

Contrairement à ce que pourrait laisser croire la lettre du texte, l'intention est centrale dans la qualification de harcèlement moral. Démonstration.

Harcèlement moral : la place (incontournable) de l'intention malveillante

De l'intérêt d'une lecture combinée des articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du Code du travail

Patrice Adam, Maître de conférences en droit privé, Université de Nancy 2 (CERIT-CRDP)

La loi n° 2002-73 de modernisation sociale, du 17 janvier 2002, modifiée sur ce point par la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciement collectif, a mis en place en matière de harcèlement moral un régime probatoire « à deux temps » (*C. trav.*, art. L. 1154-1). Il incombe d'abord au salarié (c'est le premier temps) prétendument harcelé « d'établir des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement ». Une fois cette apparence créée, « il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement » (c'est le second temps). Les juges du fond qui s'écartent de l'équilibre ainsi institué par le législateur se voient, sans surprise, censurés par la Cour de cassation¹.

Apparemment, ce texte nous « parle » de la preuve du harcèlement moral et des diligences attendues de chacune des parties au litige dans l'administration de cette preuve. Et il ne fait aucun doute qu'il nous entretient bien, principalement, de cela. Mais est-ce si sûr qu'il ne nous parle que de cela ? Nous ne le pensons pas. Sa signification ne saurait en effet être réduite à l'institution d'un régime spécifique de preuve. Implicitement, mais nécessairement, le texte visé « dit » également quelque chose d'essentiel sur un tout autre aspect du harcèlement moral : sa définition même. Cela a été très (trop) peu souligné. Il est urgent de le faire. Pourquoi ? Parce qu'un vent – disons plutôt une brise – de contestation semble se lever et menace les fondations même de la construction judicario-doctrinale de la notion de harcèlement moral patiemment élaborée au cours de ces dernières années. C'est qu'il est des brises qui annoncent des tempêtes... Soyons plus précis : c'est l'intention malveillante comme élément de qualification du harcèlement moral qui se voit mise en cause. Ce que porte ce vent mauvais ? L'idée d'une violation par les juges du fond (et la doctrine qui les approuve) de la loi. Notre ambition ici : construire un brise-vent, en invitant chacun à relire (de façon combinée) les articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du Code du travail !

1 L'INTENTION MALVEILLANTE, ÉLÉMENT DE QUALIFICATION

► Le recentrage des juges du fond

Nous l'avons souvent écrit : l'analyse du contentieux prud'homal révèle que les juges du fond ont recentré la notion de harcèlement moral autour de l'intention malveillante. Symbole de ce travail de reconfiguration, l'arrêt du 4 novembre 2004 rendu par la Cour d'appel de Paris (n° 03-30.886) énonce que la « volonté de nuire caractérise le harcèlement moral ». Et si toutes les décisions des juges du fond ne le disent pas aussi explicitement, il n'en est pas qui s'éloigne de cette ligne (*P. Adam*, « *Harcèlement moral* », *Rép. trav.*, *Dalloz*, *nov.* 2008). Il n'est donc, à contempler le contentieux, de harcèlement moral qu'intentionnel !

Cette position nous apparaît², nous l'avons dit tout aussi souvent, tout à fait excellente (*sur les raisons de se féliciter de ce recentrage, voir notre article, « Harcèlement moral : une qualification en voie de clarification », RDT 2006. 10*). Incontournable même. C'est que l'intention malveillante constitue, à notre sens, le seul marqueur possible, solide, crédible, de la notion de harcèlement moral. Elle seule permet de dire clairement ce qu'est le harcèlement moral et ce qu'il n'est pas, de dessiner précisément ses frontières, de tracer avec netteté ses contours. Elle seule permet de ne pas ranger sous la même étiquette juridique (ce qui n'est ni souhaitable, ni raisonnable, ni utile) toutes les atteintes (des humiliations volontairement infligées à un salarié aux souffrances psychologiques éventuellement entraînées par des dysfonctionnements de l'entreprise ou un changement de son mode de management), ou peu s'en faut, à la santé mentale du salarié.

► L'horizon intenable du « tout harcèlement »

Considérer qu'une intention malveillante n'est pas nécessaire pour caractériser le harcèlement moral, c'est prendre le risque, immense, de (re)faire du har-

1. *Cass. soc.*, 27 mai 2009, n° 07-43112 (médiat) : « qu'en se déterminant comme elle a fait, alors que les reproches et avertissements adressés au salarié et les conditions d'exécution de son travail constatées dans l'arrêt étaient de nature à faire présumer l'existence d'un harcèlement, en sorte qu'il revenait à l'employeur d'établir que ses agissements étaient justifiés par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement, la cour d'appel a violé l'article L. 1154-1 du Code du travail. »

2. C. Duvert estime également plus sage de cantonner le harcèlement moral à une infraction intentionnelle, *JCP*, Éd. E., 2007.1690, *comm.* sous CA Douai, 6^e ch. corr. 24 janv. 2006, p. 48.

èlement moral une notion fourre-tout, désignant tout et n'importe quoi et donc ne signifiant plus rien ! C'est l'horizon redoutable et intenable du « *tout harcèlement* ». Et les partenaires sociaux européens (comme le Conseil économique et social³ avant lui ou les parlementaires communistes auteurs des propositions de loi ayant débouché sur la loi du 17 janvier 2002⁴) ne s'y sont pas trompés qui considèrent, dans un accord cadre européen signé le 26 avril 2007 (point 3), qu'il y a harcèlement « *lorsqu'un ou plusieurs travailleurs ou cadres sont à plusieurs reprises et délibérément malmenés, menacés et/ou humiliés dans des situations liées au travail* ».

Ce recentrage a suscité bien des inquiétudes. La protection du salarié n'allait-elle pas s'en trouver affaiblie ? Crainte qui reposait sur l'idée que la protection du salarié était en lien très étroit avec la « surface » de la notion de harcèlement moral. Circonscrire la seconde ne pouvait que conduire à réduire la première. La crainte eut été fondée si la qualification de harcèlement moral avait été érigée, par le législateur ou par les juges, en passage obligé pour « sanctionner » l'ensemble des atteintes à la santé mentale du salarié. Or, cela n'a pas été le cas. D'autres ressources juridiques et principalement l'obligation de sécurité de résultat qui pèse sur l'employeur permettent de condamner certaines situations pathogènes sans qu'il soit besoin de passer par la case « *harcèlement moral* » (v. notre article, « *Le droit du travail français à l'épreuve des risques psychosociaux (une perspective contentieuse)* », *Les droits d'Europe du Sud confrontés aux risques psychosociaux au travail*, Éd. L'Harmattan, 2009, à paraître).

Certes, nous dira-t-on, mais tout de même : n'alourdit-on pas la charge probatoire, déjà fort lourde, qui pèse sur le salarié en exigeant de lui qu'il prouve une intention malveillante... preuve qui risque de s'avérer souvent impossible. Fantôme de fête foraine en vérité, la preuve du harcèlement moral ne pesant pas sur le salarié. C'est à l'employeur, une fois établie par le salarié l'apparence exigée par la loi (qui ne suppose en rien la preuve d'une intention particulière), de démontrer l'absence d'intention coupable !

2 L'INTENTION MALVEILLANTE... CONTESTÉE

Avouons cependant ici que les contempteurs de ce recentrage ont sans doute toujours été assez nombreux, à l'Université comme au Palais. Leur (principal) argument ? En axant la notion de harcèlement moral sur celle d'intention malveillante, les juges du fond (et la doctrine qui les a soutenu) ont pris tant de distance avec le texte qu'ils en violent manifestement la lettre ! L'article L. 1152-1 du Code du travail n'emploie-t-il pas l'expression « *des agissements qui ont pour objet ou pour effet...* » ; « *ou pour effet* » insistera-t-on... N'est-ce pas là le signe incontestable que la loi ne fait pas de l'intention un élément constitutif du harcèlement moral ; que ce dernier peut être tout à fait « *involontaire* » ? C'était d'ailleurs l'analyse dominante, pour ne pas dire unanime, des premiers commentateurs de la loi du 17 janvier 2002. Les juges du fond ne les ont pas suivis. Le législateur a donc été, à les en croire, trahi !

Seule solution : « faire rendre gorge » à l'intention malveillante comme élément constitutif du harcèlement moral. Mais qui tiendra la dague meurtrière ? La chambre sociale de la Cour de cassation semble toute désignée puisqu'elle vient de reprendre en main la qualification de harcèlement moral⁵. Et d'ailleurs certains de ses membres y semblent prêts.

Ainsi, Madame Martinel s'interroge : « *cette référence à l'intention de nuire est-elle pertinente ?* » (v. *Semaine sociale Lamy*, n° 1368, p. 9). Et sous l'interrogation semble poindre une réponse négative... la conseiller référendaire ne faisant nulle mention à cette intention malveillante lorsqu'elle liste peu après les éléments nécessaires à la qualification de harcèlement moral⁵. Monsieur Gosselin souligne par sa part « *que selon les auteurs les plus avisés, il ressort de la jurisprudence des juges du fond qu'ils recherchent systématiquement l'élément intentionnel, la volonté de nuire, pour caractériser le harcèlement moral devant les juridictions civiles, alors que la rédaction de l'article L. 1152-1 du Code du travail mentionne les "agissements répétés qui ont pour objet ou pour effet" de porter atteinte aux droits, à la dignité, etc. Selon ce texte, qui traduit exactement les débats parlementaires sur ce point, l'élément intentionnel ne fait pas partie de la définition du harcèlement moral au civil* ». Et le ●●●

3. « *Constitue un harcèlement moral au travail, tous agissements répétés visant à dégrader les conditions humaines, relationnelles, matérielles de travail...* ».

Le harcèlement moral au travail, avis présenté par M. Debout, rapporteur au nom de la section du travail, Avis et Rapports du Conseil économique et social, 10-11 avr. 2001, Les éditions des journaux officiels, 2001.

4. Dans leurs propositions de loi de 1999 et de 2000, les parlementaires communistes définissaient le harcèlement moral comme « *une dégradation délibérée des conditions de travail* ».

5. Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 06-43.504, *Semaine sociale Lamy*, n° 1368, p. 4 et s. ; P. Adam, « *La chambre sociale de la Cour de cassation exerce son contrôle sur la qualification de harcèlement moral : un revirement, pourquoi pas, pour quoi faire ?* », Dr. ouvr. 2008, p. 545.

Les textes

• La définition légale du harcèlement moral

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 (C. trav., art. L. 1152-1).

• Le régime probatoire

Lorsque survient un litige relatif à l'application des articles L. 1152-1 à L. 1152-3 et L. 1153-1 à L. 1153-4, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement.

Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles (C. trav., art. L. 1154-1).

●●● conseiller de conclure que « la *“jurisprudence de terrain”* est en décalage avec le texte de loi » (Séance AFDT, 27 mars 2009, *Actualité jurisprudentielle de la chambre sociale de la Cour de cassation* ; texte disponible sur le site de l'association : www.afdt-asso.fr).

3 LA LECTURE COMBINÉE DES ARTICLES L. 1152-1 ET L. 1154-1

L'horizon ainsi tracé, celui d'un possible harcèlement moral involontaire, nous apparaît, nous l'avons déjà dit, proprement impraticable. Mais au-delà même de ce constat (qui n'est pas de peu de poids), et à l'inverse de la position précédemment exposée, il nous semble possible de soutenir qu'en faisant de l'intention malveillante un élément de qualification du harcèlement moral, les juges du fond ne violent en rien les textes législatifs. La démonstration peut emprunter deux voies.

► Un vide législatif ?

Il est d'abord possible de considérer qu'aucune définition du harcèlement moral, en tant que telle, n'est consacrée par l'article L. 1152-1 du Code du travail ; que « la notion est restée dans l'angle mort du texte légal. [...] La formule litigieuse (« qui ont pour objet ou pour effet ») n'est alors plus comprise comme posant une exigence d'intentionnalité ou de non-intentionnalité du harcèlement moral, mais comme institutionnalisant un lien de causalité, voire d'imputation, entre les faits de harcèlement moral, visés par le texte légal, et ses implications ou conséquences, telle que la dégradation de la santé du salarié » (F. Géa, « Le droit du travail est-il soluble dans le harcèlement moral ? », *RRJ* 2-2207.855). Si l'on suit cette piste, il est alors impossible de considérer que les juges du fond ont violé la loi en faisant de l'intention malveillante un élément de qualification du harcèlement. Ils n'ont fait que combler le vide laissé par le texte ; ils ont assigné un contenu à la notion de harcèlement moral, le texte légal ne l'ayant pas fait. Position indéniablement fort séduisante mais qui n'est pas la nôtre (mais au final nos chemins finiront pas se rejoindre...). Nous considérons en effet que l'article L. 1152-1 du Code du travail, malgré une rédaction défailante qui peut laisser penser le contraire⁶, définit bien – tout en le faisant fort mal – la notion de harcèlement moral ; que s'y trouvent énoncés (dans un abscons agencement) ses éléments constitutifs.

► Le régime probatoire conduit à l'intention malveillante

Mais alors n'est-on pas contraint de reconnaître que le recentrage judiciaire (et doctrinal) sur l'intention de nuire viole la loi ? Non pas. Où l'on retrouve l'article L. 1154-1 du Code du travail et le régime probatoire qu'il institue...

Il nous faut dire, avec force, deux choses.

D'abord que l'équilibre probatoire ainsi mis en place s'accorde fort mal avec une interprétation littérale de l'article L. 1152.1 du même code. Pis, il apparaît même proprement incompatible avec elle. En effet, si l'on consi-

dère que le harcèlement moral se définit par des agissements qui ont pour objet ou pour effet de produire certaines conséquences, alors il faut considérer que lorsque le salarié établit la réalité de faits ayant produit – ayant eu pour effet – les conséquences visées par le texte, le harcèlement moral est définitivement caractérisé, sans que l'employeur soit en mesure de justifier quoi que ce soit. Il ne peut en effet logiquement fournir de justification étrangère à tout harcèlement à des agissements ayant produit certains effets préjudiciables et constitutifs en eux-mêmes de harcèlement. La quadrature du cercle. Le second temps du régime probatoire institué par la loi n'a donc, dans ce cadre, pas d'objet, pas de sens !

Ensuite, et plus positivement, que l'intention malveillante comme élément de qualification du harcèlement moral est bel et bien « signifiée », implicitement mais nécessairement, par l'article L. 1154-1 du Code du travail. Une fois que le salarié a établi la réalité de faits dont la succession, la chronologie, l'enchaînement, la nature, peuvent laisser à penser qu'ils caractérisent, pour le dire vite, un « processus humiliant », il revient à l'employeur « d'établir que ses agissements étaient justifiés par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ». La charge probatoire mise à la charge de l'employeur relève du champ de la justification c'est-à-dire, pour le dire autrement, de celui de ses raisons d'agir. Le débat judiciaire ne peut pas, on le voit bien, faire l'économie d'un débat sur l'intention de l'auteur des agissements examinés. Il doit démontrer que la ou les raisons pour lesquelles il a adopté les décisions qui lui sont reprochées sont étrangères à tout harcèlement. Or, si le moyen pour l'employeur de briser l'apparence préalablement créée c'est de mettre sur la table ses raisons d'agir, c'est bien, en toute logique, que le harcèlement moral se caractérise par un ensemble d'éléments qui reposent sur une raison d'agir particulière et coupable (la volonté de harceler) ; ce que l'on nomme précisément l'intention malveillante. Si l'intention malveillante n'est pas une caractéristique du harcèlement moral, alors l'exposé par l'employeur de ses raisons d'agir est purement et simplement superfétatoire...

Preuve est ainsi faite que l'intention est centrale dans la qualification de harcèlement moral et que la démonstration de la production de certains effets attachés à certains comportements ou à certaines décisions ne peut suffire à le caractériser...

Et si tous les juges du fond ont été amenés, au cours de ces dernières années, à faire de l'intention malveillante un élément de qualification du harcèlement moral, ce n'est ni le fruit du hasard ni celui d'une sourde et large conspiration ourdie contre le législateur. C'est seulement que le régime probatoire attaché à la notion les y a, consciemment ou non, irrémédiablement poussés.

C'est dire qu'en faisant de l'intention malveillante un élément central de la qualification de harcèlement moral, les juges du fond, s'ils ont pris quelque distance avec le texte (impraticable) de l'article L. 1152-1 du Code du travail, n'en ont pas pour autant violé la loi. Car l'intention malveillante structure bien l'édifice légal du harcèlement moral et si l'on ne le voit pas, c'est que l'on regarde au mauvais endroit ! ■

6. Il eut été plus clair d'écrire : « constitue un harcèlement moral, les agissements qui ont... »