 Évaluation des RPS, quelques chiffres

Il est difficile d'évaluer le phénomène de manière chiffrée.

En effet, le phénomène des RPS est complexe et encore mal défini.

Cependant au travers des accidents de service et de quelques items des éléments matériels (violences, agressions), une estimation est possible.

Et comme nous le savons aujourd'hui, les troubles musculo squelettiques (TMS) sont en partie liés aux risques psychosociaux. En effet, l'émergence actuelle de ce risque s'explique notamment par des changements dans l'organisation du travail.

Le juste à temps, le flux tendu imposent un niveau de charge de travail relativement constant.

Beaucoup de tâches imposent également des gestes fins, précis et répétés. Il faut ajouter que les TMS constituent un enjeu important de santé au travail. Ils représentent la première cause de maladie professionnelle reconnue (3/4) en France.

Il convient de ne pas opposer risques physiques et psychiques.

Les TMS représentent 94 % des maladies professionnelles en 2018. Les TMS sont reconnus au titre des tableaux 57, 69, 97 et 98 des maladies professionnelles du régime général.

La relation avec les RPS est que le management de ces tâches doit prendre en compte les exigences d'ergonomie au travail, et doit faire l'objet d'une réflexion sur les rythmes de travail dans une approche globale, en vue de préserver le bien-être physique et psychique. L'ergonomie part du principe que le travail doit s'adapter à l'Homme et pas seulement l'Homme au travail.

Les risques psychosociaux ont représenté 4,3 % des accidents de service (32 932 journées perdues) en 2018. Ce qui représente une forte augmentation depuis la dernière hausse du taux d'accidents de service de 2013 et 2014.

Sur l'année 2019, 5,8 % des accidents de service (66438 journées perdues) sont liés à des risques psychosociaux. Ce qui représente une hausse importante du nombre d'évènements et du nombre de jours d'arrêts, plus du double entre 2018 et 2019.

Tous les secteurs d'activité sont touchés.

Par exemple, la DARES a mené une étude qui porte sur le secteur privé mais les problématiques de RPS sont assez similaires avec celles rencontrées par les aides à domicile du secteur public, connaissant des emplois du temps « très fragmentés », avec des « temps de repos réduits ».

Dans le secteur privé, 40 % ont des horaires coupés avec deux périodes de travail espacées de trois heures d'interruption ou plus, et 29 % n'ont pas 48 heures de repos consécutives.

- **Elles cumulent ainsi le morcellement de leur activité professionnelle, des horaires atypiques et du temps partiel. Et, à la suite de multiples études sur ce métier, nous savons aujourd'hui, que les aides à domicile peuvent être affectées à la fois par les TMS et les RPS.**

Aussi, les dernières statistiques publiées par Santé Publique France montrent une forte dégradation des indicateurs de santé mentale des Français :

- 15 % montrent des signes d'un état dépressif, en croissance de 5 points par rapport au niveau hors épidémie ;
- 23 % montrent des signes d'un état anxieux, en croissance de 10 points par rapport au niveau hors épidémie ;
- 63 % déclarent des problèmes de sommeil au cours des 8 derniers jours, en croissance de 14 points par rapport au niveau hors épidémie ;
- 10 % ont eu des pensées suicidaires au cours de l'année.

3.3 Historique des initiatives nationales prises face à ces constats

Face aux données inquiétantes qui ont été mentionnées ci-dessus, dans un contexte de changement des organisations du travail avec l'irruption massive et soudaine du télétravail, la FIRPS (Fédération des Intervenants des Risques Psychosociaux) rappelle le rôle et la responsabilité des employeurs en matière de santé au travail.

Le dispositif de signalement ne doit pas se substituer aux obligations opérationnelles des employeurs territoriaux, dans leur propre intérêt. **Le signalement peut instaurer une ambiance vécue comme de la délation, alors que la prévention permet de mieux encadrer le problème** en agissant sur les conditions de travail au lieu de traiter des situations individuelles qui peuvent parfois en découler.

La FIRPS recommande différentes actions telles que la mise en place d'une politique de santé et de qualité de vie au travail "à la hauteur", la mise en place d'études d'impact et l'accompagnement au changement, la formation des managers et du personnel de santé, la mise à disposition de lignes d'écoute, de conseil et d'accompagnement psychologiques.

Pour cela, plusieurs accords ont été signés sur les risques psychosociaux. Rien n'empêche de s'en inspirer même si ces démarches prennent du retard. Comme vous le verrez dans le guide, l'absence de démarches de prévention expose les employeurs à des risques contentieux voire pénaux, même si les protocoles d'accord n'ont pas de valeur juridique élevée en droit administratif.

- Un ensemble de documents est disponible au lien suivant sur le site de la DGAFP <https://www.fonction-publique.gouv.fr/la-prevention-des-risques-psychosociaux>

Accord « Santé et sécurité au travail dans la Fonction publique » du 20 novembre 2009

Cet accord prévoit 15 actions regroupées autour de 3 axes prioritaires.

L'axe 2 « Objectifs et outils de prévention des risques professionnels » inclut l'action 7 « Évaluation et prévention des problèmes de santé liés aux risques psychosociaux ».

Cette action transpose dans la Fonction publique française, la position commune sur le stress dans les administrations publiques signée le 19 décembre 2008 par le réseau européen des administrations publiques et les représentants des syndicats européens de la Fonction publique.

Cette partie de l'accord est pour la Fonction publique en correspondance avec l'accord national interprofessionnel (ANI) du 2 juillet 2008 applicable dans les entreprises.

Cette action relative aux RPS comprend 4 propositions :

- Proposer des méthodes et des outils d'objectivation et de prévention des risques psychosociaux ;
- mettre à la disposition des employeurs des instruments permettant de prévenir ces risques ;
- définir un plan d'action national de lutte contre ces risques et le décliner localement pour assurer un dialogue social sur ces questions. Ce plan d'action devra faire l'objet d'indicateurs de suivi et d'évaluation et permettra d'intégrer les risques psychosociaux dans tous les documents uniques et programmes de prévention ;
- développer le dialogue et la connaissance sur ces questions auprès des agents et la formation des responsables de service, des autorités territoriales et des chefs d'établissement.

Protocole d'accord cadre relatif à la prévention des risques psychosociaux (RPS) dans la Fonction publique du 22 octobre 2013

Ce protocole, issu de plusieurs mois de concertation puis de négociation, visait à intégrer durablement la prise en compte des RPS, au même titre que les autres risques professionnels, dans les politiques de prévention, puis d'évoluer à terme vers des mesures plus larges d'amélioration de la qualité de vie au travail (QVT).

Il est accompagné de deux annexes portant d'une part sur l'octroi de moyens, en termes de temps et de formation, aux membres des CHSCT et, d'autre part, sur la médecine de prévention.

L'accord fixe un cadre commun à l'ensemble de la Fonction publique.

Il prévoit la mise en place d'un plan national d'action de prévention des RPS dans la Fonction publique qui doit se traduire par l'élaboration par chaque employeur public d'un plan d'évaluation et de prévention.

Ces plans doivent s'appuyer sur une première phase de diagnostic réalisé dès 2014 et intégré dans le document unique d'évaluation des risques professionnels (DUERP).

La phase de mise en œuvre des plans devait intervenir au plus tard en 2015. Ces deux phases doivent être réalisées sur la base d'une démarche participative impliquant l'ensemble des agents, et le CHSCT doit être étroitement associé à chaque étape.

Le protocole insiste sur le caractère primordial des points suivants :

- La participation des agents à chaque étape du processus de mise en place des plans ;
- le rôle et la place de l'encadrement dans la formation, initiale comme continue, à la prévention des RPS ;
- le rôle indispensable des CHSCT dont les membres bénéficieront de 2 jours de formation dédiée à la prévention des RPS.

Cet accord constituait la première étape d'une réflexion plus large portant sur l'amélioration des conditions et de la qualité de vie au travail dans la Fonction publique.

Aussi, la circulaire du Premier ministre en date du 20 mars 2014 fixe les conditions de mise en œuvre du plan national d'action pour la prévention des risques psychosociaux dans les trois versants de la Fonction publique.

Chaque employeur public doit réaliser un diagnostic des facteurs de risques psychosociaux, sur la base d'une démarche participative des agents à chaque étape du processus.

Ce diagnostic a pour vocation d'être intégré dans le document unique d'évaluation des risques professionnels (DUERP) permettant l'élaboration d'un plan d'action de prévention des risques psychosociaux.

Une circulaire de la DGCL ainsi qu'une instruction de la DGOS viennent préciser les modalités de déploiement, de mise en œuvre et de suivi du plan national de prévention des risques psychosociaux dans les fonctions publiques territoriale et hospitalière.

- **Rien n'empêche d'inclure le harcèlement et autres agissements mentionnés par le décret dans ce plan d'action, au lieu de laisser cette thématique faire son irruption lors du déploiement du dispositif de signalement, tout en veillant à ce stade à ce que ces documents ne se prononcent pas sur la qualification pénale de situations nominatives identifiées, déjà, existantes.**

4 Éléments de langage : quels faits relèvent d'une infraction à la loi pénale ou d'une éventuelle sanction disciplinaire ?

4.1 Apprendre à qualifier juridiquement les faits signalés

Tout signalement au sens du décret ne débouche pas automatiquement sur des suites disciplinaires ou pénales. En l'absence de connaissance suffisante des auteurs de signalement sur la qualification juridique des faits, il ne peut leur être reproché de se fourvoyer, et il repose sur le responsable du traitement d'apprécier au cas par cas la pertinence du signalement au vu de la nature et de la gravité des agissements déclarés.

Certains faits se produisant en collectivité n'ont aucun caractère pénal et ne relèvent pas non plus nécessairement d'une sanction disciplinaire. Tout au plus, certains faits peuvent relever d'un rappel à l'ordre des responsables hiérarchiques des agents (n+1, n+2, n+3) ou être considérés comme des agissements relevant d'un manque de savoir-vivre ou de civisme. L'employeur dispose d'un pouvoir général d'organisation des services et peut rappeler régulièrement ces règles aux agents, quand bien même il considérerait qu'elles sont de bon sens. Ce pouvoir est notamment consacré par l'arrêt Jamart (Conseil d'État, 7 février 1936, Jamart) qui rappelle que « Tout chef de service dispose d'un pouvoir réglementaire pour organiser ses services ».

On pourrait qualifier ces agissements d'incivilités (ce terme n'a aucune signification juridique) : il s'agit de comportements inacceptables en société ou dans le monde du travail sans pour autant qu'ils soient constitutifs d'une infraction.

Dans certains cas, si ces faits sont suffisamment graves et répétés, l'autorité territoriale peut envisager (elle est souveraine en la matière) une sanction disciplinaire (blâme, avertissement...).

Les sanctions du 1^{er} groupe, il convient de la rappeler, ne nécessitent pas la saisine du Conseil de discipline. En revanche ces faits, propos ou agissements ne donnent pas automatiquement lieu à des suites pénales.

Cela ne signifie pas que la collectivité doive rester inactive face à ce type de comportement, et ce qu'il s'agisse d'agissements émanant de supérieurs hiérarchiques ou d'agents entre eux.

Mais l'outil adapté dans ces hypothèses est : soit le règlement intérieur de la collectivité, soit l'exercice normal du pouvoir hiérarchique, à travers des rappels à l'ordre réguliers. La sanction disciplinaire peut même parfois, ne pas s'avérer nécessaire.

4.2 Les faits ne relevant pas de la loi pénale mais contrevenant parfois à la civilité

Certains agissements ne sont pas punis par la loi mais peuvent provoquer un désagrément en contexte de travail.

Il peut y avoir en effet des comportements éthiquement ou déontologiquement répréhensibles. Il s'agit généralement de comportements ou de propos violant des normes sociales qui font consensus, comme celles de la politesse ou du civisme.

Parfois, il peut s'agir d'agissements dont le caractère moralement répréhensible renvoie à une certaine subjectivité en fonction de la sensibilité de chacun. Le dispositif de signalement doit donc identifier les faits ne relevant pas de la loi pénale afin d'évaluer la pertinence des signalements. Cela ne signifie pas

que l'employeur ne puisse envisager des rappels à l'ordre ou des sanctions proportionnées lorsque certaines limites sont déjà franchies.

On peut classer ces agissements en plusieurs catégories : tout d'abord ceux qui relèvent d'un **règlement intérieur ou de l'exercice simple du pouvoir hiérarchique** (*par exemple, ne pas couper la parole en réunion, ne pas se regrouper devant l'entrée d'un local pour empêcher quelqu'un de passer ou ne pas parler fort devant les locaux des collègues, s'adresser à ses collaborateurs avec respect, tutoyer ou vouvoyer, ne pas proférer d'insultes ne relevant pas de la catégorie pénale de l'injure (exemple : imbécile...), éviter les commentaires vexatoires ou désagréables sur la personnalité ou l'apparence physique etc...*).

La loi ne punit pas non plus des **comportements qui relèvent de stéréotypes inconscients** lorsque l'on ne franchit pas certaines limites (les stéréotypes antisémites par exemple, ou racistes peuvent constituer un délit).

Certains stéréotypes sont ancrés dans la culture, comme le fait de penser que les hommes sont plus prédisposés aux tâches manuelles et les femmes aux métiers du social etc...

Ces propos ne sont pas automatiquement considérés par le juge pénal comme suffisamment dégradants, intimidants ou menaçants. Seul un certain degré de gravité peut mener à dériver vers l'injure. Tout dépend du contexte dans lequel s'inscrivent les propos oraux.

Le droit ne rentre pas non plus dans les mœurs ou les débats de société (par exemple, de savoir s'il est pertinent ou pas qu'un couple homosexuel adopte des enfants), il est en ce sens apolitique. La liberté d'opinion est un principe qui se heurte à ce que tout propos, même passionné, soit considéré comme passible de sanction pénale.

Par exemple, le fait d'exprimer des opinions telles que « les femmes sont plus douées que les hommes pour la décoration », « les fonctionnaires sont fainéants car ils travaillent moins bien que les salariés du secteur privé », n'ont pas de caractère pénal puisque aucune conséquence directe ne peut en être tirée en matière d'atteinte aux droits, à la liberté, ou à la dignité des personnes visées.

Seuls des propos ou des agissements répétitifs, graves et visant soit à menacer, soit à nuire à l'intégrité d'une personne physique, sont généralement retenus par le juge. Le juge évalue par exemple l'appel à la haine que certains propos peuvent engendrer, ou leur caractère fortement discriminatoire.

À titre illustratif, les blagues et commentaires sur certains groupes ou individus dont le caractère humoristique fait consensus ou est clairement identifié du fait des intentions de l'auteur n'ont pas toujours un caractère pénal, la justice pénale analysant toujours le contexte dans lequel ils sont tenus pour déterminer s'il s'agit d'outrages ou d'injures.

Si le caractère intimidant, suffisamment dégradant ou menaçant de la blague ou du propos en question n'est pas démontré, le caractère pénal de ce type d'agissements ne saurait être retenu.

La loi pénale ne rentre pas dans le domaine du savoir-être ou de l'éducation.

Un regard lascif sans geste obscène explicite n'a par exemple pas de caractère pénal s'il ne s'accompagne pas de menaces ou de chantages à connotation sexuelle.

Une autre catégorie de propos ou d'agissements recouvrent l'expression d'opinions politiques ou sociétales subjectives, à la condition que ces points de vue ne soient pas imposés avec violence.

Les compliments ou les actes de galanterie sujet à interprétation, sur l'habillement par exemple, ne tombent à priori pas sous le coup de la loi pénale lorsqu'ils ne sont pas formulés vulgairement ou sous forme d'injures.

Le décret rappelle simplement que les administrations doivent mettre en œuvre des moyens appropriés et proportionnés pour éviter ce type de comportements.

Ces remarques s'appliquent plus généralement aux insultes ou commentaires qui ont un caractère désagréable (exemple : dire à un collègue qu'il est souvent mal habillé, qu'il est sale...) mais qui n'ont pas de caractère répétitif.

En revanche, quelques éléments vont vous être présentés ci-dessous afin de comprendre ce que le droit entend par violence physique, injure, harcèlement ou discrimination.

4.3 Les violences physiques

Le guide ne s'attardera pas sur cet aspect, car elles sont beaucoup plus simples à identifier, du fait notamment que les éléments de preuve sont plus évidents à obtenir.

De manière générale, les violences se caractérisent par « *un ensemble d'attitudes qui manifestent de l'hostilité ou de l'agressivité entre les individus, volontairement ou involontairement, à l'encontre d'autrui sur sa personne ou sur ses biens* ». Il s'agit de coups et blessures mais aussi de menaces (de mort le cas échéant), d'intimidations ou de chantages établies à l'agression (*exemple : racket*).

En la matière, les éléments pour accorder la protection fonctionnelle sont souvent réunis de manière assez évidente.

4.3.1 Obligations de prévention des risques et de sécurité des travailleurs

L'élu employeur doit garantir la santé et la sécurité des agents placés sous son autorité et, dans cette perspective, il lui appartient de définir et de mettre en œuvre les mesures propres à prévenir les risques professionnels.

Ainsi l'article L.4121-1 du Code du travail impose à l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Cet article s'applique aux agents publics car le Statut renvoie au livre IV du Code du travail dédié à l'hygiène et la sécurité.

La déclaration en accident du travail peut être une solution mise en œuvre rapidement. Au-delà de la nécessaire réaction lorsque survient une agression physique, la prévention de ce type d'événement se joue au quotidien. Le risque est sinon de voir la responsabilité de l'administration engagée.

L'agent peut chercher à faire reconnaître la faute inexcusable de l'employeur en démontrant qu'il a été victime d'un accident du travail et que celui-ci est imputable à son administration qui n'aurait pas mis en œuvre l'ensemble des moyens nécessaires pour l'éviter notamment lorsqu'il aurait fait l'objet de menaces ou d'intimidations préalables.

4.3.2 Démarches à effectuer par l'agent

Si un agent est blessé, il faut d'abord s'assurer qu'il voit un médecin pour être soigné et faire constater ses lésions. L'agression ayant eu lieu dans la collectivité, les faits font l'objet d'une déclaration en accident de travail.

La victime peut porter plainte contre son agresseur qui encoure alors des sanctions pénales. Il s'agit d'amendes de 750 € à 3000 € pour les violences n'ayant occasionné aucune interruption temporaire de travail (ITT) ou une ITT inférieure à 8 jours. Au-delà de 8 jours d'ITT, la sanction peut atteindre 45

000 € d'amende et 3 ans de prison, puis 160 000 € et dix ans d'emprisonnement si les violences ont entraîné une mutilation ou une infirmité permanente.

4.3.3 Possibilité d'une sanction disciplinaire

De son côté, la collectivité peut prendre des mesures disciplinaires. Mais auparavant, il faut s'assurer de disposer d'un maximum d'informations, tel que des témoignages, en tenant compte du fait que les récits peuvent varier selon les personnes qui y mettent naturellement de l'affect et de l'interprétation, et s'assurer de connaître les circonstances dans lesquelles l'accident a eu lieu.

En attendant de faire la lumière sur les événements, il est possible d'éloigner les auteurs et les victimes notamment dans le cadre de la protection fonctionnelle. Le niveau de sanction est à l'appréciation de l'employeur, notamment au regard du préjudice subi et indépendamment de la condamnation pénale.

Dans tous les cas, il importe de respecter scrupuleusement la procédure disciplinaire.

4.3.4 Recours de la collectivité devant le juge judiciaire contre l'auteur des faits, prise en charge et remboursement des préjudices

La collectivité publique est subrogée aux droits de la victime harcelée pour obtenir des auteurs des agissements constitutifs de harcèlement ou de violence, la restitution des sommes versées au fonctionnaire intéressé ainsi que, le cas échéant, à son conjoint, son concubin, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité, à ses enfants et à ses ascendants directs, et, d'autre part, qu'elle dispose, aux mêmes fins, d'une action directe qu'elle peut exercer au besoin par voie de constitution de partie civile devant la juridiction pénale **à condition de démontrer un préjudice**. L'action de la collectivité n'est en effet recevable que si elle a effectivement réparé le préjudice subi par l'agent et qu'elle demande la restitution des sommes ainsi versées. **Pour plus d'informations, reportez-vous à la partie protection fonctionnelle du présent guide.**

L'administration doit réparer les différents préjudices que l'agent a pu subir lorsqu'elle accorde la protection fonctionnelle. Tout refus doit être motivé par des considérations de fait et droit. Dans le cas d'agressions physiques, il est difficile d'opposer un refus à l'agent.

Pour les dommages matériels (vandalisme de véhicule, destruction d'objets personnels...) : l'indemnisation est immédiate dès lors que l'agent produit les pièces justificatives nécessaires, sans qu'il soit nécessaire d'identifier au préalable le ou les auteurs des faits.

Pour les dommages corporels et personnels, lorsque le préjudice ouvre droit à la fois à une réparation au titre des accidents de service et à la réparation au titre de la protection de l'administration, il convient de faire prévaloir les règles d'indemnisation des accidents de service.

L'agent reste cependant fondé à agir en justice contre son agresseur en vue d'obtenir une réparation complémentaire de tous les dommages corporels et des différents préjudices personnels subis (troubles dans les conditions d'existence, douleur morale, préjudice esthétique ...).

La constitution de partie civile devant la juridiction pénale peut aussi permettre à la collectivité d'obtenir de l'agresseur le remboursement des sommes versées à l'agent.

Le recours à l'action récursoire

L'action récursoire exercée par l'administration contre son agent qui s'est rendu coupable de faits constitutifs de harcèlement moral se distingue de l'action disciplinaire. Cette action, qui repose certes sur la notion de faute de l'agent, n'est cependant pas entourée des garanties de la procédure disciplinaire. Pour engager une action récursoire, l'agent doit avoir commis une faute personnelle, mais

nul besoin d'avoir, au préalable, pour l'administration, engagé à l'encontre de l'agent harceleur une action disciplinaire, ces deux actions étant indépendantes l'une de l'autre.

Précisons cependant que l'administration ne pourra pas engager d'action récursoire contre un agent harceleur si le dommage pour lequel l'agent harceleur a été condamné civilement trouve son origine exclusive dans une faute de service.

En revanche, si le dommage provient exclusivement ou partiellement d'une faute personnelle détachable de l'exercice des fonctions, l'administration disposera alors de la possibilité d'engager une action récursoire contre l'agent harceleur pour obtenir de ce dernier la restitution des sommes versées à l'agent harcelé². L'action récursoire exercée contre un agent après indemnisation d'un tiers, victime d'une faute personnelle de cet agent, relève de la compétence du juge administratif³.

Pour résumer, lorsqu'une juridiction a condamné une collectivité à payer à l'un de ses agents victime de harcèlement moral une indemnité destinée à réparer les préjudices subis du fait des agissements d'un autre de ses agents, la collectivité peut émettre un titre de perception à l'encontre de l'agent harceleur⁴ correspondant soit à la totalité soit à une partie de la somme qu'elle a été condamnée à payer à la victime.

En ce cas, l'agent harceleur, qui a la possibilité de contester le titre de perception devant le juge administratif, pourra faire valoir par exemple, l'inertie, la carence ou la négligence fautive de l'administration qui n'est pas intervenue alors qu'elle a été alertée⁵.

Il appartiendra, en conséquence, au juge administratif d'apprécier, en tenant compte de la gravité des fautes de l'agent harceleur et des éventuelles négligences de la collectivité, la contribution respective des parties à la charge des réparations comme dans l'affaire jugée par le tribunal administratif de Melun qui a mis à la charge de la commune la moitié des condamnations civiles prononcées par le tribunal correctionnel de Fontainebleau et la cour d'appel de Paris à l'encontre de l'agent harceleur qui occupait des fonctions de directeur général des services⁶.

Ou encore, comme dans l'affaire jugée par le tribunal administratif de Marseille à propos d'un agent harceleur qui occupait, avant sa mutation dans une collectivité de son ressort géographique, des fonctions de rédacteur territorial dans la commune de Noisy-le-Sec et qui s'était rendu coupable de faits de harcèlement à l'encontre de sa subordonnée.

Ainsi, les premiers juges de Marseille ont, compte tenu de la gravité des fautes respectives de l'agent harceleur et de la commune employeur, confirmé la contribution de cet agent à la charge des réparations fixée par le titre de perception émis à son encontre par la commune aux deux tiers de la condamnation prononcée par le tribunal administratif de Cergy-Pontoise⁷.

² La CAA de Versailles a jugé qu'une victime non fautive d'un préjudice causé par un agent harceleur à l'occasion de l'accomplissement de son service pouvait demander au juge administratif de condamner son administration employeur à réparer intégralement son dommage même en l'absence de toute faute de service et même si le préjudice est entièrement imputable à la faute personnelle commise par l'agent indélicat y compris en cas de faute détachable du service, cette circonstance permettant seulement à l'administration, ainsi condamnée à assumer les conséquences de cette faute personnelle, d'engager une action récursoire à l'encontre de son agent harceleur, CAA de Versailles, 16 juil. 2015, req. 13VE02274.

³ CE, 13 juil. 2007, ministre de l'Éducation nationale, req. 297390.

⁴ TA de Bordeaux, Ord. N° 1504905, 24 mai 2016.

⁵ TA de Bordeaux, 13 juin 2016, req. 1400442.

⁶ TA de Melun, 28 janv. 2014, req. 1202876.

⁷ TA de Marseille, 20 mars 2014, req. 1100359.

Une petite précision toutefois, ce jugement ayant l'objet d'un appel a été soumis à l'appréciation de la cour administrative d'appel de Marseille, plus précisément à la formation de jugement, qui a renversé la solution des premiers juges en considérant que l'agent qualifié de harceleur était fondé à soutenir que la matérialité des faits de harcèlement moral invoqués n'était pas établie, que le titre exécutoire était sans fondement et que, par voie de conséquence, c'était à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Marseille avait rejeté sa demande d'annulation de ce titre exécutoire⁸.

Le recours à la constitution de partie civile

Dans un arrêt du 2 septembre 2014, la Cour de cassation a rappelé les conditions dans lesquelles une collectivité publique pouvait valablement se constituer partie civile pour faits d'outrage à l'encontre d'un agent municipal.

Ainsi, s'il a été rappelé qu'une commune, en l'espèce la ville de Dijon, ne pouvait se prévaloir d'un préjudice direct à raison de l'outrage dont seul l'agent municipal était directement victime, il a été également rappelé que ladite collectivité était fondée, aux termes des dispositions de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983, à se constituer partie civile devant la juridiction pénale afin d'obtenir le remboursement des frais engagés pour la défense de l'agent victime dont elle était l'employeur au titre de la protection fonctionnelle⁹.

Cette décision, rendue dans une affaire où un agent municipal dépositaire de l'autorité publique avait été victime de propos outrageants à l'occasion de l'exécution de son service, est transposable en matière de harcèlement moral subi par un agent à l'occasion de son service.

Sont ainsi recevables, outre la constitution de partie civile devant la juridiction pénale d'une collectivité afin d'obtenir le remboursement des frais engagés pour la défense de l'agent au titre de la protection fonctionnelle, la constitution de partie civile d'une collectivité établissant l'existence d'un dommage propre **causé par les faits de harcèlement commis par l'un de ses agents à l'encontre d'un autre de ses agents telle, par exemple, l'atteinte portée à son image, à son honneur ou à sa réputation.**

La Cour de cassation a jugé qu'un président de conseil général, en l'occurrence celui des Alpes-Maritimes, agissant ès qualités de chef du service, ne pouvait pas porter plainte avec constitution de partie civile contre l'un des agents de son service sur le fondement des dispositions de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 pour des faits outrageants et des menaces de mort envers un autre agent de ce service dans l'exercice de ses fonctions dès lors que, la Cour de cassation précise que « *l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983, s'il impose la protection de l'agent contre les menaces et attaques dont il peut être l'objet, n'autorise nullement la collectivité publique dont l'agent dépend à se substituer à lui pour se constituer partie civile et mettre en mouvement l'action publique alors que la victime directe de l'infraction ne l'a pas souhaité*¹⁰ ».

Si le recours au dispositif législatif et réglementaire permet à l'administration d'établir la matérialité des agissements constitutifs de harcèlement moral, de les faire cesser, de sanctionner les auteurs de ces agissements et même de leur faire supporter la part de responsabilité qui leur incombe sous le contrôle des juges administratif et judiciaire, il n'en demeure pas moins que ce recours a ses propres limites et qu'il est toujours préférable d'anticiper que de subir en mettant en œuvre le dispositif législatif et réglementaire permettant de prévenir de tels agissements.

⁸ CAA de Marseille, 27 oct. 2016, req. 14MA02222.

⁹ Cass. crim., 2 sept. 2014, 13-84663.

¹⁰ Cass. crim., 10 mai 2005, 04-84633.

4.3.5 Les crimes : homicides, tortures, actes de barbarie, séquestrations...

Le décret ne semble pas viser les infractions pénales les plus graves et nous vous conseillons de renvoyer l'affaire vers les services compétents de police ou de gendarmerie.

L'employeur ne peut régler seul ce type de situation, il ne peut qu'octroyer la protection fonctionnelle. L'appui des services de police est nécessaire.

4.4 Injures, violences verbales, diffamations, menaces

Les menaces ou intimidations tombent facilement sous le coup de la loi pénale lorsqu'il y a des preuves. Il en va tout autrement des injures. Un ensemble de critères doit être apprécié pour qu'il y ait infraction. **C'est en principe le juge pénal qui est compétent pour reconnaître et sanctionner une injure, la marge de manœuvre de l'employeur étant ainsi limitée.**

Les destinataires d'un signalement ne peuvent se permettre de qualifier pénalement des faits ou des propos sans que la justice ne se soit prononcée, mais il est utile de comprendre comment celle-ci raisonne afin de juger de la pertinence des contenus des signalements, en fonction des circonstances dans lesquelles les faits se sont produits et les propos se sont échangés. Par ailleurs, pour traiter un signalement, il convient de s'assurer de la matérialité des faits (écrits, témoignages...).

Ainsi, certains signalements peuvent porter sur des faits s'apparentant à des injures. Il y a injure dans une relation entre deux ou plusieurs personnes, la justice pénale ne se prononce donc que dans le cadre d'un débat contradictoire, en fonction des circonstances de l'espèce et des propos échangés.

Dans le cadre d'un dispositif de signalement, le contexte n'est pas reconstitué car seule la déclaration d'un agent permet de se faire une idée des faits, même s'il est présumé être de bonne foi.

Or, la justice pénale ou administrative a pour prérogative d'organiser des débats écrits ou oraux afin que le juge puisse se forger une conviction en fonction des éléments à charge et à décharge, par exemple lors d'échanges de pièces et mémoires en ce qui concerne le droit public.

On dit alors que le « régime la preuve n'est pas irréfragable », c'est-à-dire que la partie adverse peut apporter la preuve du contraire jusqu'à la clôture d'audience devant une juridiction administrative.

La qualification des faits n'est prononcée qu'à l'issue d'une telle procédure. Le Centre de gestion attire donc votre attention sur les limites d'un dispositif de signalement quant à l'exactitude de la qualification des faits au vu d'une absence d'organisation de débat contradictoire, du fait des exigences de confidentialité posées par le décret.

- **Il convient de distinguer matérialité des faits et qualification des faits : ce n'est pas parce que des faits se sont réellement produits qu'ils sont constitutifs d'injure.**

Une enquête administrative peut être menée pour s'assurer de la matérialité et de la gravité des faits en cas de doute sérieux (voir plus loin dans le guide). Bien souvent, vous remarquerez toutefois que les critères de l'injure ne sont pas réunis.

D'autre part, l'agent pouvant porter l'affaire au pénal, il convient d'évaluer quel degré de responsabilité peut avoir la collectivité en tant que personne morale dans ce type de situations.

Si le litige porte entre deux personnes physiques, il semble que la voie judiciaire soit plus appropriée, s'agissant généralement d'un litige entre deux agents.

La prévention de tels actes doit être privilégiée ainsi que des rappels à l'ordre.

4.4.1 Définition de l'injure

Il est impossible de dresser une liste permanente et intemporelle pertinente de ce qui constitue une injure, mais l'on peut cerner les contours de la définition pénale. À titre illustratif, dans les sociétés imprégnées par la religion, le blasphème est considéré comme injure, alors que les sociétés laïques admettent que le sacré n'intervienne pas dans la qualification des injures.

La liberté d'expression et le droit de critique étant au fondement de la démocratie, tout n'est pas considéré comme injure dans un état de droit.

Les mêmes propos pris dans des contextes différents, pourront être qualifiés ou non d'injures (*exemple : un ton humoristique faisant suffisamment consensus peut avoir pour effet de faire tomber la qualification d'injure, ou encore le fait que le ton de la critique et le vocabulaire choisi, pris ensemble, soient suffisamment mesurés*).

Ainsi des termes connus comme connasse, connard, poufiasse, pourriture, fasciste, staliniste, pourraient tantôt être injurieux à l'aune de l'ensemble du contexte du discours ou au contraire pas du tout. Le sens de ces expressions varie en fonction des finalités pour lesquelles elles sont utilisées ou des références partagées par les personnes s'échangeant ces propos.

C'est souvent le caractère discriminatoire qui est déterminant. Des propos ont été considérés comme des injures dans un contexte historique et pas dans une autre.

Contrairement au harcèlement, l'injure ne se caractérise pas par son caractère répétitif, son caractère de gravité pouvant être suffisamment établi au vu de la réunion des critères qui la constituent. **Elle reste une infraction bien moins grave que le harcèlement, généralement passible d'une simple contravention.**

Caractérisation de l'injure en droit pénal

En droit pénal, on dit que pour être caractérisée, l'injure nécessite la preuve d'un élément matériel (les propos tenus sont objectivement outrageants, méprisants ou blessants selon un consensus suffisant sur les termes utilisés et le contexte d'énonciation) et d'un élément moral (avoir conscience du caractère outrageant ou d'atteinte à l'honneur, tel qu'a pu le ressentir la victime et/ou des tiers).

Bien souvent l'injure se caractérise par le résultat atteint même si cela ne rentre pas directement dans ses critères de définition. Si par exemple la personne ne se sent pas suffisamment offensée ou ne peut pas démontrer le préjudice, l'injure peut ne pas être caractérisée, le juge considérant par exemple qu'un simple droit de critique a été exercé.

L'injure doit être plus grave qu'une simple grossièreté quant à ses intentions et ses effets. Le droit pénal considère qu'une injure **se caractérise par une parole offensante adressée délibérément dans le but de la blesser moralement**, en cherchant à atteindre la victime dans son **estime de soi, son honneur ou sa dignité**.

Médicalement, on pourrait faire l'analogie avec le fait de chercher à créer un traumatisme chez la victime, en la réduisant au rang d'objet et non de sujet de droit.

Par exemple, la notion d'injure est souvent retenue par les juridictions pénales lorsque les propos font référence de manière avilissante à des caractéristiques de l'individu qui ne relèvent pas d'un choix délibéré (*apparence physique, lieu de naissance, handicap, appréciation de la personne en fonction d'éléments biographiques sans rapport avec les débats présents, comportement des parents...*).

Le caractère intentionnel est déterminant. Aux yeux de la loi pénale, il ne s'agit pas de comportements simplement impulsifs, mais d'agissements calculés.

Les insultes relèvent souvent d'un manque de civisme, d'éducation ou de contrôle de soi, alors que les injures poursuivent un but de déstabilisation, à l'instar d'une agression physique, et cherchent généralement à discréditer.

Les insultes s'échangent de manière en principe spontanée, dans un contexte marqué par l'émotion.

Ceci explique que dans certains contextes les mêmes termes pourraient ou non être injurieux pour une juridiction pénale en fonction de ce à quoi ils font référence ou écho et selon les effets recherchés sur les personnes visées (l'exemple typique étant constitué par les termes qui ont des connotations racistes ou sexistes).

Généralement, l'injure a pour intention d'instaurer un **climat de haine ou d'hostilité** à l'égard d'une personne de manière totalement arbitraire, ce qui n'est pas l'objet du droit de critique.

Ce droit a pour fonction de permettre la libre circulation des idées et des pensées. L'injure se détache en outre de toute justification factuelle (voire morale), c'est un agissement qui pense pouvoir s'en affranchir sans limites. Elle se caractérise par le fait qu'elle n'a aucun but constructif.

Le juge pénal établit qu'il y a injure lorsqu'aucun fait générateur n'est en mesure d'expliquer l'attitude verbale de celui qui injurie (l'excuse de provocation constitue une exception au caractère punissable de l'injure). L'intention de nuire est établie dans les circonstances où aucune nécessité de se défendre ou de réagir n'est démontrée.

En outre, les propos doivent être adressés à une personne identifiée ou, au moins, identifiable. Par exemple, critiquer une idéologie et non des personnes qui la portent n'est pas une injure lorsque les personnes qui s'en réclament ne sont pas expressément visées. Des expressions telles que « saloperie d'écolo, de socialiste, de libéral » ne sont pas des injures au sens pénal dans la plupart des cas car ils ne s'adressent pas à des personnes physiques identifiées ou à leurs caractéristiques innées, seulement à leurs idées.

La critique peut être justifiée ou non : là n'est pas le débat pour qualifier l'injure. Une critique injustifiée n'est pas nécessairement une injure lorsque l'expression des idées a un caractère mesuré.

Le principe d'intentionnalité a pour conséquence que l'injure ne se confond généralement pas avec des attitudes de reprise de stéréotypes maladroits largement acceptés dans la société (*exemple : les personnes handicapées travaillent moins rapidement*).

De même, la jurisprudence considère souvent qu'il n'y a pas d'injure dans un contexte de débat politique ou plus largement, idéologique, car ces débats sont souvent passionnés et visent à emporter une conviction à la suite d'une argumentation, ils s'exercent dans le cadre d'un droit de critique, sauf lorsqu'il y a une certaine gravité du propos (*propos négationnistes, apologies de crime contre l'humanité etc...*).

À noter : seule l'excuse de provocation est de nature à ôter à l'injure son caractère punissable, dans l'hypothèse où la personne injuriée se serait rendue coupable de la provocation.

Il appartient au prévenu poursuivi d'évoquer l'excuse de provocation : il devra en apporter la preuve, par tout moyen.

4.4.2 Injure publique et injure non publique

L'injure publique est une injure pouvant être entendue ou lue par un public. C'est par exemple le cas des injures prononcées en public dans les locaux de l'administration, publiées dans un journal municipal, ou sur un site internet ou un intranet accessible à tous les agents.

Les propos tenus sur un réseau social peuvent aussi être considérés comme une injure publique. Si les propos tenus sont diffusés sur un compte accessible à tous, l'injure est une injure publique.

L'injure non publique est celle qui est soit adressée par son auteur à sa victime sans qu'aucune tierce personne ne soit présente (par exemple, dans un SMS), soit prononcée par son auteur devant un cercle restreint de personnes, en la présence ou en l'absence de la victime, lorsque ces personnes ne sont pas liées par une communauté d'intérêts (par exemple ne se connaissent pas ou ne connaissent pas la personne injuriée). **En dehors de traces écrites ce type d'injures est très difficile à prouver notamment lorsque seuls deux individus sont concernés.**

Si les membres de ce cercle restreint sont tous liés par un même élément, la relation professionnelle, il s'agit d'une injure publique. Par exemple, les injures tenues dans une instance représentative du personnel sont des injures publiques.

- **Les faits visés par le décret concerne plutôt des injures publiques puisqu'ils s'inscrivent dans une relation de travail. Celles-ci sont plus simples à repérer car il y a des personnes qui peuvent témoigner.**

Les injures proférées entre deux personnes dans un cadre confidentiel et en l'absence de la personne visée par l'injure ne constituent pas des infractions pénales. *Exemple : le fait que deux collègues insultent par e-mail privé un autre collègue.*

4.4.3 Agent auteur ou victime d'injure : que peut faire l'employeur ?

L'employeur peut s'inspirer de la notion d'injure au sens pénal sans nécessairement la citer pour étudier l'opportunité de sanctions disciplinaires, **en prenant toutefois de grandes précautions.** Nous vous invitons véritablement à évaluer la gravité des propos en fonction des critères proposés dans ce guide. On pourra parler d'un manquement à l'obligation de probité, de dignité, ou au devoir de réserve.

Les textes portant sur la protection fonctionnelle font référence à l'injure sans l'approfondir, suggérant que la protection est due en cas d'action devant une juridiction pénale. Aucun texte statutaire ne fixe une relation automatique entre un groupe de sanction et le fait de proférer des injures.

Contrairement au droit pénal, le droit administratif confie à l'administration le soin de déterminer un niveau de sanction, qui n'est en aucun cas fixé par un texte de loi (le droit pénal prévoit des amendes chiffrées en euros, des peines etc..). L'appréciation de la gravité de l'agissement fautif repose sur l'autorité territoriale en fonction de manquements à la déontologie.

Le droit administratif utilise le plus souvent des termes génériques tels qu'« attaques », « faute professionnelle », sans qu'il n'y ait de renvoi explicite vers la notion d'injure telle que l'entend le droit pénal, qualification relevant donc par définition de la compétence du juge pénal.

Le Statut de la Fonction publique reconnaît donc implicitement la compétence du juge pénal pour qualifier de tels faits. L'employeur ne peut que s'inspirer de la définition pour ce qui concerne l'exercice de son pouvoir de sanction, sans pouvoir se prévaloir de plein droit de son utilisation.

Autrement dit, afin de justifier une procédure disciplinaire il n'est ni nécessaire ni recommandé d'argumenter que l'agent s'est rendu coupable d'injures au sens du droit pénal.

La description et l'énumération de faits circonstanciés est suffisante lors de la constitution d'un dossier, sans avoir à évoquer cette notion, et sans être lié le cas échéant par les décisions des juridictions pénales (Monsieur ou Madame X a tenu les propos suivants : « xxx »).

- **Étant entendu qu'une procédure disciplinaire doit circonstancier les faits et accumuler des preuves, seules des injures répétées pourraient justifier à priori certaines sanctions, et à défaut l'injure isolée doit avoir un caractère tout à fait particulier de gravité, apprécié en fonction de son caractère public, du caractère fortement discriminatoire, ou d'appel à la haine, des propos tenus.**
- **La mise en cause de l'honneur de l'agent visé peut être un critère d'appréciation utilisé ou le préjudice causé par rapport à la dégradation de son image dans la collectivité.**
- **Il vaudra mieux parler de violation, par exemple, du devoir de réserve ou de probité.**
- **Au vu des nombreuses difficultés pratiques que pose l'utilisation de la notion d'injure pour légitimer une sanction, nous vous invitons à ne pas considérer qu'une sanction puisse être prise sur ce motif de manière isolée, mais au vu d'un ensemble de faits concordants dont l'injure n'est qu'une manifestation parmi d'autres (comportements excessifs en toute circonstance).**

4.4.4 Peines encourues en cas d'injure

L'injure peut constituer un **délit ou une contravention** selon les conditions dans lesquelles elle est proférée, et peut être passible de peines de prison ou d'amende en théorie. En particulier, la gravité des sanctions varie selon qu'elle est publique ou non, qu'elle est ou non précédée de provocations de la part de la personne injuriée, et selon la qualité de la personne à laquelle elle s'adresse.

L'injure crée automatiquement un préjudice à l'encontre de la personne injuriée, cependant son montant est souvent difficile à évaluer. **Une injure publique** est réprimée par la loi de 1881¹¹ (article 33), qui la punit d'une amende de **12 000 euros**. Le Code pénal (article R.621-2) fait de **l'injure non publique une contravention de la 1^{ère} classe, soumise à une amende de 38 euros**.

Les injures et diffamations publiques sont normalement prescrites après trois mois. La loi Perben II du 9 mars 2004 a porté ce délai à un an dans le cas où la diffamation ou l'injure ont été proférées en raison de l'ethnie, de la nation, de la race ou de la religion.

Les délais de prescription sont un motif supplémentaire pour évaluer l'intérêt d'engager des procédures disciplinaires à ce motif. En effet, si la loi pénale, qui prévaut sur le Statut en la matière, fixe des délais aussi courts, à l'issue desquels les faits sont considérés comme prescrits, il semble difficile pour un employeur territorial de formuler des griefs sur des injures proférées il y a très longtemps, au vu notamment des délais qui séparent les faits de la constitution du dossier, du décalage entre le moment de la connaissance des faits et le moment où ils ont eu lieu, de l'éventuelle saisine du Conseil de discipline etc...

4.4.5 Menaces

Une menace est l'expression d'un projet nuisible par atteinte aux personnes ou aux biens. Autrement dit, il s'agit d'un acte d'intimidation consistant, pour une personne, à inspirer à une autre la crainte d'un mal projeté contre sa personne, sa famille ou ses biens, par l'annonce de la mise à exécution de ce projet.

¹¹ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Une fois de plus, il convient de rappeler qu'il s'agit d'un délit pénal mais que le décret couvre uniquement l'hypothèse de faits se produisant entre deux agents publics, ou d'un élu envers un agent dans le cadre de la relation de travail. Par conséquent, les menaces peuvent aussi faire l'objet de procédures disciplinaires.

Sanctions

Les menaces de violences légères constituent une contravention de 3e classe punie d'une peine d'amende maximum de 450 € (article R. 623-1 du Code pénal).

Les menaces de crime ou délit contre les personnes constituent des délits punis d'une peine de 6 mois d'emprisonnement et 7 500 € d'amende, peine pouvant être aggravée jusqu'à 2 ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende en cas de circonstances aggravantes (caractère racial ou discriminatoire : articles 222-17 alinéa 1 et 222-18-1 du Code pénal).

Les menaces de mort constituent un délit puni d'une peine de 3 ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende, peine pouvant être aggravée jusqu'à 5 ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende en cas de circonstances aggravantes.

Les menaces de crime, de délit ou de mort contre les personnes faites avec l'ordre de remplir une condition constituent un délit puni de la même manière qu'indiqué ci-dessus.

Les menaces et intimidations visant une victime pour l'inciter à ne pas porter plainte ou à se rétracter constituent un délit puni d'une peine de 3 ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende (article 434-5 du Code pénal).

- **La victime d'agression verbale peut appeler le numéro d'aide aux victimes, le 116 006. Elle pourra être aidée anonymement et orientée vers différents réseaux associatifs spécialisés.**

4.4.6 Diffamation

Le décret manquant de précision lorsqu'il mentionne le signalement des violences verbales, il semble que la diffamation pourrait entrer dans son champ d'application, sous réserve qu'il s'agisse de diffamation entre deux agents publics ou d'un élu envers un agent public.

En termes de situations concrètes, il est difficile de donner des exemples parlants, mais l'on peut imaginer la situation suivante : un agent chargé de publications officielles au sein de la collectivité (exemple : journal municipal) diffame un autre agent, un agent diffame un autre agent dans les réseaux sociaux notamment professionnels, dans un intranet.... Ou auprès d'un cercle restreint de personnes non liées par la relation professionnelle (diffamation privée).

Le droit administratif ne prévoit pas de lien entre des sanctions disciplinaires et la diffamation, mais en termes de faute professionnelle, elle peut s'assimiler à un manquement au devoir de réserve ou à la discrétion professionnelle. **La diffamation est une notion de droit pénal.** Le Statut l'évoque dans les motifs d'octroi de la protection fonctionnelle.

Caractérisation de la diffamation

La diffamation peut être publique ou privée. Par exemple, si un agent est accusé par SMS, il s'agit de diffamation non publique. Si les propos sont tenus sur un blog ou sur les réseaux sociaux accessibles au public, il s'agit de diffamation publique.

- **Les propos diffamatoires constituent une atteinte à l'honneur et à la considération et portent sur des faits précis contrairement à l'injure qui ne se réfère à aucun événement particulier.**

La considération que les faits soient avérés ou non est de peu d'importance, au sens où la diffamation est constituée par une atteinte disproportionnée à la vie privée.

Pour constituer une atteinte à l'honneur et à la considération, les propos diffamatoires doivent accuser la victime **d'avoir commis une infraction pénale ou être liée aux mœurs** (*exemple : accusation de s'adonner à la prostitution, de se droguer*). Ces allégations entraînent des conséquences sur la vie privée et professionnelle de la victime.

Même dans l'hypothèse où les accusations à l'intention de la victime sont de simples insinuations, des propos dubitatifs, ou que l'auteur s'exprime au conditionnel, il y a toujours diffamation.

Ce principe s'applique y compris dans l'hypothèse où la victime n'est pas expressément nommée, mais clairement identifiable par sa fonction.

Le juge ne regarde pas si les allégations sont vraies ou fausses, mais si l'expression de ces faits porte préjudice du fait qu'elles auraient pu être formulées autrement (*exemple : plainte auprès de la police, dénonciation auprès de l'employeur*) que par une divulgation publique ou par des attaques privées violentes et personnelles. **La diffamation se caractérise par sa démesure, elle vise le scandale.**

Sanctions et procédures en cas de diffamation

La **diffamation publique** constitue une infraction pénale punie par de lourdes amendes. Tout agent a la possibilité de se retourner contre un individu ayant tenu des propos diffamatoires.

Pour déposer plainte, il y a deux types de procédures, selon que l'on connaisse ou non l'auteur de l'infraction.

Si l'auteur est connu, l'on peut porter plainte contre lui. Dans l'hypothèse où la diffamation est diffusée sur un média, le directeur de publication est considéré comme l'auteur à titre principal d'après l'article 42 de la loi de 1881. En principe, le nom du directeur de publication est toujours mentionné dans le média, surtout s'il s'agit d'un journal. Sinon, il faut l'identifier.

Si l'on ne connaît pas l'auteur de l'infraction, il s'agit d'une plainte contre X.

Une victime de diffamation dans un quotidien ou un journal périodique dispose d'un droit de réponse selon l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881.

- **Il peut y avoir dépôt de plainte simple ou avec constitution de partie civile. Pour obtenir une réparation pécuniaire du préjudice, il est préférable de mettre en œuvre la seconde option.**

Il revient à la justice de rédiger les poursuites contre l'auteur. Dans ce cas, une enquête sera ouverte pour identifier le diffamateur, sans attacher un intérêt particulier à la légitimité de ses propos.

Le commissariat de police ou la brigade de gendarmerie se chargent de transmettre la plainte auprès du ministère public ou du Procureur de la République. L'on peut adresser également directement une

plainte au Procureur en envoyant un courrier recommandé avec accusé de réception au tribunal judiciaire du lieu de l'infraction ou du domicile de l'auteur.

Le délai de prescription court à partir de la date à laquelle les faits sont survenus, et s'étend sur 3 mois (article 65 de la loi de 1881). Si la diffamation est assimilée à des propos racistes, sexistes, homophobes ou handiphobes, le délai de prescription est porté à 1 an.

L'on peut obtenir des dommages-intérêts en déposant plainte avec constitution de partie civile.

La diffamation publique est sanctionnée d'une peine de 12 000 euros, portée à 45 000 euros en cas de circonstances aggravantes comme des propos sexistes, racistes, homophobes etc... (article 32 de la loi de 1881).

Les sanctions pénales sont moins lourdes si la diffamation est privée. La peine maximale est de 38 euros d'amende, portée à 1 500 euros si les propos revêtent des caractères sexistes, racistes, homophobes (Article R.625-8 du Code pénal).

Moyens de défense contre l'accusation de diffamation

Il existe des moyens de se défendre contre l'accusation de diffamation. Il faut démontrer la véracité des faits, et déclarer que l'on est de bonne foi et désintéressé.

En prouvant la véracité des faits considérés comme propos diffamatoires, on peut échapper à la condamnation. Certaines conditions doivent être remplies pour pouvoir en bénéficier :

- **Être en mesure d'apporter des preuves totales, complètes et parfaites pour justifier les propos tenus ;**
- **démontrer que les accusations ne portent pas sur la vie privée de la personne ;**
- **les faits ne doivent pas remonter à plus de 10 ans ;**
- **les faits ne doivent pas se référer à une infraction dont la condamnation a été effacée ou révisée.**

La bonne foi consiste en ce que les propos révélés le sont dans un but légitime, c'est-à-dire que l'information est utile au public, que l'on n'est pas en conflit avec la victime, que l'on agit avec prudence et mesure, sans exagération ; que les allégations sont basées sur des preuves solides et que l'on ne cherche pas à tirer profit de l'accusation. **Ces critères pour organiser la défense sont toutefois relativement cumulatifs pour un juge pénal afin d'échapper à l'accusation.**

À RETENIR : L'EMPLOYEUR FACE À LA DIFFAMATION

- La diffamation au travail peut être passible de sanction disciplinaire. Il convient d'évaluer le niveau de sanction à appliquer sans être tenu par les peines prévues par la juridiction pénale.
- Toutefois, l'employeur n'a pas besoin de recourir à cette notion s'il circonscrit les faits reprochés à l'agent diffamateur. La violation du devoir de réserve ou de discrétion professionnelle propre aux fonctionnaires est un motif de sanction qui est plus adéquate en droit administratif si un agent tient des propos diffamatoires contre un autre agent y compris par média interposé.
- Le fait de sanctionner au nom d'un principe statutaire et non d'une infraction pénale permet d'éviter des erreurs juridiques dans le montage du dossier.
- L'agent victime de diffamation peut bénéficier de la protection fonctionnelle et de se voir rembourser des frais avancés pour sa défense au pénal.
- Il est donc préférable en cas de doute d'attendre le résultat d'enquêtes judiciaires si une plainte est déposée. N'oubliez jamais que les procédures pénales prévalent sur les procédures disciplinaires internes pour certains délits dont celui-ci.
- Dans l'hypothèse où la justice pénale déclarerait l'auteur de diffamation non coupable, il peut être problématique d'avoir à régulariser la situation d'un agent sanctionné, sauf si les reproches formulés sont très différents de ceux portés devant la justice pénale.
- Si aucune procédure pénale n'est entamée, l'opportunité de la sanction disciplinaire peut être étudiée. Tout dépend de ce qu'entend faire la victime présumée.
- Par conséquent, les remarques du guide sur l'injure sont valables pour la diffamation, bien que ce soit une infraction plus aisée à prouver.

4.5 Le harcèlement moral : une notion avant tout jurisprudentielle

Le Code général de la fonction publique ainsi que le Code pénal interdit les agissements qualifiables de harcèlement moral. Ils en donnent une définition courte sans pour autant lister les situations concrètes dans lesquelles il y a harcèlement ou non.

Les juges utilisent un faisceau d'indices pour parvenir à la conclusion que le harcèlement est ou non constitué (*impacts sur la santé, caractère humiliant ou dégradant des agissements, isolement social et compromission particulièrement importante des possibilités d'évolution professionnelle*).

Ce sont donc les juridictions judiciaires et administratives, qui, à travers leur jurisprudence, permettent d'appréhender les contours de la notion.

Au fur et à mesure des années, l'on comprend mieux de quoi il s'agit puisque de nombreux cas portés devant diverses juridictions permettent de fixer des critères plus précis que ceux de la loi.

Contrairement à l'injure, le droit public fait référence à cette notion et lui donne un sens très similaire à celui que lui confère le droit pénal, par une sorte de parallélisme des formes à l'exception du caractère déterminant de l'élément moral ou intentionnel en droit pénal.

Le code général de la fonction publique définit ainsi le harcèlement moral :

*« Aucun fonctionnaire 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...***

... Est passible d'une sanction disciplinaire tout agent ayant procédé ou ayant enjoint de procéder aux agissements définis ci-dessus. »

L'article 222-33-2 du Code pénal est rédigé dans des termes très similaires :

*« 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.** »*

Autrement dit, le harcèlement constitue à la fois une faute disciplinaire et une infraction pénale. Le guide reviendra sur cette problématique de dualité des juridictions (juridiction administrative et juridiction judiciaire). L'employeur n'est pas tenu par le résultat d'un procès pénal pour prendre des sanctions.

- **La jurisprudence a dégagé au cas par cas les agissements qui peuvent être considérés comme du harcèlement de ceux qui relèvent simplement de la souffrance au travail ou de l'exercice normal du pouvoir hiérarchique.**

Nous vous présentons à titre indicatif des situations qui peuvent, selon les juges, être qualifiables de harcèlement ou non. Devant la justice, les deux parties peuvent argumenter en quoi les faits sont constitutifs ou non de harcèlement.

L'administration ou le mis en cause doit produire une argumentation contraire à celle de l'agent, et exposer en quoi les agissements s'expliquent par des considérations étrangères à tout harcèlement. À l'issue d'un débat contradictoire, le juge se forge une conviction afin de rendre sa décision, son arrêt ou son avis.

4.5.1 Critères généraux de reconnaissance du harcèlement : répétition et intention de nuire

D'une manière générale les agissements doivent être répétés même s'ils sont espacés dans le temps (*exemple : 3,4 fois par an*). Une jurisprudence a par exemple relevé que la loi ne mentionne pas la notion de proximité des agissements dans le temps et que c'est un critère qui par conséquent n'est pas nécessaire à la reconnaissance du harcèlement. *Arrêt de la Cour de cassation, 2e chambre civile, 25 septembre 2012, 11-17987.*

Le harcèlement se caractérise par une ambiance conflictuelle durable contrairement à l'injure.

Mais il peut y avoir répétition sur une période de moyen terme (*exemple : agissements hostiles quotidiennement et en permanence pendant 2 ou 3 mois*).

Le critère de répétition ne s'entend pas ou pas uniquement de manière quantitative, il ne s'agit pas de définir un nombre précis d'agissements ou une durée suffisamment longue, mais de vérifier l'hypothèse que les agissements convergent vers une même direction chaque fois qu'ils sont commis, c'est-à-dire de déstabiliser la personne en lui nuisant.

- **Le critère de répétition consiste à ce qu'on puisse relier l'ensemble des actes entre eux, en tant qu'ils sont animés par une même motivation.**

Le critère d'intention de nuire dans la jurisprudence est cependant fluctuant. Les juges semblent avoir compris qu'il n'est pas toujours aisé de l'appliquer, lorsque les auteurs de harcèlement cachent leurs intentions ou se situent dans le déni, ou encore lorsque leur comportement résulte d'une absence de considération des limites du pouvoir hiérarchique.

Ainsi, la Cour de cassation a été amenée à considérer que des méthodes de management inadéquates peuvent caractériser un harcèlement moral sans intention explicite de nuire (*Cass. Soc. 10 novembre 2009, 07-45.321*).

N'oubliez pas que le harcèlement peut avoir lieu entre deux agents de même niveau hiérarchique ou peut même être le fait de subordonnés envers leur supérieur. Le juge regarde la nature des agissements avant tout.

Il peut ainsi y avoir :

Harcèlement vertical descendant : du supérieur vers son subordonné

Harcèlement vertical ascendant : du ou des subordonnés envers leur supérieur

Harcèlement horizontal : d'un agent, sans lien hiérarchique, envers un autre agent

Harcèlement en réunion : plusieurs personnes en harcèlent une seule quelque soit leur catégorie hiérarchique

L'intention de nuire n'est pas toujours retenue comme déterminante, dans les hypothèses où les comportements répétés sont suffisamment inappropriés, et ce même en l'absence de volonté délibérée de l'auteur des faits. (*Conseil d'État, 2 juillet 2015, 378804, CAA de Versailles, 18 juin 2009, 07VE00787*). **La justice pénale est toutefois plus regardante sur ce critère que la jurisprudence administrative considérant qu'il n'y a pas de délit sans intention de le commettre.**

Dans le cas d'une impossibilité d'établir l'intention de nuire, c'est le critère de répétition qui permet de trancher, si la personne semble ne pas avoir conscience de harceler ou se cantonne dans une attitude de déni. Le juge observe le comportement de l'extérieur, sans entrer dans la psychologie de l'auteur des faits.

4.5.2 Exemples de faits constitutifs de harcèlement

Les dénigrement et les brimades répétées sans effort de circonscire les reproches, les critiques injustifiées répétées peu ou pas liées à la qualité du travail, les humiliations publiques (*exemple : faire réciter un règlement intérieur devant d'autres agents*), les mesures vexatoires, les tâches dévalorisantes (sauf si elles sont justifiées par nécessité de service et qu'elles ont un caractère ponctuel).

Exemple : faire faire des photocopies pendant plusieurs mois, demander de se cantonner à du nettoyage à une ATSEM. Manifester de l'agressivité répétée à l'encontre d'un agent du simple fait de sa présence ou de sa personne, contredire quelqu'un sans cesse en réunion sur d'autres motifs qu'un débat d'idée.

Sont également constitutifs de harcèlement les agissements de mise au placard ou de privation d'outils de travail, de surcharge volontaire de travail souvent non nécessaire (pouvant conduire à un épuisement professionnel), de même que les méthodes de management basées sur la pression constante et le stress.

L'impératif de performance n'est pas illégitime mais le juge pourrait vérifier si les méthodes utilisées sont proportionnées (*exemple : existence de temps de pause, efforts d'organisation du temps de travail*). Il convient de rappeler en outre que les tâches confiées doivent être conformes à la catégorie hiérarchique de l'agent en termes de technicité notamment.

Les consignes floues et/ou contradictoires qui pourraient être évitées peuvent également être constitutives de harcèlement, sauf si elles sont maladroites. Le caractère volontaire est un facteur aggravant (*exemple : donner volontairement des consignes floues ou contradictoires pour déstabiliser la personne, pour bizuter*).

La « mission impossible » peut aussi être considérée comme du harcèlement (*les moyens pour atteindre le but ne sont pas fournis, qu'ils soient humains, intellectuels, financiers, logistiques ...*).

Par exemple, ne jamais convoquer un agent à des réunions indispensables à son travail peut être un fait constitutif de harcèlement car c'est une privation de moyens.

Les pratiques de bizutage, les épreuves injustifiées pour intégrer un collectif de travail peuvent dans certains cas être assimilées au harcèlement, ou les exigences disproportionnées d'adaptation d'un agent à un groupe de travail.

Ne sont pas concernées en revanche les attitudes inadaptées d'intégration à la Fonction publique notamment lors d'une période de stage préalable à la titularisation.

Le juge judiciaire a été amené également à se prononcer sur le critère de « savoir être », lorsque le lien avec le poste occupé n'est pas suffisamment démontré (*exemple : habillement imposé alors que l'agent n'a pas de contact avec le public*) : remarques répétées sur le physique, la personnalité, le rire...

Dans ces cas de figure, le juge conçoit que les agents doivent adopter un comportement compatible avec les exigences du service public, mais est attentif à ce que les critères utilisés ne soient pas étrangers à ces considérations (*exemple : reprendre quelqu'un de manière répétée sur son rire*).

L'ennui au travail du au management (qui n'est pas rattachable à une mauvaise volonté de l'agent) peut aussi être sanctionné, dans l'hypothèse où il y a privation de missions du fait de l'administration.

Exemple : le responsable de service se réserve de manière répétée toute tâche gratifiante ou intéressante et prive son collaborateur de toute réalisation valorisante. L'agent est mis au placard.

L'employeur dispose du pouvoir disciplinaire mais la pression disciplinaire continue, par exemple avec chantage à l'avancement, peut, si elle est suffisamment répétée, être assimilée à du harcèlement selon le contexte. Si la pression disciplinaire vise volontairement à déstabiliser, il s'agit d'un facteur aggravant.

- **De manière générale, les reproches faits à un agent doivent être circonstanciés et fondés, matériellement avérés. Ce sont les mêmes principes que ceux qui régissent la procédure disciplinaire (mentionner les dates, les faits, les lieux des agissements fautifs).**

Le harcèlement peut être également constitué lorsqu'un supérieur hiérarchique a des exigences sans rapport avec les difficultés de ses missions (travail tatillon, contrôle disproportionné).

Le juge est attentif au degré d'autonomie laissé à l'agent dans son travail lorsqu'il examine des affaires où l'agent se plaint d'un contrôle tatillon. Il considère que l'autonomie dans le travail, lorsqu'elle est bien définie, est un gage de bonne volonté de l'administration.

ZOOM sur la jurisprudence judiciaire (à priori transposable) : agissements visés en droit du travail

Quelques illustrations des notions sémantiques (faits assimilables au harcèlement) :

Dénigrement et brimade	<p>En l'espèce, le salarié avait reçu des ordres et des critiques d'une salariée qui se serait comportée comme sa supérieure et lui aurait lancé des quolibets (propos moqueurs).</p> <p>Il avait aussi été destinataire de courriers "insistants" de son employeur. La Cour de cassation a retenu la nécessité d'une réalité d'actes répétés et injustifiés caractérisant une violence morale et psychologique de nature à nuire au salarié pour pouvoir caractériser dans cette affaire, une faute imputable à l'employeur constitutive d'un harcèlement moral.</p> <p>Cass. Soc. 24 juin 2009, n° 07-43994.</p>
Critique injustifiée	<p>Le supérieur hiérarchique de la salariée s'était livré, de manière répétée et dans des termes humiliants, à une critique de l'activité de cette dernière, en présence d'autres salariés.</p> <p>Cass. Soc. 8 juillet 2009, n° 08-41638.</p>
Humiliation publique	<p>Propos blessants et humiliants proférés de manière répétée par un supérieur hiérarchique.</p> <p>Cass. Soc. 12 juin 2014, n° 13-13.951.</p>
Mesure vexatoire	<p>Le salarié avait fait l'objet de multiples mesures vexatoires, telles que :</p> <ul style="list-style-type: none">• l'envoi de notes contenant des remarques péjoratives assénées sur un ton péremptoire propre à le discréditer,• des reproches sur son "incapacité professionnelle et psychologique" et sa présence "nuisible et inutile",• le retrait des clés de son bureau,• sa mise à l'écart du "comité directeur",• la diminution du taux horaire de sa rémunération. <p>La Cour de cassation a retenu que ces faits pris ensemble ne pouvaient pas être justifiés par l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur.</p> <p>Cass. Soc. 26 mars 2013, n° 11-27.964.</p>

Tâche dévalorisante	<p>Le fait de confier à un salarié des tâches ne correspondant pas à sa qualification, d'opérer des retenues sur salaire injustifiées et d'opérer un discrédit auprès de ses collègues est constitutif d'un harcèlement moral.</p> <p>Cass. Crim. 6 février 2007, n° 06-82.601.</p>
Agressivité	<p>Le comportement agressif du supérieur hiérarchique traduisant une volonté de restreindre les fonctions du salarié (rétrogradation) sans explications constitue des faits de harcèlement moral.</p> <p>Cass. Soc. 24 juin 2009, n° 07-45.208.</p> <p>Dans une autre affaire, la Cour de cassation a relevé que les propos dénoncés par la partie civile ("comment on peut engager des bons à rien comme cela" et "si vous ne savez pas porter, vous n'avez qu'à pas prendre des métiers d'homme"), excédaient les limites du pouvoir de direction du prévenu.</p> <p>Cass. Crim. 19 juin 2018, n° 17-82.649.</p>
Tâche dépassant les capacités du salarié	<p>Confier au salarié de manière habituelle une tâche dépassant ses capacités et mettant en jeu sa santé peut être assimilé à du harcèlement moral.</p> <p>Cass. Soc. 7 janvier 2015, n° 13-17.602.</p>
Mise au placard	<p>Salarié installé dans un local exigü, dépourvu de chauffage et d'outils de travail avec interdiction de parler à ses collègues.</p> <p>Cass. Soc. 29 juin 2005, n° 03-44.055.</p> <p>Ou encore, le fait de s'opposer à ce qu'un salarié reprenne ses fonctions après un transfert d'entreprise et de l'obliger à prendre ses congés afin de l'écarter de ses fonctions.</p> <p>Cass. Soc. 12 juin 2019, n° 17-13.636.</p>
Privation d'outils de travail	<p>Injures à caractère racial et défaut de bureau, d'ordinateur et de téléphone au retour d'un congé maternité.</p> <p>Cass. Crim. 16 février 2010, n° 09-84.013.</p>

Avertissements infondés	<p>Salariée subissant 4 avertissements dont aucun n'est fondé et sans reproche préalable.</p> <p>Cass. Soc. 22 mars 2007, n° 04-48308.</p>
Bore-out, ennui au travail	<p>Un récent arrêt rendu par une Cour d'appel a retenu le bore-out (ennui au travail) comme constitutif de harcèlement moral.</p> <p>Les conditions de travail du salarié (ennui et manque d'activité) sont en lien avec son état de santé dégradé (dépression, crise d'épilepsie).</p> <p>L'employeur n'a pas réussi à prouver que ces éléments n'étaient pas constitutifs de harcèlement moral.</p> <p>Il est donc condamné à verser des dommages-intérêts au salarié.</p> <p>CA Paris, 2 juin 2020, n° 18/05421.</p>
Pression disciplinaire excessive	<p>Nombreuses convocations à des entretiens préalables dans le cadre de 4 procédures disciplinaires dont 2 restées sans suite pendant une période de fragilité du salarié et une inaptitude liée à son état dépressif résultant de la dégradation de ses conditions de travail.</p> <p>Il convient de retenir qu'il suffit, pour le salarié, de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement pour disposer de moyens d'action la fois devant le Conseil de Prud'hommes et devant le juge pénal</p> <p>En revanche, dénoncer à tort des faits de harcèlement moral peut avoir de lourdes conséquences aussi bien pour le salarié mais aussi pour la personne faisant l'objet de telles accusations.</p> <p>Cass. Soc. 18 mars 2014, n° 13-11.17.</p>

4.5.3 Exemples de faits non constitutifs de harcèlement

Il convient de rappeler que certains agissements ne constituent ni une faute ni une infraction mais que le juge analyse les circonstances de l'espèce et prend en compte un **faisceau d'indices** pour vérifier s'il y a intention de nuire à l'agent.

Les exemples ci-dessous sont donc à relativiser dans l'hypothèse où, au vu d'un faisceau d'indices, le harcèlement pourrait être établi à travers les pièces du dossier.

Par exemple, le fait de mentionner qu'un agent a participé à une grève sur une fiche de paie n'est pas pris isolément comme du harcèlement, bien que ce soit illégal. Cependant, si d'autres agissements convergent vers la conclusion d'intention de nuire, le harcèlement est constitué par la jonction des agissements.

L'employeur a un pouvoir général d'organisation des services encadré par le Statut de la Fonction publique. Ainsi, les reproches justifiés par la qualité du travail fourni, sans dénigrement mais objectivés par des faits (*exemple : l'agent est régulièrement convoqué en privé, les reproches sont factuels*) ne sont pas constitutifs de harcèlement. Les indicateurs d'évaluation, s'ils ont été fixés, sont légitimes lorsqu'ils ont été concertés, sauf mission impossible.

Si les reproches ne sont pas rendus publics, mais que l'agent est convoqué régulièrement, notamment en privé, afin de lui expliquer ce qui est attendu de lui, il n'y a pas de harcèlement.

- **Certains faits relèvent de la souffrance au travail sans être constitutifs de harcèlement. Le juge peut soit considérer qu'il existe une faute de l'administration sans pour autant reconnaître le harcèlement moral, soit ni l'un ni l'autre. Les diagnostics RPS jouent ici un rôle fondamental.**

À noter : l'obligation de prévention des risques professionnels (...), est distincte de la prohibition des agissements de harcèlement moral (...) et ne se confond pas avec elle » (Cass. Soc. 8 juillet 2020, 18-24320 ; Cass. Soc. 27 novembre 2019, 18-10551).

Ainsi, le juge ne pouvait, dans le secteur privé, écarter la demande de dommages-intérêts du salarié pour manquement à l'obligation de sécurité du seul motif qu'il ne justifie pas d'éléments, qui, pris dans leur ensemble, permettaient de présumer l'existence d'un harcèlement.

Les collectivités doivent réfléchir ainsi, aux conséquences de l'inaction et notamment du refus de la protection fonctionnelle. Le juge peut retenir une faute au titre de l'absence de prévention des risques. Peu importe que les agissements ne relèvent pas du harcèlement, du moment qu'ils soient néfastes et préjudiciables et qu'ils résultent d'une non prise en compte de l'obligation de prévention (exemple : pas de mise à jour du document unique).

Lorsque les faits ne sont pas répétés, restent ponctuels, et relèvent simplement d'un contexte précis, inédit, et générateur de conflits (*exemple : urgence d'une situation à traiter comme éteindre un feu, stopper une crise sanitaire*) le harcèlement n'est pas constitué si le juge constate que la tension baisse une fois cette situation résolue, car les managers agissent dans l'intérêt du service public.

En effet, celui-ci considère que le critère de répétition n'est pas rempli, dans le sens où l'évènement occasionnant un contexte anxiogène est limité dans le temps. *Cour Administrative d'Appel de Versailles, 08 avril 2010, 09VE00187.*

Lorsque des réaffectations s'expliquent par des nécessités de service ou des réorganisations de charges de travail, par des fixations de priorités d'organisation, il n'y a pas de harcèlement en particulier si la

loi organise ces réaffectations (*par exemple, des mutualisations de service*). Seules des décisions prises strictement en fonction de la personne pourraient faire grief.

Les réorientations professionnelles qui s'accompagnent de formations, de moyens humains et financiers ne sont pas constitutives de harcèlement.

Cependant, le juge recherche parfois si l'intention de nuire peut être établie (force est de constater que dans ces hypothèses, ce n'est pas en principe le cas).

Des décisions de justice allant dans les deux sens en fonction des circonstances dans ces cas de figure un peu complexes à traiter, ont été rendues. En résumé, l'agent aurait dans toutes ces hypothèses à sa charge de démontrer que ces mesures discrétionnaires sont liées à sa personne.

D'une manière générale, une administration qui pratique l'accompagnement au changement ne peut en principe pas être accusée de harcèlement. Elle démontre en effet, par ce moyen, qu'elle compte prévenir la souffrance au travail. Imposer des formations obligatoires en rapport avec le poste ou ses évolutions possibles n'est pas, à titre illustratif, pas constitutif de harcèlement en soi.

Il est de l'obligation des agents de se former tout au long de leur vie professionnelle, sauf s'il est démontré que la finalité que poursuit l'administration est l'accomplissement d'une mission impossible.

Le savoir être (sourire, habillement, posture, bonne humeur, caractère extroverti...) demandé sur un poste, lorsqu'il s'explique strictement par l'intérêt général du service public et est proportionné au but recherché, n'est pas constitutif de harcèlement.

Le juge prend en compte le comportement de l'agent en particulier lorsqu'il fait preuve d'une opposition systématique aux ordres ou au changement. La jurisprudence retient que la perturbation globale du service par un agent peut expliquer les agissements dont il est par la suite victime, l'administration n'étant donc pas présumée dans cette hypothèse animée par l'intention de nuire, **puisque'elle cherche à protéger le service.**

Ce cas se présente notamment lorsqu'un agent qui se considère victime de harcèlement a en fait un comportement générateur d'une ambiance de travail devenant insoutenable pour les collègues partageant ses tâches et ses missions.

Par exemple, il a été jugé que les exigences d'intégration d'un stagiaire dans la Fonction publique, au vu de sa capacité à s'intégrer dans un collectif de travail (et pas seulement au vu de ses capacités professionnelles) ou son agressivité ne sont ni illégitimes, ni disproportionnées (*CAA de Marseille, 4 avril 2017, 16MA03582*).

Le juge a par exemple refusé de qualifier de harcèlement moral la décision de retirer certaines des tâches dévolues à un fonctionnaire qui, depuis le recrutement d'un agent chargé de l'encadrer et de reprendre une partie de ces tâches, a subi une dégradation de ses conditions de travail.

En l'espèce, le fait de retirer à l'intéressé le téléphone portable et le véhicule de service qui lui étaient confiés s'est inscrit, compte tenu de ses absences fréquentes, dans le cadre normal du pouvoir d'organisation du service.

Le critère utilisé pour refuser la qualification de harcèlement était que les agissements ne revêtaient pas de caractère vexatoire ou abusif y compris la dégradation de sa notation, et les contrôles effectués durant ses congés de maladie. **En effet, ces actions ont été motivées par les difficultés du fonctionnaire à travailler en équipe et par l'organisation du service** (*Conseil d'État, 30 décembre 2011, 332366*).

Les réaffectations pour insuffisance professionnelle ne caractérisent pas un harcèlement moral : *CAA de Marseille, 14 mars 2017, 16MA02213*.

La jurisprudence estime enfin que le supérieur hiérarchique, lorsqu'il a des missions complexes, et que ses méthodes de travail s'expliquent par cette complexité, n'est pas présumé auteur de harcèlement. Une affaire a été jugée en ce sens à l'éducation nationale : l'accusation de harcèlement ne fut pas retenue au motif que le contexte anxiogène s'expliquait par les difficultés à réorganiser le lycée. *Tribunal administratif de Rennes, 29 juin 2018, 1601268*.

C'est parfois aussi le cas dans les services de pompiers professionnels, de police ou de gendarmerie, compte tenu de l'urgence des situations à traiter ou de leur gravité.

4.5.4 Le comportement de la victime peut-elle influencer sur la qualification de harcèlement moral ?
OUI ET NON. La faute de l'agent n'est pas un motif automatique d'exonération du harcèlement. Le juge l'étudie toutefois pour comprendre le rôle qu'elle a pu jouer dans le dossier.

Pour apprécier s'il y a effectivement eu harcèlement moral, le juge doit tenir compte des comportements respectifs de l'agent auquel le harcèlement est reproché et de l'agent qui estime en avoir été victime.

Mais la surréaction de l'administration face à un comportement fautif peut la faire basculer dans le régime du harcèlement.

Lorsque l'existence du harcèlement moral est établie, il ne peut pas être tenu compte du comportement de l'agent qui en a été victime pour atténuer les conséquences dommageables qui en ont résulté pour lui (*Conseil d'État, 11 juillet 2011, 321225*). Autrement dit, cette circonstance n'influence pas le régime de réparation.

La jurisprudence judiciaire a retenu une solution similaire.

En cas de contentieux, les juges doivent rechercher si les faits dont ils sont saisis caractérisent un harcèlement moral, sans prendre en compte le comportement de la victime (*Cass. Crim., 27 mai 2015, 14-81489*).

Cela signifie qu'il appartient au juge de décider si au vu de l'étude des comportements respectifs des mis en cause et des victimes présumées, les faits sont constitutifs de harcèlement ou non, au vu notamment **de l'intention de nuire lors de représailles**.

- **Le juge étudie donc deux critères : la motivation de l'employeur (est-ce l'intérêt du service qui est en jeu ?) et les moyens qu'il utilise pour réprimer le comportement fautif de l'agent.**

Une surréaction qui consisterait à adopter des agissements qualifiables de harcèlement moral en représailles du comportement de l'agent n'est donc pas un motif d'exonération pour les juges.

En la matière, le raisonnement du juge administratif s'apparente à celui qu'il tient en matière de détournement de pouvoir. Il vérifie si l'administration se comporte comme une personne privée lorsqu'elle fait usage du pouvoir hiérarchique, c'est-à-dire si elle l'utilise à des fins personnelles ou détournées.

Par exemple, en donnant à l'agent des missions impossibles (techniques de « piège ») pour le déstabiliser, le juge considère que l'administration sort de l'exercice normal de son pouvoir hiérarchique.

Si par exemple un chef de service, afin de se débarrasser de son collaborateur, le prive de réunions, lui fixe des objectifs impossibles à atteindre, il rentre pour le juge dans le champ d'application des textes sur le harcèlement y compris si ce comportement est effectué en réponse à un comportement fautif de l'agent.

Il convient donc de faire un usage normal du pouvoir hiérarchique en respectant notamment les procédures prévues par le Statut pour rappeler l'agent à l'ordre. Afin de recadrer un subordonné, les moyens employés doivent être loyaux et réguliers.

D'autre part, une fois que le harcèlement est qualifié, les indemnisations qui en découlent sont dues.

4.6 Les agissements sexistes, un terme à bien définir : une graduation, des faits infra-pénaux jusqu'au harcèlement sexuel

Le terme le plus problématique, utilisé par le décret, est celui d'agissement sexiste. Il recouvre en effet des réalités très disparates.

Les degrés de gravité et les sanctions liées à ces agissements sont extrêmement divers, puisqu'il peut s'agir autant d'attitudes irrespectueuses relevant de préjugés à l'égard des femmes que d'attouchements, de harcèlement sexuel, **lorsqu'on utilise cette notion dans le sens commun : le sens juridique est difficile à cerner puisque la loi ne définit actuellement pas les agissements sexistes comme des infractions en les insérant dans une graduation (contravention, délit, crime)**, les textes étant éparpillés entre le droit du travail, le Statut de la Fonction publique et le Code pénal. Il faut donc reconstituer une logique d'ensemble à partir de ces sources.

Le décret signalement vise donc certains faits qui ne sont susceptibles d'aucune sanction pénale, et à l'inverse il ne précise pas si des faits susceptibles d'être qualifiés de crimes (viol) ou de délits (attouchements) sont concernés, ce qui implique qu'aucun fondement ne permet de les exclure totalement d'un dispositif de signalement, bien qu'on ne sache pas exactement comment les traiter en droit administratif pur.

Il semble, sous réserve d'interprétation du juge, que les crimes et les délits les plus graves (viols, attouchements) sortent du champ d'application du décret, non pas dans le sens où ils ne peuvent pas être signalés, mais dans le sens où ils ne peuvent être traités directement par l'autorité administrative sans le concours de l'autorité judiciaire.

Le Centre de gestion incite donc à la prudence vis-à-vis des signalements d'actes sexistes.

Le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes propose des exemples et des définitions d'agissements sexistes non sanctionnés mais interdits par la loi¹². La réflexion porte donc sur la pertinence des rappels à l'ordre, de la prévention, le cas échéant de sanctions disciplinaires.

Le règlement intérieur peut par exemple les mentionner. Le Code du travail n'est pas applicable aux agents territoriaux, aussi les références issues de ce code sont données à titre indicatif. Il semble que le décret signalement ait voulu faire référence à ces dispositions issues du Code du travail qui sont reprises dans le Code général de la fonction publique.

¹² C'est le paradoxe du code du travail en matière d'agissements sexistes. Ils sont illicites sans être assortis de sanctions explicites.

Néanmoins, au titre de la prévention des risques professionnels, la situation des agents territoriaux étant régie par le livre IV du Code du travail, il y a comme un renvoi implicite. C'est donc en termes de prévention de ces risques, de nature psycho-sociale, que l'analogie a un sens du point de vue juridique.

L'article 20 de la loi 2015-994 du 17 août 2015 a inséré un nouvel article L. 1142-2-1 dans le Code du travail relatif à l'interdiction de tout « agissement sexiste ».

Cette disposition est issue de la loi 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations qui interdit « *tout agissement lié à un motif de discrimination* ». Autrement dit, le Code du travail considère l'agissement sexiste comme relevant au moins en partie de la discrimination ou d'agissements discriminatoires, au sens de la loi de 2008.

Aussi c'est avant tout une réglementation issue du secteur privé qui a servi d'inspiration au décret signalé. Par conséquent, au niveau des collectivités territoriales, cette réglementation peut inspirer des plans d'action, de prévention, ou des règlements intérieurs.

Il convient de rappeler qu'aucun texte ne fixe un lien automatique entre ces agissements et l'opportunité d'une sanction disciplinaire ainsi que le choix de son niveau, hormis lorsque ces faits relèvent du harcèlement sexuel au vu de leur gravité et de leur répétition : dans ce dernier cas, le principe d'une sanction peut être justifié, son niveau restant à l'appréciation de l'employeur.

Le code général de la fonction publique mentionne que le harcèlement sexuel est passible de sanctions disciplinaires, sans préciser quel groupe de sanction il convient de choisir pour de tels faits.

- **Il convient donc de distinguer parmi les agissements sexistes, ceux qui relèvent du harcèlement sexuel de tous les autres. L'automatisme de la sanction pour tout type d'agissement sexiste doit être évité. Il convient de mener une réflexion au cas par cas.**

La frontière n'est pas évidente à établir puisque les textes conservent les deux notions sans expliquer leur articulation (*le harcèlement sexuel est-il devenu une variante de l'agissement sexiste, ou reste-t-il un agissement d'une autre nature, sorte de variante du harcèlement moral, constituant un délit à part entière distinct de l'agissement sexiste ?*).

4.6.1 Définition de l'agissement sexiste

L'article L. 1142-2-1 du Code du travail est ainsi libellé : « *Nul ne doit subir d'agissement sexiste, défini comme tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ».

La notion de répétition n'est pas mentionnée, il s'agit donc d'agissements distincts du harcèlement sexuel sans que la frontière ne soit parfaitement fixée car l'article ne dresse pas de liste des agissements inclus ou exclus en les hiérarchisant. Par exemple, le Code pénal ne prévoit pas de contravention pour les agissements sexistes.

On ne sait pas si le harcèlement sexuel est une simple variante de l'agissement sexiste car au vu du Code pénal seul le harcèlement sexuel constitue clairement un délit, ou l'injure sexiste dans les conditions présentées dans ce guide.

Le Code pénal ne prévoit pas de peines ou d'amendes pour les agissements sexistes en tant que catégorie générale, sauf à réussir à les relier au délit de discrimination. Il ne semble pas que le texte vise des faits tels que des préjugés maladroits ou des expressions de stéréotypes sur les femmes (ou les hommes d'ailleurs).

La loi définit l'agissement sexiste comme résultant d'un « *environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* » ... C'est sans doute le terme d'environnement qu'il convient de prendre en compte pour bien appréhender l'intention du législateur. Si cet environnement n'a pas été créé, l'agissement semble ne pas relever d'une catégorie de faits entrant dans le régime de la sanction disciplinaire.

Ces agissements peuvent entraîner des conséquences pour les salariés qui en sont victimes et perturber le bon fonctionnement du service. C'est donc peut-être plutôt en termes de prévention des risques psycho-sociaux qu'il convient de comprendre cette introduction des agissements sexistes dans la loi.

Le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle propose une interprétation de la notion d'agissement sexiste : pour caractériser les agissements sexistes y compris non passibles de sanctions pénales, trois éléments doivent en outre être réunis.

1. *L'existence d'un élément ou de **plusieurs éléments de fait**, pouvant prendre différentes formes (comportement, propos, acte, écrit), **subi(s) par une personne**, c'est-à-dire non désiré(s) ; Autrement dit des éléments voire des **preuves matérielles concordantes** ;*

2. *l'agissement, doit avoir pour objet ou pour effet de **porter atteinte à la dignité du/de la salariée ou créer un environnement de travail intimidant, hostile, humiliant ou offensant**. Si les conditions de ce climat ne sont pas réunies, l'agissement est considéré comme un conflit ponctuel relevant de l'organisation du travail, de la politesse ou du civisme (exemple : un mauvais regard, le fait de dire Monsieur le Maire au lieu de Madame le Maire, de faire un compliment ponctuel de type vous êtes sexy aujourd'hui...). Un environnement hostile doit être créé et détectable ;*

3. ***L'existence d'un lien entre les agissements subis et le sexe de la personne** : un salarié subit ces agissement(s) de manière répétée parce qu'elle est une femme, ou parce qu'il est un homme. En quelque sorte, le caractère discriminatoire de l'agissement doit être démontré. Il se peut que l'agissement ne soit pas nécessairement lié au sexe de la personne.*

Les facteurs qui seraient de nature à caractériser un agissement sexiste sont donc : la fréquence de la conduite et son installation dans la durée, la situation du/de la salariée au sein de l'entreprise.

Peuvent être constitutifs - selon le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle- d'agissements sexistes à l'encontre d'une salariée, des agissements à caractère sexiste qui ne le/la visent pas personnellement. *Exemple : une salariée qui n'a pas été personnellement visée par les agissements sexistes, mais qui a été exposée quotidiennement à un environnement sexiste, à des propos ou comportements à caractère sexiste dans le cadre du travail, et qui ne peut plus remplir ses missions dans un climat serein.*

4.6.2 Exemples pris par le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle

Ces exemples sont pris à titre indicatif et il convient de rappeler qu'ils ne sont pas à priori constitutifs d'une infraction pénale aboutissant sur une sanction. Le harcèlement est quant à lui, constitutif d'une infraction, mais il est distinct de ces agissements car sa définition est fixée par les textes.

Le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle donne des pistes de compréhension, **indépendamment d'une démarche de qualification juridique** :

- Critiquer une femme parce qu'elle n'est pas « féminine », ou un homme parce qu'il n'est pas « viril » peut caractériser l'agissement sexiste. *Exemple : une femme se voit régulièrement*

reprocher un comportement dit « masculin », son apparence physique peu féminine et fait l'objet de dénigrement. Un homme se voit régulièrement traiter de « femmelette » ;

- adopter une conduite verbale ou une posture corporelle qui montre de l'hostilité envers une personne en raison de son sexe ; ne pas prendre les compétences des salariées au sérieux et les humilier. Par exemple, critiquer leur présence à des postes de direction ou leur surreprésentation dans un secteur traditionnellement masculin ;
- user d'épithètes sexistes, ou faire des commentaires humiliants ou désobligeants, proférer des menaces ou tout autre comportement verbal ou physique fondé sur le sexe de la personne ;
- faire des « blagues sexistes » **de manière répétée** à une collègue dont le caractère suffisamment intimidant ou offensant soit démontré ;
- demander régulièrement à une femme sous sa responsabilité d'être présente à une réunion avec tel ou tel vêtement dans le but d'attirer l'attention.

4.6.3 Le harcèlement sexuel

Le Statut de la Fonction publique et le Code pénal s'accordent pour considérer que le harcèlement sexuel constitue une violation à la loi : dans le premier cas passible d'une sanction disciplinaire, et dans le second constitutif d'une infraction.

Le signalement de ce type de faits est plus aisé à traiter car à l'instar des violences physiques et contrairement au harcèlement moral, la nature des agissements est plus flagrante. Les situations auxquelles la loi fait référence sont mieux identifiables.

De plus, le critère de répétition n'est pas toujours exigé. Seul le recueil des preuves peut poser problème lorsque les faits se déroulent en privé entre deux agents. Il convient de réunir des éléments pour que l'agent puisse bénéficier de la protection fonctionnelle ou pour prendre des mesures envers l'auteur.

Le Code général de la fonction publique définit ainsi le harcèlement sexuel :

« Aucun fonctionnaire ne doit subir les faits :

*a) Soit de harcèlement sexuel, constitué **par des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés** qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit **créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante** ;*

*b) Soit assimilés au harcèlement sexuel, consistant en toute forme de **pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers...***

*...Est passible d'une **sanction disciplinaire tout agent ayant procédé ou enjoint de procéder aux faits de harcèlement sexuel** mentionnés aux trois premiers alinéas. »*

Le harcèlement sexuel constitue un délit pouvant être jugé par les juridictions pénales au titre des mêmes faits. Le Code pénal est rédigé de manière assez similaire :

Article 222-33 du Code pénal

« I. - Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle ou sexiste qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante.

L'infraction est également constituée :

1° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime par plusieurs personnes, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée ;

2° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime, successivement, par plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition.

II. - Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers.

III. - Les faits mentionnés aux I et II sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende. »

Ces peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende lorsque les faits sont commis dans certaines circonstances énumérées dans le code :

1° Par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;

2° Sur un mineur de quinze ans ;

3° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur ;

4° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de leur auteur ;

5° Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ;

6° Par l'utilisation d'un service de communication au public en ligne ou par le biais d'un support numérique ou électronique ;

7° Alors qu'un mineur était présent et y a assisté ;

8° Par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait.

- **Les remarques du présent guide sur le harcèlement moral sont valables pour le harcèlement sexuel concernant le critère de répétition. Nous vous y renvoyons.**

Les faits répétés doivent porter sur des propos à connotation sexuelle, c'est-à-dire manifestant des attitudes qui démontrent une volonté de passer à l'acte sur le plan sexuel, à partir de menaces, d'intimidation, de chantages, ou à défaut de propos hostiles ou offensants en cas de refus ou de silence prolongé de la victime.

Contrairement au viol, il n'y a pas de nécessité de constater un passage à l'acte, simplement de constater la pression psychologique effectuée en vue d'obtenir un acte à caractère sexuel.

- **Il convient de veiller à ce que le « harcèlement amoureux » ne soit pas confondu avec ce type d'agissement. Le texte parle bien de propos à connotation sexuelle et non à connotation affective (faits renvoyant au flirt par exemple, galanterie exagérée, absence de propos vulgaires ou de chantage, respect du consentement sans menaces ou insultes, manifestations d'attitudes désespérées par suite d'une rupture...).**

Il ne semble pas sous réserve de l'avis du juge, que les faits ou propos répétés ne faisant pas référence à des actes ou des désirs sexuels, mais à l'expression de sentiments amoureux, fassent parti du champ d'application de ces textes dès lors qu'aucune menace ou intimidation ne sont établies. Il s'agit tout au plus dans ce cas d'espèce, d'un problème déontologique qui nécessite des rappels à l'ordre.

Toutefois, l'originalité du harcèlement sexuel est que les textes prévoient une dérogation au critère de répétition : peut être assimilé au harcèlement sexuel, toute forme de pression grave exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle.

- **Cette rédaction fait notamment référence au chantage à l'avancement ou aux possibilités d'amélioration des relations sociales de la personne dans la collectivité, en échange d'une faveur sexuelle.**

4.6.4 Le viol et les attouchements

Ce type d'agissement sort du contexte de la sanction disciplinaire. Ils relèvent clairement de la loi pénale, ce sont des crimes ou des délits, car il y a passage à l'acte.

Le décret pose en ce sens un problème d'application. Il s'agit d'une certaine manière de violences, le décret ne précisant pas quels types de violences sont visées, certaines étant qualifiables de crimes ou délits.

Pour les attouchements, le Code pénal prend en compte le critère de consentement bien qu'il précise que certains attouchements sont interdits même dans l'hypothèse où il y a consentement (*par exemple, personnes vulnérables, mineurs*).

Il évoque en outre les parties du corps concernées. Compte tenu de la précision des textes, nous vous conseillons en cas de doute de contacter un avocat pénaliste.

En résumé, les voies judiciaires sont les plus appropriés et le dépôt de plainte auprès des services compétents de police ou de gendarmerie semble être incontournable, l'employeur devant seulement prendre des mesures conservatoires comme l'octroi de la protection fonctionnelle et l'éloignement de l'auteur sans délais.

L'appréciation de la matérialité des faits nécessite l'enclenchement de procédures judiciaires si les faits se sont commis en privé, y compris dans les locaux d'une collectivité.

La juridiction administrative peut difficilement se prononcer sur de tels faits considérant qu'ils se détachent de la simple relation de travail entre un agent public et son administration et qu'ils relèvent purement et simplement d'infractions pénales. L'intervention d'un médecin est nécessaire pour constater des lésions.

Une enquête judiciaire mérite d'être menée.

4.7 Les discriminations de tout type : une notion jurisprudentielle

La notion de discrimination pose elle aussi un problème de sémantique entre la signification du sens commun et la signification juridique. Le sentiment de discrimination est omniprésent lorsque des agents ressentent une inégalité de traitement qu'ils estiment injustifiée à tort ou à raison.

- **Le droit distingue la discrimination directe et indirecte, la seconde étant plus difficile à repérer.**

4.7.1 Définition de la discrimination dans les textes de loi

Loi 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations :

« Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de (25 critères) une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.

Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs ci-dessus, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ».

Cette rédaction complexe mérite des explications afin de bien cerner l'intention du législateur. En substance, il n'y a pas de présomption de discrimination simplement du fait qu'une personne entre dans les 25 critères définis par loi (sexe, handicap, origine ou nationalité etc...). Encore faut-il qu'il y ait une inégalité de traitement irrégulière et injustifiée aux yeux de la loi sur un de ces motifs.

Les articles 225-1 et 225-2 du Code pénal considèrent les discriminations comme des infractions mais ne rentrent pas en détail dans le domaine des relations de travail, sauf en matière de recrutement. L'article 225-3 prévoit des exceptions à l'interdiction générale des discriminations lorsqu'elles peuvent être légitimées par certaines finalités (nationalité, handicap etc...).

- **Les discriminations peuvent être punies de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.**

Il convient d'analyser et de démontrer que l'agissement discriminatoire ait pour effet ou pour finalité de traiter une personne de manière différente qu'une autre dans une situation comparable (la comparaison doit avoir un sens, par rapport aux situations juridiques et de fait des individus comparés) et que l'agissement s'explique uniquement par des motivations étrangères au service public.

Par exemple, un contractuel de la Fonction publique et un titulaire ne sont pas soumis aux mêmes règles juridiques concernant la rémunération, le recrutement ou l'évolution professionnelle, la notion de carrière étant réservée aux fonctionnaires.

Une personne ayant la nationalité française jouit de droits parfois différents de ceux d'un étranger disposant d'une carte de résident (*exemple : droit de vote, accès aux concours de la Fonction publique*).

Mais la comparabilité concerne aussi des situations de fait et non seulement de droit (*par exemple, une personne en perte d'autonomie ne peut prendre des décisions seule, il convient parfois de la protéger contre elle-même, une personne sous contrôle judiciaire voit ses libertés restreintes pour protéger la société etc ...*).

L'impératif de protection des personnes peut prévaloir sur celui de la non-discrimination.

Certains licenciements pour inaptitude ont été validés par les juges du travail, à condition que l'employeur n'ait aucune solution de reclassement, et que la décision ait été prise sur le fondement de la longueur de l'absence, perturbant le fonctionnement de l'entreprise, et non sur la qualité de travailleur handicapé du salarié concerné.

Le juge étudie toutefois la validité du motif en vérifiant l'ensemble des moyens mis en œuvre. En matière de recrutement, on parlera par exemple de garantie de l'égalité des chances.

Il n'y a donc pas de discrimination lorsque l'administration poursuit des finalités légitimes et que les moyens pour les atteindre ne sont ni illégaux, ni disproportionnés.

Le principe de laïcité par exemple, implique que l'interdiction de port de signes religieux dans l'espace public n'est pas discriminatoire envers les adeptes d'une religion, idem pour les agents du service public.

En sens inverse, lorsque les situations sont comparables en droit et en fait, la discrimination peut être invoquée. Charge au requérant de le prouver, et à l'administration d'apporter la preuve du contraire.

En matière d'avancement de grade et de promotion interne par exemple, des critères légaux sont fixés et il convient de les respecter dans le choix des promus. L'agent invoquant la discrimination devra démontrer que malgré la prise en compte de ces critères, leur application a créé une discrimination à son égard.

Deux agents titulaires peuvent invoquer la discrimination en matière de rémunération uniquement dans l'hypothèse où à partir des mêmes critères d'évaluation, les primes sont inégales sans considération de la manière de servir (par exemple deux agents placés dans un même groupe de fonctions travaillant de manière identique). C'est l'application du principe de « *à travail égal, salaire égal* ».

Un contractuel ne peut en revanche pas évoquer en principe la discrimination dès lors qu'il est régi par les clauses de son contrat, dans l'hypothèse où il se comparerait à un titulaire, cette remarque étant valable dans le sens inverse. Il pourrait par exemple l'invoquer par rapport à un autre agent contractuel au nom du principe de comparabilité.

Il convient donc de porter une attention particulière à ce que les 25 critères de la loi (sexe, âge, lieu de résidence etc...) n'aient pas pour conséquence de créer une présomption de discrimination, en évoquant systématiquement le motif que les agissements de l'administration s'expliquent par l'appartenance de son agent à ces catégories.

En revanche, lorsque l'inégalité de traitement est établie malgré la comparabilité des situations, le juge prend également en compte la légitimité des critères utilisés pour trancher le litige au nom du principe général du droit à la non-discrimination, supérieur à tout texte écrit.

La loi parle en effet de dispositions (juridiques), de critères ou de pratiques. Il n'est donc pas improbable que le juge puisse considérer qu'au nom d'un principe général du droit (égalité ou non-discrimination) l'application apparemment neutre d'une disposition d'une loi ou d'un décret puisse aboutir à des situations discriminatoires et à ce titre, considérer que le critère ou la pratique utilisée pour mettre en œuvre un texte est discriminatoire et non conforme à l'esprit de la loi, malgré une lecture littérale.

Il convient donc notamment en matière de gestion des ressources humaines, de vérifier les critères utilisés pour garantir une équité de traitement des agents en matière de paye, de recrutement, de

carrière ou autre, y compris lorsque les textes réglementaires posent déjà un cadre juridique, mais également **en matière de relations sociales**.

4.7.2 Les règles de preuve en justice administrative : une discrimination ne peut simplement être alléguée

Les caractéristiques propres au contentieux des discriminations ont rendu nécessaire la définition de règles de preuve spécifiques.

Le requérant soumet au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte au principe de non-discrimination, et le juge incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision contestée « *repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ». **C'est le même principe du contradictoire qui s'applique en matière de harcèlement.**

Les règles ainsi dégagées font application de principes traditionnels quant aux pouvoirs du juge dans l'instruction des dossiers et à l'établissement de la preuve par le débat contradictoire.

4.7.3 Exemples d'application en matière de droit de la Fonction publique

Des distinctions peuvent être opérées entre les fonctionnaires selon les éventuelles inaptitudes physiques à exercer certains emplois, ou l'âge, sous certaines conditions, en matière de recrutement et de carrière.

La loi organise un régime de preuve favorable aux personnes qui s'estiment victimes de discrimination (article 4, loi 2008-496 du 27 mai 2008). Dans ce cadre, il appartient à l'agent qui reproche à son employeur une mesure empreinte de discrimination d'apporter des éléments de fait susceptibles de faire présumer son existence.

Pour sa défense, l'employeur doit en retour produire des éléments de fait permettant d'établir que la mesure est fondée sur des considérations objectives étrangères à toute discrimination (*Conseil d'État, 22 février 2012, 343410*).

Ainsi, dans un cas d'espèce, le juge a considéré, au vu des pièces présentées par les deux parties, que le refus d'inscription sur une liste d'aptitude de promotion interne d'un agent exerçant des responsabilités syndicales était étranger à toute discrimination de la part de la collectivité (*Conseil d'État, 29 mai 2020, 422294*).

Le principe permet de demander au juge l'annulation d'une mesure discriminatoire même si elle ne porte atteinte ni aux perspectives de carrière, ni à la rémunération d'un agent (*Conseil d'État, 15 avril 2015, 373893*).

Dans le contentieux de la Fonction publique, certaines mesures intéressant les agents sont traditionnellement regardées comme des mesures d'ordre intérieur qui ne sont pas susceptibles de recours. Le droit administratif exclut donc ces mesures du champ d'application des textes relatifs à la discrimination.

Il en va ainsi notamment de simples changements d'affectation ou d'une modification des tâches, dès lors qu'ils ne touchent pas aux droits statutaires et qu'ils sont sans conséquence sur la rémunération, la carrière ou les responsabilités.

- **Tout en maintenant cette jurisprudence générale, le Conseil d'État y a fait une exception, dans le cas où la mesure contestée traduirait une discrimination. Il faut avancer pour cela des arguments précis et concordants de nature à faire présumer une discrimination.**

En matière de concours, toutes les appréciations qui font entrer en ligne de compte les origines ethniques ou les convictions religieuses sont fermement condamnées comme discriminatoires. En posant à un candidat des questions sur son origine et sur ses pratiques confessionnelles et sur celles de son épouse, le jury entache le concours d'illégalité (*Conseil d'État, 10 avril 2009, 311888*).

4.7.4 La notion complexe de discrimination indirecte

Cette notion est très difficile à appréhender. Nous ne conseillons pas de l'utiliser pour évaluer s'il y a suspicion de discrimination à ce motif, car la jurisprudence est très fluctuante sur ce terrain. On peut s'en emparer dans le cadre de réflexions sur la politique de ressources humaines. Il s'agit de vérifier si certaines mesures touchent statistiquement certains groupes de personnes de manière disproportionnée.

La discrimination indirecte est une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié(e) par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but soient nécessaires et appropriés.

Par exemple, les dispositifs de la politique de la ville ne sont pas discriminatoires en tant qu'ils visent à corriger de manière proportionnée des inégalités, ou l'aménagement d'épreuves de concours pour les travailleurs handicapés. Cette notion inspire des mesures telles que l'obligation de recruter un certain pourcentage de travailleurs handicapés.

Le concept de discrimination indirecte légitime la discrimination positive. Celle-ci est acceptable lorsqu'elle est limitée dans le temps et l'espace, qu'elle est expérimentale, et qu'elle utilise des moyens mesurés. La pérennité de ce type de mesure n'est pas en principe possible.

Autrement dit, si le résultat d'une disposition conduit à traiter défavorablement une personne ou un groupe de personnes pouvant se rattacher à un critère interdit (sexe, âge, orientation sexuelle...), la loi considère qu'il y a potentiellement discrimination indirecte. Le caractère involontaire de ces discriminations empêche toutefois de les faire rentrer dans le régime des sanctions pénales de manière automatique, puisqu'il s'agit de discriminations qui ne sont pas organisées par une personne physique ou morale particulière.

- **Par exemple, ne pas permettre aux salariés à temps partiel de bénéficier d'une prime, alors que plus de 80% des salariés à temps partiel sont des femmes, pourrait à ce titre être considéré comme une discrimination par une juridiction du travail, à moins que cette prime ne soit versée au prorata. Les juridictions du travail ont été amenées parfois à identifier des situations discriminatoires involontaires, au cas par cas.**
- **La logique du juge administratif est légèrement différente. En effet, l'administration exerce des prérogatives de puissance publique et de nombreuses mesures sont par conséquent présumées être encadrées et dictées par des impératifs d'intérêt général, comme l'aptitude physique des fonctionnaires, les restrictions d'âge pour l'accès à certaines fonctions.... Cette notion de discrimination indirecte pose donc de nombreux problèmes d'application.**

FOCUS : LES 25 CRITERES INTERDITS DE DISCRIMINATION

La loi fixe une liste de 25 critères, sans hiérarchie de gravité, selon lesquels un individu ne doit pas être traité différemment dans une situation comparable :

- L'apparence physique
- L'âge
- L'état de santé
- L'appartenance ou non à une prétendue race
- L'appartenance ou non à une nation
- Le sexe
- L'identité de genre
- L'orientation sexuelle
- La grossesse
- Le handicap
- L'origine
- La religion
- La domiciliation bancaire
- Les opinions politiques
- Les opinions philosophiques
- La situation de famille
- Les caractéristiques génétiques
- Les mœurs
- Le patronyme
- Les activités syndicales
- Le lieu de résidence
- L'appartenance ou non à une ethnie
- La perte d'autonomie
- La capacité à s'exprimer dans une langue étrangère
- La vulnérabilité résultant de sa situation économique

Quelques exemples de domaines concernés par la discrimination :

- L'accès à l'emploi
- L'accès au logement
- L'éducation et la formation : conditions d'inscription, d'admission, d'évaluation
- La fourniture de biens et services qu'ils soient privés ou publics : accès à une boîte de nuit, à un restaurant, à un bâtiment public, souscription d'un crédit, accès à des services sociaux...
- L'accès à la protection sociale

5 Éléments de procédure : outils juridiques, compétences de l'employeur, compétences judiciaires

5.1 Ce qu'il est possible de faire pour éviter les contentieux

5.1.1 Question introductive fondamentale : lorsqu'un agent veut aller en justice peut-il y avoir une médiation ou une conciliation entre deux protagonistes, agents ou élu(s) ?

Cette question est irrésolue par des sources littérales.

Rien ne l'autorise expressément et rien ne l'interdit. Si cela ne relève pas à priori de la médiation « judiciaire » au sens du code de justice administrative par exemple, ce pourrait être de la médiation professionnelle.

Cette situation est assez paradoxale en droit de la Fonction publique car l'article L. 1152-6 du Code du travail le prévoit expressément.

« Une procédure de médiation peut être mise en œuvre par toute personne de l'entreprise s'estimant victime de harcèlement moral ou par la personne mise en cause.

Le choix du médiateur fait l'objet d'un accord entre les parties.

Le médiateur s'informe de l'état des relations entre les parties. Il tente de les concilier et leur soumet des propositions qu'il consigne par écrit en vue de mettre fin au harcèlement.

Lorsque la conciliation échoue, le médiateur informe les parties des éventuelles sanctions encourues et des garanties procédurales prévues en faveur de la victime. »

Le chaînon manquant avec le droit administratif est que le Code général de la fonction publique renvoie uniquement vers le Livre IV du Code du travail en matière d'hygiène et de sécurité.

Or le livre IV dudit code pose le principe de protection des travailleurs.

« Article L4121-1

L'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs.

Ces mesures comprennent :

1° Des actions de prévention des risques professionnels, y compris ceux mentionnés à l'article L. 4161-1 ;

2° Des actions d'information et de formation ;

3° La mise en place d'une organisation et de moyens adaptés.

L'employeur veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes. »

Le jeu combiné des articles précités permettrait de déduire que la médiation est un moyen de protection découlant des obligations posées par le Code du travail.

En tout état de cause, rien ne s'y oppose et seul un échec factuel en serait l'inconvénient.

Se pose toutefois la question de la portée juridique d'une telle médiation et partant, de la valeur d'un protocole d'accord en l'absence de procédure prévue par les textes. **En effet, le protocole impliquerait la renonciation à l'action en justice pour les faits de harcèlement antérieurs à sa signature mais vaudrait-il renonciation au contentieux pour des faits de harcèlement postérieurs à sa conclusion ?**

Un argument milite en faveur de la médiation admise comme solution juridique par le Tribunal administratif de Marseille : dans le litige, un chef d'établissement d'un collège du Nord de la France auprès de qui l'un des professeurs d'histoire-géographie s'était plaint de propos homophobes tenus à son égard, depuis plusieurs mois, par un autre enseignant ainsi que par un agent de service du collège, a organisé une confrontation entre les deux professeurs dans son bureau. La procédure fut validée par le juge. **Cour administrative d'appel de Douai, 25 mai 2004, req. 01DA00413.** Si donc l'administration peut éloigner un auteur de harcèlement à l'issue d'un débat contradictoire, elle peut à plus forte raison simplement confronter les agents pour élucider les faits. **Le seul risque serait de ne pas pouvoir garantir l'impartialité notamment en interne.**

5.1.2 Outils de prévention : médecins du travail, document unique, inspections

L'employeur a l'obligation d'établir et de mettre à jour le document unique d'évaluation des risques professionnels. Sans quoi, sa responsabilité avec ou sans faute peut être engagée. Or, il se trouve que désormais, le document unique doit intégrer les risques psycho-sociaux, en mettant en œuvre un diagnostic et un plan d'action.

S'il est vrai que les risques psycho-sociaux ne se limitent pas au harcèlement, violences ou discriminations, en revanche ces actes font partie des RPS, dont ils sont en quelque sorte une forme aggravée, les RPS atteignant leur paroxysme lorsqu'ils se transforment en faits de violences susceptibles de tomber sous le coup de la loi pénale.

- **Nous vous renvoyons notamment à la circulaire du 25 juillet 2014 relative à la mise en œuvre, dans la Fonction publique territoriale, de l'accord-cadre du 22 octobre 2013 concernant la prévention des risques psychosociaux.**

Cette obligation est certes posée par une circulaire, mais on peut considérer qu'elle est réglementaire, puisqu'elle résulte d'une obligation générale de prévention qui incombe à l'employeur en matière de santé physique et mentale.

C'est un principe posé par le Code du travail qui a vocation à s'appliquer de la même manière aux agents territoriaux (article L.4121-1).

La jurisprudence administrative ou judiciaire vérifie sans cesse que l'employeur s'acquitte de ses obligations en matière de prévention.

D'ailleurs, certaines affaires ne retenant pas le harcèlement aboutissent toutefois à ce que le requérant obtienne gain de cause en justice pour manquement à l'obligation de prévention, dans les hypothèses où le document unique est inexistant ou pas mis à jour.

Dans une affaire récente (*Cass. Soc. 25 septembre 2019, 17-22.224*), un salarié a demandé la condamnation de l'employeur à des dommages et intérêts en raison de l'absence du document unique d'évaluation des risques dans l'entreprise.

La Cour de cassation dans la lignée de sa jurisprudence, issue de l'arrêt du 13 avril 2016 (*14-28.293*) sur la nécessité pour le salarié de justifier de l'existence d'un préjudice, a exigé que celui-ci justifie d'un préjudice résultant du défaut d'établissement du document unique pour obtenir réparation. Cette

preuve pourrait être apportée dans le cas d'un harcèlement (*exemple : licenciement, abandon de poste, démission sous effet du harcèlement*).

- **En outre, le juge peut déterminer qu'une maladie psychique est imputable au service sans avoir besoin de retenir le harcèlement.**

Le décret signalement vise des situations déjà constituées, mais étant donné que ces situations pourraient être évitées, autant les traiter en amont au vu des risques contentieux encourus.

Si vous ne recourez pas aux services du CDG, vous devrez mettre en œuvre vous-même cette obligation via des missions d'inspection ou en faisant intervenir votre médecin du travail qui peut notamment auditionner des agents en souffrance et faire office de médiateur, étant tenu par les règles déontologiques du secret médical.

Des méthodes de rédaction de diagnostics existent. A l'heure actuelle, trois institutions proposent des méthodes concernant les diagnostics RPS :

- La DGAFP (Direction générale de l'administration et de la Fonction publique) ;
- L'INRS (Institut national de la recherche scientifique) ;
- L'ANACT (Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail).

Ces méthodes sont accessibles sur internet via des guides pratiques avec des exemples.

Il convient toutefois de rappeler que les agents chargés de fonctions d'inspection ont des obligations de formation :

- *Article 5 du décret 85-603 du 10 juin 1985 modifié relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la Fonction publique territoriale ;*
- *Arrêté du 29 janvier 2015 relatif à la formation obligatoire des assistants de prévention, des conseillers de prévention et des agents chargés des fonctions d'inspection dans le domaine de la santé et de la sécurité.*

5.1.3 Autres outils de prévention : règlement intérieur et chartes

Cet outil peut paraître désuet. Pourtant lorsque les agents connaissent les règles et qu'elles sont écrites, ils comprennent mieux le sens des rappels à l'ordre ou des sanctions.

Des chartes de bonne conduite en matière d'agissements sexistes, de harcèlement ou de violences physiques ou verbales peuvent être adoptées, précisant que tout agent est concerné quelque soit son niveau hiérarchique.

Dans un règlement intérieur, ces considérations ont leur place dans la partie relative aux droits et obligations des fonctionnaires. Une partie consacrée à l'éthique et la déontologie peut donner quelques exemples d'agissements non tolérés par la collectivité.

- **Il est vrai en revanche que ce type d'outil est inefficace si le management et la pédagogie nécessaires à son appropriation sont inexistantes et si ces documents ne sont pas mis à jour. Il convient de communiquer aux agents l'existence du règlement ou de la Charte, par tout moyen.**

5.1.4 Outil de vérification : l'enquête administrative

La procédure disciplinaire peut être une initiative menée sans enquête lorsque de nombreux éléments militent en faveur d'une culpabilité suffisante de l'auteur des faits (*ex : présence d'autres personnes témoins, écrits concordants prouvant le harcèlement...*).

Mais des situations de doute peuvent se présenter. Dans ce cas, une enquête administrative peut être menée. Il convient de rappeler que les sanctions de premier groupe ne nécessitent pas la saisine du Conseil de discipline.

Lorsqu'à l'issue d'une enquête administrative, l'autorité territoriale décide d'engager une action disciplinaire contre un agent mis en cause dans le cadre de l'enquête, ce dernier a droit à la communication de tous les documents sur le fondement desquels est engagée la procédure disciplinaire en totalité ou en partie.

Sont ainsi visés les procès-verbaux d'audition et les témoignages écrits recueillis durant l'enquête (*Conseil d'État, 23 novembre 2016, 397733*).

- **Si des enquêtes judiciaires sont en cours, il ne faut pas mettre en œuvre ce procédé car le pénal prévaut sur le droit administratif.**

L'enquête vise à établir la matérialité des accusations et des allégations recueillies afin de déterminer si elles sont ou non constitutives d'un des agissements entrant dans le champ d'application du dispositif de signalement et d'envisager des suites à donner.

L'enquête administrative n'est soumise à aucune règle ni à aucun formalisme particulier si ce n'est de respecter une certaine impartialité dans le traitement.

L'autorité territoriale est libre de définir ses modalités du moment que l'enquête soit menée de manière impartiale. Un agent n'ayant pas du tout pris part aux conflits est plus à même de mener l'enquête.

La personne chargée de l'enquête pourra auditionner tout agent concerné afin de recueillir les éléments permettant d'établir la véracité des faits à l'origine du signalement (*la victime présumée, la personne à l'origine du signalement (si différente de la victime présumée), la ou les personne(s) mise(s) en cause, les témoins, les responsables hiérarchiques directs ou indirects (N+1 ou N+2) de la victime présumée et de la personne mise en cause, toute personne demandant à être auditionnée ou dont l'audition est souhaitée par la victime présumée ou la personne mise en cause*).

L'agent qui mène les entretiens doit présenter des gages d'impartialité et de confidentialité et ne présenter aucune animosité personnelle envers l'agent victime, les témoins des faits ou l'auteur.

Il est conseillé d'établir un questionnaire commun pour l'ensemble des personnes auditionnées afin de garantir une certaine objectivité et limiter d'éventuels écarts, qui pourraient être contestés en cas de recours contentieux.

Il est également recommandé d'établir des procès-verbaux d'audition signés par chaque personne entendue afin que l'enquête soit la moins contestable possible.

Privilégiez le style direct pour retranscrire les propos et les réponses des personnes auditionnées (*exemple : À la question « ... », M/Mme X a répondu « ... »*).

Un rapport doit être rédigé par la personne chargée de l'enquête administrative auquel seront annexés tous les procès-verbaux d'audition qui doit contenir les informations recueillies à charge et à décharge et statuer sur le bien-fondé des faits ayant été signalés.

L'enquête administrative est un document communicable (article L.311-2 du Code des relations entre le public et l'administration). Cependant, les documents ayant trait à l'enquête ne sont pas communicables tant qu'ils conservent un caractère préparatoire, à savoir tant qu'aucune décision n'a été prise à la suite de la transmission des conclusions.

Une fois la décision prise par l'autorité territoriale de poursuivre l'agent mis en cause ou de renoncer à toute action, le Code des relations entre le public et l'administration et la commission d'accès aux documents administratifs (CADA) distinguent selon les documents sollicités deux types :

- **Les conclusions de l'enquête sont communicables à toute personne qui en fait la demande, y compris aux agents concernés par l'enquête, sous réserve d'occulter les mentions « portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique, nommément désignée ou facilement identifiable » et/ou « faisant apparaître le comportement d'une personne, dès lors que la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice » (article L.311-6 du CRPA).**
- **Dès lors, le nom des agents, les informations concernant la situation personnelle des personnes mises en cause ou toute retranscription de propos qui permettraient facilement de les identifier doivent être anonymisés.**
- **Les annexes contenant les procès-verbaux d'audition ne sont communicables, par nature, qu'aux personnes concernées par l'enquête, sous réserve « de l'occultation préalable des mentions dont la communication serait susceptible de porter atteinte à l'un des secrets protégés (secret de la vie privée et des dossiers personnels notamment), des passages portant un jugement de valeur ou une appréciation sur une tierce personne et de ceux qui révèlent le comportement d'une telle personne dans des conditions susceptibles de lui porter préjudice » (Avis CADA, 20175495, 22 mars 2018).**

Est ainsi visée « l'identité des auteurs de dénonciations ou témoignages dont la divulgation à un tiers, notamment à la personne visée, pourrait, compte tenu de leurs termes et du contexte dans lequel ils s'inscrivent, leur porter préjudice. À défaut de pouvoir rendre impossible l'identification de ces auteurs, l'intégralité de leurs propos doit être occultée ».

5.1.5 Outil de réparation : la reconnaissance des accidents de service ou des maladies professionnelles

La collectivité dispose également de ce levier lorsqu'elle estime que le harcèlement, les violences ou les discriminations ont pour effet d'occasionner des pathologies ou des traumatismes imputables au service. Dans ce cas, l'employeur devra prendre en charge les soins occasionnés par la maladie, cela pouvant lui éviter une action en justice, s'il estime que les conditions de l'imputabilité sont remplies.

À noter que tout refus d'imputabilité doit être motivé et que le conseil médical plénier doit être saisi en cas de doute.

Pour les dommages physiques, les preuves sont plus évidentes. Les maladies psychiques étant des maladies hors tableau de la sécurité sociale, il revient à l'agent de fournir la preuve de l'imputabilité de sa maladie au service et à l'employeur de statuer sur la demande après éventuelle saisine de la Conseil médical plénier.

Tout refus doit être motivé, et une erreur expose à ce que l'agent saisisse la juridiction administrative compétente pour annuler la décision de refus de reconnaissance du caractère professionnel de la maladie. Le juge administratif tranchera en fonction des éléments apportés par l'agent et de l'avis d'un

conseil médical. C'est une alternative à la protection fonctionnelle lorsque l'agent souhaite voir sa santé préservée au lieu de saisir la justice.

5.1.6 Outil de protection : la protection fonctionnelle

La protection fonctionnelle peut être mise en œuvre en cas de violences physiques ou de harcèlement, de violences sexuelles, mais plus rarement en cas de violences verbales dont le caractère de gravité n'est pas établi.

- **Exemple : de simples critiques ne constituent pas une attaque et n'ouvrent pas droit à la protection (Conseil d'État, 24 février 1995, 112538) ce qui n'est pas le cas des appréciations diffamatoires dans un ouvrage (Conseil d'État, 14 février 1975, 87730).**

Il suffit que l'agent vous présente des éléments concordants laissant présumer l'existence de ces faits, comme des documents ou des témoignages permettant d'établir un doute sérieux sur l'authenticité des faits. L'octroi de la protection fonctionnelle n'a pas à être motivé en droit si un doute raisonnable penchant en faveur de l'agent est établi.

Les preuves servent en fait d'éléments de décision (et non de fondement juridique) afin d'étudier l'opportunité notamment de rembourser des frais de justice si les faits ne sont pas suffisamment avérés. L'enquête administrative peut servir à les établir.

En revanche, un refus de protection fonctionnelle doit être fondé en fait et en droit, vous devez pouvoir expliquer à l'agent pourquoi sa demande est rejetée. S'il n'y a aucun élément étayant les dires de l'agent, le refus reste possible.

Rappelez-vous toutefois que cette décision défavorable fait grief et est susceptible de recours devant la juridiction administrative.

La protection fonctionnelle peut prendre plusieurs formes, mais il faut protéger la victime.

Si elle le souhaite et que cela constitue le seul moyen de régler le conflit, les frais de justice doivent être pris en charge (civiles, pénales). Vous pouvez au lieu d'opter pour cette solution, engager une sanction disciplinaire contre l'auteur des faits ou l'éloigner de la victime avec ou sans le concours de la force publique.

- **Sur le plan financier, le décret 2017-97 permet de les négocier avec un avocat que l'agent choisirait pour sa défense, le cas échéant d'en chercher un autre si les honoraires paraissent excessifs.**

Une autorité territoriale ne peut accorder la protection fonctionnelle contre elle-même (Maire, Président).

Le juge administratif a été amené à statuer sur une telle demande, en l'espèce de la part d'un directeur général des services à l'égard de son élu (*CAA de Nantes, 2 février 2021, 19NT01828*).

Par conséquent, lorsque le mis en cause est l'autorité territoriale elle-même, seule une issue contentieuse semble possible pour l'agent, ce qui complexifie la gestion de ce type de situations, sauf à recourir à des procédures de conciliation ou de médiation.

5.2 Les enjeux des procédures contentieuses

5.2.1 Harcèlement et diffamation : à quelles conditions peut-on se retourner contre un signalement dont on conteste le contenu s'il y a action contentieuse ?

Un employeur doit être très prudent en matière d'impartialité dans le traitement du signalement car certaines actions peuvent être retenus contre lui en raison d'une entrave au signalement. Inversement, un agent a l'obligation d'être de bonne foi même s'il se trompe partiellement sur les faits ou leur qualification (Conseil d'État, 08/12/2023, req. 435266). La connotation du terme harcèlement induit parfois à une attitude de fuite face à l'étude des faits en discussion, avec un sentiment d'attaque personnelle. Il convient de traiter la situation avec sang-froid et objectivité.

L'article L 133-3 du CGFP précise :

« *Aucun agent public ne peut faire l'objet de mesures mentionnées au premier alinéa de l'article L. 135-4 pour avoir :*

1° Subi ou refusé de subir les faits de harcèlement sexuel mentionnés à l'article L. 133-1, y compris, dans le cas mentionné au 1° du même article L. 133-1, si les propos ou comportements n'ont pas été répétés, ou de harcèlement moral mentionnés à l'article L. 133-2 ;

2° Formulé un recours auprès d'un supérieur hiérarchique ou engagé une action en justice visant à faire cesser ces faits ;

3° De bonne foi, relaté ou témoigné de tels faits. »

Dans les cas prévus aux 1° à 3° du présent article, les agents publics bénéficient des protections prévues aux I et III de l'article 10-1 et aux articles 12 à 13-1 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. »

Cet article est rédigé de manière quasi identique à celle du code du travail (article L.1152-2).

Une accusation de diffamation contre un agent lanceur d'alerte doit donc être particulièrement étayée **en dehors d'une hypothèse de mauvaise foi**, c'est-à-dire que l'agent a le droit de se tromper partiellement sur l'exactitude des faits (dans le détail) ou leur qualification juridique (de harcèlement, discrimination etc...).

Une approche tatillonne qui consisterait à démontrer que les détails du récit de l'agent sont inexacts pris un par un est donc inutile pour pouvoir utiliser contre lui le moyen de diffamation, car le harcèlement est une intention de nuire évaluée au regard de la globalité des faits signalés.

Néanmoins, la protection de l'agent n'est pas sans encadrement.

En effet, la diffamation est une des limites à la liberté d'expression. Mais elle concerne la forme de la dénonciation, non la vérité ou la fausseté des propos. Par exemple, un tribunal peut retenir la diffamation alors que les propos sont exacts, et inversement ne pas la retenir alors que les propos, bien qu'inexactes, sont tenus de bonne foi.

La diffamation est définie ainsi à l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 :

« *Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte **à l'honneur ou à la considération** de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation ».*

On peut donc se demander dans quelle mesure un agent peut voir sa dénonciation d'une situation de harcèlement qualifiée de diffamation. Le simple fait d'accuser de harcèlement n'est une circonstance qui, prise de manière isolée, caractériserait la diffamation.

Il résulte d'une jurisprudence judiciaire constante que lorsqu'il est établi que le salarié avait connaissance de la fausseté des faits de harcèlement allégués, la mauvaise foi de celui-ci peut être caractérisée et la qualification de diffamation peut, par suite, être retenue. **C'est-à-dire qu'il faut démontrer qu'il a une intention de nuire à son employeur par intérêt, que cet intérêt soit financier ou immatériel.**

Dans un arrêt du 26 novembre 2019, la Cour de Cassation précise l'hypothèse dans laquelle le salarié peut être poursuivi pour diffamation :

« La personne poursuivie du chef de diffamation après avoir révélé des faits de harcèlement sexuel ou moral dont elle s'estime victime peut s'exonérer de sa responsabilité pénale, en application de l'article 122-4 du code pénal, lorsqu'elle a dénoncé ces agissements, dans les conditions prévues aux articles L. 1152-2, L. 1153-3 et L. 4131-1, alinéa 1er, du code du travail, auprès de son employeur ou des organes chargés de veiller à l'application des dispositions dudit code. »

La dénonciation du harcèlement est donc une cause d'irresponsabilité pénale puisque le harcèlement est un délit pénal qui peut et même parfois doit être dénoncé. Toutefois, pour bénéficier de cette cause d'irresponsabilité pénale, l'intéressé doit avoir réservé la dénonciation de tels agissements à son employeur ou à des organes chargés de veiller à l'application des dispositions du code du travail (...) » (Cour de cassation, chambre criminelle, 26 novembre 2019, n° 19-80.360). Ramené à la fonction publique, à son autorité hiérarchique.

Le juge administratif adopte lui aussi ce raisonnement : la diffamation ne sera établie que par une attitude imprudente particulièrement scandaleuse, lorsque l'agent rend les faits publics en dehors de toute procédure prévue par des textes, notamment auprès d'acteurs inhabilités à recevoir ou à traiter le signalement. À contrario, aucune représaille ne peut être effectuée jusqu'à élucidation des faits par une enquête impartiale, une médiation ou une conciliation afin de classer régulièrement le signalement. **S'il n'y a pas de mauvaise foi, il ne peut par ailleurs y avoir de représailles envers l'agent, cela est même expressément interdit par le statut des lanceurs d'alerte.**

Cour de cassation, chambre criminelle, 26 novembre 2019, n° 19-80.360 :

En l'espèce, une salariée embauchée dans une association créée pour développer l'enseignement confessionnel avait dénoncé des faits de harcèlement sexuel et moral dont elle s'estimait victime.

Pour cela, elle avait envoyé des courriels au directeur général de l'association, à l'inspecteur du travail et au directeur spirituel de l'association et d'un établissement d'enseignement supérieur.

L'auteur dénoncé des faits de harcèlement avait fait citer la salariée du chef de diffamation publique envers un particulier devant le tribunal correctionnel. Le tribunal avait déclaré la salariée coupable.

Ce qui avait été confirmé par la Cour d'Appel.

Par la suite, la Cour de Cassation confirme l'arrêt de la Cour d'Appel en considérant que, les salariés sont protégés de toute action pénale en diffamation dès lors qu'ils ont réservé la dénonciation d'une situation de harcèlement à :

- Leur employeur,
- ou à des organes chargés de veiller à l'application des dispositions du code du travail. Inspection du travail, médecin du travail, représentants du personnel, policiers, gendarmes...

Or, en l'espèce, la salariée avait aussi dénoncé les faits de harcèlement à des personnes ne disposant pas de l'une de ces qualités.

Aussi, dans ce cas, la dénonciation de harcèlement moral et/ou sexuel peut constituer une diffamation publique. Ramené à la fonction publique, seul les référents désignés référent alerte éthique, harcèlement ou représentants du personnel peuvent être destinataires des informations permettant d'établir ou non un harcèlement (le cas échéant, les acteurs habilités en santé comme les médecins du travail ou psychologues).

Ces derniers doivent à leur tour garder la discrétion nécessaire au secret professionnel partagé entre acteurs habilités à traiter du harcèlement sous peine de nuire au lanceur l'alerte ou plus précisément leur responsabilité propre engagée. Ce dialogue ne peut avoir lieu qu'entre acteurs habilités (gendarmes, policiers, médecins, autorité territoriale, référent désigné...) en respectant les contraintes de secret d'instruction, de huit-clos des instances, de secret médical... **Les agents doivent donc être avertis par les services RH des risques encourus à ébruiter parmi l'ensemble du personnel ou des élus certaines situations.**

La dénonciation de harcèlement moral et/ou sexuel peut constituer une diffamation publique si elle est faite hors procédure et avec une précipitation de nature émotive.

Inversement, le juge estime que l'indignation automatique interdisant le traitement et l'élucidation du signalement en brandissant le moyen de la diffamation, sans analyse des faits, est un délit d'entrave de l'employeur. Il est donc primordial, lors de la dénonciation d'une situation de harcèlement, de définir dès le départ des habilitations et des règles de discrétion professionnelle. Par exemple, ramené au contexte d'une collectivité, les adjoints au Maire ou au Président n'ont à priori pas vocation à être destinataires des signalements sauf s'ils y ont été dument habilités du fait notamment d'une instrumentalisation possible ou réelle du harcèlement à des fins politiques.

- **La jurisprudence considère que ce n'est que lorsque le salarié dénonce une situation de harcèlement en étant de mauvaise foi que l'on peut utiliser le pouvoir disciplinaire en prenant une mesure adéquate. Sinon la sanction serait annulée et la responsabilité pénale de la collectivité engagée s'il y avait délit d'entrave au signalement.**
- **En la matière, la mauvaise foi résulte uniquement de la connaissance de la fausseté des faits dénoncés, et non de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis. Il revient en tant qu'employeur de démontrer que les faits dénoncés ne sont pas établis mais que l'agent le savait.**

Le juge cherche donc un parfait équilibre entre droit d'alerte, répression de la diffamation à travers la recherche de l'absence ou de la présence d'un délit d'entrave au signalement, et en assurant le droit des parties à un contradictoire conduit de la manière la plus objective possible.

En résumé ni le harcèlement ni la diffamation ne peuvent simplement s'alléguer, compte-tenu des règles d'établissement des preuves en justice.

5.2.2 Le principe fondamental de séparation de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire : les prérogatives de l'employeur public

Lorsque vous ne vous intéressez pas aux phénomènes visés par le décret signalement, vous encourez le risque d'être traduit devant les juridictions pénales ou administratives par suite des démarches de vos agents. **Par anticipation, la collectivité peut aussi agir de son propre chef sans signalement des agents, ce qui est le plus recommandable (voir 4.3.4 : action récursoire et constitution de partie civile en cas de préjudice démontrable de la collectivité) .**

La difficulté du décret signalement est qu'il ne rappelle pas que les faits qu'il mentionne relève de deux autorités distinctes (autorité de police et autorité de l'employeur) et de deux juridictions distinctes (administrative et pénale).

Le décret ne revient donc pas sur la problématique de la façon dont peut être traitée un signalement de violence, de discrimination, d'agissement sexiste ou de harcèlement, alors qu'il est fondamental de comprendre comment se répartissent les compétences en fonction des circonstances dans lesquels les faits se sont produits, de leur nature, et du type de réparation que souhaite obtenir soit l'agent, soit la collectivité.

Certains faits peuvent relever d'un rappel à l'ordre ou être à l'origine d'une sanction disciplinaire, sans qu'il y ait besoin d'une qualification pénale préalable.

L'administration peut exercer son pouvoir hiérarchique indépendamment de ce que prévoit le Code pénal (sanction disciplinaire). On dit que l'employeur public dispose d'un pouvoir général d'organisation des services.

Cette remarque vaut pour le harcèlement, les discriminations ou les violences verbales. Pour les violences physiques, il convient de privilégier le dépôt de plainte auprès des services de police car le caractère d'infraction est beaucoup plus évident à établir.

Néanmoins, l'employeur a au titre du Code du travail une obligation générale de prévention de tous ces phénomènes et le juge est attentif à ce qu'il ait mis en œuvre tous les moyens à sa disposition pour prévenir les violences.

La procédure disciplinaire peut toujours être mise en œuvre sous réserve de respecter les droits de la défense, les préavis nécessaires, à condition de pouvoir justifier de la matérialité des faits et surtout de respecter le principe de proportionnalité de la sanction à la faute commise. En droit administratif on ne parlera pas d'infraction, mais de faute disciplinaire.

Si l'autorité territoriale a un doute sur la matérialité des faits et qu'elle ne peut établir si le mis en cause a réellement commis les agissements qui lui sont reprochés, elle peut mener une enquête administrative **sous réserve qu'il n'y ait pas d'enquête judiciaire en cours**

On dit souvent que le pénal tient le civil (et le juge administratif) en l'état. Toutefois il faut apporter les nuances nécessaires à cette affirmation car certaines affaires de harcèlement aboutissant à une relaxe pénale n'empêchent pas le juge civil prud'homal de retenir la qualification de harcèlement dans les conditions ci-dessous.

Dans un arrêt du 18 janvier 2023 (n°21-10.233), la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que le juge prud'homal pouvait retenir la qualification de harcèlement moral, alors même que cette qualification a été rejetée par une juridiction pénale.

La chambre sociale de la Cour de cassation rejette le pourvoi de la Société en cause. Elle répond successivement aux deux moyens formulés par celle-ci.

Ainsi, elle considère que le premier moyen n'est pas fondé aux motifs que :

« C'est par une interprétation que l'ambiguïté des termes de l'avenant au contrat de travail du 10 juillet 2015 rendait nécessaire, exclusive de dénaturation, que la cour d'appel a retenu que les parties étaient convenues que, durant les périodes de permanence, le salarié consacrerait son activité aux seules gardes préfectorales et non pas à un service de permanence générale propre à l'activité de l'entreprise.

La cour d'appel en a déduit, par ce seul motif, que l'employeur ne pouvait ni lui demander d'effectuer le nettoyage et la désinfection des véhicules de l'ensemble de son parc pendant ces périodes, ni le sanctionner disciplinairement pour ne pas avoir effectué cette tâche ».

La Cour de cassation considère que le second moyen n'est également pas fondé aux motifs que : « Il résulte des articles 1351 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, et 480 du Code de procédure civile, que les décisions définitives des juridictions pénales statuant au fond sur l'action publique n'ont au civil autorité absolue, à l'égard de tous, qu'en ce qui concerne ce qui a été nécessairement jugé quant à l'existence du fait incriminé, sa qualification et la culpabilité ou l'innocence de ceux auxquels le fait est imputé.

La caractérisation de faits de harcèlement moral en droit du travail, tels que définis à l'article L1152-1 du Code du travail, ne suppose pas l'existence d'un élément intentionnel ».

Ainsi, en l'espèce :

« La cour d'appel a d'abord relevé que si le tribunal correctionnel avait, par jugement du 2 mai 2019, relaxé les employeurs des faits de harcèlement moral à l'encontre de l'intéressé, cette relaxe prononcée ne la liait pas en l'espèce, dès lors que le tribunal avait notamment jugé ne pouvoir se prononcer sur les obligations du salarié s'agissant de la désinfection et du nettoyage des véhicules de l'entreprise durant ses heures de permanence, en l'absence de production de son contrat de travail, de telle sorte qu'il ne pouvait apprécier l'absence de légitimité des sanctions prises à son encontre, alors qu'un tel élément était susceptible d'influer sur la qualification du harcèlement moral.

*Ayant ensuite fait ressortir que le jugement du tribunal correctionnel, qui avait retenu que certains comportements de l'employeur apparaissaient relever davantage d'une mauvaise gestion du personnel ou d'un contentieux prud'homal que d'un harcèlement pénalement condamnable, était fondé également sur le défaut d'élément intentionnel, c'est à bon droit qu'elle en a déduit, sans violer le principe de la contradiction, que la décision du juge pénal **ne la privait pas de la possibilité de retenir des faits de harcèlement moral caractérisés par des méthodes de management inappropriées de la part de l'employeur** ».*

Ainsi, la Cour de cassation se fonde sur la différence des conditions nécessaires pour retenir la qualification de harcèlement moral devant le juge pénal et devant le juge prud'homal.

Pour rappel, l'article 222-33-2 du Code pénal dispose que : *« 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 euros d'amende ».*

L'article L1152-1 du Code du travail prévoit quant à lui que : *« Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses 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 ».*

Toutefois, en droit pénal, la qualification de harcèlement nécessite un élément intentionnel. Au contraire, la Cour de cassation explique qu'un tel élément intentionnel n'est pas exigé en droit du travail.

Par conséquent, les conditions n'étant pas les mêmes, la décision du juge pénal ne peut pas lier le juge prud'homal, qui peut alors retenir ou non la qualification de harcèlement moral indépendant de ce qu'a jugé le juge pénal.

Ainsi, la juridiction prud'homale peut retenir des faits de harcèlement moral caractérisés par des méthodes de management inappropriées de la part de l'employeur.

5.2.3 Comment est organisée la justice en France ? juridictions civiles, pénales, administratives
Si l'employeur ne peut régler le conflit, des risques contentieux existent. L'agent peut saisir la juridiction pénale ou administrative. **Le choix est irréversible même si l'agent, à l'issue d'une procédure pénale, peut obtenir certaines réparations.**

- **L'agent se trouve donc dans une situation dans laquelle il devra choisir entre attaquer l'administration ou l'auteur des faits. La collectivité aussi, d'une certaine manière en ayant la possibilité de se retourner contre l'auteur des faits.**

La justice française est organisée en deux ordres : la justice judiciaire et la justice administrative. Les juridictions pénales font partie des juridictions judiciaires (au côté des juridictions civiles).

La distinction entre les deux ordres de juridiction interdit aux juges judiciaires de connaître des contentieux relatifs à l'administration ou au travail des fonctionnaires.

D'une certaine façon, la juridiction administrative joue le rôle pour les fonctionnaires, de la juridiction du travail (Conseil de Prudhomme) pour les salariés de droit privé.

L'agent public peut déposer une requête contre son administration (en tant que personne morale) lorsqu'il s'estime victime des faits visés par le décret, et l'administration est alors représentée par le Maire ou le Président en justice.

Au sein des juridictions judiciaires, la distinction entre « civil » et « pénal » fait référence aux deux fonctions essentielles de la Justice : trancher les conflits, d'une part, sanctionner les infractions, d'autre part.

Les juridictions civiles règlent les litiges entre des personnes alors que les juridictions pénales répriment des faits préjudiciables à la société et visent au maintien de l'ordre social.

Le droit administratif règle des litiges portant principalement voire exclusivement sur la mise en œuvre des prérogatives de puissance publique, et l'employeur est censé mettre en œuvre ces prérogatives.

Autrement dit, un harcèlement par exemple, ne relève pas automatiquement du droit pénal lorsque le comportement de l'agent mis en cause s'explique par un excès de pouvoir hiérarchique exercé dans le cadre de ses fonctions. L'agent aura tendance à considérer que si l'administration est solidaire du harcèlement qu'il estime subir, c'est elle qu'il doit attaquer.

- **La faute détachable du service est à établir dans l'hypothèse où l'administration estime que le comportement de son agent « harceleur » constitue une faute personnelle.**

Le point commun entre la juridiction judiciaire civile et la juridiction administrative et que toutes deux au contraire de la juridiction pénale, sont chargées de déterminer un régime de réparation, soit sous

forme d'argent, soit sous forme de restitution de l'agent dans ses droits statutaires (*exemple : annulation d'une démission obtenue sous l'effet du harcèlement moral*).

La fonction des juridictions pénales est différente : elles décident si une personne a commis une infraction pénale, et, si oui, elles condamnent cette personne à une peine. Cette personne est alors condamnée sur ses deniers personnels.

Une infraction pénale est un comportement qui est interdit parce qu'il est contraire à des valeurs essentielles de la société ou parce qu'il est contraire à des règles fondamentales du vivre-ensemble. *Par exemple : voler, porter des coups à autrui...*

La liste des infractions pénales est donnée par la loi. La plupart d'entre elles se trouvent dans le Code pénal. La loi indique également quelles sont les conditions qui doivent être remplies pour qu'il soit question d'une infraction pénale avec une gradation (*contravention, délit, crime*).

Lorsqu'une personne est accusée d'avoir commis une infraction, le premier rôle des juridictions pénales est de vérifier si toutes les conditions sont remplies.

Une personne ne peut être déclarée coupable que si tous les éléments de la définition de l'infraction sont réunis. Le tribunal doit ainsi donner la bonne « qualification » aux faits qui ont été commis.

Lorsque le tribunal estime que la personne accusée est coupable de l'infraction, son second rôle est de prononcer une peine : il peut s'agir d'une peine de prison, d'une amende etc... La loi lui donne une « fourchette », c'est-à-dire un minimum et un maximum, et le tribunal choisit à l'intérieur de celle-ci, notamment en fonction de la gravité des faits ou de la personnalité de l'auteur.

- **Les juridictions pénales peuvent aussi se prononcer sur une demande civile. Lorsqu'il s'agit d'agents publics, la juridiction administrative joue un rôle particulier lorsqu'elle est saisie d'une demande de réparation à l'issue d'une procédure pénale.**
- **Lorsque la procédure pénale est enclenchée, la juridiction administrative ne devrait en principe être saisie qu'à l'issue du résultat car il peut influencer son positionnement, mais dans la réalité les deux peuvent coexister du fait d'une certaine porosité entre juridictions.**

5.2.4 Réparation des dommages pour un agent public à l'issue d'une procédure pénale

L'agent public victime de harcèlement moral durant l'exercice de ses fonctions peut obtenir la réparation de son préjudice moral auprès de son employeur.

Dans un arrêt du 18 mars 2019 la Cour administrative d'appel de Bordeaux a reconnu qu'une victime de harcèlement pouvait engager la responsabilité d'une commune si les faits dont elle a été victime se sont déroulés dans l'exercice de sa fonction et même si la faute personnelle de l'agent "harceleur" était détachable de ses fonctions.

À ce titre, le juge administratif a condamné la commune à verser une indemnité de 15.000 euros à chaque victime au titre des faits de harcèlement subis dans l'exercice de leurs fonctions (*CAA de Bordeaux, 18 mars 2019, 16BX03742*).

- **Lorsqu'un agent ou un élu est reconnu coupable de faits de harcèlements par un tribunal correctionnel, le juge administratif peut enjoindre la commune à procéder à des réparations.**

La personne publique n'est toutefois pas liée par le montant des condamnations civiles octroyées aux victimes de harcèlement. Le juge administratif a considéré que la personne publique n'avait pas pour

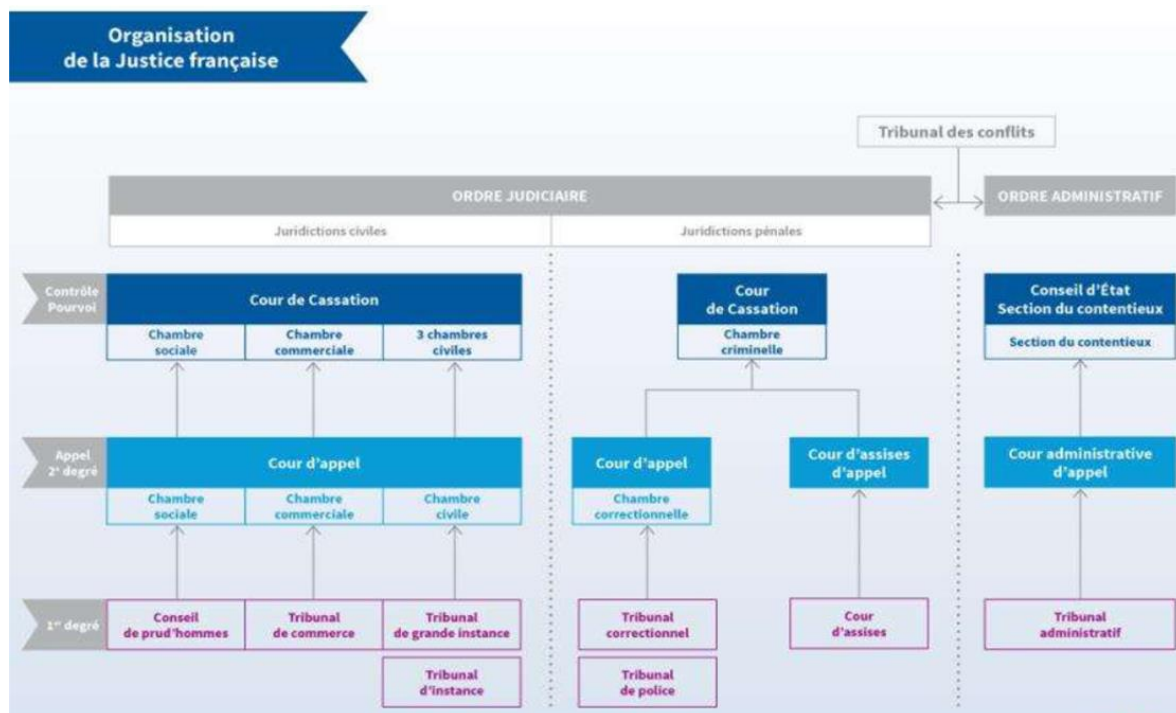
rôle de se substituer à l'agent fautif pour prendre en charge les dommages et intérêts octroyés par le juge civil.

En l'espèce, le juge a précisé que la commune était subrogée aux deux victimes à hauteur de 15.000 euros.

Cela signifie que si le juge confirme la faute personnelle et la condamnation d'un élu ou d'un agent, celui-ci devra verser aux victimes une somme sur ses propres fonds et le condamné devra par la suite rembourser à la commune les sommes versées aux victimes.

5.2.5 Schéma du fonctionnement des juridictions

À l'intérieur de chaque ordre (l'ordre judiciaire et l'ordre administratif), les tribunaux et cours sont agencés selon une structure pyramidale :



Lorsqu'il y a harcèlement par exemple, un agent peut saisir soit le tribunal correctionnel pour obtenir des condamnations de la personne physique soit directement la juridiction administrative pour obtenir des réparations auprès de la personne morale de droit public.

Le critère à utiliser est la « faute détachable du service » afin de statuer. L'auteur de harcèlement peut quant à lui faire valoir qu'il ne lui a rien été reproché dans le cadre de ses fonctions, et que l'administration n'a pas mis en œuvre ses procédures internes tel que la voie disciplinaire.

- **Aussi, il convient de comprendre que l'employeur doit absolument prévenir ces situations car en l'absence de prévention, sa responsabilité peut être engagée dans le sens où l'auteur de harcèlement peut être considéré comme agissant sous couvert de l'administration.**

La protection fonctionnelle peut être mise en œuvre lorsque par des éléments concordants, l'autorité territoriale estime qu'elle peut valablement l'apporter à la victime présumée.

Le droit administratif interdit en effet les agissements de harcèlement moral ou sexuel, tout comme le Code pénal, mais la procédure, la personne visée, les méthodes de qualification juridique et les conséquences ne sont pas les mêmes.

- **Les critères d’appréciation de la juridiction administrative et de la juridiction pénale pour qualifier un harcèlement sont légèrement différents même si les textes sont rédigés de manière similaire.**

Au pénal, il conviendra de démontrer que l’animosité est liée à une relation conflictuelle entre deux agents ou un agent et un élu, en fonction d’un faisceau d’indices qui converge vers la conclusion qu’il s’agit d’une faute personnelle (*exemple : le harcèlement s’effectue hors des heures de travail, hors du lieu de travail, sur un téléphone portable personnel*) et que la nature des faits révèle une infraction caractérisée par une série d’agissements violents (*injures, propos sur les réseaux sociaux...*).

Le juge pénal rentre un peu moins dans les détails de l’organisation du travail (*exemple : ordres contradictoires, modifications subites de plannings etc...*).

Le juge administratif analyse en revanche le lien entre les agissements et la relation de travail (*exemple : ordres contradictoires, missions impossibles, surcharge volontaire de travail, mise au placard...*).

Il est donc possible que le harcèlement ne soit pas reconnu par une juridiction administrative alors qu’il le serait par une juridiction pénale et inversement en fonction de la nature et des circonstances des faits.

Enfin, les conséquences ne sont pas les mêmes : le juge administratif pourra par exemple en fonction des demandes du requérant, annuler une sanction disciplinaire si l’agent est victime de tels agissements, reconnaître éventuellement une maladie professionnelle par suite d’un harcèlement...

Toutes ces prérogatives sont celles du juge administratif car il s’agit de régulariser la situation statutaire de l’agent.

Le juge pénal dispose de textes précis sur le harcèlement qui prévoient des condamnations et des amendes, mais ne pourra en revanche régler les problèmes propres à la relation de travail.

- **Ayez donc toujours à l’esprit que lorsqu’un agent saisit un tribunal administratif, il attaque la collectivité en tant que personne morale, et que la justice administrative considère que le Maire est son représentant, devant par conséquent répondre du comportement de l’agent mis en cause.**