



**HAL**  
open science

# De l'article 75 de la Constitution de l'an VIII à la protection juridique du fonctionnaire: essai de généalogie

Cécile Guérin-Bargues

► **To cite this version:**

Cécile Guérin-Bargues. De l'article 75 de la Constitution de l'an VIII à la protection juridique du fonctionnaire: essai de généalogie. *Revue française de droit administratif*, 2009, pp.975-994. hal-01927720

**HAL Id: hal-01927720**

**<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01927720v1>**

Submitted on 20 Nov 2018

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# De l'article 75 de la Constitution de l'an VIII à la protection juridique du fonctionnaire: essai de généalogie

Cécile GUÉRIN BARGUES

Maître de conférences à l'Université d'Orléans

**Remise dans la perspective de l'évolution des garanties accordées aux fonctionnaires pour les faits relatifs à leurs fonctions, la comparaison entre la protection de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII et celle de l'article 11 du statut de 1983 amène à nuancer la présentation habituelle. L'étude systématique de la jurisprudence du Conseil d'État relative à l'application de l'article 75 montre que, pour près de la moitié, les poursuites contre les agents pouvaient s'exercer librement. À l'inverse, l'article 11 du statut de 1983, tant en raison des modifications du texte initial que des précisions apportées par la jurisprudence, s'avère largement favorable aux agents.**

Si les modalités de la protection juridique du fonctionnaire ont pu varier à travers le temps, certaines de ses expressions sont demeurées célèbres. Tel est le cas de la garantie du fonctionnaire organisée par l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, selon lequel « Les agents du gouvernement autres que les ministres, ne pourront être poursuivis pour les faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État; en ce cas la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires ». Aujourd'hui, la protection du fonctionnaire poursuivi est organisée par l'article 11 modifié de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. L'article 11, alinéa 2, reprend une obligation traditionnelle, qualifiée par la jurisprudence du Conseil d'État de principe général du droit, applicable même en l'absence de texte à tous les agents publics<sup>1</sup>. Dès lors qu'un fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d'attribu-

tion n'a pas été élevé, l'administration doit le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice des fonctions ne lui est pas imputable. L'article 11, alinéa 4, de création plus récente, prend acte de la fragilité des fonctionnaires face aux risques de poursuite devant les juridictions pénales pour des faits non intentionnels commis dans l'exercice de leurs fonctions<sup>2</sup>. Il dispose que « la collectivité publique est tenue d'accorder sa protection au fonctionnaire ou à l'ancien fonctionnaire dans le cas où il fait

---

(1) CE, sect., 3 déc. 1948, *Commune de Berre l'Étang* et CE, sect., 26 avr. 1963, *Centre hospitalier de Besançon*, concl. J. Chardeau.

---

(2) Cette possibilité a été créée par la loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence. Elle a introduit dans la loi du 13 juill. 1983 un article 11 bis ainsi rédigé: « Les fonctionnaires et les agents non-titulaires de droit public ne peuvent être condamnés sur le fondement du troisième alinéa de l'article 121-3 du code pénal pour des faits non intentionnels commis dans l'exercice de leurs fonctions que s'il est établi qu'ils n'ont pas accompli les diligences normales compte tenu de leurs compétences, du pouvoir et des moyens dont ils disposaient, ainsi que des difficultés propres aux missions que la loi leur confie ».

l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle ».

L'article 11 du statut de 1983 diffère très nettement de la protection jadis octroyée aux agents du gouvernement. Jusqu'à son abrogation par le décret du 19 septembre 1870, l'article 75 de la Constitution de l'an VIII offrait à ces derniers un traitement exorbitant du droit commun, au nom d'une différence de situation considérée comme suffisamment importante par l'ordre juridique pour justifier une dérogation au principe de légalité et de l'égalité devant la loi. Elle les faisait bénéficier, jusqu'à sa levée par l'autorisation du Conseil d'État, d'une immunité procédurale qui entravait l'exercice des poursuites. La protection étant d'ordre public, l'agent du gouvernement ne pouvait en disposer. L'article 11, à l'inverse, loin de mettre en place un système immunitaire, offre à l'agent public un droit subjectif à la protection. Sa mise en œuvre suppose que le fonctionnaire, par un acte positif, exprime sa volonté de bénéficier de la protection. Sur le fond, l'article 75 n'offrait de protection qu'au fonctionnaire poursuivi. De nos jours, l'accroissement des tensions économiques et sociales tend à dégrader les conditions de travail des agents publics. Agressions verbales ou violences physiques envers les enseignants, injures, menaces ou comportements agressifs de la part des usagers : il ne se passe guère de semaine sans que les médias se fassent l'écho des tensions qui caractérisent parfois les rapports des fonctionnaires avec les administrés. L'article 11 du statut de 1983, par son premier alinéa, fait donc peser sur les employeurs publics une obligation de protection du fonctionnaire, en application des lois spéciales<sup>3</sup> et du code pénal<sup>4</sup> et, plus généralement, s'efforce de protéger, outre le fonctionnaire attrait en justice, celui qui, du fait de ses fonctions, est atteint dans son intégrité physique, ses biens ou sa réputation. En vertu d'un alinéa 3 de plus en plus sollicité<sup>5</sup>, « la collectivité publique est tenue de protéger les fonctionnaires contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont ils pourraient être victimes à l'occasion de leurs fonctions, et de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté ».

Toutefois, au-delà de ces différences très sensibles dans les modalités de chacune de ces protections, article 75 et article 11 ont en commun une dimension profondément institutionnelle. Tout comme l'article 75 jadis, la garantie prévue par l'article 11 du statut général des fonctionnaires est accordée aux agents publics dans leur intérêt, mais aussi dans celui de l'administration<sup>6</sup>. Cette permanence témoigne d'une certaine forme d'unité conceptuelle de la protection à travers le temps. Il y a en effet trois arguments principaux que doctrine et jurisprudence avancent pour justifier l'exis-

tence de la protection des fonctionnaires organisée par l'article 11 du statut de 1983. Il procède tout d'abord du souci de garantir le respect de l'État ou de la collectivité à travers celui qui est dû à ses agents. Il s'agit ensuite d'optimiser le fonctionnement des services publics, en assurant à leurs agents la tranquillité d'esprit nécessaire à l'exercice serein et impartial de la mission qui leur est confiée<sup>7</sup>. La protection se justifie enfin et surtout par la nature spécifique des missions confiées aux agents publics et par les sujétions qui leur sont imposées. Ces missions leur confèrent des prérogatives qui sont d'autant plus susceptibles de déboucher sur la mise en cause de leur responsabilité personnelle, civile ou pénale, qu'elles les exposent parfois à des rapports conflictuels avec les administrés<sup>8</sup>. De plus, il est des circonstances où le fonctionnaire, soumis à une obligation de discrétion, est dans l'incapacité de se défendre pleinement, faute de pouvoir faire état de faits ou de documents administratifs qui seraient pourtant susceptibles de justifier la manière dont il exerce ses fonctions<sup>9</sup>. Il ne s'agit donc pas d'aménager au bénéfice des agents publics un statut privilégié qui les protégerait des aléas de la vie en société, mais bien de pallier les conséquences d'une rupture exceptionnelle de l'égalité devant les charges publiques qui résulte de l'exercice de leurs fonctions. Or on trouve déjà, dans la doctrine du XIX<sup>e</sup>, des arguments en tous points similaires à ceux qui sont avancés pour justifier l'existence de l'article 11 du statut de 1983. Aucoc rappelle ainsi que, sous le règne de la garantie, à l'argument de la rupture de l'égalité des citoyens devant la loi, « on faisait remarquer qu'un fonctionnaire dont la mission est d'appliquer les lois qui imposent souvent à l'intérêt privé des sacrifices dans l'intérêt public, n'est pas dans une condition d'égalité complète avec le citoyen qui subit l'application de la loi; et que, s'il n'est pas protégé dans une certaine mesure contre des poursuites malveillantes, il peut n'avoir pas toujours le courage d'accomplir consciencieusement son devoir »<sup>10</sup>. L'article 75, parce qu'il s'est heurté aux très vives critiques de la pensée libérale, a laissé dans la doctrine publiciste le souvenir d'une garantie abusivement protectrice. Dès lors, remis dans la perspective de l'évolution de la protection accordée aux activités administratives, l'article 11 ne constituerait plus qu'une protection résiduelle. Une telle impression nécessite toutefois d'être largement nuancée, dans la mesure où le degré de protection qu'assurait hier l'article 75 de la Constitution de l'an VIII et celui qu'organise aujourd'hui l'article 11 du statut de 1983 diffèrent assez sensiblement de ceux auxquels conclut habituellement la doctrine. L'étude systématique de la jurisprudence de la Cour de cassation et de l'ensemble des décisions prises par le Conseil d'État en matière d'autorisation de poursuite d'un « agent du gouvernement », publiées au Lebon depuis 1822<sup>11</sup>, montre en effet que la garantie organisée

(3) On peut à titre d'exemple citer la loi du 5 avr. 1937 qui protège les « membres de l'enseignement public » de la mise en jeu de leur responsabilité personnelle en raison d'accidents causés par leurs fautes.

(4) V. par ex. l'article 31 de la loi du 29 juill. 1881 qui punit de peines particulières la diffamation dirigée contre certaines personnes, en raison de leurs fonctions, de leurs qualités ou encore les différentes dispositions pénales qui visent de manière spécifique les personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public : délit d'outrage (art. 433-5, al. 2 et 3), de rébellion (art. 433-6), de diffamation (art. 31), de corruption (art. 433-1), circonstances aggravantes (art. 222-13 al. 4 et 4 ter). Si l'ensemble de ces dispositions participe à la protection du fonctionnaire agressé par des administrés, nous ne les aborderons pas ici de manière spécifique, préférant limiter notre propos à la question plus précise des effets de l'article 11 de la loi du 13 juill. 1983.

(5) V. en ce sens, M. P. Chanlair, Pour une pleine application de la protection des agents publics en cas de poursuites pénales, AJDA 2002. 781.

(6) Concl. E. Glaser sur CE 5 déc. 2005, *Commune du Cendre*, Lebon T. 934.

(7) V. en ce sens C. fonc. publ., comm. sous l'art. 11 de la loi n° 83-634 du 13 juill. 1983.

(8) Circ. n° 2158 du 5 mai 2008 relative à la protection fonctionnelle des agents publics de l'État, p. 1.

(9) V. en ce sens les conclusions M. Morisot sous CE, ass., 14 févr. 1975, *Sieur Paul Teitgen*, Lebon 112.

(10) L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., t. 1<sup>er</sup>, Paris, Dunod, 1978, p. 665. À ces arguments, il convient bien entendu d'ajouter, pour l'article 75, la justification classique tirée du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. En ce sens, v. par ex. E.-V. Foucart, *Éléments de droit public et administratif*, 3<sup>e</sup> éd, t. 1, Paris, Videcoq, 1843, p. 163 ou L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., t. 1<sup>er</sup>, Paris, Dunod, 1978, p. 664.

(11) Dès 1822, le recueil Sirey regroupe une partie de ces décisions sous une rubrique Mise en jugement à la fin de chacun de ses tomes annuels. À partir de

par l'article 75 de la Constitution de l'an VIII est moins puissante qu'on a pu l'affirmer. À l'inverse, on peut douter de l'étroitesse de la protection contemporaine au regard des garanties antérieures. L'article 11 modifié de la loi de 1983 s'efforce de protéger les agents publics, non seulement des effets de la judiciarisation croissante de la société, mais aussi de la dégradation des rapports de l'administration avec ses administrés. Il a connu, depuis vingt-cinq ans, tant en raison des modifications du texte initial que des précisions apportées par la jurisprudence, de réelles évolutions qui s'avèrent largement favorables à la protection de l'agent public.

## L'article 75 de la Constitution de l'an VIII: une protection relative

Si le maintien de l'article 75 fut fortement critiqué, la dimension protectrice de la garantie doit être relativisée.

### Une longévité contestée

Conformément aux vœux de la Nation, l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) du 16 août 1789 proclame le principe selon lequel « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». L'article 75 s'efforce de concilier cette volonté de responsabiliser les agents publics avec la conception française de la séparation des pouvoirs. Bien que cet obstacle procédural ait été très vite l'objet des critiques virulentes des libéraux, l'article 75 survit largement à l'effondrement de l'Empire.

### Un certain progrès

Nonobstant l'article 15 de la Déclaration, la Révolution française ne parvient pas à instaurer la responsabilité personnelle des agents publics. Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, fondé sur l'article 16 de la DDHC, empêche de laisser aux tribunaux judiciaires le soin d'apprécier librement la conduite d'un agent public pour des faits relatifs à ses fonctions<sup>12</sup>. L'article 15 de la DDHC va donc, dans un premier temps, être compris comme imposant aux agents publics une responsabilité qui s'apparente davantage à une exigence de contrôle et de sanction des agents publics<sup>13</sup> qu'à un principe de responsabilité personnelle impliquant l'obligation de réparer les préjudices causés à autrui. La responsabilité est alors de nature essentiellement disciplinaire et se manifeste par l'intermédiaire d'un contrôle hié-

rarchique<sup>14</sup>. Par ailleurs, à l'époque révolutionnaire, l'idée d'une responsabilité de la puissance publique progresse moins vite encore que celle de ses agents. L'État est en effet conçu comme une personnification de la Nation. À la souveraineté de la seconde correspond l'irresponsabilité du premier, sous réserve toutefois de quelques lois spécifiques<sup>15</sup>.

Dans un tel contexte, le principe d'une responsabilité personnelle des fonctionnaires devant les juges judiciaires, même assorti des précautions posées par l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, peut apparaître comme un relatif progrès. Certes, le changement est modeste, ne serait-ce qu'en raison de la formulation essentiellement négative de l'article<sup>16</sup>. De plus, le mécanisme d'autorisation n'est pas sans rappeler celui de l'évocation du roi en son Conseil<sup>17</sup>, dans la mesure où le Conseil d'État est à l'époque essentiellement une assemblée d'administrateurs dévoués au Premier Consul<sup>18</sup>.

Toutefois, pour les droits des administrés, la possibilité de recourir au Conseil d'État n'est pas négligeable. En substituant ce dernier aux autorités supérieures jusque-là chargées de délivrer l'autorisation de poursuite, l'article 75 offre aux administrés la possibilité d'un examen de leur dossier qui, au fur et à mesure que le Conseil s'institutionnalise, s'émancipe progressivement des considérations politiques. Or les décisions prises dans ce cadre de l'article 75 constituent la seule hypothèse dans laquelle le Premier Consul ne peut s'affranchir de la décision du Conseil<sup>19</sup>. De plus, ce dernier jouit d'une compétence étendue. De l'an X à 1806, une série d'arrêtés et de décrets, destinée à alléger la tâche du Conseil, attribuent aux directeurs généraux de plusieurs grands services publics le pouvoir d'autoriser les poursuites contre leurs subordonnés. Les préfets sont investis de la même faculté envers les percepteurs<sup>20</sup>. Le Conseil se prononce donc non seulement en première et dernière instance sur les demandes qui lui sont adressées directement, mais aussi sur les recours introduits par les particuliers, ou le ministère public, contre les décisions des chefs de service, en matière d'autorisation. Enfin, l'obtention d'une telle autorisation n'était pas toujours nécessaire à la poursuite des agents publics. Il semble ainsi que les administrés qui choisissaient de saisir les conseils de préfecture n'aient pas eu besoin de solliciter une telle autorisation<sup>21</sup>.

1840, le recueil Lebon publie en outre un tableau récapitulatif annuel. Certaines années, hélas trop rares, les rédacteurs du Recueil ont manifestement eu communication du dossier qui sert de support à la décision. Son contenu fait alors l'objet d'un résumé qui reprend, outre les faits de l'espèce, le point de vue du ministre de l'Intérieur ou du supérieur hiérarchique du fonctionnaire incriminé. Les années 1842 et 1843 sont à cet égard particulièrement riches d'enseignements. Malheureusement, il est mis fin à cette pratique dès 1845, date à partir de laquelle seuls les « arrêts présentant un intérêt doctrinal » sont publiés. En dépit de ces différences éditoriales, le Recueil se révèle une véritable mine d'informations sur la mise en œuvre de la garantie.

(12) Loi des 16 et 24 août 1790 puis loi des 7 et 14 oct. 1790 appliquant à l'ensemble de l'administration le mécanisme de l'autorisation préalable par l'autorité supérieure prévu par la loi du 14 déc. 1789 sur l'administration locale. Sur cet ensemble normatif, v. J.-C. Maestre, *La responsabilité pécuniaire des agents publics en droit français*, Paris, LGDJ 1962, p. 26-27.

(13) V. en ce sens J.-P. Dubois, *Faute des agents et responsabilité administrative*, chap.1<sup>er</sup>, S. 1<sup>er</sup>, Art. 1<sup>er</sup>, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique (dorénavant RRPP) n° 2, sept. 2007.

(14) *Ibid.*

(15) Tel est par ex. le cas de la loi du 10 vendémiaire an VIII qui pose le principe de la responsabilité des communes « au cas de pillage ou de dévastation par attroupements formés par ses propres habitants ou ceux d'une autre commune » ou encore de l'article 4 de la loi du 28 Pluviôse an VIII. Ce dernier attribue compétence aux conseils de préfecture pour connaître des « réclamations des particuliers qui se plaindront des torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs de travaux publics et non du fait de l'administration ». En dépit d'un texte qui paraît exclure la responsabilité de l'administration, il a toujours été appliqué comme consacrant la responsabilité de l'État en matière de travaux publics. V. R. Drago, *Principes généraux de la responsabilité*. Article 1<sup>er</sup> – Considérations historiques, RRPP n° 3, mai 2004.

(16) « Les agents du gouvernement autres que les ministres, ne pourront être poursuivis pour les faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État; en ce cas la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires ».

(17) En ce sens, J.-C. Maestre, *op. cit.*, p. 28.

(18) V. F. Burdeau, *Histoire de l'administration française*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Domat Montchrestien, 1994, p. 76-77.

(19) *Idem*, p. 96.

(20) Sur ces textes, v. J.-L. Mestre, *La garantie des fonctionnaires in Liberté, libéraux et Constitution*, J.-P. Clément, L. Jaume, M. Verpeaux (dir.), PU Aix-Marseille, Économica, 1994, p. 77, note 2.

(21) M. Deguerge, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1994, p. 247.

De plus, à partir de 1828 <sup>22</sup>, il est interdit d'élever le conflit en matière criminelle ou correctionnelle, lorsque l'autorisation de poursuivre un fonctionnaire n'a pas été donnée. Le Tribunal des conflits fit une application stricte de cette disposition <sup>23</sup>.

Dans le cadre ainsi défini, l'article 75 de la Constitution du 22 frimaire an VIII survécut à cinq changements de régime, avant d'être finalement abrogé par le décret du 19 septembre 1870. Comment expliquer qu'un tel article ait pu survivre aussi longtemps à la disparition de la Constitution où il figurait, alors même qu'il fut très tôt l'objet des vives critiques des libéraux ?

### Un maintien critiqué

Lors de la Restauration, les libéraux soutiennent que la chute du régime impérial a nécessairement emporté avec elle la garantie des fonctionnaires. À l'inverse, ses partisans soulignent que la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 prévoit en son article 68 le maintien des lois existantes compatibles avec la nouvelle organisation politique. Pour le législateur, comme pour la Cour de cassation et le Conseil d'État, l'article 75, en raison de son objet administratif, demeure donc applicable <sup>24</sup>. Un raisonnement semblable fut tenu à propos des textes constitutionnels de 1830, 1848, 1852 et 1870, chacun d'entre eux comprenant un article comparable à l'article 68 de la Charte de 1814 <sup>25</sup>.

L'article 75 fait pourtant, dès la Restauration, l'objet de vives critiques. On y voit souvent un trait typique de l'arbitraire napoléonien qui aurait survécu à la disparition de l'Empire. Très vite, les propositions de réforme se multiplient mais aucune n'aboutit. Lanjuinais, en 1819, considère que l'article 75 « établit en droit le despotisme le plus absolu, le plus éhonté, le plus insupportable » <sup>26</sup>. En 1830, la Charte s'engage, par son article 69, à pourvoir « dans le plus bref délai possible par une loi nouvelle, à la responsabilité des ministres et autres agents du pouvoir » <sup>27</sup>. Dans un livre publié un an plus tard, Locré regrette qu'on ait « porté trop loin l'application de l'article 75 » <sup>28</sup> et propose de « laisser à chacun la liberté de traduire de plein droit devant les tribunaux, les agents subalternes » <sup>29</sup> en soumettant toutefois à l'autorisation du préfet leur poursuite pour les faits « qui seraient vraiment relatifs à leurs fonctions » <sup>30</sup>. En dépit de plusieurs projets parlementaires et gouvernementaux <sup>31</sup>, l'intention sur ce point réformatrice de la Charte demeure lettre morte. Tocqueville peut donc s'élever avec force contre la survivance de l'article 75 sous la Monarchie de Juillet dans *De la démocratie en Amérique* <sup>32</sup> ou encore dans le chapitre IV de son ouvrage sur *L'Ancien Régime et la Révolution*. Enfin, sous le second

Empire, il revient notamment à Casimir Périer de dénoncer, en 1867, « le plus puissant instrument d'arbitraire et d'oppression qu'aient jamais pu rêver les plus ardents fauteurs du pouvoir absolu » <sup>33</sup> que constitue à ses yeux l'article 75, et à Gambetta d'en demander la suppression dans son programme de Belleville <sup>34</sup>.

Les contempteurs de la garantie de l'an VIII considéraient que le gouvernement se servait de cette procédure pour éviter la mise en cause de ses fonctionnaires, alors même que les faits litigieux présentaient un indiscutable caractère personnel, sans lien avec les fonctions. Une telle vision est aujourd'hui encore assez largement reprise par la doctrine <sup>35</sup>. Pourtant, le dépouillement systématique des décisions prises par le Conseil d'État en matière d'autorisation de poursuites et l'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation incitent à se demander si l'article 75 méritait bien un tel opprobre.

### Une mise en œuvre mesurée

La poursuite des seuls « agents du gouvernement » nécessite une autorisation préalable du Conseil d'État. Dès lors qu'il s'agit de déterminer si peut être qualifiée une personne de la sorte, juridictions judiciaires et Conseil d'État exercent, pour des raisons essentiellement procédurales, une compétence concurrente <sup>36</sup>. L'exception résultant du défaut d'autorisation est en effet fondée sur un motif d'ordre public <sup>37</sup>. Elle peut donc être relevée d'office par le juge mais également être soulevée par une personne qui, mise en cause devant un tribunal de l'ordre judiciaire, allègue de sa qualité supposée de fonctionnaire pour contester la régularité de l'action introduite à son encontre. Il revient alors au tribunal, sous le contrôle ultime de la Cour de cassation, de se prononcer sur la qualité de la personne qui comparait devant lui <sup>38</sup>. Parallèlement, le Conseil d'État est appelé à trancher le même type de question, à la suite de sa saisine, soit par un particulier désireux d'intenter une action à fins civiles ou criminelles à l'encontre d'un agent <sup>39</sup>, soit par le ministère public lorsqu'un crime ou un délit est allégué <sup>40</sup>.

Définir le champ d'application de la garantie des fonctionnaires suppose en conséquence d'étudier la jurisprudence des juridictions de chacun des ordres administratif et judiciaire. Paradoxalement, les décisions de la Cour de cassation ont été analysées de manière relativement approfondie <sup>41</sup>, tandis que celles du Conseil d'État n'ont jamais fait l'objet d'une étude systématique. Or la jurisprudence du Conseil ne correspond pas à la vision quelque peu caricaturale qu'en avait la doctrine au XIX<sup>e</sup> siècle, tant en raison des limites apportées au champ d'application de la protection, que de ses modalités.

(22) Art. 3 de l'ordonnance du 28 juin 1828.

(23) V. M. Deguerge, *op. cit.*, p. 249.

(24) V. sur ce point les lois du 8 déc. 1814 et du 21 avr. 1819 ainsi que l'avis du Conseil d'État du 11 déc. 1814, cités par J.-C. Maestre, *op. cit.*, p. 28.

(25) F. Bottini, *La protection des décideurs publics face au droit pénal*, Paris, LGDJ, 2008, p. 47, note 9.

(26) Lanjuinais, *Constitutions de la Nation française, avec un essai de traité historique et politique sur la Charte*, t. 1<sup>er</sup>, Paris, Librairie constitutionnelle, 1819, p. 51.

(27) Une disposition similaire était déjà présente dans l'acte additionnel de 1815 (art. 50).

(28) Locré, *Quelques vues sur le Conseil d'État*, Paris, 1931, p. 31.

(29) *Idem*, p. 32.

(30) *Idem*, p. 34.

(31) V. sur ce point L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, t. 1<sup>er</sup>, Paris, Dunod, 1878, p. 663, note 1.

(32) A. De Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, t. 1, Garnier-Flammarion, t. 1, p. 174.

(33) C. Périer, *L'article 75 de la Constitution de l'an VIII sous le régime de la Constitution de 1852*, Paris, Armand Le Chevallier, 1867, p. 32.

(34) V. C. Nicolet, *Le radicalisme*, Coll. « QSJ », PUF, 1957, p. 23.

(35) V. par ex., par J.-C. Maestre, *op. cit.*, p. 33-34 ; ou F. Bottini, *op. cit.*, p. 48 et 52.

(36) J.-L. Mestre, *La garantie des fonctionnaires*, *op. cit.* p. 79.

(37) E.-V. Foucart, *Éléments de droit public et administratif*, 3<sup>e</sup> éd., t. 1, Paris, Videcoq, 1843, p. 164.

(38) J.-L. Mestre, *La garantie des fonctionnaires*, *op. cit.*, p. 79.

(39) Après s'être éventuellement heurté à une déclaration d'incompétence de la part d'un tribunal judiciaire. V. par ex., CE 14 déc. 1867, *Guillot c/ Rouault et Thierry*, Lebon 1867 (dorénavant Lebon, le tome concerné correspondant systématiquement à l'année de la décision), p. 1122.

(40) L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., t. 1<sup>er</sup>, Paris, Dunod, 1978, p. 671.

(41) V. par ex., J.-C. Maestre, *op. cit.* p. 30 à 33 ou M. Deguerge, *op. cit.*, p. 249-250, pour s'en tenir à la doctrine contemporaine.

## Le champ d'application de la protection

Si les personnes susceptibles de bénéficier de la protection de l'article 75 étaient effectivement nombreuses, le champ d'application matériel de la garantie apparaît en revanche limité.

### Un champ d'application organique étendu

Partie d'une conception très restrictive de la notion d'agent du gouvernement<sup>42</sup>, la Cour de cassation va peu à peu en élargir la définition. L'évolution aboutit à une interprétation extensive, consacrée par un arrêt *Clemenceau* de 1838<sup>43</sup>. Sont considérés comme des « agents du gouvernement » au sens de l'article 75, « ceux qui, dépositaires d'une partie de son autorité, agissent en son nom et sous sa direction médiate ou immédiate, et font partie de la puissance publique », voire ceux qui sont désignés par le gouvernement pour exercer « une portion quelconque d'autorité publique »<sup>44</sup>. Une définition aussi imprécise ne peut que couvrir la grande majorité des fonctionnaires<sup>45</sup>.

Parmi ces agents du gouvernement dont les poursuites requièrent une autorisation du Conseil d'État, deux catégories sont particulièrement importantes d'un point de vue quantitatif. Il s'agit avant tout des maires et de leurs adjoints<sup>46</sup> qui, de la Monarchie de Juillet à la fin du second Empire, représentent plus de la moitié des demandes<sup>47</sup>. Brigadiers et gardes forestiers sont également nombreux à être concernés, puisqu'ils font l'objet de 10 à 20 % des demandes<sup>48</sup>. Cette proportion importante s'explique en partie par la véritable renaissance que connaît, à partir de l'Empire, l'administration générale des Forêts<sup>49</sup>. Le reste des demandes concerne des préfets et sous-préfets, des agents des différentes administrations financières, des ingénieurs, agents et conducteurs des ponts et chaussées, des gardes-pêche et assimilés, des directeurs de prisons et gardiens-chefs de maisons d'arrêt. À cette liste, il convient d'ajouter – sans pour autant atteindre l'exhaustivité – les gouverneurs des colonies, les diplomates, les intendants militaires et leurs

adjoints, les commissaires de la marine et syndics des gens de mer. Enfin, en vertu du principe selon lequel c'est l'acte administratif et non la personne qui est protégé, l'autorisation demeure nécessaire alors même que l'agent est démissionnaire ou a été destitué<sup>50</sup>. Si le Conseil d'État, à l'image de la Cour de cassation, entretient ainsi une conception assez extensive de la notion d'agent du gouvernement, certains emplois n'en sont pas moins privés de manière systématique du bénéfice de la protection. Tel est notamment le cas des agents des contributions indirectes<sup>51</sup>. Les lois du 8 décembre 1814 et du 28 avril 1816 les ont en effet exclus du champ d'application de l'article 75<sup>52</sup> afin, explique Aucoc, « de faire tomber l'impopularité de cette nature d'impôts »<sup>53</sup>. Dans le même ordre d'idée, une disposition traditionnelle de la loi budgétaire annuelle permet de poursuivre, sans autorisation préalable, tous les agents qui auraient concouru à la perception et à l'assiette d'un impôt illégal<sup>54</sup>, précision qui n'est pas sans importance dans la mesure où, dès le Premier Empire, les services fiscaux connaissent un essor considérable.<sup>55</sup> Ne sont pas non plus au nombre des agents du gouvernement auxquels est applicable l'autorisation préalable prévue par l'article 75, les membres des conseils généraux ou municipaux<sup>56</sup>, sauf lorsque ces derniers font office de maire<sup>57</sup>, les instituteurs<sup>58</sup>, les secrétaires de mairie<sup>59</sup> et les gardes champêtres<sup>60</sup>.

En dépit de ces exceptions, le champ d'application organique de l'article 75 demeure étendu. Il en va cependant différemment d'un point de vue matériel.

### Un champ d'application matériel limité

Si l'article 75 protège les agents du gouvernement au civil comme au pénal<sup>61</sup>, la jurisprudence de la Cour de cassation s'efforce, après l'Empire, de restreindre la notion de « faits relatifs aux fonctions ». Partant d'une conception purement temporelle largement favorable à l'agent<sup>62</sup>, elle y substitue, à partir du second Empire, une distinction fondée sur un critère matériel<sup>63</sup>. En 1854, elle considère par exemple qu'un délit de chasse « n'est pas, de la part du garde forestier qui l'aurait commis dans l'exercice de ses fonctions, un fait relatif à la fonction publique » nécessitant autorisation<sup>64</sup>. L'é-

(42) Crim 26 déc. 1807, *Zolezzi-Bull* : seuls étaient alors considérés comme des agents du gouvernement « les fonctionnaires publics qui sont tellement sous la dépendance du gouvernement, qu'ils ne peuvent jamais avoir, dans l'exercice de leurs fonctions habituelles et journalières, d'autres opinions que la sienne, ni conduire une conduite opposée à celle qu'il leur trace, soit par lui-même, soit par ses agents supérieurs », cité par J.-C. Maestre, *op. cit.*, p. 31.

(43) Crim. 2 mai 1838.

(44) Crim. 26 déc. 1846.

(45) Pour une liste – non exhaustive – des agents couverts sous la Restauration, voir Cormenin, *Questions de droit administratif*, t. 2, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Goblet, 1826, p. 529-530. Pour une énumération de même nature relative cette fois au second Empire, v. J.-L. Mestre, « La garantie des fonctionnaires », *op. cit.*, p. 80.

(46) À partir de la loi du 28 Pluviose an VIII, maires et adjoints sont nommée par le Premier consul ou par le préfet suivant l'importance de la commune. V. P.-C. Timbal et A. Castaldo, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, coll. « Précis », 1993, p. 474.

(47) À la fin de la Monarchie de Juillet, de 1840 à 1848 inclus, 55 % des demandes en autorisation de poursuites concernent des maires ou des adjoints au maire (370 demandes sur un total de 664). La proportion augmente légèrement par la suite : 64 % sous la 2<sup>e</sup> République (1849-1851 : 173 demandes sur un total de 268) et 63 % sous le second Empire (1852 – 1867 : 530 demandes concernant des maires ou des adjoints sur un total de 845).

(48) 20 % en 1843 (11 demandes sur un total de 55) ; presque 10 % en 1846 (5 demandes sur 53) ; 17 % l'année suivante (13 demandes sur 80), 23 % en 1848 (13 demandes sur 56). Il en va de même sous la II<sup>e</sup> République : 25 % en 1849 (27 demandes sur 107), 12 % en 1850 (11 demandes sur 89), 19 % en 1851 (14 demandes sur 72). Le pourcentage de demandes concernant brigadiers et gardes forestiers diminue un peu sous le second Empire : il représente alors entre 4 et 16 % du total des demandes (16 % en 1852 : 11 demandes sur 67 ; 4 % en 1856 et 1857 ; 12 % par ex. en 1862 : 4 demandes sur 33).

(49) V. sur ce point, F. Burdeau, *Histoire de l'administration française du XVIII<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1994, p. 96.

(50) V. L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., t. 1<sup>er</sup>, Paris, Dunod, 1978, p. 670.

(51) V. par ex. : CE 10 mai 1862, *Bourry c/ Amart*, Lebon 1003 ; CE 15 sept. 1847, *Rivière c/ Caralp*, Lebon 826 et CE 9 mars 1861, *Turpand c/ Lyonnet*, Lebon 1065.

(52) V. not. CE 30 sept. 1830, *Rattier*, Lebon 451.

(53) L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., t. 1<sup>er</sup>, Paris, Dunod, 1978, p. 667.

(54) *Ibid.*

(55) V. sur ce point, F. Burdeau, *op. cit.* p. 96.

(56) CE 31 juill. 1853, *Roux-Aymar et consort*, Lebon 1256 ; CE 8 nov. 1854, *Tardif*, Lebon 1150 ; CE 7 juin 1851, *Neveu et Janvier*, Lebon 858 ; CE 26 juill 1851, *Gherardhi et Leoni*, Lebon 859.

(57) CE 24 juill. 1845, *Commune de Pont – Croix c/ le sieur Gignard*, Lebon 711.

(58) CE 22 févr. 1862, *Saller c/ Ellisagaray*, Lebon 1002.

(59) CE 12 août 1845, *Magdinier c/ Seyre*, Lebon 712 ; CE 10 juin 1854, *Dard*, Lebon 1148 ; CE 22 févr. 1862, *Saller c/ Ellisagaray*, préc.

(60) CE 6 déc. 1852, *De Nabat c/ Meunier*, Lebon 748 ; CE 19 nov 1955, *Bar-nole*, Lebon 873.

(61) V. not Cass. 8 août 1840. Dans le même sens, Cass. 30 juill. 1841.

(62) Cass. 24 déc. 1824. V. J.-C. Maestre, *op. cit.* p. 32.

(63) V. Crim. 8 mai 1846, *Regnault*, selon lequel l'article 75 « n'exige pas que les faits, à raison desquels la poursuite doit être intentée, aient eu lieu pour l'exercice des fonctions de l'agent » mais « veut seulement que les faits soient relatifs aux fonctions ».

(64) Crim. 2 mars 1854, cité par J.-L. Mestre, *La garantie des fonctionnaires*, *op. cit.*, p. 82.

volution aboutit à l'arrêt *Cheronnet* du 31 mars 1864 qui définit les « faits relatifs aux fonctions » comme « un acte de la fonction elle-même avec laquelle ils s'identifient et dont ils constituent l'exercice, bien qu'abusif »<sup>65</sup>.

La jurisprudence du Conseil d'État n'apparaît guère divergente. Dans un premier temps, le Conseil accepte de statuer sur les demandes en autorisation de poursuite fondées sur des faits qui, de toute évidence, ne sauraient être considérés comme étant constitutifs d'un exercice normal des fonctions : injures et voies de fait<sup>66</sup>, tentative d'homicide<sup>67</sup>, concussion<sup>68</sup>. Puis, à partir des années 1840-1850, la jurisprudence du Conseil évolue. Certains faits délictueux ou criminels sont considérés comme ne relevant plus de l'exercice des fonctions et, en conséquence, font l'objet d'une déclaration de non-lieu à statuer, les poursuites s'exerçant alors librement. Tel est le cas par exemple des demandes relatives à des détournements de fonds<sup>69</sup>, à des faits de concussion<sup>70</sup> ou à des délits de chasse<sup>71</sup>. Par ailleurs, il est très fréquent que le Conseil, face à un agent du gouvernement au sens de l'article 75, établisse des distinctions entre les différentes fonctions exercées. En effet dès lors qu'un acte a été accompli dans l'exercice des fonctions judiciaires, sa poursuite est dispensée d'autorisation<sup>72</sup>. Or un maire est à la fois agent du gouvernement et organe de la commune, mais aussi officier de l'état civil et officier de police judiciaire. Les fonctions d'état civil s'exerçant sous la direction du procureur de la République, elles sont comprises dans la catégorie des fonctions de police judiciaire<sup>73</sup> et, à ce titre, les poursuites sont libres<sup>74</sup>. Sont également à la fois agents administratifs et officiers de police judiciaire, les commissaires de police, les gardes forestiers, les ingénieurs des ponts et chaussées et plusieurs des agents placés sous leurs ordres. En raison de ces spécificités fonctionnelles, il arrive que le Conseil d'É-

tat accepte de se prononcer sur certains chefs de la demande, tout en soulignant qu'il n'a pas à statuer au regard des autres faits allégués, les poursuites s'effectuant librement<sup>75</sup>. Un raisonnement identique prévaut pour les fonctions exercées en qualité d'officier du ministère public<sup>76</sup>, qu'elles le soient à titre accessoire ou principal<sup>77</sup>. La relative complexité du champ d'application de la protection permet ainsi de remettre en cause, dans une certaine mesure, la réputation abusivement protectrice de la garantie. Une conclusion identique peut être fondée sur l'analyse des modalités de la protection.

### Les modalités de la protection

On ne saurait affirmer que la demande de poursuite formée par un simple citoyen n'avait aucune chance de succès. De nombreuses poursuites ont pu être engagées librement. Il n'en demeure pas moins qu'en raison notamment de l'empiétement du Conseil d'État sur les compétences judiciaires lors des refus d'autorisation, la garantie des fonctionnaires ne pouvait qu'être supprimée.

### Un pourcentage non négligeable de poursuites s'exerçant librement

Communément considéré comme étant largement aux mains du Gouvernement, le Conseil d'État napoléonien s'est néanmoins montré, sous le Consulat et l'Empire, largement favorable aux demandes en autorisation de poursuite<sup>78</sup>. Selon des statistiques reproduites par Cormenin et citées par J.-L. Mestre, le Conseil, sur une période de 12 ans, aurait accordé 1227 autorisations d'agir et n'aurait opposé que 305 refus<sup>79</sup>.

Si le Recueil commence dès 1822 à publier certaines décisions de mise en jugement prises par le Conseil, les données disponibles jusqu'en 1840 ne suffisent pas à en tirer la moindre conclusion. En

(65) Il reviendra notamment à M. Hauriou de voir dans cette jurisprudence les prémisses de la distinction entre faute de service et faute personnelle consacrée par le Tribunal des conflits dans sa décision *Pelletier* du 30 juill. 1873. V. M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, 1907, p. 376.

(66) V. par ex., parmi de très nombreuses décisions, CE 3 juin 1820, *Frétard*, Sirey 1806-1823, p. 387 (autorisation de poursuite d'un maire pour injures et voies de fait sur un particulier).

(67) CE 16 août 1820, *Tavernier*, Sirey 1806-1823, p. 387 (autorisation de mise en jugement d'un garde forestier).

(68) CE 22 févr. 1821, *Guibu, Plantier et Bane*, Sirey 1806-1823, Lebon 106 (autorisation de poursuites de trois gardes forestiers).

(69) V. par ex., CE 11 déc. 1848, *Lalanne*, Lebon 831 : non-lieu à statuer sur les poursuites d'un maire inculpé d'avoir détourné à son profit des deniers communaux, au motif qu'il « n'aurait pas agi en qualité d'agent du gouvernement, mais comme simple particulier ». V. également CE 17 nov. 1862, *Goumant*, Lebon 1005.

(70) CE 14 févr. 1845, *Studer*, Lebon 712 (à propos d'un adjoint au maire).

(71) CE 6 déc. 1844, *Paillez*, Lebon 803 ; CE 6 août 1850, *Henry*, Lebon 1115 ; CE 8 nov. 1853, *Allard*, Lebon 1257. Les trois espèces concernent des gardes forestiers inculpés de délit de chasse. Le Conseil considère n'avoir à statuer dans aucune d'entre elles, au motif que le fait imputé « ne rentre pas dans les fonctions administratives des agents forestiers ».

(72) Les arrêts sont très nombreux à délivrer des non-lieux pour ce motif. On se référera plus particulièrement :

- pour un maire qui se serait rendu coupable de violences, arrestation et détention arbitraire, à CE 10 nov. 1862, *Meynadie c/ Bimet*, Lebon 1004.
- pour un commissaire de police soupçonné d'arrestation illégale et de violation de domicile, à CE 30 oct. 1854, *Grassot c/ Gallin*, Lebon 1150.
- pour un garde forestier mis en cause pour constatation illégale d'un délit de chasse, à CE 12 mai 1855, *Fortier et Perrot*, Lebon 872.

(73) L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., t. 1<sup>er</sup>, Paris, Dunod, 1978, p. 668.

(74) Sur les faits commis dans l'exercice des fonctions d'état civil, voir, parmi une multitude de décisions, notamment CE 11 déc. 1848, *Procureur général de Bordeaux c/ Lalanne*, Lebon 831 ou CE 6 juill. 1853, *Maurice c/ le maire de Sous-Moulin*, Lebon 1255 : « considérant que les officiers de l'état civil ne peuvent être considérés comme agents du gouvernement et ne peuvent réclamer le bénéfice de l'article 75 [...] dès lors, l'autorisation du Conseil d'État n'est pas nécessaire ».

(75) À titre d'illustration, la décision *Vauchel* du 14 juin 1852 (Lebon 746) peut être citée en raison de son parfait classicisme. En l'espèce, il s'agissait d'un maire « inculpé d'avoir : 1) comme maire ayant agi en qualité d'officier de l'état civil, exigé ou reçu des rétributions illégales pour les actes de mariage qu'il rédigeait ; 2) comme maire ayant agi en qualité d'agent du pouvoir exécutif, détourné à son profit des deniers ou objets mobiliers appartenant à sa commune ; 3) en qualité de membre d'un conseil [...] de révision, reçu des sommes d'argent pour faire exempter du service militaire des jeunes gens soumis à la loi sur le recrutement » ; Le Conseil d'État prend alors trois décisions distinctes, selon la nature des faits allégués : Sur le premier chef d'inculpation, le Conseil déclare ne pas avoir à statuer, le maire en sa qualité d'officier d'état civil pouvant « être poursuivi sans autorisation préalable ». Le deuxième chef d'inculpation donne lieu à un refus de poursuites, l'information judiciaire ne révélant pas « de motifs suffisants pour autoriser la continuation des poursuites ». Enfin, le Conseil autorise la continuation des poursuites [...] « à raison des faits qui lui sont imputés en sa qualité de membre d'un conseil de révision ».

(76) Pour un exemple de maire pouvant être poursuivi sans autorisation préalable, à raison d'actes qui se rattachent à ses fonctions de ministre public près le tribunal de police : CE 7 févr. 1848, *Duchemin c/ Bouet*, Lebon 830. Solution identique pour un commissaire de police agissant en tant qu'officier du ministère public : CE 21 nov. 1849, *Nugon*, Lebon 812.

(77) Les auteurs d'actes accomplis dans l'exercice des fonctions d'officier de police judiciaire ou du ministère public ne sont pas pour autant dépourvus de toute protection. Ils bénéficient en effet des dispositions des articles 479 et suivants du code d'instruction criminelle, selon lesquels les poursuites des juges, des organes du ministère public et des officiers de police judiciaire ne peuvent être intentées que devant des juridictions supérieures à celles qui jugeraient de simples particuliers. V. par ex., CE 22 janv. 1852, *Époux Marié et veuve Moutte*, Lebon 745 (poursuites à l'encontre d'un procureur de la République) ; CE 27 sept. 1851, *Lazardeux c/ Hubaut*, Lebon 859 (commissaire de police poursuivi pour perquisition illégale) ; CE 27 févr. 1869, *Lefebvre c/ Latruffe*, Lebon 1209 (gendarme poursuivi pour excès de pouvoir et arrestation arbitraire).

(78) Pour une vision nuancée des premières années d'application de la protection, voir notamment Ch. Durand, *Études sur le Conseil d'État napoléonien*, Paris, PUF, 1949 ; v. également son opuscule : *Une application de la « garantie des fonctionnaires » sous le premier Empire*, Annales de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence, n° 39, 1946 qui relate les démêlés, en 1812, du Baron Duplantier, préfet du Nord avec la Dame Driou. Le conflit entraîna une autorisation de poursuite à l'encontre du premier, ratifiée par Napoléon, en pleine campagne de Russie.

(79) Ces chiffres portent sur les années VIII à XI et 1806 à 1813. V. J.-L. Mestre, *La garantie des fonctionnaires*, op. cit., p. 77, note 3.

revanche, à partir de cette date, il a été possible d'élaborer un tableau qui met notamment en évidence la proportion de poursuites s'exerçant librement. Ce pourcentage est nécessairement plus élevé que celui que l'on obtiendrait en rapportant le nombre d'autorisations de poursuite au total des demandes, car il prend pour base la somme des autorisations de poursuite et des non-lieux à statuer. Les non-lieux à statuer délivrés par le Conseil d'État constituent en effet une variable non négligeable, car ils sanctionnent jusqu'au cinquième des décisions prises sous le second Empire<sup>80</sup>. Or cet accrois-

sement des non-lieux s'explique essentiellement<sup>81</sup> d'une part, par la restriction progressive de la notion de « faits relatifs aux fonctions » et de l'autre, par l'exclusion d'un certain nombre de fonctions – telles celles exercées par un maire en qualité d'officier d'État civil – du champ d'application de l'article 75. Parce que les non-lieux à statuer signifient alors que les poursuites s'exercent librement, la possibilité de poursuivre un agent public ne saurait être réduite aux seules demandes qui ont fait l'objet d'une autorisation expresse du Conseil d'État.

Année	Nombre de demandes	Maires et adjoints	Autres agents	Refus	Autorisations	Non-lieux	% d'autorisations et de non-lieux par rapport au nombre total de demandes
<b>Monarchie de juillet</b>							
1840	71	35	36	40	31	0	44 %
1841	90	52	38	52	38	0	42 %
1842	95	55	40	54	35	6	43 %
1843	55	33	22	40	14	1	28 % <sup>1</sup>
1844	87	51	36	48	27	12	45 %
1845	77	35	42	53	17	7	31 %
1846	53	33	20	33	18	2	39 %
1847	80	49	31	48	27	5	40 %
1848	56	27	29	35	15	6	38 %
<b>Sous-total</b>	<b>664</b>	<b>370</b>	<b>294</b>	<b>403</b>	<b>222</b>	<b>39</b>	<b>40 %</b>
<b>Deuxième République</b>							
1849	107	73	34	64	32	11	40 %
1850	89	57	32	49	37	3	45 %
1851	72	43	29	52	19	1	28 %
<b>Sous-total</b>	<b>268</b>	<b>173</b>	<b>95</b>	<b>165</b>	<b>88</b>	<b>15</b>	<b>38 %</b>
<b>Second Empire</b>							
1852	67	36	31	39	17	11	42 %
1853	78	54	24	43	25	10	45 %
1854	75	45	30	44	19	12	41 %
1855	56	39	17	27	26	3	52 %
1856	46	25	21	19	16	11	59 %
1857	45	28	17	22	11	12	51 %
1858	52	30	22	31	11	10	40 %
1859	38	21	17	20	10	8	47 %
1860	50	28	22	24	16	10	52 %
1861	33	20	13	24	5	4	27 %
1862	52	31	21	31	12	9	40 %
1863	52	33	19	22	12	18	58 %
1864	60	34	26	37	14	9	38 %
1865	60	44	16	33	17	10	45 %
1866	87	63	24	53	27	7	39 %
1867	54	33	21	31	15	8	43 % <sup>2</sup>
<b>Sous-total</b>	<b>905</b>	<b>564</b>	<b>341</b>	<b>463</b>	<b>239</b>	<b>143</b>	<b>48 %</b>
<b>Total</b>	<b>1837</b>	<b>1107</b>	<b>730</b>	<b>1031</b>	<b>549</b>	<b>197</b>	<b>41 %</b>

(1) Pas de tableau récapitulatif publié au Lebon. Chiffres obtenus à partir des 55 arrêts reproduits p. 726 à 751.

(2) 1868 et 1869 : Données indisponibles



Ce tableau fait apparaître un pourcentage de non-lieux et d'autorisations remarquablement stable : de 40 % en moyenne de 1840 à 1848, de 38 % sous la Deuxième République, il s'élève avec la relative augmentation des non-lieux sous le Second Empire pour atteindre en moyenne 48 %. C'est donc près de la moitié des poursuites soumises au Conseil qui sont susceptibles de s'exercer, que ce dernier ait donné son accord ou estimé qu'il n'en était nul besoin. Si on ajoute à ce constat le fait que les demandes d'autorisation de poursuites ne proviennent pas exclusivement des particuliers, mais peuvent également être déposées par le ministère public lorsque celui-ci souhaite poursuivre pénalement un agent du gouvernement, il y a lieu de s'interroger sur l'ardente nécessité, largement soulignée par les contemporains de la garantie, de « rayer et biffer de nos institutions cet article 75 de la Constitution de l'An VIII qui en est l'opprobre et la dérision »<sup>82</sup>.

Au-delà de la vigueur des passions politiques dont ce type de prise de position témoigne, il faut bien reconnaître que les refus sont largement plus nombreux que les autorisations de poursuites : 1031 refus pour 549 autorisations de 1840 à 1867 inclus. Or l'impression négative laissée par ces refus à la fois majoritaires, succinctement motivés et insusceptibles de recours, est encore renforcée par la propension du Conseil à empiéter sur la compétence des juridictions judiciaires.

### **Des empiétements fréquents sur la compétence des juridictions judiciaires.**

Plutôt que de se contenter d'apprécier si la saisine de l'autorité judiciaire risque de porter préjudice aux intérêts de l'administration, le Conseil tend à se comporter comme une véritable juridiction pénale<sup>83</sup>. D'aucuns lui ont d'autant plus vivement reproché l'atteinte au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires qui en résulte, que la garantie avait justement pour objet d'en assurer le respect<sup>84</sup>. L'examen des circonstances de l'espèce apparaît néanmoins inévitable, puisque l'article 75 protège non seulement l'acte administratif, mais plus largement l'administration elle-même, en faisant obstacle aux poursuites motivées par le ressentiment suscité par l'exercice des fonctions administratives<sup>85</sup>.

(80) Si à peine 6 % des demandes se voient opposer un non-lieu à statuer de 1840 à la fin de la deuxième République, le nombre de non-lieux augmente de manière notable par la suite. Sous le second Empire, plus de 18 % des demandes font l'objet d'un non-lieu à statuer (143 non-lieux sur 793 demandes en autorisation de poursuites).

(81) Essentiellement, mais pas exclusivement. Selon les années, une part variable de non-lieux à statuer est de nature purement procédurale. En effet, face à la demande d'un particulier, le Conseil d'État exigeait qu'il y ait eu dépôt de plainte et ouverture d'une information par l'autorité judiciaire. À défaut, le Conseil rejetait la demande (CE 1<sup>er</sup> mars 1842, *Salle*, Lebon 668 ; CE 19 nov. 1855, *Bocret-Narjolle c/ Beuret*, Lebon 872) ; ou délivrait un non-lieu (CE 16 déc. 1842, *Malpeyre c/ Labie*, Lebon 668 ; CE 24 déc. 1862, *Besson c/ Méroux*, Lebon 1005). Il en allait de même lorsque l'action en justice ne pouvait être introduite sans l'autorisation préalable d'une institution et que celle-ci n'avait pas été obtenue (par ex. l'autorisation du conseil de préfecture avant l'introduction d'une action en justice au nom d'une commune : CE 28 avr. 1854, *Ville de Cusset c/ Arloing*, Lebon 1147). Toutefois, l'essentiel des non-lieux résulte de la non-appliquabilité de l'article 75 et signifie en conséquence que les poursuites s'exercent librement. Tel est le cas par ex. de 9 des 12 non-lieux décernés par le Conseil en 1854, et publiés au Lebon p. 1146 à 1152.

(82) Ainsi s'exprimait Victor de Broglie dans ses *Souvenirs*. V. J.-L. Mestre, *La garantie des fonctionnaires*, op. cit., p. 87.

(83) En ce sens, J.-L. Mestre, art. cit. p. 84.

(84) *Ibid.*

(85) On rappellera que jusqu'à la loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995 supprimant notamment l'inviolabilité de poursuites jusque-là prévue par l'article 26 de la Constitution, les assemblées, soucieuses de protéger leurs membres des poursuites malveillantes, étaient confrontées au même écueil.

Afin que le Conseil puisse statuer, le ministre de la Justice lui transmet les renseignements recueillis par l'autorité judiciaire au cours de l'information préalable et l'avis motivé du ministre sous les ordres duquel est placé le fonctionnaire concerné. Le Conseil n'hésite pas alors à apprécier la valeur des preuves avancées et à scruter l'intention des agents<sup>86</sup>. Les autorisations de poursuites peuvent être refusées en raison du caractère douteux des témoignages recueillis<sup>87</sup>, de l'absence de preuve matérielle<sup>88</sup>, de la bonne foi de la personne incriminée<sup>89</sup> ou du caractère involontaire de l'erreur commise<sup>90</sup>. De manière plus contestable, car ils sont assez largement admis, peuvent également justifier un refus, les antécédents honorables de l'agent<sup>91</sup>, l'existence d'une sanction administrative préalable<sup>92</sup> ou d'un « fait justificatif » comme une prétendue légitime défense<sup>93</sup> ou l'ordre du supérieur hiérarchique<sup>94</sup>. Sont également prises en compte, dans un sens ou dans un autre, la gravité du préjudice résultant du fait reproché à l'agent ou l'opportunité des poursuites. Le souci de ne pas décourager les citoyens de se consacrer aux affaires municipales est ainsi souvent invoqué par le Conseil d'État pour refuser l'autorisation de poursuite<sup>95</sup>.

Si la grande majorité des décisions publiées au Recueil sont difficiles à interpréter en raison du caractère succinct de leur motivation, celles – tout particulièrement en 1842 et 1843 – dont la publication est assortie d'un résumé des faits de l'espèce et des positions officielles des ministres concernés permettent de consta-

(86) J.-L. Mestre, *La garantie des fonctionnaires*, op. cit. p. 84.

(87) V. par ex., CE 15 août 1843, *Mulle*, Lebon 729 (refus d'autoriser les poursuites à l'encontre d'un receveur principal soupçonné de concussion) ou CE 28 sept. 1842, *Pène*, Lebon 748 (témoins à charge qualifiés pour la plupart de délinquants par l'instruction préalable).

(88) CE 30 août 1843, *Jourdan*, Lebon 749 : refus d'autoriser les poursuites d'un préfet pour crime de corruption et de faux, le ministre de l'Intérieur s'étant déclaré « frappé » par « l'absence de toute preuve matérielle basée sur des faits certains ».

(89) V., parmi de très nombreux arrêts, CE 21 oct. 1818, *Barnades*, Sirey 1806-1823, p. 8 (refus d'autoriser la mise en jugement d'un adjoint au maire qui avait perçu de l'argent au nom de sa commune à l'issue d'une transaction effectuée de bonne foi et conformément à un usage bien établi) ou CE 5 oct. 1843, *Casse*, Lebon 734 (maire ayant ordonné un abattage d'arbre sans respecter les formalités légales).

(90) CE 28 sept. 1843, *Branche*, Lebon 734.

(91) V. CE 5 oct. 1843, *Renaud*, Lebon 728 (refus de poursuivre un maire pour concussion).

(92) CE 20 avr. 1843, *Dannichert*, Lebon 730 : refus d'autoriser les poursuites pour corruption d'un agent forestier qui avait pourtant reconnu les faits car il s'agissait « d'un homme d'une intelligence bornée qui avait pu se croire à l'abri d'un reproche sérieux » et qui « avait été puni administrativement ». Dans le même sens pour un garde forestier, déjà sanctionné et « habituellement zélé » : CE 28 sept. 1843, *Wettstein*, Lebon 729. Plus contestable, le refus d'autoriser les poursuites d'un maire qui « avait commis de graves et nombreuses irrégularités », parce que « l'administration lui avait infligé un blâme sévère » : CE 5 sept. 1842, *Schürr*, Lebon 674.

(93) CE 10 févr. 1843, *Ferri*, Lebon 743 et CE 22 sept. 1843, *Loux*, *idem* (respectivement, coup de sabre de la part d'un douanier et d'un garde forestier ayant laissé la victime indemne ou ne l'ayant que légèrement blessé). Apparaît nettement plus contestable le refus d'autoriser les poursuites à l'encontre d'un préposé des douanes, qui avait blessé à mort l'auteur d'une rébellion, CE 22 janv. 1850, *Birkenstock*, Lebon 1112.

(94) V., à titre d'ex., la célèbre décision CE 31 mars 1966, *Duc d'Aumale c/ Préfet de police*, Lebon 1373 : Est refusée au Duc d'Aumale l'autorisation de poursuivre le préfet de police devant les tribunaux civils, à fin d'obtenir la restitution d'exemplaires indument saisis d'une histoire des princes de Condé, au motif que le préfet avait agi en vertu d'un ordre du ministre de l'Intérieur. Cette décision fit courir beaucoup de plumes et notamment celle, trempée dans du vinaigre, de Casimir Périer (V. *L'article 75 de la Constitution de l'an VIII sous le régime de la Constitution de 1852*, Paris, Armand Le Chevallier, 1867).

(95) V. par ex., CE 24 oct. 1843, *Eyman et Geydan*, Lebon 735 et CE 15 sept. 1843, *François*, *idem* (usage irrégulier d'une coupe affouagère dans les deux espèces).

ter que les interdictions de poursuivre ne sont pas purement arbitraires. Certes, il est fréquent que le Conseil considère avec suspicion les témoignages rassemblés à l'encontre de l'agent et, à l'inverse, admette assez généreusement l'existence d'excuses ou de faits justificatifs. Toutefois, la plupart des décisions de rejet semblent reposer, au vu des conclusions de l'instruction préalable, sur un examen approfondi et relativement objectif des circonstances de l'espèce. Ainsi, en matière de détournement de fonds, ce que nous appellerions aujourd'hui l'absence d'enrichissement personnel entraîne en général un refus d'autorisation<sup>96</sup>. À l'inverse, l'existence d'un préjudice grave peut interdire la prise en compte de la bonne foi du fonctionnaire. Il en est ainsi notamment en matière de conscription, un faux certificat d'exemption fait de bonne foi par un maire entraînant un préjudice d'une telle gravité pour l'administré, que les poursuites s'avèrent justifiées<sup>97</sup>. Toutefois, l'image d'une institution se construit essentiellement sur des impressions d'ensemble. Que le Conseil se soit livré à une appréciation des faits de l'espèce sans doute trop approfondie mais généralement objective, que la règle de l'irrecevabilité de la demande ait pu accroître mécaniquement le pourcentage de refus, que le taux de non-lieu ait pu être d'autant plus important que les particuliers avaient tendance à solliciter inutilement l'autorisation, que le Conseil enfin ait pu laisser s'engager des poursuites qui étaient ensuite estimées sans fondement<sup>98</sup>, sont autant de facteurs qui permettent de remettre en perspective les chiffres obtenus. S'ils montrent que le Conseil ne s'est pas systématiquement prononcé en faveur de l'agent, ils requièrent une analyse trop fine pour exercer une influence notable sur la réputation d'une institution. Lorsque l'article 75 était en vigueur, ne pouvait compter que l'impression laissée par des décisions de rejet largement majoritaires et par sa tendance à empiéter sur la compétence des juridictions judiciaires. Dans ces conditions, l'article 75 ne pouvait guère espérer survivre à l'effondrement du Second Empire. Dès le 19 septembre 1870, un décret-loi du gouvernement provisoire de la République abroge l'article 75<sup>99</sup>.

\* \*  
\*

### **L'abrogation de la garantie des fonctionnaires et ses suites**

Dans un premier temps, Conseil d'État<sup>100</sup> et Cour de cassation<sup>101</sup> considèrent que la poursuite des agents publics s'exerce librement devant les juridictions judiciaires.

Intervient alors la célèbre loi du 24 mai 1872 dont l'article 9 consacre le principe de la justice déléguée au Conseil d'État, tandis que son titre IV rétablit un tribunal des conflits. Moins d'un an plus tard, la logique de l'État de droit fait encore reculer le

principe de souveraineté étatique<sup>102</sup>, avec la reconnaissance d'une forme relative de responsabilité de l'État en matière de services publics<sup>103</sup>. Cette affirmation est rapidement complétée par l'intervention de l'arrêt *Pelletier* par lequel le Tribunal des conflits, le 30 juillet 1873, reconnaît que la responsabilité personnelle des fonctionnaires peut être engagée devant les tribunaux judiciaires, seulement « dans les limites de leur compétence »<sup>104</sup>.

Alors que le décret-loi du 19 septembre 1870 avait clairement pour but de substituer à la garantie des fonctionnaires une pleine responsabilité civile appréciée par les tribunaux judiciaires, l'arrêt *Pelletier* restreint la portée de l'abrogation de l'article 75, en distinguant, au sein de la garantie des fonctionnaires, deux notions très différentes : une garantie personnelle du fonctionnaire, simple règle de procédure abrogée par le décret et une règle de compétence destinée à protéger l'administration de l'ingérence des tribunaux, règle liée à la séparation des autorités administratives et judiciaires et que le décret, en conséquence, n'a pu abroger<sup>105</sup>. Le tribunal des conflits s'attache alors à isoler la responsabilité des fonctionnaires de celle des personnes morales de droit public qui les emploient. Pour ce faire, il distingue les « faits personnels », dont le fonctionnaire doit répondre selon les règles du code civil devant les juges judiciaires et les « actes administratifs » qui engagent la responsabilité des personnes publiques selon les règles du droit administratif devant les juges administratifs<sup>106</sup>. Il en résulte que si un agent public est actionné devant un tribunal judiciaire, pour une faute non détachable de ses fonctions, le tribunal pourra être dessaisi par la mise en œuvre du conflit positif. C'est alors la responsabilité de la personne publique qui, en application de la jurisprudence *Blanco*, pourra être engagée devant le juge administratif. Commence ainsi à réapparaître, par le biais d'une construction prétorienne, le souci de protéger le fonctionnaire des préjudices qu'il pourrait subir du fait de ses fonctions. Toutefois, aussi importante soit-elle, la protection du fonctionnaire ne se limite pas à cette seule répartition des litiges entre les deux ordres de juridiction. À la même époque, le code d'instruction criminelle prévoit déjà la prévention et la répression des agressions dont peuvent être victimes les agents dans l'exercice de leurs fonctions<sup>107</sup>. Le droit à la protection est généralisé par l'article 23 du premier statut général de la fonction publique du 14 septembre 1941 selon lequel « les fonctionnaires ont droit à une protection contre les menaces, outrages, injures ou diffamation dont ils peuvent être l'objet ». Ce texte ayant été déclaré nul par l'ordonnance du 9 août 1944 portant rétablissement de la légalité républicaine, les dispositions de l'article 23 sont reprises par l'article 15 de la loi du 19 octobre 1946 et enrichies d'une protection matérielle : les fonctionnaires ont dorénavant droit à une réparation pécuniaire du préjudice subi à l'occasion de leurs fonctions<sup>108</sup>. L'article 12 de l'ordonnance du 4 février 1959 ouvre ensuite à l'État à la fois une

(96) V. par ex. CE 16 mars 1842, *Bourley*, Lebon 673 ou CE 9 janv. 1843, *Bubendorff*, Lebon 731.

(97) CE 26 mai 1842, *François c/ Fleurent*, Lebon 681 ou CE 16 juill. 1842, *Cornuché c/ Chalois*, *idem*, Lebon 682. V., en sens inverse en raison de l'absence de préjudice : CE 15 avr. 1843, *Papaducci-Stephanopoli*, Lebon 729.

(98) V. sur ce point, J.-L. Mestre, *La garantie des fonctionnaires*, *in op. cit.* p. 85.

(99) Article 1<sup>er</sup> : L'article 75 de la Constitution de l'an VIII est abrogé. Sont également abrogées toutes autres dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre des fonctionnaires publics de tout ordre. Article 2 : Il sera ultérieurement statué sur les peines civiles qu'il peut y avoir lieu d'édictier, dans l'intérêt public, contre les particuliers qui auraient dirigé des poursuites téméraires contre des fonctionnaires ».

(100) CE 7 mai 1871, *Cumont et Stoffet*, Lebon 28.

(101) Cass., 3 juin 1872, DP 1872. 1. 385 ; 25 janv 1873, DP 1873. 1. 293.

(102) J.-P. Dubois, *Faute des agents et responsabilité administrative. Généralités*, RRPP sept. 2007.

(103) T. confl. 8 févr. 1873, *Blanco*. V. en ce sens, M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (GAJA), 17<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 2009, p. 1 s.

(104) R Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15<sup>e</sup> éd., Domat Montchrestien, Paris, coll. Droit public, 2001, p. 1386, reprenant les termes de l'arrêt *Pelletier*.

(105) GAJA, p. 8.

(106) J.-P. Dubois, *Faute des agents et responsabilité administrative*, Chap.1<sup>er</sup>, S. 1<sup>er</sup>, art. 2, RRPP n° 2, sept. 2007.

(107) V. J. Bourdon, *La protection fonctionnelle de l'agent public*, AJFP 1996. 21.

(108) *Idem*.

action subrogatoire et une action directe, afin d'obtenir de l'auteur des menaces ou des attaques, le remboursement des sommes versées au fonctionnaire en réparation du préjudice subi. Enfin, le Conseil d'État, par un arrêt de section *Centre hospitalier de Besançon* du 26 avril 1953<sup>109</sup>, qualifie de principe général du droit applicable même en l'absence de texte l'obligation faite à la collectivité publique de couvrir le fonctionnaire des condamnations civiles prononcées contre lui en cas de faute de service. Le 4<sup>e</sup> statut de la fonction publique, issu de la loi du 13 juillet 1983 s'efforce de synthétiser, en son article 11, ces différentes règles. Elles sont complétées par la loi du 16 décembre 1996 qui insère, au sein de l'article 11, une protection fonctionnelle pénale. S'affirme alors à nouveau l'existence d'un véritable droit à la protection au bénéfice de l'ensemble des fonctionnaires, pour les préjudices dont ils pourraient souffrir dans l'exercice de leurs fonctions.

## L'article 11 du statut de 1983 : un droit à la protection

L'affirmation d'un véritable droit à la protection fonctionnelle est largement favorisée par le texte même de l'article 11 du statut de 1983. Dès l'alinéa premier, le présent de l'indicatif semble prendre une valeur impérative : « les fonctionnaires bénéficient [...] d'une protection organisée par la collectivité publique dont ils dépendent ». La suite du texte va dans le même sens : en l'absence d'élévation du conflit, lorsqu'un fonctionnaire est poursuivi pour faute de service « la collectivité publique doit [...] le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui » (al. 2), elle « est tenue de protéger les fonctionnaires contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont ils pourraient être victimes à l'occasion de leurs fonctions » (al. 3), de la même manière qu'elle est également « tenue » de lui accorder sa protection en cas de poursuites pénales (al. 4). L'existence d'un tel droit se manifeste tout d'abord par le caractère relativement libéral des principes généraux relatifs à la demande de protection. Il apparaît ensuite à travers les contraintes que la jurisprudence fait peser sur la liberté d'action de l'administration en matière de protection fonctionnelle.

### La demande de protection : des principes généraux libéraux

La mise en œuvre libérale de la protection fonctionnelle se manifeste tout d'abord par la légèreté des contraintes formelles auxquelles est soumise la demande de protection. Le caractère relativement ouvert de la liste des bénéficiaires de ladite protection traduit également le souci d'éviter un déni de protection. Une préoccupation de même nature semble enfin transparaître de la détermination de la collectivité appelée à mettre en œuvre la protection.

#### La quasi-absence de formalisme

Certes, l'agent public victime d'une attaque ou poursuivi devant les juridictions répressives pour faute de service doit en informer sa hiérarchie par écrit<sup>110</sup>, l'État n'ayant pas l'obligation de prendre

l'initiative de mettre en œuvre la protection<sup>111</sup>. En cas de contentieux, cette formalisation de la demande s'avère d'ailleurs nécessaire à chaque étape de la procédure, sa prolongation, en cas d'appel par exemple, n'étant pas acquise de plein droit<sup>112</sup>. Par ailleurs, cette demande de protection doit, selon les termes d'une circulaire du 5 mai 2008 relative à la protection fonctionnelle des agents publics de l'État<sup>113</sup>, « être motivée et apporter toutes précisions utiles [...] pour éclairer l'administration dans sa demande de protection ». Comme l'a d'ailleurs rappelé le Conseil d'État dans un récent arrêt<sup>114</sup>, un degré minimal de précision est donc nécessaire quant à la nature des agissements, la chronologie des faits, les actions judiciaires ou administratives envisagées. Toutefois, si la satisfaction de ces critères permet à l'intéressé d'accroître ses chances de voir sa demande aboutir, l'absence de précision de la demande ne saurait justifier un déni de protection<sup>115</sup>.

Il en va de même du délai dans lequel l'agent public a déposé sa demande<sup>116</sup>. Ainsi, un fonctionnaire qui fait l'objet de poursuites pénales n'est pas tenu d'introduire sa demande de protection dès son assignation ou sa citation devant la juridiction pénale et peut attendre que le tribunal ait rendu son jugement<sup>117</sup>. Le caractère tardif de la demande ne saurait à lui seul justifier un refus de protection, à moins qu'aucune démarche de la part de l'administration ne soit plus envisageable, compte tenu de l'ancienneté des faits. Le Conseil d'État rejeta ainsi la requête en annulation d'un refus implicite de protection que le Président de l'Université Paris I avait opposé à un maître de conférences, victime d'une motion signée par des étudiants et comportant des mentions outrageantes à son égard. La demande de l'enseignant, qui tendait à ce que les étudiants, une fois identifiés, fassent l'objet de poursuites disciplinaires, avait en effet été présentée après l'achèvement de leur scolarité<sup>118</sup>.

La demande de protection revêt ainsi, comme souvent en droit administratif, un caractère relativement informel. La parcimonie des prescriptions qu'elle doit respecter témoigne de la volonté du législateur comme du juge administratif d'éviter un déni de garantie. Cette conception relativement libérale de la protection se retrouve dans l'étendue de son champ d'application *ratione personae*.

(109) Lebon 242. V. également, CE, sect., 3 déc. 1948, *Commune de Berre l'Étang*, Lebon 457.

(110) V. sur ce point l'arrêt de la CAA de Versailles du 10 juill. 2008 refusant d'engager la responsabilité de l'État pour défaut de protection. La requérante,

éducatrice spécialisée auprès d'enfants en difficulté avait subi, dans l'exercice de ses fonctions, quatre agressions avérées, mais n'avait formé aucune demande de protection sur le fondement de l'article 11 alinéa 3. Voir, dans le même sens : CAA Nancy, 25 janv. 2007, *Mme X*.

(111) CAA de Paris, *Rougelet*, 8 nov. 2007, Lebon T. 912.

(112) Circ. n° 2158, p. 11. Pour un exemple de demande de protection destinée à se pourvoir en cassation, v. CAA Paris, 27 mai 2008, *infra*.

(113) Circ. préc., p. 4.

(114) V. CE 7 août 2008, *Angelina A*, rejetant la suspension de la décision implicite du garde des Sceaux refusant à une greffière le bénéfice de la protection fonctionnelle, au motif notamment que l'intéressée ne précisait « ni la nature exacte, ni les auteurs connus, ni la chronologie des agissements dont elle serait victime ».

(115) Ainsi, dans un arrêt du 24 oct. 2006, la CAA de Versailles qualifie de demande de protection le courrier d'une institutrice qui, mise en cause par des parents d'élèves, se contentait de solliciter l'inspecteur d'académie afin qu'il intervienne « dans son établissement par telle note appropriée, pour marquer quelle a été la position de l'administration ». V. également CAA Lyon, 23 janv. 2007, rappelant que l'octroi de la protection n'est pas subordonné à la mention, par l'intéressé, des mesures de protection dont il entend bénéficier.

(116) CE 28 avr. 2004, *Djurdjevac*.

(117) CAA Nancy, 7 févr. 2008, *Commune d'Écrouves*.

(118) CE 28 avr. 2004, *Djurdjevac*, préc.

## Des bénéficiaires largement entendus

Certains des titulaires du droit à la protection sont définis expressément par un texte.

Tel est le cas, en vertu de l'article 2 du statut général de la fonction publique, des fonctionnaires civils des administrations de l'État, des régions, des départements, des communes, de leurs établissements publics et des agents ayant la qualité de fonctionnaire au sein des établissements publics à caractère industriel ou commercial<sup>119</sup>. Depuis l'adoption de l'article 50 de la loi du 16 décembre 1996<sup>120</sup>, la protection fonctionnelle prévue par l'article 11 de la loi de 1983 s'applique non seulement aux fonctionnaires en vertu de son alinéa 1er, mais aussi aux anciens fonctionnaires (al. 4) et aux agents publics non titulaires (al. 5).

Il est difficile de mesurer, au regard des travaux préparatoires, l'exacte portée de cette dernière extension.<sup>121</sup> Toutefois, dès 1963, le juge administratif avait reconnu à un agent contractuel le droit, à défaut d'élévation du conflit, d'être couvert de l'intégralité des condamnations civiles prononcées contre lui. La volonté du législateur de 1996 étant de relayer la jurisprudence administrative, il est probable que les parlementaires aient eu à l'esprit le cas de ces agents contractuels<sup>122</sup>. Une circulaire du 5 mai 2008 relative à la protection fonctionnelle des agents publics de l'État fait d'ailleurs mention des ouvriers d'État et des membres non fonctionnaires des cabinets ministériels<sup>123</sup>.

Nombreux sont également les statuts particuliers qui reconnaissent aux agents auxquels ils s'appliquent un droit posé dans des termes semblables à ceux du statut général. Il en va ainsi des fonctionnaires de la police nationale, en vertu de l'article 12 du décret du 18 mars 1986 portant code de déontologie de la police nationale<sup>124</sup>, des militaires en application de l'article 15 de la loi du 24 mars 2005<sup>125</sup> ou des magistrats de l'ordre judiciaire conformément à l'article 11 du statut issu de l'ordonnance du 22 décembre 1958<sup>126</sup>.

Enfin, la nature fonctionnelle de la protection, combinée avec la jurisprudence du Conseil d'État voyant dans l'article 11 alinéa 2 l'illustration d'un principe général du droit, incite à étendre le

bénéfice de la protection bien au-delà des textes statutaires. Celle-ci profite aux ayants droit des fonctionnaires d'autorité lorsque ces derniers sont décédés dans l'exercice de leurs fonctions ou lorsque leurs proches, du fait des fonctions qu'ils exercent, sont victimes de menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages<sup>127</sup>. Il est par ailleurs probable qu'un collaborateur occasionnel du service public est susceptible de bénéficier de la protection.

La garantie profite donc à tous les agents publics, quelles que soient leur situation juridique, la nature de leurs fonctions ou la collectivité qui les emploie, dès lors que cette qualité leur est reconnue c'est-à-dire à partir du moment où, employés par une personne publique, ils assurent une mission de service public<sup>128</sup>. Seuls paraissent en être exclus les agents qui, à l'égard de l'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, se trouvent dans une situation de droit privé. Si en effet c'est bien l'étroitesse du lien qu'entretient les agents publics avec l'administration qui fonde en partie la protection statutaire, il paraît pour le moins délicat d'en admettre le bénéfice au profit des salariés de droit privé dont la situation relativement précaire ne saurait postuler des garanties identiques<sup>129</sup>. Le raisonnement est toutefois affaibli par l'extension législative de la protection fonctionnelle aux agents publics non titulaires. Par ailleurs, certains arguments incitent à penser que même les agents liés à la collectivité publique par un contrat de droit privé devraient pouvoir bénéficier de la protection statutaire<sup>130</sup>. Puisque la protection fonctionnelle relève au moins en partie d'un principe général du droit, il serait assez logique que, comme dans le cas des agents publics non titulaires, l'analogie des fonctions entraîne l'identité de la protection. De plus, lorsqu'un agent est victime de menaces, insultes ou voies de fait, son statut de droit public ou de droit privé importe peu à l'agresseur : c'est ce qu'il représente, le service public dans le cadre duquel la victime exerce ses fonctions, qui est alors visé. La nature institutionnelle de la garantie, le souci de protéger l'État, la collectivité ou ses services publics à travers les agents, militent là encore en faveur d'une telle extension<sup>131</sup>.

(119) Art. 2 de la loi n°83-634 du 13 juill. 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

(120) Loi n° 96-1093 du 16 déc. 1996 relative à l'emploi dans la fonction publique et à diverses mesures d'ordre statutaire.

(121) Celle-ci, d'origine sénatoriale n'a en effet guère donné lieu à débats. V. P. Moreau et B. Cazin, La protection fonctionnelle des agents publics : un édifice inachevé, AJFP 1999. 23.

(122) Dans un arrêt de section, *Centre hospitalier de Besançon* du 26 avr. 1963 (Lebon 242, concl. J. Chardeau), le CE étend en effet, en vertu d'un principe général du droit, l'obligation de garantie en matière de responsabilité civile à un médecin non fonctionnaire exerçant au sein d'un établissement hospitalier. Cette extension fut à nouveau dûment sanctionnée dans un arrêt d'Assemblée, *Époux Martin*, du 16 oct. 1970 au profit d'un enseignant recruté à titre contractuel par le ministère des Affaires étrangères pour exercer à l'étranger.

(123) Circ. n° 2158, p. 3. On ajoutera, pour être complet, que dans une question parlementaire relative à la protection fonctionnelle, le député D. Caillaud fait mention des stagiaires et vacataires, sans être contredit sur ce point par le ministre. V. JOAN 8 mars 1999, p. 1358 pour la question et du 16 août 1999, p. 4969 pour la réponse.

(124) « Le ministre de l'Intérieur défend les fonctionnaires de la police nationale contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont ils sont victimes dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions » (art. 12, Décr. n° 86-592).

(125) Art. 15 de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires, dont on peut remarquer la très nette parenté d'esprit avec l'article 11 du statut *Le Pors* de 1983.

(126) Ord. n° 58-1270 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

(127) V. sur ce point l'art. 112 de la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure qui fait notamment mention des membres du corps préfectoral, des fonctionnaires de la police nationale, des agents de surveillance de Paris et des militaires de la gendarmerie nationale. Voir également, dans le même sens, la protection prévue par l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 81-328 du 3 avr. 1981 au profit des enfants mineurs des magistrats, fonctionnaires civils et agents non titulaires de l'État décédés, disparus ou blessés dans l'accomplissement d'une mission ayant comporté des risques particuliers. Celle-ci peut éventuellement donner lieu à extension de la garantie fonctionnelle. V. sur ce point la page 9 de la circulaire n° 2158 du 5 mai 2008 préc.

(128) Faute de définition constitutionnelle ou législative précise de la notion d'agent public, ce n'est qu'en procédant à une synthèse des décisions de la jurisprudence administrative que l'on peut, sous réserve toutefois de nombreux tempéraments législatifs, s'en approcher. Nous reprenons ici la combinaison classique des critères organique et matériel que retient notamment F. Melleray, *Droit de la fonction publique*, Paris, Economica, coll. « corpus droit public », 2005, p. 62 à 75.

(129) J.-M. Breton, La protection fonctionnelle des agents de l'administration, AJDA 1991. 178.

(130) C'est en tout cas une précision qui figure, dans le C. fonc. publ., au sujet des titulaires d'un contrat emploi-solidarité ou d'un emploi jeune. Notons toutefois que cette exception est appelée à disparaître, l'article L. 322-4-18 sur lequel se fondent ces contrats de droit privé ayant été abrogé par l'article 12 de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> mars 2008.

(131) Une évolution dans ce sens est d'autant plus probable que la Cour de cassation a récemment accédé à la requête d'un employé d'Axa, en imposant à son employeur, sur le fondement de l'article 1135 du code civil, l'obligation de prendre en charge les frais occasionnés par sa défense dans le cadre d'une procédure pénale engagée par un client pour des faits commis dans l'exercice de ses fonctions. Soc. 18 oct. 2006, M. X., note B. Quentin, LPA 28 févr. 2007.

Demande soumise à un formalisme peu contraignant et bénéficiaires largement entendus sont autant d'éléments qui favorisent l'octroi de la protection. Un constat similaire peut par ailleurs être fait quant à la détermination de la collectivité chargée de mettre en œuvre la protection.

### **La collectivité compétente: une détermination pragmatique**

Si la détermination de l'autorité compétente est simple lorsque l'agent est resté en position d'activité au sein de la même collectivité entre la commission des faits justifiant la demande de protection et la date à laquelle il est statué sur sa demande, elle s'avère plus compliquée en cas de mobilité. Dès 1975, la demande de protection adressée au garde des Sceaux par Paul Teitgen, membre du Conseil d'État, à la suite de la parution du livre du Général Massu, *La vraie bataille d'Alger*, offre à la haute juridiction l'occasion de se prononcer sur ce point. Le livre contenait des appréciations que le demandeur estimait diffamatoires quant à son comportement lorsqu'il était secrétaire général de la préfecture d'Alger, fonctions qu'il exerçait alors sous l'autorité du ministre de l'Intérieur. Le Conseil d'État considéra qu'il appartenait non pas au ministre de l'Intérieur, mais bien à celui de la Justice, autorité dont dépendait le fonctionnaire à la date des attaques dont il était l'objet, d'assurer la mise en œuvre de la protection juridique<sup>132</sup>. En 1999, le critère de l'exercice actuel des fonctions est clairement confirmé par le Conseil d'État, dans un arrêt *Ménage* relatif à des poursuites pénales engagées contre un préfet hors cadre<sup>133</sup>. La haute juridiction précise alors que le ministre compétent n'est pas celui dont dépend l'agent à la date où il introduit sa demande, mais celui dont il relève le jour où l'administration statue sur celle-ci.

Cette solution peut étonner. D'une part, elle conduit à faire assumer les frais de la protection – et notamment le remboursement des honoraires d'avocat – par une collectivité qui peut n'avoir aucun lien avec les faits qui sont à l'origine de la demande. Certes, s'agissant d'un fonctionnaire de l'État, une telle solution est sans réelle conséquence: quel que soit le ministre compétent, c'est toujours le budget de l'État qui se trouve grevé. En revanche, dès lors qu'il s'agit d'un fonctionnaire territorial, elle peut être source de tensions entre collectivités locales. Le Conseil d'État pourtant n'a pourtant pas hésité, dans un arrêt *Commune du Cendre* du 5 décembre 2005, à appliquer aux fonctionnaires territoriaux la solution jusque-là retenue pour les fonctionnaires d'État<sup>134</sup>. D'autre part, on peut se demander si le fait de retenir

---

(132) CE, ass., 14 févr. 1975, *Teitgen*, Lebon 112. La protection était alors organisée par l'article 12, alinéa 2 de l'ordonnance du 4 févr. 1959, art. 12, al. 2, dont s'inspire largement l'article 11 alinéa 3 du statut de 1983.

(133) CE 28 juin 1999, *Ménage*. Dans cette décision liée à l'affaire des écoutes de l'Élysée, le requérant s'était vu opposer un refus de protection par le ministre de l'Intérieur, à la suite de sa mise en examen pour atteinte à l'intimité de la vie privée, faits en rapport avec les fonctions qu'il avait exercées pour une autre administration que celle de l'Intérieur. Le Conseil d'État annula ce refus en considérant que le ministre de l'Intérieur, dont relevait ce préfet hors cadre auquel aucune faute personnelle ne pouvait être reprochée, était tenu de lui accorder la protection.

(134) CE 5 déc. 2005, *Commune du Cendre*. Renvoyé devant la cour d'assises pour complicité de faux et usages de faux en écritures publiques, l'ancien secrétaire général de la commune du Cendre s'était adressé à ladite collectivité pour obtenir le bénéfice de la protection prévue à l'article 11. Procédant à une parfaite synthèse des arrêts *Teitgen* et *Ménage* déjà mentionnés, le Conseil d'État confirme le refus de la commune d'accorder la protection, en rappelant tout d'abord que « l'autorité compétente [...] est non pas celle dont l'intéressé relevait à la date à laquelle il exerçait les fonctions ayant donné lieu aux poursuites, mais celle dont il relève à la date à laquelle il est statué sur sa demande », puis en soulignant « qu'à la date à laquelle il a sollicité [le bénéfice de la protection], M. X ne relevait plus, en tout état de cause, de la commune du Cendre ».

comme collectivité compétente, non plus celle dont relève l'agent à la date de la demande de protection, mais celle dont il dépend lorsqu'il est statué sur sa demande, n'est pas de nature à inciter certaines collectivités à fuir leurs responsabilités. Imaginons en effet que le fonctionnaire territorial qui a déposé une demande de protection soit par ailleurs désireux d'obtenir une mutation, une mise à disposition ou un détachement. La collectivité d'origine ne sera-t-elle pas tentée d'accélérer la procédure de mobilité, afin de reporter sur la collectivité d'accueil la charge de la protection ? D'un autre côté, nombreuses sont les raisons qui militent en faveur de la compétence de la collectivité dont relève le fonctionnaire, sinon à la date où il est statué sur sa demande, du moins à celle où il la présente<sup>135</sup>. Une telle solution paraît tout d'abord conforme au texte même de l'article 11, alinéa 1<sup>er</sup>. Selon ce dernier, les fonctionnaires bénéficient « d'une protection organisée par la collectivité dont ils dépendent », ce qui paraît bien exclure la collectivité dont ils relevaient au moment des faits. Par ailleurs, une telle solution semble reposer sur la nature éminemment institutionnelle de la protection. Dans la mesure où celle-ci cherche à garantir au fonctionnaire la tranquillité d'esprit nécessaire au bon exercice de sa mission, il est normal que ce soit la collectivité où il exerce effectivement ses fonctions qui soit appelée à lui accorder sa protection. Enfin, on peut voir dans cette solution, la volonté réaffirmée de favoriser la mise en œuvre de la protection juridique. Il est en effet plus facile à l'agent de déterminer la collectivité publique dont il dépend à la date à laquelle il dépose sa demande que celle dont il relevait au moment des faits, parfois relativement anciens, qui justifient la demande de protection.

En portant de la sorte un regard pragmatique sur la demande de protection, le juge administratif s'assure de l'effectivité du droit à la protection, tendance dont témoignent également les contraintes qu'il impose aux décisions prises en la matière par les collectivités publiques.

### **La décision administrative: une liberté d'action circonscrite**

L'obligation légale de protection qui pèse sur l'administration suppose qu'un certain nombre de conditions soient remplies, ce qui offre à l'administration autant de raisons de se soustraire à son obligation. Les possibilités d'y déroger font cependant l'objet d'un contrôle rigoureux de la part du juge administratif. Or, à partir du moment où la protection est due, l'obligation de protection est double. L'administration est tenue de s'y conformer pleinement, à moins qu'elle ne fasse usage d'un droit de retrait strictement encadré.

### **Des possibilités de dérogation strictement interprétées**

Les dispositions législatives ne reconnaissent pas au fonctionnaire le bénéfice d'une protection absolue. Outre les causes classiques telles que la force majeure et les faits de guerre, loi et jurisprudence ont prévu des hypothèses qui permettent à l'administration de déroger à son obligation de protection. Ces dernières sont toutefois interprétées restrictivement. Seuls l'absence de lien entre le fait préjudiciable et l'exercice des fonctions, un motif d'intérêt général dûment justifié ou l'existence d'une faute personnelle

---

(135) Nous reprenons ici en partie les arguments développés par le commissaire du gouvernement Emmanuel Glaser, dans ses conclusions sur CE 5 déc. 2005, *Commune du Cendre*, préc.

imputable à l'agent autorisent l'administration à se soustraire à son obligation de protection.

### **Une conception libérale de l'exercice des fonctions**

Le bénéfice de la garantie statutaire suppose qu'il existe un lien de causalité entre le fait préjudiciable et l'exercice des fonctions. Il en résulte que l'administration peut légitimement refuser sa protection lorsque les faits qui sont à l'origine des attaques relèvent de la vie privée du fonctionnaire<sup>136</sup> ou ont été motivés par un intérêt personnel<sup>137</sup>. Fut ainsi rejetée la demande d'un secrétaire technique à la Caisse des dépôts et consignations mis en cause en sa qualité d'ancien responsable syndical<sup>138</sup>. C'est également motif pris de l'absence de lien avec l'exercice des fonctions, que les recteurs d'académies peuvent à bon droit refuser de prendre en charge, sur le fondement de l'article 11, les vols ou détériorations des véhicules d'enseignants stationnés dans les enceintes des établissements scolaires, et ce, quand bien même les dommages auraient été infligés tandis que leurs propriétaires étaient en train de dispenser leurs cours<sup>139</sup>.

Le juge administratif tend néanmoins à minimiser la référence à l'exercice des fonctions afin d'indemniser certains dommages au titre de l'article 11. C'est alors une conception matérielle de la notion de faits commis à l'occasion des fonctions qui semble prévaloir sur une analyse strictement temporelle. Il suffit en effet que l'attaque dont le fonctionnaire a été victime ait un lien avec ses fonctions pour que la protection lui soit due et ce, même si l'agression s'est déroulée en dehors des heures de service. Put ainsi bénéficier de la garantie statutaire un agent de police municipale menacé de mort, tandis qu'il faisait ses courses en famille, par une personne à laquelle il avait précédemment eu affaire dans l'exercice de ses fonctions<sup>140</sup>. Par ailleurs, l'effectivité de l'exercice des fonctions pour la mise en œuvre de l'article 11 ne dépend ni de l'activité réelle du fonctionnaire au moment des faits ni de sa position statutaire<sup>141</sup>. Seule une relation de travail normale s'avère nécessaire. Ainsi, le fonctionnaire en grève qui s'estime victime d'attaques sera exclu du bénéfice de la protection, en raison de la rupture momentanée du lien avec le service<sup>142</sup>. En revanche, l'agent en position de détachement, celui qui est en congé ou en train de se rendre à son lieu de travail conservent le bénéfice de la protection fonctionnelle. Il en résulte que la formule de l'article 11, alinéa 1<sup>er</sup>, selon laquelle les fonctionnaires bénéficient de la protection juridique « à l'occasion de leurs fonctions », doit plus largement être comprise comme permettant aux agents publics de bénéficier de ladite protection « du fait de leurs fonctions »<sup>143</sup>.

(136) En dépit d'un certain nombre d'indications ayant trait à sa vie privée, tel n'était pas le cas des carnets de notes personnelles d'Yves Bertrand, directeur central des renseignements généraux, dont le contenu fut divulgué par un hebdomadaire. La décision du ministre de l'Intérieur lui refusant la protection juridique fut en conséquence annulée : CE 19 juin 2009, *M. Y. Bertrand*.

(137) CE 10 déc. 1971, *Vacher-Desvernais*, Lebon 758.

(138) CAA Bordeaux, 28 juin 2005, *Cursol*.

(139) V. par ex. CAA Versailles, 4 nov. 2004, *Gueusquin*, pour un véhicule endommagé dans la cour d'un collège ou CAA Bordeaux, 13 déc. 2005, *Miquel*, pour le vol d'un cyclomoteur dans l'enceinte d'un lycée. Bien évidemment, dans aucun des deux cas, ne pouvait être établie l'existence d'un défaut de surveillance ou d'une négligence dans l'organisation du service de nature à engager la responsabilité de la collectivité publique.

(140) CAA Paris, M. J. Eeckhoudt, 1<sup>er</sup> oct. 2004 ; AJDA 2005. 108.

(141) Sur tous ces points, v. J. Bourdon, art. cit. p. 21.

(142) TA Rennes, 18 févr. 1988, *M. Guizou*, AJDA 1988. 416, note X. Prétot.

(143) C'est d'ailleurs ce que vient préciser l'article 112 alinéa 1<sup>er</sup> de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure qui étend le bénéfice

Dès lors que le préjudice a été subi à l'occasion de l'exercice des fonctions, la protection est due, à moins que l'administration soit en mesure de soutenir que l'intérêt général s'oppose à cet octroi.

### **L'intérêt général : un caractère exonératoire rarement reconnu**

Dès l'arrêt *Teitgen* de 1975<sup>144</sup>, le Conseil d'État accepte que l'administration puisse s'abstenir d'appliquer les dispositions statutaires au nom de l'intérêt général<sup>145</sup>. Cette notion étant par nature circonstancielle, le juge administratif s'est bien gardé d'en construire une théorie explicite<sup>146</sup>. On peut le regretter car cette prudence interdit aux fonctionnaires de connaître exactement dans quelle mesure ils sont susceptibles d'être privés de l'une des garanties fondamentales de leur statut<sup>147</sup>. Toutefois, en l'état actuel de la jurisprudence, la critique n'est que de faible portée. L'approche qu'a le juge de l'intérêt général exonératoire est en effet éminemment restrictive<sup>148</sup>.

L'intérêt général exonératoire est en réalité peu invoqué et encore plus rarement reconnu. Dans la plupart des cas, ce sont d'ailleurs des refus implicites d'accorder la protection qui sont soumis au juge. L'annulation de la décision administrative est alors d'autant plus facile que, par définition, l'administration n'a même pas pris la peine d'avancer un motif d'intérêt général susceptible de l'exonérer de son obligation. Faute en conséquence d'une jurisprudence éclairante en la matière, seules des hypothèses peuvent être émises : l'administration pourrait être en droit de déroger à son obligation si la défense de son agent supposait par exemple qu'elle mette en cause le crédit de l'État ou viole la loi<sup>149</sup>. Dans les rares cas où l'administration tire effectivement argument de l'intérêt général pour refuser la protection, il est fréquent que le juge annule la décision. Ainsi, de simples raisons de convenance, d'apaisement ou encore la volonté de rétablir la paix sociale<sup>150</sup>, ne sauraient justifier l'inaction de l'administration. Il en va de même du souci de l'administration de ne pas sembler couvrir, par l'octroi de la protection, un fonctionnaire dont le comportement a fait l'objet de critiques virulentes mais légitimes<sup>151</sup>. Plus significatif encore, le bon usage des deniers publics ne constitue pas un intérêt général exonératoire, alors même que l'instance envisagée par le requérant est probablement vouée à l'échec. Dans un arrêt récent de la cour administrative d'appel de Paris, un inspecteur général de la Ville de Paris sollicitait la protection statutaire

---

de l'article 11 à différentes catégories d'agents publics afin de couvrir les préjudices qu'ils subissent « à l'occasion ou du fait de leurs fonctions ».

(144) CE, ass., 14 févr. 1975, *Teitgen*, Lebon 112, préc.

(145) V. également CE, sect., 24 juin 1977, *Dame Deleuse*, Lebon 294, soulignant que les dispositions de l'article 12, alinéa 2 de l'ordonnance du 4 févr. 1959 « établissent, à la charge de l'État [...] une obligation de protection à laquelle il ne peut être dérogé, sous le contrôle du juge, que pour des motifs d'intérêt général ».

(146) Une telle théorie constituerait en effet « une entreprise hasardeuse », selon les termes de Renaud Denoix de Saint Marc dans ses conclusions sur CE 24 juin 1977, *Dame Deleuse* (RD publ. 1977. 1355).

(147) En ce sens, J. M. Breton, art. cit., p. 183.

(148) Circ. n° 2158 du 5 mai 2008 préc., p. 2.

(149) V. J. Bourdon, art. cit., p. 24.

(150) Le CE, dans un arrêt *Vincent* du 16 juin 1977 refusa de considérer que « le souci de l'administration des Postes et télécommunication d'appliquer une politique d'apaisement » à l'issue d'une grève de longue durée soit susceptible de constituer un motif d'intérêt général justifiant un refus de protection. V. également, TA d'Orléans, 27 nov. 2001, *Noddings*; AJFP 2002. 35.

(151) CE, sect., 24 juin 1977, *Dame Deleuse* (sur conclusions sur ce point contraires du commissaire du gouvernement R. Denoix de Saint Marc, RD publ. 1977, p. 1355).

de son administration pour soutenir ses actions en justice à l'encontre du directeur du « Canard enchaîné » et de son éditeur, pour délit de diffamation dans le cadre de l'affaire *Tiberi*. L'intéressé, qui avait obtenu le bénéfice de la protection en première instance puis en appel, avait réitéré sa demande afin de se pourvoir en cassation contre un arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait relaxé les personnes citées. Considérant « qu'il n'avait aucune chance d'obtenir la cassation », le maire de Paris s'était fondé sur le souci de gestion des deniers publics pour lui opposer un refus <sup>152</sup>. La Cour rejeta la requête de la municipalité parisienne en confirmant le jugement de première instance qui avait procédé à l'annulation de son refus <sup>153</sup>. La possibilité pour l'administration d'arguer de l'intérêt général pour déroger à son obligation de protection apparaît ainsi réduite à sa plus simple expression. Il semble qu'il en soit de même en ce qui concerne la faute personnelle imputable à l'agent.

### **La faute personnelle: un effet restrictif relatif**

L'article 11, dans ses alinéas 2 et 4, prévoit la protection du fonctionnaire face au risque judiciaire civil et pénal. En vertu de l'alinéa 2, lorsqu'un agent est condamné par une juridiction judiciaire pour une faute de service, l'administration est tenue de le couvrir des condamnations civiles prononcées à son encontre. L'alinéa 4 oblige l'administration à assurer la protection de l'agent en cas de poursuites pénales consécutives à une faute de service. Dans les deux cas, l'existence d'une faute personnelle de la part de l'agent exonère l'administration de son obligation de protection. Le mécanisme concrétise de la sorte une règle fondamentale du droit public français, que rappelait le Conseil constitutionnel dans une décision du 20 juillet 1983: « l'État répond des fautes commises par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions et ne peut mettre en cause la responsabilité personnelle de ceux-ci qu'en cas de faute personnelle de leur part » <sup>154</sup>. De la même manière, dès lors qu'un fonctionnaire subit un préjudice en raison de violences, voies de fait, injures, outrages ou diffamations dont il a souffert dans l'exercice de ses fonctions, seul un motif d'intérêt général ou la faute personnelle du requérant peut justifier un refus de protection <sup>155</sup>.

Afin de décider des suites qu'il convient de donner à la demande de protection, l'administration doit donc apprécier souverainement si une faute personnelle peut être reprochée à son agent. Le contrôle du juge s'avère d'autant plus strict que ce dernier paraît généralement peu enclin à mettre en jeu la responsabilité personnelle des fonctionnaires.

### **La délicate appréciation de la nature de la faute**

La faute personnelle de l'agent relevant l'administration de son obligation de protection, la décision d'octroi ou de rejet d'une demande de protection fonctionnelle suppose que l'administration sache distinguer la faute de service de la faute personnelle. L'exercice est d'autant plus difficile que l'administration se prononce de

manière souveraine, sans pouvoir, le cas échéant, s'abriter derrière la qualification retenue par le juge pénal.

### **La nécessaire distinction entre faute de service et faute personnelle**

On sait combien la distinction, claire dans son principe, peut se révéler délicate en pratique. Au risque de simplifier à l'extrême, rappelons que la jurisprudence administrative a reconnu trois types de faute personnelle <sup>156</sup>.

Le premier cas recouvre les fautes commises en dehors du service et qui sont dépourvues de tout lien avec lui. Le service étant alors radicalement étranger au litige, la faute est personnelle car elle ne révèle que la personne à titre privé.

La seconde catégorie de faute personnelle regroupe les fautes qui, sans avoir nécessairement été commises par l'agent dans le cadre de ses fonctions, se caractérisent à la fois par un lien avec le service et par une intention malveillante ou une grave imprudence de l'agent. Dès lors, bien que le service ait pu fournir à l'agent les moyens de l'acte dommageable, la faute, dénaturée par le comportement répréhensible de l'agent, est certes, selon la formule consacrée par la jurisprudence administrative « non dépourvue de tout lien avec le service », mais ne peut qu'être considérée comme une faute personnelle <sup>157</sup>. Il s'agit parfois de fautes qui auraient été considérées comme des fautes de service si elles avaient été commises dans l'exercice même des fonctions <sup>158</sup>.

La troisième catégorie correspond à certaines des fautes commises dans l'exercice même des fonctions, mais qui s'en détachent intellectuellement en raison leur particulière gravité, de l'intention malveillante qu'elles recouvrent ou de l'inexcusable imprudence de l'agent. Ainsi, en acceptant que soit placé sous son autorité directe le service des questions juives et en veillant à mettre en œuvre avec le maximum d'efficacité les opérations de déportation, Maurice Papon, secrétaire général de la préfecture de la Gironde de 1942 à 1944, a adopté un comportement qui, eu égard à son exceptionnelle gravité et à son caractère inexcusable, revêt le caractère de faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions pour l'application de l'article 11 de la loi de 1983 <sup>159</sup>. L'intention de nuire peut par exemple résider dans la poursuite d'un intérêt matériel personnel <sup>160</sup>, dans une inimitié tenace ou encore dans la volonté de tuer ou de blesser <sup>161</sup>. L'envoi largement diffusé de courriers qui « contenaient des termes injustifiés au regard des pratiques administratives normales et révélant de l'animosité contre les intéressés » revêt ainsi le caractère d'une faute personnelle détachable du service privant un professeur de l'enseignement secondaire du droit à la protection fonctionnelle <sup>162</sup>.

(152) CAA de Paris, 27 mai 2008.

(153) V. dans le même sens CAA Versailles, 3 avr. 2007. À l'occasion d'un contentieux opposant un professeur de lycée à un recteur d'académie, la Cour souligne le fait « que l'avocat chargé par le recteur de défendre le requérant avait estimé que ce dernier n'était pas susceptible d'obtenir satisfaction en appel ne dispensait pas le recteur de son obligation de protection ».

(154) 83-162 DC, Loi relative à la démocratisation du secteur public.

(155) V. en ce sens, CE 14 déc. 2007, *Juan*. L'urgence étant avérée, l'absence de tels motifs fut considérée comme étant de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité d'un refus de protection qui justifiait sa suspension.

(156) R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15<sup>e</sup> éd., Domat Montchrestien, Paris, coll. Droit public, 2001, p. 1387 à 1391; GAJA, 17<sup>e</sup> éd., p. 8 s.

(157) V. par ex. CE 17 déc. 1999, *Moine*: tir à balle réelle pratiqué sur des appelés et entraînant la mort de l'un d'entre eux. La haute assemblée a considéré que compte tenu de son extrême gravité, la faute, bien que commise dans le service, avait le caractère de faute détachable.

(158) R. Chapus, *op. cit.* p. 1391-1393. L'exemple type est celui de l'arrêt CE 18 nov. 1949, *Demoiselle Mimeur*: militaire qui provoque un accident après avoir détourné un véhicule de service de sa destination normale.

(159) CE, ass., 12 avr. 2002, *Papon*, Lebon 139, concl. S. Boissard. V. *infra* pour la prise en compte du cumul de fautes sur le fondement de l'art. 11, al. 2.

(160) V. CE 14 nov. 2007, *Commune de Coudekerque-Branche*, *infra*.

(161) Constituent ainsi une faute personnelle les brutalités commises par des agents de la poste à l'égard d'un usager du service public: CE 3 févr. 1911, *Anguet*, GAJA, 17<sup>e</sup> éd., p. 129.

(162) CE 26 janv. 2007, *Molinier*.

Enfin, on trouve des exemples d'imprudences inexcusables notamment en matière de responsabilité hospitalière. Ainsi, en dissimulant une erreur de traitement qui, commise par l'un de ses subordonnés, mettait en jeu le pronostic vital d'un patient, un chef de service hospitalier a un comportement inexcusable. Dès lors, en lui refusant pour faute personnelle le bénéfice de la protection fonctionnelle au moment de sa mise en examen, l'Assistance publique des hôpitaux de Paris (AP-HP) fait une exacte application des dispositions de l'article 11 et ce, alors même que les faits reprochés ayant été commis dans le cadre du service, auraient pu être invoqués à l'appui d'une action en responsabilité à l'encontre du service public <sup>163</sup>.

Ces trois types de fautes, parce que personnelles, ont pour caractéristique commune d'être détachables des fonctions <sup>164</sup>. Elles sont donc de nature à satisfaire aux conditions exonératoires qu'exige l'article 11, non seulement dans son alinéa 4 qui exclut le cas de la faute personnelle sans autre précision, mais aussi dans son alinéa 2 qui conditionne le refus de protection à la présence d'une « faute personnelle détachable des fonctions ».

L'administration doit donc s'appuyer sur cette distinction préto-rienne entre faute de service et faute personnelle pour déterminer la suite qu'elle entend donner à une demande de protection de la part de l'un de ses agents <sup>165</sup>. Or apprécier le caractère détachable de la faute est un exercice délicat.

#### *Une appréciation souveraine malaisée*

Pour la collectivité, le choix est difficile : soutenir l'agent en lui accordant sa protection ou préserver ses deniers et son image en rejetant la demande dès lors qu'elle est face à une faute personnelle potentielle. Or l'administration doit décider d'invoquer ou non la faute personnelle en l'état des informations dont elle dispose, sans pouvoir se retrancher derrière son ignorance <sup>166</sup> ou le respect de la présomption d'innocence <sup>167</sup>.

Plus encore, elle ne peut, pour deux raisons distinctes, statuer sur l'octroi de la protection en fonction des décisions prises dans la procédure pénale engagée contre son agent <sup>168</sup>. La première raison est purement chronologique. L'agent sollicite généralement le bénéfice de la protection bien avant que son affaire soit jugée, au moment de sa mise en examen ou de l'octroi du statut de témoin assisté. Or deux mois de silence génèrent une décision implicite de rejet qui est susceptible d'être soumise au juge administratif. La demande de protection serait-elle plus tardive, l'obligation pour l'administration de se prononcer par elle-même n'en demeurerait pas moins identique. En effet – et c'est là notre second argu-

ment – l'autonomie du droit statutaire de la fonction publique par rapport au droit pénal est une affirmation constante de la jurisprudence relative à la garantie des fonctionnaires. Cette autonomie résulte de différents facteurs. Tout d'abord, la jurisprudence administrative a depuis fort longtemps admis qu'une faute peut être répréhensible sur le plan pénal, sans pour autant relever de la faute personnelle <sup>169</sup>. Il en va ainsi dans le cas des infractions involontaires, toujours plus nombreuses à être imputables aux agents publics, mais aussi dans le cas des infractions volontaires <sup>170</sup>. Se pose ensuite le problème plus général de l'autorité des jugements répressifs. Or l'autorité absolue de la chose jugée au pénal ne s'étend à la qualification juridique des faits « que lorsque la légalité d'une décision administrative est subordonnée à la condition que les faits qui servent de fondement à cette décision constituent une infraction pénale » <sup>171</sup>. En ne subordonnant la protection qu'à l'existence de poursuites pénales et non à l'issue du procès, l'article 11, de toute évidence, ne la fait pas entrer dans cette catégorie de décisions <sup>172</sup>. Quant aux conditions de l'autorité relative de la chose jugée, telles qu'énoncées par l'article 1351 du code civil <sup>173</sup>, elles ne sauraient être ici satisfaites, faute d'identité de cause, de partie et d'objet. La garantie des fonctionnaires fait appel à des notions statutaires de droit public qui n'intéressent que les rapports qu'entretiennent la collectivité publique et son agent. En cas de litige, la question à trancher se distingue clairement de celle qui consiste à déterminer qui, de l'État ou de son préposé, doit indemniser la victime, au regard de la qualification de la faute civile induite par les faits pénalement sanctionnés. Il en résulte que, la procédure pénale serait-elle close, la décision prise en matière pénale demeurerait sans incidence sur la légalité de l'octroi ou du refus de la protection fonctionnelle par l'administration. Ainsi, dans l'affaire *Papon*, l'appréciation portée par la cour d'assises de la Gironde sur le caractère personnel de la faute commise par l'ancien préfet, dans le litige qui l'opposait aux parties civiles, ne s'imposait pas au juge administratif statuant dans le cadre des rapports entre l'agent et le service <sup>174</sup>. Même un jugement de relaxe ou une ordonnance de non-lieu demeurent sans incidence sur la légalité d'un refus de protection, dès lors que l'administration a pu, au vu des éléments dont elle disposait à la date de sa décision, légitimement considérer que les faits donnant lieu aux poursuites pénales étaient constitutifs d'une faute personnelle <sup>175</sup>. L'administration apprécie donc souverainement le caractère personnel de la faute. Si elle s'abrite derrière le juge pénal, elle encourt la sanction du juge administratif. Ainsi, dans une décision du 14 novembre 2007, le Conseil d'État valida un refus de protection émanant d'une commune qui avait porté plainte contre

(163) CE 28 déc. 2001, *Valette*, Lebon 680.

(164) R Chapus, *op. cit.* p. 1387 à 1387.

(165) La circulaire de 2008 précitée rappelle ainsi par un encadré la distinction entre les deux types de fautes.

(166) CAA Lyon, 23 janv. 2007 ; CAA Lyon, 7 nov. 2006 et CE 28 déc. 2001, *Valette*.

(167) En cas de contestation d'un refus de protection, l'argument tiré du respect de la présomption d'innocence est systématiquement rejeté par le juge administratif statuant en matière de garantie des fonctionnaires. V. en ce sens CAA Bordeaux, 6 mai 2008 ; CAA Versailles, 18 mai 2006, *Ministère de l'Éducation nationale c/ Bazin* et CE 28 déc. 2001, *Valette*, selon lequel l'AP-HP « en se fondant sur les faits dont elle pouvait disposer pour rejeter la demande [du Dr Valette], n'a pas méconnu le principe de la présomption d'innocence posé à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ». V. également les conclusions de N. Boulouis sur CE 14 mars 2008, *André Portalis*, RFDA 2008. 482, et spéc. p. 487.

(168) Ni même au dépôt, par celui-ci, d'une plainte en dénonciation calomnieuse : TA Cergy-Pontoise, 6 nov. 2003, *M. B.* ; AJFP 2004. 207.

(169) T. confl., 14 janv. 1935, *Thépez*, Lebon 224 ; GAJA, 17<sup>e</sup> ed., p. 288.

(170) T. confl., 19 oct. 1998, *Préfet du Tarn (falsification d'un P.O.S.)*, Lebon T 1164 ; Crim. 13 oct. 2004, *Bonnet, Mazères*.

(171) CE, ass., 8 janv. 1971, *Desamis*, Lebon 19.

(172) V. en ce sens, M.-P. Chanlair, Pour une pleine application de la protection des agents publics en cas de poursuites pénales, AJDA 2002. 781.

(173) « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ».

(174) CE, ass., 12 avr. 2002, *Papon*, Lebon 139, concl. S. Boissard ; v. également la note de S. Petit, Gaz. Pal., 30 juill. 2002, n° 211, p. 31.

(175) V. en ce sens, CAA Bordeaux, 6 mai 2008 et CAA Versailles, 18 mai 2006, *Ministère de l'Éducation nationale c/ Bazin* (professeur bénéficiant d'un non-lieu au bénéfice du doute dans le cadre d'une procédure pour agression sexuelle sur mineure).



l'un de ses agents. Selon une jurisprudence constante, le simple fait que la collectivité à laquelle la demande est adressée soit également à l'origine des poursuites ne saurait à lui seul justifier un refus de protection<sup>176</sup>. Une telle décision ne peut donc apparaître légitime qu'au regard d'autres considérations. En l'espèce, le Conseil d'État entérina la décision de rejet, au motif que la collectivité ne s'était pas fondée sur la seule qualification pénale retenue lors de l'introduction de la plainte contre l'agent, mais sur la circonstance que les faits à l'origine de sa plainte – détournement de fonds publics et tentative d'escroquerie – étaient constitutifs d'une faute personnelle<sup>177</sup>. À l'inverse, la cour administrative d'appel de Paris confirma en 2003 l'annulation d'un refus de garantie opposé par l'AP-HP à son pharmacien central<sup>178</sup>. Ce dernier avait obtenu le bénéfice de la protection fonctionnelle lors de sa mise en examen sous le chef d'homicide involontaire, dans le cadre des poursuites engagées après que plusieurs enfants, traités par l'hormone de croissance, eurent été victimes de la maladie de Creutzfeld-Jakob. Ayant ensuite fait l'objet d'une seconde mise en examen, cette fois pour empoisonnement, il s'était heurté à un refus par l'AP-HP de prendre en charge la note d'honoraires, jugée excessive<sup>179</sup>, de son avocat. La décision était ainsi motivée : « quelle que soit, une fois l'instruction achevée [...] la pertinence juridique de l'incrimination ainsi retenue, la nature de ces faits autant que la qualification pénale qui leur est pour le moment donnée confèrent aux actes qui vous sont reprochés à tort ou à raison le caractère d'une faute personnelle ». L'annulation du refus de prise en charge intervenue en première instance a été confirmée en appel au motif que « la circonstance que les faits en cause aient été qualifiés provisoirement par le juge d'instruction d'empoisonnement ne suffisait pas à établir qu'ils étaient, en l'espèce, constitutifs d'une faute personnelle ».

Le juge exige donc de l'administration qu'elle démontre sinon l'existence, du moins la très forte probabilité d'une faute personnelle avant de se soustraire à son obligation de protection. La tendance apparaît d'autant plus restrictive que, plus généralement, l'évolution de la jurisprudence en matière de responsabilité administrative se caractérise par une disparition progressive de la notion de faute personnelle.

### *L'incidence du dépérissement de la faute personnelle*

La jurisprudence administrative, avant tout soucieuse d'assurer aux victimes de dommages la réparation de leurs préjudices en imputant l'indemnisation de ceux-ci à un débiteur systématiquement solvable, a donné naissance à une conception de plus en plus étroite de la notion même de faute personnelle<sup>180</sup>. La réduction progressive de la responsabilité personnelle des agents publics qui en a découlé n'est pas demeurée sans incidence sur l'interprétation de la protection juridique du fonctionnaire.

Dès l'arrêt *Anguet* de 1911<sup>181</sup>, le Conseil d'État admet qu'un dommage puisse résulter de la combinaison d'une faute personnelle et d'une faute de service susceptible d'engager la responsa-

bilité de l'État. Une interprétation de l'article 11 relativement favorable à l'agent découle de cette possibilité de cumul. L'article 11 alinéa 2 semble en effet conditionner le remboursement des condamnations civiles prononcées à l'encontre de l'agent, à l'absence de faute personnelle détachable des fonctions. Le Conseil d'État a toutefois précisé, dans l'arrêt *Papon*, que lorsque la faute personnelle a conjugué ses effets avec ceux d'une faute de service distincte – hypothèse réalisée en l'espèce par la collaboration de l'administration à la déportation des Juifs – l'administration doit couvrir l'agent pour la part imputable à cette faute de service<sup>182</sup>. De plus, l'évolution de la jurisprudence administrative s'est traduite par une dilution de la faute personnelle dans la faute non dépourvue de tout lien avec le service<sup>183</sup>. Par le biais du cumul de responsabilité pour une faute personnelle unique, la jurisprudence administrative admet la possibilité d'engager la responsabilité de la puissance publique en lieu et place de celle de l'agent<sup>184</sup>, sous réserve d'une hypothétique action récursoire<sup>185</sup>. Dès lors qu'elle n'est pas dépourvue de tout lien avec le service, il est rare que la faute de l'agent, quel que soit son degré de gravité soit considérée comme une faute personnelle détachable du service<sup>186</sup>.

Il est vrai qu'en la matière, la jurisprudence administrative fluctue. À la suite de la décision *Préfet du Tarn* prise en 1998 par le Tribunal des conflits<sup>187</sup>, une partie de la doctrine a pu considérer que « l'infraction pénale commise dans l'exercice des fonctions publiques n'est désormais prise en compte que dans son mobile, en tant qu'elle sert ou non un intérêt particulier, et non plus dans son intensité »<sup>188</sup>. Une décennie plus tard, une telle interprétation,

(176) V. par ex. CE 18 sept. 2003, *Villelegier*, Lebon T. 900.

(177) CE 14 nov. 2007, *Commune de Coudekerque-Branche*.

(178) CAA Paris, 13 mai 2003, *APHP*, concl. C. Heu, AJFP 2003. 19.

(179) Sur ce point, v. *infra*.

(180) Pour la distinction entre faute personnelle et infraction pénale, v. not. T. confl. 14 janv. 1935, *Thépez*, préc. et T. confl., 8 avr. 1935, *Action française*; GAJA, 17<sup>e</sup> éd., p. 292.

(181) CE 3 févr. 1911, *Anguet*; GAJA, p. 129 s.

(182) Sur le fond, le CE refuse de retenir la responsabilité prépondérante de l'ancien préfet comme l'y incitait le commissaire du gouvernement. Il procède, sur la base de cette conjonction de fautes distinctes, à un partage égal des responsabilités. L'État est alors condamné à rembourser la moitié des dommages et intérêts et frais de justice mis à la charge de l'ancien préfet par la cour d'assise de Gironde. Pour un commentaire critique de cette répartition finale de la charge, voir la note de S. Petit, *Gaz. Pal.*, 30 juill. 2002, n° 211, p. 27.

(183) Pour une vision critique de cette évolution, v. not. D. Bordier, *La faute personnelle, l'agent public et les finances publiques*, AJDA 2008. 2319 s.

(184) CE 26 juill. 1918, *Époux Lemonnier*, Lebon 761, concl. L. Bhum, pour une faute personnelle commise dans le service par un maire ayant autorisé un tir à buts flottants sur une rivière au mépris des conditions de sécurité (GAJA, 17<sup>e</sup> éd., p. 194) et CE 18 nov. 1949, *Mlle Mimeur*, Lebon 492, pour une faute personnelle commise hors du service par un militaire conduisant un véhicule de l'armée.

(185) CE, ass., 28 juill. 1951, *Laruelle*, Lebon 464; GAJA, 17<sup>e</sup> éd., 2009, p. 427. L'administration dispose de l'action récursoire en vertu d'un droit propre qui, lorsqu'il est exercé, prend généralement la forme d'un titre exécutoire à l'encontre de l'agent. Elle revêt une connotation disciplinaire et suppose l'existence d'une faute personnelle. Mais le juge administratif hésitant de nos jours à qualifier de la sorte les fautes commises par les agents publics, c'est le fondement même de l'action récursoire qui en fait la faiblesse. Pour une illustration particulièrement marquante des réticences du Conseil d'État face aux actions récursoires, v. CE 3 nov. 2003, *Gilbert* (*infra*), LebonT 663.

(186) Sur cette volonté déjà ancienne de ne pas détacher le service de la faute, voir notamment les conclusions du commissaire du gouvernement Blum sur CE 26 juill. 1918, *Lemonnier*, préc. V. également CE 21 avr. 1937, *Mlle Quesnel*, Lebon 413: détournement de fonds par une receveuse des postes. Pour des arrêts plus récents mais aussi plus dramatiques, v. CE, ass., 26 oct. 1973, *Sadoudi*, Lebon 603, (homicide involontaire commis par un gardien de la paix à son domicile avec une arme détenue régulièrement) ou CE 18 nov. 1988, *Ep. Raszewski*, Lebon 416 (gendarme échappant aux recherches et commettant un meurtre grâce aux informations qu'il avait recueillies en participant aux enquêtes sur des méfaits dont il était lui-même auteur).

(187) T. confl. 19 oct. 1998. Il s'agissait en l'espèce d'un fonctionnaire condamné pour faux en écriture publique pour avoir falsifié, en accord avec le maire, un plan d'occupation des sols de manière à englober en zone constructible deux parcelles classées en espaces boisés. Après avoir souligné que l'agent n'était animé par aucun intérêt personnel, qu'il avait agi dans l'exercice de ses fonctions et avec les moyens du service, le T. confl. qualifie ce comportement de faute de service « quelle que soit sa gravité ».

(188) O. Gohin, note ss T. confl. 19 oct. 1998, *Préfet du Tarn*, préc.; D. 1999. 129.

bien que vivement critiquée <sup>189</sup>, semble toujours d'actualité, comme en témoigne le domaine de la responsabilité médicale, toujours riche d'enseignements. Certes, dans la décision *Valette* de 2001, une faute personnelle fut retenue à l'encontre d'un chef de service qui avait dissimulé une grave erreur de traitement commise par l'un de ses médecins <sup>190</sup>. Mais à l'inverse, en 2003, la faute commise par un médecin du service de santé des armées qui n'avait pas diagnostiqué l'état alarmant d'une patiente et qui, alerté pendant la nuit de sa détérioration, n'avait pas jugé un réexamen nécessaire, fut considérée par le Conseil d'État comme ne pouvant se détacher des fonctions exercées par le militaire au sein du dispensaire provincial de Nouvelle-Calédonie <sup>191</sup>. Face à ces fautes dont la gravité ne saurait être niée, mais dont la qualification juridique pourtant diffère, la distinction entre le mobile et l'intensité ou, pour dire la même chose autrement, entre l'intention de l'agent public et la gravité de la faute commise, continue de paraître opératoire. Ne peut-on en effet considérer qu'en dissimulant une erreur de traitement, un chef de service poursuit un intérêt personnel qui réside dans la sauvegarde de la réputation du service dont il a la charge ? À l'inverse, les faits de l'affaire du dispensaire, aussi dramatiques soient-ils, ne sont révélateurs que d'une profonde incompétence.

Au regard de ces décisions, on ne saurait donc conclure à une disparition totale de la faute personnelle de l'agent public, mais bien à une restriction de son champ d'application aux fautes qui sont non seulement inacceptables, mais revêtent en outre un intérêt égoïste. Il n'en résulte pas moins un dépérissement certain de la possibilité pour l'administration d'exciper de la faute personnelle afin de se soustraire à son obligation de protection. L'administration doit donc justifier de manière très sérieuse son refus de protection, que celui-ci soit fondé sur l'absence de lien entre le préjudice subi et l'exercice des fonctions, sur l'intérêt général ou sur la faute de son agent. À défaut, la protection est due. Le juge administratif le répète dans un considérant devenu classique : l'article 11 établit « à la charge de l'État ou des collectivités publiques intéressées et au profit des fonctionnaires lorsqu'ils ont été victimes d'attaques relatives au comportement qu'ils ont eu dans l'exercice de leurs fonctions, une obligation de protection » <sup>192</sup>. Cette dernière comporte deux aspects.

### Une double obligation pour l'administration

Selon une distinction classique du Conseil d'État, le droit à la protection a pour objet « non seulement de faire cesser les attaques mais aussi d'assurer à l'agent une réparation adéquate des torts qu'il a subis » <sup>193</sup>. Le refus irrégulier de protéger l'agent ou de

réparer le préjudice qu'il a subi est sanctionné par le juge administratif.

### Le contenu de la protection

Dès lors que les conditions d'octroi de la protection sont réunies, l'administration doit donc, d'une part, prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre un terme aux attaques dont est victime son agent et, de l'autre, réparer le préjudice et les dommages qui en résultent.

### Faire cesser les attaques

En l'absence de dispositions spécifiques dans la loi statutaire, la protection fonctionnelle peut prendre des formes très variées, qui s'attachent de manière empirique à mettre un terme aux attaques dont est victime l'agent. Selon les circonstances de l'affaire, les moyens utiles à la protection de l'agent peuvent intervenir tant dans le domaine administratif que judiciaire. En interne, l'obligation de protection peut par exemple être satisfaite par la mise en œuvre de mesures de sécurité particulières <sup>194</sup>, le déclenchement d'une enquête <sup>195</sup> ou d'une procédure disciplinaire si l'agresseur est un autre agent public <sup>196</sup> ou encore par le soutien affiché de l'agent par sa hiérarchie. Grief peut ainsi être fait à l'administration de ne pas avoir informé une communauté scolaire du non-lieu intervenu en faveur d'un enseignant, placé en garde à vue, mis en examen puis suspendu de ses fonctions, pour s'être livré à de supposées exhibitions à caractère sexuel <sup>197</sup>. Vis-à-vis de l'extérieur, l'entretien du supérieur hiérarchique de l'agent attaqué avec l'agresseur <sup>198</sup>, le communiqué de presse réfutant des propos calomnieux, le soutien juridique <sup>199</sup> et financier sont autant de moyens susceptibles d'être utilisés par l'administration selon la gravité de l'incident auquel elle est confrontée. Sur le plan juridictionnel, l'obligation de protection peut être satisfaite par le déclenchement de poursuites pénales, via le dépôt d'une plainte contre l'auteur des attaques <sup>200</sup>, par l'élévation du conflit devant les juridictions judiciaires, ou par les actions expressément prévues par l'article 11. L'article 11, alinéa 5, permet en effet à l'administration d'exercer une action directe devant la juridiction pénale par voie de constitution de partie civile. L'administration peut également prêter son concours à l'agent qui, ayant bénéficié d'une décision de non-lieu, exerce une action en dommages et intérêts en vertu de l'article 91 du code de procédure pénale à l'encontre du plaignant dont la constitution de partie civile a été jugée dilatoire et/ou une action en dénonciation calomnieuse en vertu de l'article 226-10 du code pénal <sup>201</sup>. Cette dernière, qui suppose la

(189) V. en ce sens les concl. de Sophie Boissard sur CE 12 avr. 2002, *Papon*, RFDA 2002. 588 (et note 6). Le commissaire du gouvernement considère que la décision *Préfet du Tarn* « se justifie essentiellement par les circonstances très particulières de l'espèce » et regrette qu'elle n'ait « pas toujours été bien comprise ». V. également M. Guyomar et P. Collin, Les décisions prises par un fonctionnaire du régime de Vichy engageant la responsabilité de l'État, AJDA 2002. 423.

(190) CE 28 déc. 2001, préc.

(191) CE 3 nov. 2003, *Gilbert*, Lebon T. 663. Signe des difficultés à exercer l'action récursoire, l'absence de faute personnelle entraîna l'annulation du titre de perception émis à l'encontre du médecin en chef par la Province Nord de Nouvelle-Calédonie en vue d'obtenir le remboursement des sommes que celle-ci a été condamnée à verser aux ayants droit de la patiente décédée.

(192) CE 17 mai 1995, *Kalfon*.

(193) CE 18 mars 1994, *Rimasson*, Lebon 147 ; AJDA 1994. 394. On trouve un considérant quasiment identique dans une décision bien antérieure : CE 16 nov. 1977, *Vincent*, Lebon 507 ; AJDA 1978. 377.

(194) *Ibid.*

(195) CE 27 janv. 1989, *Chavant*, Lebon 840.

(196) CE 21 nov. 1980, *Daoulas*, Lebon 771 (traduction devant le conseil de discipline d'un fonctionnaire auteur de coups et d'injures à l'égard de son supérieur).

(197) TA Cergy-Pontoise, 6 nov. 2003, M. B., AJFP 2004. 207 (note S. Petit).

(198) Circ. n° 2158 préc., p. 8.

(199) L'assistance de l'administration pourra être particulièrement utile en cas de mesure alternative aux poursuites pénales ordonnées par le Parquet. La médiation et la composition pénale (art. 41-1 et 41-2 du code de procédure pénale) ont été en effet étendues – par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 renforçant l'efficacité de la procédure pénale – à un certain nombre d'infractions dont sont régulièrement victimes les agents publics (outrages, rébellion, menace, destruction de biens appartenant à autrui...).

(200) CE 25 juill. 2001, *Fédération des syndicats généraux de l'Éducation nationale et de la recherche publique*, Lebon 389, précisant que le dépôt de plainte par l'administration ne saurait alors être subordonné au dépôt d'une plainte par le fonctionnaire concerné.

(201) V. par ex. Crim. 11 mars 2003.

mauvaise foi du dénonciateur, peut-être exercée par l'administration, subrogée dans les droits de son agent <sup>202</sup>.

Toutefois, c'est essentiellement en couvrant les frais de justice et d'avocat que la collectivité remplit son obligation de protection. Que l'agent soit poursuivi sur le plan civil ou pénal ou qu'il soit lui-même à l'origine d'une procédure contentieuse, l'administration peut, dans le cadre de son obligation de protection, lui proposer les services de l'avocat auquel elle a habituellement recours. Cette solution permet à la collectivité publique de satisfaire à son devoir d'assistance, tout en mettant au service de l'agent un conseiller familier du milieu administratif. Le principe de libre choix du conseil fait cependant obstacle à la transformation de cette option en obligation. Si l'agent préfère un avocat autre que celui de l'administration, il peut, à défaut d'avance, obtenir le remboursement des frais engagés devant une juridiction judiciaire et non indemnisés par cette juridiction, au titre du préjudice subi <sup>203</sup>.

### **Réparer le préjudice subi**

La mise en œuvre de la protection permet à l'agent d'obtenir de l'administration le paiement de sommes couvrant le préjudice subi, que ce dernier soit matériel, corporel ou moral. La victime obtient généralement une indemnisation directe de la part de l'administration, qui, en vertu de l'article 11, alinéa 5, est alors subrogée à ses droits pour obtenir de l'auteur du dommage la restitution de la somme versée à l'agent. Le fait que le montant de l'indemnité ne puisse être récupéré, pour des raisons juridiques <sup>204</sup> ou matérielles <sup>205</sup>, ne saurait justifier l'absence de réparation.

Le préjudice matériel découle généralement des frais engagés dans le cadre d'une procédure contentieuse. L'obligation de prise en charge des honoraires d'avocat est entendue largement, au moins devant les juridictions répressives. L'administration ne peut par exemple refuser de verser une partie des honoraires, au motif que la somme réclamée par l'avocat librement choisi par le fonctionnaire dépasse le montant qu'elle dépense habituellement afin d'assurer la défense de ses agents, surtout lorsque la défense est d'une inhabituelle complexité <sup>206</sup>. Le juge se montre parfois moins magnanime dès lors que les poursuites sont engagées par l'agent lui-même, par exemple dans le cadre d'une action en diffamation. Il semble que l'administration, au moment où elle accorde la protection fonctionnelle, puisse limiter le montant de sa prise en charge des honoraires du conseil. Dès lors, dans le cadre d'un référé-provision, seule une partie des honoraires peut être susceptible de constituer une créance non contestable <sup>207</sup>. Mais, en général, l'agent est fondé à obtenir le remboursement des honoraires et des frais exposés, une fois déduite la somme qu'il a pu obtenir au titre des frais irrépétibles du procès civil, en application de l'article 700 du NCPC <sup>208</sup>.

De plus, la circulaire du 5 mai 2008 relative à la protection fonctionnelle des agents de l'État <sup>209</sup> accentue l'impression d'une prise en charge assez généreuse des frais contentieux en dressant une longue liste des dépenses dont l'agent est susceptible d'obtenir remboursement: montant des consignations réclamées en cas de dépôt de plainte avec constitution de partie civile ou en cas de citation directe de l'auteur des faits devant une juridiction pénale, montant des frais d'huissier ou d'expertise, frais occasionnés pour obtenir l'exécution d'une décision judiciaire, montant des frais afférents aux déplacements de l'agent et de son avocat dans le cadre de la procédure judiciaire...

Par ailleurs, l'administration ne saurait subordonner la réparation du préjudice subi à l'engagement par l'agent d'une procédure contentieuse contre l'auteur des attaques <sup>210</sup>. Dans l'hypothèse où cette dernière aurait été engagée et se serait conclue par l'allocation de dommages et intérêts, seuls les frais demeurés à la charge de l'agent sont alors constitutifs d'un préjudice indemnisable par l'administration <sup>211</sup>. Si l'auteur du préjudice se soustrait à l'exécution de la décision de justice ou se révèle insolvable, la collectivité publique qui a accordé sa protection n'est pas tenue de se substituer au débiteur défaillant <sup>212</sup>. Toutefois, ici encore c'est le principe de la juste indemnisation du préjudice subi qui prévaut. Dès lors, saisie d'une demande en ce sens, l'administration doit prendre en compte cette défaillance, sans toutefois s'estimer liée par le montant des dommages et intérêts fixé par le juge pénal, lorsqu'elle évalue le préjudice indemnisable <sup>213</sup>. Si, par la suite, les dommages et intérêts venaient à être payés, l'administration serait alors fondée à obtenir le remboursement des sommes versées en exécution de la décision judiciaire <sup>214</sup>.

Outre ce préjudice financier, le préjudice moral est fréquemment indemnisé au titre de l'article 11. Celui-ci peut tout d'abord découler de l'atteinte à l'honorabilité de l'agent, qui résulte des attaques dont il a fait l'objet. Mais le préjudice moral ainsi provoqué peut être accentué par une absence irrégulière de soutien de la part de l'administration. Une abstention fautive est en effet susceptible d'accréditer les soupçons qui pèsent sur le comportement professionnel de l'agent et de renforcer son sentiment d'isolement <sup>215</sup>. L'indemnisation du préjudice moral causé par l'attitude négative de l'administration – distinct de celui imputable à l'atteinte subie – découle alors de la sanction du refus ou de l'insuffisance de la protection accordée par l'administration.

### **La sanction de l'obligation**

Si le juge est surtout appelé à sanctionner l'obligation légale d'octroyer la protection, il lui arrive de plus en plus souvent de porter une appréciation sur la nature des moyens mis en œuvre à cet effet. Il est en effet susceptible d'être saisi tant d'un refus de pro-

(202) S. Petit, *La responsabilité des agents des trois fonctions publiques*, Paris, 3<sup>e</sup> éd., Berger-Levrault, coll. « Gestion publique », 2001, p. 200.

(203) CAA de Paris, 10 nov. 1990, *Chavant*, Lebon 840.

(204) CE 28 mars 1969, *Jannés*, Lebon 190: propos diffamatoires prononcés à la tribune par un sénateur qui, étant couvert par l'irresponsabilité parlementaire, ne pouvaient faire l'objet de poursuites.

(205) Tel est cas par ex. lorsque l'auteur du dommage demeure inconnu ou s'avère insolvable.

(206) CAA Paris, 13 mai 2003, *AP-HP*, préc. (poursuites pénales du pharmacien central dans le cadre de l'affaire des hormones de croissance). Comme tout débiteur, l'administration reste toutefois libre d'engager une procédure en contestation des honoraires d'avocat devant le bâtonnier.

(207) CE 3 avr. 2003, *Chantalou*, Lebon T. 909.

(208) V. à titre d'ex., TA Lyon, 19 mai 1998, *Jarnet*.

(209) Préc.

(210) CE 18 mars 1994, *Rimasson*, préc.

(211) CAA Paris, 10 nov. 1990, *Chavant*, préc.

(212) Il s'agit d'une jurisprudence constante depuis un arrêt de la CAA de Lyon, 29 nov. 1999, *Brisville*, Lebon 815. V. également, CE 17 déc. 2004, *Barrucq*, Lebon 743; AJDA 2005. 397 et, plus récemment, CE 23 févr. 2005, *Soyer*; CAA Bordeaux, 2 oct. 2007, *Centre hospitalier de Cadillac* ou CAA Paris, 17 nov. 2008, *FGTI*.

(213) CE 8 déc. 2004, *Bourgeois*. L'administration est alors libre de s'écarter ou au contraire – comme dans l'affaire *Barrucq*, précitée – de s'aligner sur l'évaluation effectuée par le juge judiciaire.

(214) Conclusions Chauvaux sur l'arrêt *Barrucq* préc., Lebon 743. Dans le même sens: CAA Paris, 1<sup>er</sup> oct. 2004, *Eeckoudt*, AJDA 2005. 108.

(215) V. en ce sens TA Dijon, 14 oct. 1997, *AJFP* 1998. 33, concl. Heckel.

tection supposé irrégulier que d'une mise en œuvre que l'agent estimerait insuffisante. Le juge aura alors à déterminer si l'attitude parfois équivoque de la collectivité peut être considérée comme un refus implicite d'accorder la protection. Ainsi, eu égard aux prises à partie médiatiques dont un cadre du département d'Indre-et-Loire a fait l'objet après sa mise en examen pour détournement de fonds, les deux déclarations publiques par lesquelles le président du conseil général se borne à rappeler la présomption d'innocence « ne peuvent suffire à considérer que le département a rempli son obligation de protection »<sup>216</sup>.

Face à un refus de protection qu'il estime irrégulier, l'agent dispose de trois voies de droit. Il peut tout d'abord solliciter du juge des référés la suspension de ce refus sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative. L'urgence à suspendre ce refus est appréciée au regard des circonstances et non présumée<sup>217</sup>. Pour l'établir, le requérant doit fournir au juge des référés des éléments montrant la réalité du préjudice que lui cause l'abstention de la collectivité publique<sup>218</sup>. Tel est le cas par exemple lorsque le coût de la procédure expose l'intéressé à des dépenses auxquelles il n'est pas en mesure de faire face, ce qui compromet sa capacité à assurer sa défense de manière satisfaisante<sup>219</sup>. Le juge vérifie ensuite si le refus d'accorder la protection est fondé sur des éléments susceptibles de faire naître un doute sérieux quant à la légalité de la décision. Ce dernier peut être facile à établir lorsque la collectivité publique n'excipe ni d'un motif d'intérêt général ni d'une faute personnelle du requérant pour justifier son refus<sup>220</sup>. Lorsque le doute s'impose avec moins d'évidence, le juge n'hésite pas à apprécier la valeur des arguments avancés par l'administration pour démontrer, par exemple, l'existence d'une faute personnelle susceptible de l'exonérer de son obligation de protection<sup>221</sup>. Si l'intensité du contrôle exercé sur le refus de protection apparaît particulièrement remarquable s'agissant d'un simple référé, le juge, lorsqu'il accède à la demande de suspension, se contente d'enjoindre à l'administration de procéder à un réexamen de la demande et non pas d'accorder nécessairement la protection<sup>222</sup>.

Sur le fond, l'agent qui estime que la protection fonctionnelle lui a été refusée de manière indue peut agir au niveau du contentieux de la légalité pour tenter d'obtenir l'annulation du refus. Le recours pour excès de pouvoir est généralement fondé sur la violation de la loi, en raison de la méconnaissance par l'administration de l'obliga-

tion de protection que lui impose, au vu des circonstances, l'article 11 du statut de 1983. L'annulation du refus de protection replace l'agent dans la situation antérieure à la décision de rejet. L'administration est donc simplement tenue de procéder au réexamen de sa demande<sup>223</sup>, le juge refusant de faire usage de son pouvoir d'injonction pour prescrire une mesure particulière de protection<sup>224</sup>.

Enfin, l'agent peut, dans le cadre d'un recours de plein contentieux, réclamer une indemnité à l'administration, pour lui avoir illégalement refusé sa protection. Un refus irrégulier de protection est en effet constitutif d'une faute envers l'agent, qui est susceptible, en cas de préjudice, d'entraîner la condamnation de la collectivité à des dommages et intérêts. Ces derniers s'ajoutent à la réparation pécuniaire à laquelle l'agent peut avoir droit en raison du préjudice matériel ou moral qu'il a subi du fait des attaques. En 2003, l'État fut ainsi condamné par le tribunal administratif de Cergy-Pontoise à verser plus de 22 000 euros à un professeur du secondaire calomnié, en réparation du « grave préjudice moral subi », faute il est vrai pour l'administration, non seulement de lui avoir accordé la protection fonctionnelle, mais aussi de l'avoir réintégré dans ses fonctions au sein de son collègue d'origine, à la suite d'une ordonnance de non-lieu intervenue dans une affaire d'exhibitionnisme sexuel<sup>225</sup>.

Que ce soit par la mise en œuvre du référé suspension ou par l'intermédiaire du recours pour excès de pouvoir, les refus de protection explicites ou implicites sont donc soumis au contrôle étroit du juge administratif. N'hésitant pas par ailleurs à engager la responsabilité de la collectivité publique en cas de refus fautif, le juge inscrit ses décisions dans une ligne jurisprudentielle clairement protectrice de l'agent public. Témoigne également de cette politique l'interdiction faite à l'administration de retirer, au-delà de quatre mois, la protection accordée.

### Un retrait strictement encadré

L'administration, on l'a vu, peut s'exonérer de son obligation de protection en démontrant l'existence d'une faute personnelle imputable à l'agent. En pratique, cette exception lui permet essentiellement d'éviter d'avoir à prendre en charge des honoraires d'avocat qui, surtout lorsque l'agent fait l'objet de poursuites pénales, peuvent s'avérer particulièrement onéreux. Or l'agent est généralement amené à solliciter le bénéfice de la protection en début de procédure, à un moment où la matérialité des faits qui fondent la poursuite est loin d'être établie. Se pose dès lors la question de savoir dans quelles conditions l'administration qui a octroyé la protection peut revenir sur sa décision lorsqu'elle s'avise, en cours de procédure, qu'une faute personnelle peut être effectivement reprochée à son agent.

Par de récentes décisions relatives à la protection pénale du fonctionnaire, le Conseil d'État s'est efforcé de trouver le juste équilibre entre deux impératifs concurrents : la stabilité de la situation juridique de l'agent et la nécessité d'éviter à la collectivité publique, pour son image comme pour ses finances, d'avoir à assumer la défense d'un agent qui aurait commis une faute personnelle. La solution retenue consiste à autoriser l'abrogation de la décision d'octroi

(216) TA Orléans, 27 nov. 2001, *Noddings*, AJFP 2002. 35. V. également TA Dijon, 14 oct. 1997, AJFP 1998. 33 (insuffisance de la protection accordée sous la forme d'une expertise psychiatrique et d'une réunion de conciliation à un professeur du secondaire victime d'une lettre de parents d'élève au contenu calomnieux.).

(217) CE, sect., 12 janv. 2004, *Devoige*, Lebon T 817.

(218) Pour une illustration récente, v. CE 14 déc. 2007, *Juan*. Le requérant, qui assurait la direction d'une Unité de Formation et de Recherche au sein de l'Université de Cergy-Pontoise, avait assisté à la diffusion d'un « cas pratique » qui évoquait la décision d'un Président d'Université d'accorder au directeur d'une composante « plusieurs centaines d'heures complémentaires fictives, en échange du vote de ce dernier en faveur de son fils, dans le cadre d'un concours de recrutement de la fonction publique ». C'est en apportant la preuve tant de la large diffusion du supposé exercice, que du silence observé par le Président de l'Université, que le requérant put justifier d'une situation d'urgence.

(219) CE 18 sept. 2003, *Villegier*, Lebon T. 900. Note Taillefait in JCP Adm. 2003. 1435.

(220) Tel fut le cas par ex. dans l'affaire du cas pratique fictif sus mentionné. L'ordonnance de référé rejetant la demande de suspension de la décision du Président qui refusait au requérant le bénéfice de la protection fonctionnelle fut en conséquence annulée.

(221) V. à titre d'illustration, CE 18 sept. 2003, *Villegier*, préc.

(222) M. C. de Montecler, La protection du fonctionnaire en cas de poursuites pénales déclenchées par l'administration, AJDA 2003. 2098.

(223) V. en ce sens le rejet des conclusions du directeur central des renseignements généraux tendant à ce qu'il soit enjoint au ministre de l'Intérieur de lui accorder la protection fonctionnelle : CE 19 juin 2009, *M. Y. Bertrand*, préc.

(224) V. en ce sens, pour une espèce relativement récente, TA Grenoble, 18 avr. 2003, *M. L.* ; AJFP 2003. 22.

(225) TA Cergy-Pontoise, 6 nov. 2003, *M. B.*, préc.

et à limiter strictement la possibilité pour l'administration de revenir de manière rétroactive sur sa décision d'accorder la protection. Dans la droite ligne de la jurisprudence *Soulier* de 2002, qui affirme le caractère créateur de droits des actes à objet pécuniaire, le Conseil d'État, dans une décision *Maruani* du 22 janvier 2007, qualifie en effet l'octroi de la protection pénale sur le fondement de l'article 11, alinéa 4, de « décision individuelle explicite créatrice de droits ». En conséquence, une telle décision ne saurait être retirée au-delà du délai de quatre mois prévu par l'arrêt *Ternon* <sup>226</sup>. Si l'arrêt *Maruani* ne se prononce pas explicitement sur la possibilité d'abrogation, il interdit en tout cas à l'administration, passé un délai de quatre mois, de revenir de manière rétroactive sur sa décision d'octroi. Apparemment protectrice de l'agent, une telle règle serait riche d'effets pervers <sup>227</sup> : en interdisant à l'administration de réclamer à l'agent reconnu coupable d'une faute personnelle le remboursement des sommes dépensées pour sa défense, elle inciterait la collectivité, de peur de ne pas pouvoir revenir sur un octroi inconsideré, à se montrer excessivement circonspecte face à une demande de protection <sup>228</sup>. Un an plus tard, dans une décision *Portalis* du 14 mars 2008 <sup>229</sup>, le Conseil d'État réaffirme le caractère créateur de droits de l'octroi de la protection pénale, mais s'efforce de distinguer les possibilités de retrait et d'abrogation. Il s'agissait en l'espèce d'une demande de protection d'un ingénieur de l'armement mis en examen dans l'affaire des constructions navales de Toulon. Le ministre de la Défense lui avait accordé la protection fonctionnelle, tout en assortissant l'octroi d'une condition résolutoire selon laquelle : « l'État serait fondé à [...] demander [à l'officier] le remboursement des sommes engagées par l'administration pour sa défense si, par une décision devenue définitive, une juridiction pénale venait à établir une faute personnelle dans les faits qui ont motivé sa mise en examen ». L'ingénieur ayant ultérieurement fait l'objet d'une condamnation pour des faits de corruption passive, le ministre, plus de trois ans après l'octroi, lui avait retiré le bénéfice de la protection, en lui demandant de rembourser à l'État les sommes versées à son avocat. Le Conseil prononce alors l'annulation du retrait en précisant que si l'acte est à tout moment susceptible d'être abrogé, le retrait en revanche, n'est admis – exception faite d'un acte qui aurait été obtenu par fraude – que dans un délai de quatre mois à compter de la décision d'octroi.

Cette solution a été réaffirmée, par une reprise textuelle de son attendu de principe, dans la décision *Ménage* du 23 juillet 2008. Or, dans la mesure où l'espèce ne concernait pas un retrait de protection, mais bien une simple abrogation, il s'agissait là d'un considérant dont il était loisible au juge administratif de faire l'économie. Il est dès lors probable que ladite précision ait eu vocation à stabiliser, au moins pour partie, une jurisprudence longtemps fluctuante sur la délicate question des actes administratifs créateurs de droits. Tel n'est pas toutefois l'unique apport de ce second arrêt *Ménage*. Le Conseil annule en effet la décision ministérielle d'abrogation, au motif qu'elle aurait été exclusivement fondée sur la qualification de faute personnelle retenue par le juge judiciaire, alors que l'administration ne pouvait « mettre fin à la protection accordée qu'en réexaminant, à la lumière d'éléments nouveaux, les faits reprochés

à l'intéressé ». On retrouve donc ici le principe de l'autonomie du droit statutaire de la fonction publique au regard du droit pénal, déjà souligné à propos des modalités d'examen de la demande initiale. Par cette évolution jurisprudentielle, le Conseil d'État s'attache une fois encore à garantir le droit à la protection fonctionnelle, tout en s'efforçant de prendre un minimum en compte le contexte d'incertitude dans lequel l'administration doit nécessairement statuer dès lors qu'une demande de protection lui est soumise <sup>230</sup>. Certes, la faculté laissée à l'administration de cesser à tout moment de protéger à l'avenir son agent place ce dernier dans une situation relativement précaire <sup>231</sup>. Mais la solution inverse, qui consisterait à interdire toute abrogation, serait à la fois contraire à l'intérêt public – qui s'oppose à ce que la collectivité continue indéfiniment à assurer la défense d'un agent coupable d'une faute personnelle – et à l'intérêt même des agents par son effet nécessairement inhibiteur sur les décisions d'octroi. Une remarque identique pourrait être faite à propos de la faculté laissée à l'administration de revenir, pendant un court laps de temps, de manière rétroactive sur sa décision d'octroi. De plus, passé le délai de quatre mois, l'agent est certain de ne pas avoir à rembourser les frais que l'administration a pu engager pour sa défense entre l'octroi de la protection et son abrogation <sup>232</sup>. Le désengagement de l'État ne peut plus être total, à moins que la collectivité ne soit en mesure d'exciper du caractère frauduleux de la demande pour retirer à tout moment la protection <sup>233</sup>. En d'autres termes, même un agent coupable de faute personnelle bénéficie, dès lors que la protection lui a été quatre mois accordée, de droits opposables à l'administration <sup>234</sup>. Sauf à sacrifier totalement la moralité administrative sur l'autel de la protection fonctionnelle, il est difficile de faire plus protecteur.

Ainsi, qu'elle soit relative à la demande de protection ou à la décision d'octroi, la jurisprudence administrative s'attache clairement à garantir aux fonctionnaires l'effectivité de la protection fonctionnelle. Plus encore, le juge administratif, sous le contrôle ultime du Conseil d'État, s'efforce d'appliquer aussi largement que possible la protection légale à laquelle les fonctionnaires peuvent prétendre en vertu de leur statut. Si la juridiction suprême de l'ordre administratif a perdu en 1870 le pouvoir de maintenir ou de lever l'immunité procédurale dont les fonctionnaires bénéficiaient jusque-là, elle s'attache, aujourd'hui plus encore qu'hier, à placer au premier plan la garantie des intérêts, de la réputation et de l'intégrité physique des agents publics. Elle suit en cela l'évolution du droit lui-même, qui est passé d'une garantie d'origine constitutionnelle mais limitée aux agents du gouvernement attirés en justice, à une disposition légale plus large qui contraint l'administration à accorder son soutien non seulement aux fonctionnaires poursuivis, mais aussi à ceux qui, du fait de leurs fonctions, sont atteints dans leur chair, leurs biens ou leur réputation. La protection fonctionnelle apparaît ainsi comme une garantie essentielle à une époque où les fonctionnaires, qui sont souvent en contact direct avec une réalité sociale difficile, doivent pouvoir compter sur le soutien sans faille de l'administration qui les emploie.

(226) CE, ass., 26 oct. 2001, *Ternon*; GAJA, 17<sup>e</sup> ed., p. 815.

(227) M. P. Chanlaire, Protection fonctionnelle : évolutions récentes des droits du fonctionnaire soupçonné, AJDA 2007. 1190.

(228) *Idem.* p. 1194. V., dans le même sens, B. Seiller, « Droits mal acquis ne devraient pas toujours profiter », RFDA 2008. 931.

(229) Portalis, RFDA 2008. 482, concl. N. Boulouis; AJDA 2008. 800, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau; RFDA 2008. 931, note B. Seiller.

(230) AJDA 2008. 800, préc. Les auteurs préconisent toutefois la proscription de tout retrait, même dans le délai de quatre mois.

(231) V. en ce sens, B. Seiller, art. cit., p. 934.

(232) Pour une vision critique de ces « droits mal acquis », v. *idem.*, p. 939.

(233) V. en ce sens les conclusions de N. Boulouis sous la décision *Portalis* in RFDA 2008. 482. Pour une analyse critique de l'acceptation extensive de la notion de fraude par le commissaire de gouvernement, v. AJDA 2008. 802.

(234) B. Seiller, art. cit., p. 939.