

419062
M. H...

3^e et 8^e chambre réunies
Séance du 29 novembre 2019
Lecture du 19 décembre 2019

CONCLUSIONS

M. Laurent Cytermann, Rapporteur public

L'administration peut-elle, et si oui à quelles conditions, prononcer la mutation d'un agent dans l'intérêt du service lorsque cet agent est victime de harcèlement moral ? Telle est la question délicate posée par la présente affaire.

M. D... H... est fonctionnaire du corps des officiers de port, qui est un corps de catégorie A de la fonction publique de l'Etat. Il a été détaché par le ministre de l'écologie auprès du port autonome de Guadeloupe à compter du 1^{er} septembre 2010, afin d'y exercer les fonctions de commandant de port. Le port autonome est devenu à compter du 1^{er} janvier 2013 le grand port maritime de Guadeloupe (GPMG). Avant comme après cette transformation, le port est un établissement public industriel et commercial (EPIC) et M. H... était donc lié à son employeur par un contrat de droit privé.

Des dissensions sont apparues entre M. H... et le directeur général du port, portant notamment sur la définition des attributions de M. H..., celui-ci estimant que la création d'une « direction sûreté sécurité voyageurs » empiétait sur les prérogatives légales et réglementaires du commandant de port. Le ministre, alerté sur la situation, a diligenté une enquête du Conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD). Le CGEDD, d'après le résumé de son rapport qui est le seul élément figurant au dossier, n'a pas retenu l'existence d'un harcèlement moral de la part du DG. Il a estimé que l'attitude de M. H..., sans être fautive, ne correspondait pas à la conduite attendue d'un cadre supérieur. Le CGEDD a préconisé qu'il soit mis fin de manière anticipée au détachement de M. H..., dans l'intérêt du service, le conflit entre le DG et le commandant du port étant la source de dysfonctionnements. Le ministre a suivi cette recommandation par un arrêté du 30 avril 2013, fondé sur l'intérêt du service et sur la nécessité de protéger la santé de M. H..., altérée par ce conflit. M. H... a d'abord été affecté sur une mission temporaire dans les services déconcentrés du ministère en Guadeloupe puis a été nommé commandant du port de Mayotte à compter du 1^{er} mars 2014.

Plusieurs contentieux ont été engagés par M. H.... Sur le plan administratif, il a demandé l'annulation de l'arrêté mettant fin à son détachement. Par un arrêt du 18 décembre 2017, dont vous êtes saisis, la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté sa requête.

M. H... avait également saisi le conseil des prud'hommes, dès le 9 février 2012, pour violation des clauses de son contrat et harcèlement moral. Par un arrêt du 22 juin 2015, la cour d'appel de Basse-Terre a notamment condamné le GPMG à verser une indemnité de 200 000 euros au titre du harcèlement moral. Elle a en revanche refusé de requalifier la fin du détachement en licenciement. Par un arrêt du 8 mars 2017, la chambre sociale de la Cour de cassation a cassé partiellement l'arrêt, notamment en ce qui concerne le refus de requalification, mais l'a confirmé en ce qui concerne le harcèlement (n° 15-25463). Statuant sur renvoi le 8 mars 2019, la cour d'appel de de Basse-Terre a à nouveau refusé la requalification de la fin du détachement. Les parties n'indiquent pas si cet arrêt a été à son tour contesté.

1. Vous accueillerez le deuxième moyen du pourvoi, tiré de ce que la cour a commis une erreur de droit en jugeant que l'arrêté attaqué avait été pris dans le seul intérêt du service et de l'exposant et non en méconnaissance de l'article 6 *quinquies* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

Le premier alinéa de l'article 6 *quinquies* définit et prohibe le harcèlement moral à l'encontre de tout fonctionnaire. Les trois alinéas suivants, qui nous intéressent ici, disposent :

« Aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la rémunération, la formation, l'évaluation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire en prenant en considération :

1° Le fait qu'il ait subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement moral visés au premier alinéa ;

2° Le fait qu'il ait exercé un recours auprès d'un supérieur hiérarchique ou engagé une action en justice visant à faire cesser ces agissements ; ».

Relevons d'abord que l'article 6 *quinquies* pouvait être utilement invoqué à l'encontre d'une décision mettant fin à un détachement. La liste de mesures énumérées au deuxième alinéa n'est pas limitative et une telle décision peut aisément être assimilée par ses effets à une mesure concernant l'affectation ou la mutation. De plus, l'article 6 *quinquies* a une portée *erga omnes* : il s'oppose à toute mesure prenant en considération la qualité de victime d'un harcèlement, même si la mesure n'émane pas de l'administration où ont eu lieu ces agissements, ce qui est le cas en l'espèce.

La cour a longuement cité les motifs du jugement du tribunal administratif de Guadeloupe du 24 mars 2016, qui avait rejeté la requête. Elle a ensuite jugé que « l'arrêté du 30 avril 2013 (...) a précisément eu pour objet de mettre un terme à la situation de conflit grave opposant M. H... au directeur du GPMG, tant dans l'intérêt du service, dont le bon fonctionnement avait été notoirement perturbé à cette occasion, que de l'intéressé lui-même, placé en arrêté de travail pour raisons de santé » et que « dès lors, et ainsi que l'a indiqué le tribunal dans les motifs pertinents du jugement attaqué, tels qu'ils ont été rappelés au point 7 précédent et qu'il y a lieu d'adopter, cet arrêté n'a pas été pris en méconnaissance des dispositions de l'article 6 *quinquies* de la loi du 13 juillet 1983 ».

Comme le tribunal, la cour ne s'est pas prononcée sur l'existence d'un harcèlement moral. Elle s'est bornée à constater l'existence d'un conflit et à en déduire que la décision avait été prise dans l'intérêt du service et de la santé de M. H.... Cette esquivance est contraire à l'article 6 *quinquies*. Celui-ci instaure une prohibition des mesures administratives prises en considération de la qualité de victime de harcèlement. Lorsqu'il est invoqué, la première tâche du juge administratif est donc d'examiner s'il y a eu un harcèlement. L'appréciation des juges du fond est souveraine quant à la question de savoir si le motif déterminant d'une mesure était la situation de harcèlement ou l'exercice d'un recours de l'intéressé contre ces agissements (CE, 16 décembre 2013, *Département du Loiret*, n° 367007, Tab. sur un autre point). Mais en l'espèce, la cour n'a pas procédé à cette recherche et elle a commis une erreur de droit.

2. Peut-être la cour a-t-elle cherché à éviter de se prononcer sur une question qui avait déjà donné lieu à un arrêt du juge judiciaire, devenu définitif sur ce point à la date à laquelle elle s'est prononcée. Cependant, la décision du juge civil n'a qu'une autorité relative de chose jugée, qui ne s'imposait pas dans le présent litige puisque l'identité de parties, en particulier, n'est pas vérifiée. La cour administrative d'appel de Bordeaux devait donc porter sa propre appréciation sur ce point.

Pourrait en revanche se poser la question, qui est évoquée par le pourvoi, d'un déni de justice si la cour administrative d'appel, statuant sur renvoi après cassation de son arrêt, concluait à l'absence de harcèlement moral. Aux termes de l'article 15 de la loi du 24 mai 1872 relative au Tribunal des conflits¹, « *le Tribunal des conflits peut être saisi des décisions définitives rendues par les juridictions administratives et judiciaires dans les instances introduites devant les deux ordres de juridiction, pour des litiges portant sur le même objet, lorsqu'elles présentent une contrariété conduisant à un déni de justice* ». Notons au préalable que le déni de justice, au sens de ces dispositions², n'est pas interdit. Il ouvre une voie de recours spéciale devant le Tribunal des conflits, qui se prononce alors exceptionnellement comme juge du fond. Le juge n'a pas même la possibilité de prévenir le déni de justice par un renvoi au Tribunal des conflits, comme c'est le cas pour les conflits d'attribution négatifs portant sur la juridiction compétente³. Il est bien sûr souhaitable d'éviter cette situation mais le juge qui se prononce en second sur une question ne saurait être lié, en dehors des cas où il est tenu par l'autorité de la chose jugée, par une obligation de prévenir le déni de justice qui n'est pas prévue par les textes.

Au demeurant, nous ne croyons pas que les conditions d'application de l'article 15 soient réunies. En effet, il n'y a pas d'identité d'objet : l'objet du litige prud'homal était la réparation du préjudice tandis que l'objet du litige administratif est l'annulation de la décision mettant fin au détachement et la réintégration de M. H... comme commandant du port de Guadeloupe. La cour administrative d'appel de Bordeaux pourra donc se prononcer librement sur cette

¹ Article créé par la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. Ces dispositions sont reprises de la loi du 20 avril 1932 qui a créé cette procédure.

² A la différence de l'article 4 du code civil, qui dispose que « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ».

³ Cf. l'article 32 du décret n° 2015-233 du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles.

question sans exposer sa décision, une fois devenue définitive, à cette voie de recours spécifique.

3. Vous pourriez vous en tenir à cette cassation mais nous croyons nécessaire que votre décision éclaire la cour sur le « mode d'emploi » à suivre. Si la cour écarte l'existence d'un harcèlement moral, il n'y a pas de difficulté. En revanche, si la cour reconnaît ce harcèlement, elle sera confrontée à des questions de droit complexes. Nous les présenterons en deux temps : d'une part, dans le cas général, une mutation peut-elle être prononcée dans l'intérêt du service alors même que cet intérêt n'est pas sans lien avec la situation de harcèlement ? d'autre part, si la réponse à la première question est positive, appelle-t-on des précisions spécifiques lorsque l'administration n'est pas en position hiérarchique à l'égard de l'auteur du harcèlement, mais seulement comme en l'espèce en position de tutelle ?

Pris à la lettre, l'article 6 *quinquies* paraît exclure toute prise en compte de l'intérêt du service. Dès lors que cet intérêt est en lien avec la situation de harcèlement, par exemple parce que le conflit entre le harceleur et le harcelé trouble le bon fonctionnement du service, la mutation dans l'intérêt du service prend bien en considération le harcèlement.

La prohibition énoncée par l'article 6 *quinquies* est d'ailleurs plus large que celle de son homologue en droit privé, qui est l'article L. 1152-2 du code du travail. Celui-ci n'interdit que les mesures « *discriminatoires* » en matière de mutation. Cette différence est d'autant plus étonnante que les définitions du harcèlement moral sont identiques en droit public et en droit privé et que les deux dispositions sont issues de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale⁴.

Une lecture littérale de la loi ne serait cependant pas raisonnable. Le législateur a entendu apporter la protection la plus grande à l'agent victime de harcèlement afin qu'il ne subisse pas au surplus des décisions défavorables qui en découleraient. Mais l'administration ne peut pas non plus être obnubilée par une situation individuelle. Elle doit veiller à l'intérêt des autres agents et à ceux des usagers du service. Bref, elle ne peut jamais se désintéresser du service.

Nous n'estimons bien sûr pas que la mutation de la victime soit par principe la bonne solution. Elle est sans doute trop souvent la solution de facilité. Face à une situation de harcèlement, la première obligation de l'administration est la protection de la victime, qui passe notamment par l'exercice de l'autorité hiérarchique et du pouvoir disciplinaire à l'égard du harceleur, et le cas échéant par la mutation de ce dernier. Mais nous croyons qu'il existe néanmoins des situations où indépendamment de ces mesures nécessaires, la mutation de la victime s'impose pour préserver l'intérêt du service. C'est notamment le cas lorsque la victime est un agent en situation de responsabilité et que le harcèlement a cristallisé trop de conflits, ou qu'il a fragilisé la victime qui ne parvient plus à exercer ses fonctions avec la sérénité nécessaire.

Une affaire récemment jugée par vos chambres réunies en fournit une bonne illustration (CE, 28 juin 2019, *Mme B...*, n° 415863, Rec.). La requérante était proviseure d'un lycée et avait subi un harcèlement de la part de ses subordonnés après avoir tenté de mettre fin à des pratiques illicites. Constatant à la suite d'une inspection une situation de blocage, le ministère

⁴ Respectivement les articles 169 et 178 de cette loi.

de l'éducation nationale l'avait affectée à la tête d'un autre établissement. Lorsque nous avons conclu sur cette affaire, nous avons estimé qu'indépendamment de la carence peut-être fautive de l'administration dans la protection de son agent et l'exercice de la répression disciplinaire à l'égard des harceleurs, la mutation dans l'intérêt du service pouvait être justifiée si, à la date de cette décision, elle était nécessaire pour rétablir le bon fonctionnement du lycée. Vous ne vous êtes finalement pas prononcés sur cette question mais l'exemple nous paraît éclairant.

Nous vous proposons donc de retenir les principes suivants. Lorsque le juge administratif est saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance de l'article 6 *quinquies* à l'encontre d'une décision de mutation, il doit d'abord rechercher si le harcèlement est établi, en faisant application des règles de charge de la preuve énoncées par votre décision *M...* (CE, Sect., 11 juillet 2011, n° 321225). S'il y a harcèlement, il ne peut alors admettre la légalité de la mesure que s'il n'existait aucun autre moyen à la disposition de l'autorité décisionnaire pour rétablir l'intérêt du service. Cette appréciation s'effectue, comme il est de règle en excès de pouvoir, à la date de la décision attaquée.

C'est une exception à la prohibition instaurée par l'article 6 *quinquies* que vous reconnaîtriez, exception qui n'est pas contre la loi (*contra legem*) mais à côté de la loi (*praeter legem*). Cette « exception d'intérêt du service » est nécessaire pour concilier la protection de la victime de harcèlement avec les autres intérêts dont l'administration a la charge.

4. Comment ces principes peuvent-ils être mis en œuvre dans une situation comme celle de l'espèce ? L'administration, en l'espèce le ministre de l'écologie, a agi dans une double qualité. D'une part, elle est l'administration d'origine du fonctionnaire détaché. Ceci a pour conséquence qu'elle n'est pas en charge du devoir de protection de ce fonctionnaire prévu par l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983, puisque vous avez jugé que cette obligation incombait à l'administration d'accueil (CE, 7 juin 2004, *M. S...*, n° 245562, Tab., aux conclusions contraires de Rémi Keller). L'administration d'origine a sans doute une responsabilité managériale et humaine de se préoccuper d'une situation qui peut affecter de manière durable l'un de ses fonctionnaires, mais elle n'a pas d'obligation juridique de protection.

D'autre part, le ministre de l'écologie est l'autorité de tutelle du grand port maritime. En tant que tutelle, il est en charge de l'intérêt de ce service. Mais il ne peut intervenir que dans le cadre des pouvoirs qui lui sont reconnus par la loi, puisqu'il n'existe pas de tutelle sans texte. Ces pouvoirs sont ici assez réduits. Selon l'article R. 5312-28 du code des transports, il peut être mis fin aux fonctions du directeur général du grand port maritime « *par décret pris sur le rapport du ministre chargé des ports maritimes, après avis motivé ou sur proposition du conseil de surveillance* », instance dans laquelle siègent notamment les collectivités territoriales et les représentants du personnel. C'est donc une procédure lourde, que le ministre peut déclencher mais dans laquelle la décision finale ne lui appartient pas. Pour le reste, selon votre jurisprudence constante, le ministre ne peut ni exercer de pouvoir hiérarchique à l'égard du directeur général du port (CE, Sect., 9 janvier 1959, *Chambre syndicale nationale des entreprises industrielles de boulangerie*, Rec. p. 23 ; CE, 8 novembre 1962, *C...*, Rec. p. 632), ni s'immiscer dans la gestion de son établissement (CE, 4 mai 1988, *Ministre des affaires sociales et de l'emploi c/ centre hospitalier de Lannion*, Rec. p. 179).

Comme l'écrivaient dès 1930 Roland Maspétiol et Pierre Laroque, « *l'autorité de tutelle ne dispose en principe que des pouvoirs qui lui sont attribués expressément par la loi* »⁵.

Ajoutons qu'il apparaît probable, même si le dossier ne permet pas de le confirmer avec certitude, que le directeur du port est également un fonctionnaire détaché du ministère de l'écologie. De manière générale, l'administration d'origine est compétente pour exercer la répression disciplinaire à l'égard des fonctionnaires détachés, y compris pour des faits commis au sein de l'organisme d'accueil et alors même que le détachement est encore en cours (cf. notamment CE, 8 juin 1962, *F...*, Rec. p. 382). Toutefois, nous n'avons connaissance d'aucun précédent contentieux dans lequel le fonctionnaire détaché sanctionné était le directeur ou le président d'un établissement public. Compte tenu des principes que nous avons rappelé, nous voyons mal comment une sanction disciplinaire pourrait être infligée à un dirigeant encore en poste. La voie qui s'impose est d'abord de mettre fin à ces fonctions de dirigeant, après quoi l'autorité disciplinaire peut sanctionner les faits commis dans l'exercice de ces fonctions sans pour autant s'immiscer dans la gestion de l'établissement. Nous sommes donc ramenés à la question précédente de l'exercice du pouvoir de révocation à l'égard du directeur, préalable à l'exercice éventuel du pouvoir disciplinaire.

En conséquence, le ministre pourrait en l'espèce se prévaloir de l'exception d'intérêt du service. Tel ne serait pas le cas si l'agent victime était détaché dans un organisme échappant à la sphère de compétences de l'administration d'origine, par exemple un autre ministère ou une entreprise publique. Mais pour que l'exception puisse jouer, il faut encore que le ministre démontre qu'aucune autre solution que la fin du détachement de M. H... ne pouvait rétablir le bon fonctionnement du service. S'agissant du pouvoir de révocation, il faudrait qu'il expose les circonstances de fait rendant impossible son exercice, car en droit, des agissements de harcèlement moral sont certainement de nature à justifier qu'il soit mis fin aux fonctions d'un dirigeant d'établissement public.

Pour conclure, il appartiendra à la cour, après cassation de son arrêt et renvoi de l'affaire, de se prononcer sur l'existence d'un harcèlement moral, et dans l'hypothèse d'une réponse positive, sur l'existence d'autres mesures que la décision attaquée permettant au ministre de rétablir le bon fonctionnement du service.

PCMNC :

- à l'annulation de l'arrêt attaqué ;
- au renvoi de l'affaire à la cour administrative d'appel de Bordeaux ;
- à ce qu'il soit mis à la charge de l'Etat le versement à M. H... d'une somme de 4 000 euros.

⁵ *La tutelle administrative. Le contrôle des administrations départementales, communales, coloniales et des établissements publics*, Sirey, Paris, 1930.