

N° 433838
Mme R...

3^{ème} et 8^{ème} chambres réunies

Séance du 26 novembre 2021
Décision du 29 décembre 2021

CONCLUSIONS

M. Laurent Cytermann, Rapporteur public

Un agent public témoignant d'agissements de harcèlement moral reste-t-il soumis au devoir de réserve ? Si oui, comment concilier cette obligation et la protection garantie par l'article 6 *quinquies* de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires aux agents qui relatent de tels agissements ? Telles sont les principales questions posées par cette affaire.

Mme Pascale R..., épouse L..., appartient au cadre d'emploi des adjoints administratifs territoriaux et est employée par la commune du Pont-du-Château (Puy-de-Dôme, 11 802 habitants) depuis 2010. A partir de la fin de l'année 2013, Mme R... a été placée à plusieurs reprises en congé de maladie et a imputé ces arrêts aux difficultés rencontrées dans ses relations de travail. Elle a adressé le 24 novembre 2015 un courriel à plusieurs élus pour se plaindre de la situation de harcèlement moral dont elle estimait être victime et a fait l'objet à ce titre d'un blâme pour manquement au devoir de réserve, prononcé par un arrêté du maire du 17 décembre 2015. Elle a saisi le tribunal administratif de Clermont-Ferrand d'une demande d'annulation d'arrêtés refusant de reconnaître l'imputabilité au service de son état de santé et la plaçant en disponibilité d'office, de la sanction disciplinaire et d'un arrêté du maire 22 février 2016 qui a prononcé un avancement d'échelon à l'ancienneté maximale. Par un jugement du 13 avril 2017, ce tribunal a annulé l'ensemble de ces décisions en se fondant sur l'existence d'un harcèlement moral. Par un arrêt du 25 juin 2019, la cour administrative d'appel de Lyon a confirmé le jugement s'agissant de l'imputabilité au service et de l'annulation de la mise en disponibilité d'office qui en découle mais elle a donné gain de cause à la commune concernant la sanction disciplinaire et l'avancement à l'ancienneté maximale. Elle ne s'est pas prononcée sur l'existence d'un harcèlement moral. Mme R... se pourvoit en cassation contre cet arrêt en tant qu'il lui est défavorable.

1. Les deux premiers moyens du pourvoi sont relatifs à la sanction disciplinaire et sont tirés de ce que la cour a commis une erreur de droit et une erreur de qualification juridique en jugeant que Mme R... avait manqué au devoir de réserve.

1.1. L'article 6 *quinquies* de la loi du 13 juillet 1983 énonce la prohibition générale du harcèlement moral. Le deuxième alinéa interdit ensuite de prendre aucune mesure à l'égard d'un fonctionnaire, concernant notamment la discipline, en prenant en considération le fait d'avoir subi ou refusé de subir des agissements de harcèlement moral (1°) ; le fait d'avoir exercé un recours auprès d'un supérieur hiérarchique ou en justice pour les faire cesser (2°) ; le fait « *qu'il ait témoigné de tels agissements ou qu'il les ait relatés* » (3°). La loi interdit donc de sanctionner un agent public pour avoir dénoncé des faits de harcèlement moral, qu'il en soit victime ou témoin.

1.2. La cour a considéré qu'en dépit de ces dispositions, le fonctionnaire « n'en reste pas moins soumis au devoir de réserve qui impose à tout agent public de faire preuve de mesure dans son expression, même pour dénoncer une situation de harcèlement moral, notamment lorsque cette dénonciation est diffusée, fût-ce de manière limitée, aux seuls élus de la collectivité employeur ». Elle a estimé qu'en l'espèce, les termes excessifs employés et leur diffusion à un « large cercle d'élus municipaux » avait contrevenu à ce devoir.

Mme R... soutient à titre principal que la dénonciation du harcèlement moral implique nécessairement une critique de l'administration contrevenant au devoir de réserve et que l'article 6 *quinquies* conduit donc à déroger à cette obligation.

Votre jurisprudence est encore peu développée sur cette question, mais il faut d'abord signaler une décision de la 6^e chambre jugeant-seule en sens contraire (CE, 21 février 2013, n° 344462, *M. X...*, Inéd.), selon laquelle l'article 6 *quinquies* ne dispense pas un magistrat financier du respect des autres dispositions de la loi du 13 juillet 1983 du respect « *qui astreignent tout fonctionnaire à un devoir de réserve, de secret et de discrétion professionnels et d'obéissance hiérarchique* ». La référence combinée au devoir de réserve, qui est une construction prétorienne, et à la discrétion professionnelle, explicitement prévue par l'article 26 de la même loi pour « *tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions* », nous paraît justifiée : en dénonçant des faits de harcèlement moral, un fonctionnaire exprime ses opinions (ce qui a trait au devoir de réserve) et porte à la connaissance du destinataire de la dénonciation des informations sur le fonctionnement du service (ce qui a trait à la discrétion professionnelle).

Nous vous proposons de confirmer au niveau de vos chambres réunies la solution retenue dans l'affaire X... La loi interdit de sanctionner le fait même de dénoncer le harcèlement moral, mais elle ne dit pas que la dénonciation peut intervenir sous n'importe quelle forme et auprès de n'importe qui. Contrairement à ce qui est soutenu par Mme R..., l'efficacité de la dénonciation et le respect des obligations de discrétion et de réserve ne nous paraissent pas incompatibles. Le fonctionnaire, qui est aussi tenu selon l'article 26 de la loi du 13 juillet 1983 d'exercer ses fonctions « avec dignité », peut toujours se garder de tenir des propos injurieux, même lorsqu'il dénonce un harcèlement. La dénonciation peut être effectuée auprès de différentes personnes particulièrement habilitées à intervenir : le supérieur hiérarchique, voie expressément mentionnée par l'article 6 *quinquies* ; les représentants syndicaux, qui ont vocation à défendre les intérêts des agents ; le médecin du travail ou la formation spécialisée du comité social (ex CHSCT), qui veillent à leur santé et à leur sécurité. Ceci n'exclut pas que des dénonciations plus larges, adressées à l'ensemble des agents d'un service ou sur la place

publique, puissent être utiles et justifiées dans certaines hypothèses mais il y a place pour un contrôle au cas par cas, et donc pour une appréciation du respect du devoir de réserve.

Si les fonctionnaires jouissent de la liberté d'expression (CE, 29 décembre 2000, *Syndicat Sud Travail*, n° 213590, Tab.), celle-ci est limitée par les obligations de réserve et de discrétion professionnelles qui sont inhérentes à leur statut. Ces obligations traduisent le respect dû au principe de neutralité du service public et, plus largement, la nécessité de protéger l'intérêt du service des perturbations causées par une expression incontrôlée. Vous ne considérez jamais qu'un agent est libéré de ces obligations. Les représentants syndicaux jouissent d'une liberté d'expression et de critique plus grande que les autres agents, afin de leur permettre d'exercer efficacement leurs fonctions (CE, 18 mars 1956, *Z...*, Rec. 213 ; Ass., 31 janvier 1975, *V... et E...*, n° 84791 et 88338, Rec.), mais cette liberté n'est pas sans limites (CE, 23 avril 1997, *B...*, n° 144038, Tab., pour des propos violents et n'ayant aucun lien avec la défense des intérêts professionnels des adhérents du syndicat).

Alors même que les salariés du secteur privé ne sont pas soumis de manière aussi générale que les agents publics au devoir de réserve¹, le juge judiciaire considère que le droit de dénoncer des faits de harcèlement moral peut être soumis à certaines conditions. Sur la base des dispositions de l'article L. 1152-2 du code du travail, qui sont équivalentes à celles de l'article 6 *quinquies* de la loi du 13 juillet 1983², la Cour de cassation juge que « *le salarié qui relate des faits de harcèlement moral ne peut être licencié pour ce motif, sauf mauvaise foi, laquelle ne peut résulter de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis* » (Cass., Soc., 10 mars 2009, 07-44.092, Bull.), mais relève pour retenir l'absence de faute grave d'un salarié que ses propos n'ont pas « *un caractère excessif ou injurieux caractérisant un abus dans la liberté d'expression* » (Cass., Soc., 17 octobre 2007, n° 06-42.555, Inéd. ; 10 juillet 2013, n° 12-19.168, Inéd.).

Nous évoquerons aussi les dispositions relatives à la protection des lanceurs d'alerte : bien que postérieures au présent litige, elles sont susceptibles pour de prochains contentieux de se recouper avec celles relatives à la dénonciation du harcèlement moral puisque celui-ci est un délit. Issues de la loi dite « Sapin II » du 9 décembre 2016³, les dispositions de l'article 6 *ter* A de la loi du 13 juillet 1983 interdisent de prendre toute mesure défavorable à l'égard des personnes ayant signalé un délit dans les conditions prévues par les articles 6 à 8 de la loi du 9 décembre 2016. Celles-ci organisent un mécanisme d'alerte graduée : le signalement doit être d'abord effectué auprès du supérieur hiérarchique ou d'un référent interne, puis en l'absence de diligences aux autorités administratives ou judiciaires et en dernier ressort seulement rendu public. Le législateur n'a donc pas admis que l'alerte soit d'emblée portée à la connaissance du public, sauf « *en cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles* »⁴. Et si la transposition d'une directive européenne sur la

¹ Le contrat de travail peut cependant comporter des clauses de discrétion ou de confidentialité.

² Les règles relatives au harcèlement moral dans le secteur privé et dans la fonction publique sont issues du même texte, la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale.

³ 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.

⁴ De même, la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique a imposé aux administrations de mettre en place un dispositif de recueil des signalements émanant de victimes ou de témoins

protection des lanceurs d'alerte⁵, actuellement en cours de débat au Parlement⁶, pourrait conduire à faciliter les signalements externes à l'organisation en cause, la directive soumet néanmoins les signalements publics à certaines conditions.

1.3. Nous suivons donc la cour sur ce point. Nous vous proposons néanmoins de censurer son arrêt pour deux raisons.

D'une part, l'article 6 *quinquies* interdisant toute mesure de sanction qui serait causée par le fait qu'un agent ait subi des agissements de harcèlement moral, le juge de l'excès de pouvoir, lorsqu'il est saisi d'un recours contre une telle sanction et qu'un harcèlement moral est allégué, doit d'abord vérifier si ce harcèlement est avéré et si la sanction s'inscrit dans le harcèlement. Vous avez retenu cette solution concernant les mutations (CE, 19 décembre 2019, *M. H...*, n° 419062, Rec.) et le même texte de loi doit conduire au même résultat pour l'ensemble des mesures qu'il vise. En ne recherchant pas si le harcèlement moral était avéré, la cour a donc commis une erreur de droit.

D'autre part, à supposer que le harcèlement moral ne soit pas avéré, la cour aurait dû examiner si la dénonciation de Mme R... était de bonne foi et, dans cette hypothèse, en tenir compte dans son appréciation sur le bien-fondé de la sanction. Si le devoir de réserve et l'obligation de discrétion subsistent, ils doivent en effet être conciliés avec le droit de dénonciation reconnu par l'article 6 *quinquies*. Cette conciliation doit s'effectuer à deux niveaux, pour apprécier l'existence d'une faute disciplinaire et, si un manquement est avéré, pour se prononcer sur la proportionnalité de la sanction. S'agissant de l'existence du manquement, une dénonciation qui s'en tient aux éléments factuels permettant de caractériser le harcèlement moral et qui est adressée à des personnes ayant vocation à connaître de tels agissements n'appelle pas de sanction disciplinaire. Face à l'inertie de ces personnes ou dans des circonstances particulières, une dénonciation plus large peut elle aussi être justifiée. S'agissant de la proportionnalité de la sanction, même lorsque l'agent a dépassé les limites du devoir de réserve, la prise en compte du contexte peut conduire à atténuer la gravité de la faute, notamment en ce qui concerne la virulence des propos ; l'agent qui s'estime de bonne foi être victime de harcèlement moral ne parviendra pas toujours à les modérer autant qu'il serait souhaitable. En première instance, le tribunal administratif de Lyon avait d'ailleurs bien procédé à une telle pondération. En omettant de s'y livrer, la cour a commis une seconde erreur de droit.

Il n'y a pas là quelque chose d'exorbitant par rapport à votre conception habituelle du devoir de réserve. Votre jurisprudence tient compte de manière constante du contexte et du niveau hiérarchique de l'agent pour apprécier les limites de ce dernier. La prise en compte du droit de dénonciation de bonne foi reconnu par l'article 6 *quinquies* conduit seulement à une pondération plus favorable à la liberté de critique de l'agent qu'elle ne le serait en l'absence de ce droit.

d'agissements tels que le harcèlement moral (article 6 *quater* A de la loi du 13 juillet 1983).

⁵ Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union.

⁶ Assemblée nationale, proposition de loi visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, n° 4398, déposé(e) le mercredi 21 juillet 2021.

2. Nous en venons aux moyens relatifs à l'avancement d'échelon. Mme R... soutient que la cour a commis une erreur de droit, dénaturé les pièces du dossier et insuffisamment motivé son arrêt en refusant de tenir compte du contexte de harcèlement moral.

2.1. L'article 77 de la loi du 26 janvier 1984 distingue l'avancement d'échelon de l'avancement de grade. Alors que l'avancement de grade s'effectue toujours au choix ou par sélection, l'avancement d'échelon « *est accordé de plein droit* » et il est « *fonction de l'ancienneté* » (article 78). Cependant, l'article 78 permet de prendre en compte la « *valeur professionnelle* » lorsque « *les statuts particuliers le prévoient et selon des modalités de contingentement définies par décret en Conseil d'Etat* ». A la date de la décision litigieuse, le décret n° 87-1107 du 30 décembre 1987 portant organisation des carrières des fonctionnaires territoriaux de catégorie C prévoyait ainsi pour le passage de chaque échelon une ancienneté maximale et une ancienneté minimale. Vous jugez que si « *l'avancement d'échelon à l'ancienneté maximale est accordé de plein droit (...) l'avancement d'échelon à l'ancienneté minimale peut être accordé au fonctionnaire dont la valeur professionnelle le justifie* » (CE, 31 juillet 1992, *Commune de Saint-Gratien*, n° 119431, Tab.). Le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle restreint sur l'appréciation à laquelle procède l'administration pour accorder à un fonctionnaire un avancement d'échelon à l'ancienneté minimale (CE, 11 mars 1992, *Ville d'Angers*, n° 89272, Tab.).

2.2. Le moyen d'erreur de droit et d'insuffisance de motivation est fondé, pour des raisons similaires à celles exposées précédemment. La cour a écarté comme inopérant le moyen tiré de l'existence d'un harcèlement moral. Pourtant, la « *promotion* » et la « *rémunération* » sont au nombre des mesures énumérées par l'article 6 *quinquies*, qui sont illégales si elles s'inscrivent dans une démarche de harcèlement moral : toujours selon la logique de la jurisprudence *H...*, lorsqu'une telle mesure est contestée par un agent public au motif qu'elle méconnaît l'article 6 *quinquies*, « *il incombe d'abord au juge administratif d'apprécier si l'agent a subi ou refusé de subir des agissements de harcèlement moral* ».

2.3. Sur les deux volets, vous renverrez l'affaire à la cour afin notamment qu'elle se prononce sur l'existence du harcèlement. Nous terminerons nos conclusions par quelques remarques en vue de ce règlement. S'agissant de l'avancement d'échelon, si la cour estimait que la décision en litige ne procédait pas d'une démarche de harcèlement, elle devrait se prononcer à nouveau sur la question de l'appréciation de la valeur professionnelle d'un agent ayant été absent pour raisons de santé. La cour a en effet relevé que Mme R... n'a travaillé que quatre mois et demi en 2014 et en 2015, pour des durées consécutives inférieures à 5 semaines, et a été le reste du temps en congé de maladie.

Cette problématique ne vous est pas inconnue. Par une décision *IV...* (CE, 3 septembre 2007, n° 284954, Tab.), vous avez jugé que l'obligation de notation d'un fonctionnaire était subordonnée à une présence effective du fonctionnaire au cours de l'année en cause pendant une durée suffisante, eu égard notamment à la nature des fonctions exercées, pour permettre à son chef de service d'apprécier sa valeur professionnelle, et que le juge de l'excès de pouvoir exerçait un contrôle normal sur cette appréciation. Cette jurisprudence nous paraît devoir être

maintenue pour le système de l'évaluation par entretien professionnel, qui a remplacé celui de la notation⁷ (article 17 de la loi du 13 juillet 1983 et 76 de la loi du 26 janvier 1984).

Elle ne peut cependant être transposée telle quelle à la décision relative à l'avancement à l'ancienneté minimale. D'une part, si cette décision se fonde sur la valeur professionnelle, celle-ci a vocation à être appréciée sur plusieurs années, en se basant sur la période ayant débuté au précédent avancement d'échelon (cf. par exemple la décision *Ville d'Angers* précitée, qui prend en compte non seulement la dernière notation mais aussi les précédentes). D'autre part, vous jugez que le fonctionnaire en congé de maladie, de longue maladie ou de longue durée conserve ses droits à l'avancement (CE, 11 mai 1979, *DD...*, n° 2499, Tab. ; 10 juillet 1996, *Ministre de l'intérieur c/ M. D...*, n° 147553, Inéd.), y compris au choix, et qu'un refus d'avancement ne peut se fonder sur la seule circonstance qu'un fonctionnaire est placé dans un tel congé (CE, 31 janvier 1964, *Ville de Lyon*, Rec. 69 ; 23 juin 1972, *Sieur P...*, n° 81593, Rec. et les conclusions de Gilbert Guillaume). L'appréciation de la valeur professionnelle fondant la décision sur le rythme d'avancement d'échelon devrait donc s'opérer sur la base de l'ensemble des éléments dont dispose l'employeur, sans pouvoir s'arrêter à la seule circonstance que l'agent n'a pas été assez présent pour être évalué l'année précédente.

PCMNC :

- à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il s'est prononcé sur la sanction disciplinaire et sur l'avancement d'échelon ;
- au renvoi de l'affaire à la cour administrative d'appel de Lyon dans cette mesure ;
- à ce qu'il soit mis à la charge de la commune de Pont-du-Château le versement à Mme R... d'une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

⁷ Pour la fonction publique territoriale, en vertu de la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles.