

N° 430253
MINEF c/ C...

10^{ème}/9^{ème} chambres réunies
Séance du 8 juillet 2019
Lecture du 24 juillet 2019

CONCLUSIONS

M. Alexandre LALLET, rapporteur public

La sagesse béarnaise enseigne que « *La vérité, c'est comme la garbure, si tu la veux bonne et savoureuse, il faut savoir l'assaisonner* ». Le député L..., lui, est connu pour livrer sans accommodements sa part de vérité, en l'occurrence sur le sort de la trésorerie de Bedous. Sa suppression par un arrêté du 28 novembre 2018 ayant déclenché un certain émoi local, le secrétaire d'Etat aux comptes publics s'est engagé à la ré-ouvrir dans un communiqué du 17 janvier 2019. Méfiant, M. L... a suspecté immédiatement la directrice départementale des finances publiques et son adjoint, M. C..., de manœuvrer localement pour contrecarrer l'annonce ministérielle, en répandant l'idée que la trésorerie resterait fermée. Il a alors rédigé un courrier accusateur dont des extraits ont été publiés dans *La République des Pyrénées* le 24 janvier 2019. Le sang de M. C... n'a fait qu'un tour : dès le lendemain, il a, d'une part, sollicité le bénéfice de la protection fonctionnelle contre des accusations qu'il estimait diffamatoires, et, d'autre part, soumis à la validation de sa hiérarchie un projet de courrier au député et un projet de « droit de réponse » dans le même journal – nous désignerons par commodité ces deux documents comme les « droits de réponse ». Formellement, il s'agissait de deux demandes distinctes, et c'est là la source de la relative confusion procédurale qui règne dans ce dossier.

Par une décision laconique du 7 février, l'administration a rejeté la demande de protection fonctionnelle. M. C... a alors saisi le juge des référés du tribunal administratif de Pau d'un référé-suspension visant distinctement la décision de refus de protection fonctionnelle et des décisions refusant l'exercice du droit de réponse. Le juge a rejeté la première partie de la demande faute d'urgence, et la seconde au motif qu'à la date de son ordonnance, le refus de valider les « droits de réponse » n'était pas encore né. M. C... est logiquement revenu à la charge fin mars 2019 en demandant la suspension de l'exécution du refus implicite de valider les droits de réponse né du silence gardé par l'administration sur sa demande du 25 janvier. Cette fois, le juge des référés a analysé le refus de validation des « droits de réponse » comme un refus de protection fonctionnelle, qui serait né implicitement fin mars 2019. Par l'ordonnance attaquée, il a suspendu l'exécution de ce refus en enjoignant à l'administration de réexaminer la demande.

Conformément à la jurisprudence Ministre de l'environnement du 28 décembre 2017, la circonstance que l'administration ait pris une nouvelle décision en exécution de l'ordonnance, dont M. C... a demandé en vain la suspension, ne prive pas d'objet le pourvoi du ministre. Le réexamen de la demande devait nécessairement tenir compte de ce que le juge des référés a estimé sérieuse l'argumentation selon laquelle la protection fonctionnelle aurait dû être accordée, sous réserve d'un motif d'intérêt général justifiant le refus mais que l'administration n'avait pas fait valoir dans la procédure¹.

Avant d'en venir à l'examen du pourvoi, signalons que M. C... a produit un mémoire en défense sans l'intervention d'un avocat aux Conseils, en soutenant :

- d'une part, que cette exigence méconnaît l'article 6 § 1 de la Convention européenne, ce qui n'est pas le cas (CE, 19 juillet 1991, Mlle B..., n° 89250-90300, aux T.) ;
- et d'autre part, qu'elle viole ces stipulations combinées avec celles de l'article 14 de la Convention, ainsi que l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui consacre l'égalité devant la justice et dont vous avez déjà reconnu l'effet direct à plusieurs reprises², dans la mesure où l'Etat est, lui, dispensé de cette exigence. Vous avez jugé dans une décision Hofmann du 21 décembre 2001 (n° 222862, au Rec.) que le principe d'égalité devant la loi n'était pas méconnu compte tenu de la position de défendeur de l'Etat et des services juridiques spécialisés dont il dispose. La première justification n'est pas pertinente, au moins ici, puisque, précisément, l'Etat est requérant et M. C..., défendeur. La seconde suffit : obliger l'Etat à recourir à un avocat irait à l'encontre de l'objectif constitutionnel de sauvegarde des deniers publics, aussi modérés soient les tarifs pratiqués. A l'inverse, la combinaison du ministère d'avocat aux Conseils obligatoire et de l'aide juridictionnelle garantit un conseil de qualité à tous les justiciables dont l'action a des chances de succès, même si l'on peut comprendre la frustration de ceux qui disposent ou estiment disposer des compétences juridiques suffisantes pour se défendre.

Venons-en au pourvoi. Derrière la question de dossier, qui est de savoir si la décision de refus de protection fonctionnelle de février 2019 englobait le refus de valider les droits de réponse, se cache une question de pur droit, plus intéressante, qui est de savoir si la protection fonctionnelle peut prendre la forme de l'agrément de l'administration à une prise de position publique d'un de ses agents attaqués, le cas échéant après validation des écrits ou propos qu'il envisage de tenir.

¹ Abandonnant une jurisprudence de 2008, vous avez posé en principe que le pourvoi en cassation contre une ordonnance suspendant l'exécution d'une décision et impliquant l'édiction d'une nouvelle décision, notamment sur injonction, n'était pas privé d'objet du fait de l'intervention de cette décision, dès lors que cette dernière devait nécessairement prendre en compte, pour le purger, le vice ayant justifié la suspension. Il en va différemment lorsque la suspension ne contraint en rien la décision d'exécution, eu égard à ses motifs (CE, 28 décembre 2017, Ministre de l'environnement, de l'énergie et de la mer c/ Sté Gazonor, n° 406147, aux T.).

² CE, 29 décembre 1997, P..., n° 184429, aux T. ; CE, 3 juin 1991, SA Etablissements Bernstein et Ministre du budget, n° 71610-72937, aux T.

L'histoire de la protection fonctionnelle des agents publics est celle d'une extension continue, prenant la mesure de ce que les femmes et des hommes ne disparaissent pas derrière les fonctions qu'ils exercent mais les incarnent, parfois à leurs risques et périls. Cet élargissement s'est manifesté aussi bien dans la nature des faits susceptibles de justifier la protection que dans les circonstances de temps et de lieu la justifiant³ et dans le périmètre des personnes susceptibles d'en bénéficier, incluant désormais les proches, dans certains cas. Il est toutefois un point sur lequel la loi est toujours restée sinon muette, au moins discrète : celle des **formes que peut revêtir la protection**. L'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 évoque à plusieurs reprises la prise en charge des frais exposés par l'agent dans le cadre d'instances juridictionnelles qu'il a engagées, et c'est la raison pour laquelle cette modalité est celle qui vient spontanément à l'esprit lorsqu'on évoque cette institution.

Mais la jurisprudence s'est chargée d'en enrichir le contenu, avec un fil conducteur : **l'administration dispose du choix des moyens, qui peuvent être des plus divers, pourvu qu'ils soient appropriés aux circonstances** (V. la décision de Section R... du 18 mars 1994⁴ et les conclusions de référence de R. Denoix de Saint-Marc sur une affaire V...⁵). Cette condition d'adéquation des mesures de protection a deux implications :

- d'une part, la mesure doit être suffisante au regard de l'obligation qui pèse sur l'administration au titre de la protection fonctionnelle, à savoir de faire cesser les attaques dont l'agent fait l'objet et assurer une réparation adéquate des torts qu'il a subis⁶ ;
- d'autre part, elle ne doit pas être excessive et, plus largement, ne pas se heurter à un motif d'intérêt général. On lit souvent, en référence aux mêmes conclusions du Président Denoix de Saint-Marc et bien qu'aucune décision ne le juge, que seul un motif tout à fait impérieux d'intérêt général pourrait justifier le refus de protection fonctionnelle. En réalité, la pertinence et la suffisance de ce motif doivent s'apprécier au regard de la modalité envisagée, eu égard à ses conséquences concrètes.

Ainsi, si l'administration ne peut se retrancher derrière une volonté d'apaisement pour refuser d'assister l'agent dans les procédures juridictionnelles qu'il engage, il en va différemment si ces démarches apparaissent manifestement dépourvues de chances de succès, ce qui justifie, au nom de l'intérêt général, qu'elle retienne d'autres modalités de protection plus adaptées (CE, 31 mars 2010, Ville de Paris, n° 318710, au Rec.)⁷. L'administration peut ainsi engager

³ Il suffit désormais que les attaques aient lieu à raison des fonctions et non dans l'exercice des fonctions.

⁴ CE, Section, 18 mars 1994, R..., n° 92410, au Rec.

⁵ CE, 16 décembre 1977, V..., Rec . p. 507

⁶ A titre d'exemple, une simple lettre adressée à l'instance disciplinaire compétente pour résoudre le conflit entre deux universitaires n'est pas un acte de protection (CE, 14 octobre 2009, E..., n° 315956, aux T.).

⁷ La jurisprudence tend toutefois à considérer que l'administration n'est pas tenue d'agir elle-même en justice, pourvu alors qu'elle assiste son agent dans les démarches qu'il souhaite engager. La décision Rimasson le juge expressément pour le cas des injures et de la diffamation. C'est sage, non seulement parce que les initiatives de

elle-même des actions juridictionnelles ou, lorsque l'auteur des menaces est un agent public, disciplinaires⁸. Il a même été jugé que le classement sans suite d'une plainte pour dénonciation calomnieuse introduite par un avocat auteur d'accusations proférées à l'encontre d'un magistrat constituait une mesure de protection de ce dernier, alors même qu'elle émane du Parquet et non de l'administration employeur (CE, 21 février 1996, M...° 155915, au Rec., concl. contraires de D. Piveteau). La protection fonctionnelle peut aussi prendre la forme d'un visa et d'un titre de séjour (CE, 1^{er} février 2009, I..., n° 421694, au Rec.).

A au moins deux reprises, vous avez considéré que la protection fonctionnelle pouvait prendre la forme d'une expression publique de l'administration, tout en estimant au cas d'espèce qu'elle était insuffisante (V. la décision R...⁹ ; et pour un communiqué de presse, insuffisant en l'espèce : CE, 28 décembre 2009, B..., n° 317080, au Rec.). On trouve dans la jurisprudence des tribunaux et cours de multiples exemples d'actions de communication et de soutien moral constitutifs d'actes de protection fonctionnelle¹⁰ et la doctrine est unanime en ce sens¹¹. La doctrine administrative l'envisage expressément¹². La défense publique de l'agent par sa hiérarchie constitue à la fois un moyen de répondre aux attaques dont il fait l'objet, de réparer symboliquement le préjudice moral qu'il a subi et, au-delà, de prévenir les risques psycho-sociaux inhérents au sentiment d'abandon administratif.

Il ne fait donc aucun doute qu'un **communiqué de presse de l'administration** répondant à des propos diffamatoires visant l'un de ses agents constitue une modalité possible de la protection fonctionnelle.

La jurisprudence ne s'est jamais prononcée sur le cas où l'agent souhaite prendre l'initiative de répondre publiquement aux attaques dont il est la cible et où il sollicite le soutien de son administration¹³. Notre première réaction a été circonspecte. En opportunité, il n'est pas

l'administration peuvent mettre l'agent dans l'embarras, même si l'administration peut porter plainte sans l'aval de l'agent (CE, 25 juillet 2001, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique, n° 210797, au Rec.) mais aussi, s'agissant des poursuites pénales, parce que l'autorité judiciaire tend à considérer que la seule victime directe de telles infractions est l'agent et que son administration ne saurait s'en faire le procureur.

⁸ De telles poursuites disciplinaires sont susceptibles de la dispenser de prendre en charge les frais d'avocats dans une procédure pénale engagée à l'initiative de l'agent victime (CE, 21 novembre 1980, D..., aux T.).

⁹ Qui juge que des réponses ministérielles à des questions écrites de parlementaires et la lettre adressée par un ministre à une commune et publiée dans la presse locale ne constituent pas, en l'espèce, « *en raison de la généralité des termes employés et de l'absence de référence précise au comportement du requérant* », une protection adéquate contre des propos diffamatoires dont l'intéressé a fait l'objet.

¹⁰ TA Dijon, 11 avril 2000, M..., n° 97968 ; TA Orléans, 27 novembre 2001, N..., n° 99-2107

¹¹ E. Vital-Durand, Fasc. 10 Protection fonctionnelle des agents publics, Lexis Nexis, § 53 ; R. Chapus, Droit administratif général, Tome II, 15^{ème} éd., § 353, 1° ; E. Aubin, Protection fonctionnelle du personnel des collectivités territoriales, Encyclopédie des collectivités territoriales, mai 2018, folio n°10220, §98) ; F. Colin, *La protection contre la diffamation en droit de la fonction publique*, RFDA 2016 p. 1219 ; J. Bourdon, *La protection fonctionnelle de l'agent public*, AJDA 1996 p. 21

¹² Circulaire DGAFP du 5 mai 2008 relative à la protection fonctionnelle des agents publics, pt. 4.2

¹³ A noter qu'il a été jugé, par une décision ancienne, que l'ordre interdisant à un agent d'entrer en relation avec la presse pour des affaires relevant du service constituait une mesure d'ordre intérieur insusceptible de recours (CE, 19 janvier 1990, B..., n° 78782-79018-82608, aux T.). Mais cette jurisprudence nous paraît avoir vécu dès

souhaitable que les agents attaqués, qui sont hélas de plus en plus nombreux, multiplient les offensives dans la presse ou les réseaux sociaux pour en découdre avec les citoyens qui les malmènent. C'est aussi la grandeur du fonctionnaire que de savoir résister à la tentation de régler ses comptes sur la place publique. Il est souvent préférable que leur défense publique soit assurée par l'administration.

Souvent, mais pas toujours. Tout est affaire d'espèce et, dans certains cas, il peut être parfaitement justifié, dans l'intérêt même de l'institution, que l'intéressé soit en première ligne. Le soutien de l'administration peut alors prendre la forme d'une autorisation de publier un droit de réponse après relecture et validation, ou tout simplement de son acquiescement à ce que l'agent se prévale publiquement de son soutien, ce qui est évidemment un renfort de poids. Nous ne voyons aucune raison de principe d'exclure qu'un tel soutien constitue une modalité de protection fonctionnelle, permettant à l'administration de s'acquitter de son obligation, de la même façon que l'administration peut choisir entre engager elle-même une action contentieuse ou soutenir l'agent dans ses démarches contentieuses personnelles.

Pour autant, il convient d'y assigner deux limites :

- d'une part, il ne doit en résulter **aucune méconnaissance de l'obligation de réserve**. La configuration est cependant différente de celle dans laquelle l'agent a pris une initiative malencontreuse sans en référer à l'administration et fait l'objet de poursuites disciplinaires à ce titre. Dès l'instant que la réponse publique constituerait une modalité de la protection fonctionnelle, l'administration nous semble en droit d'aménager légèrement la rigueur de l'obligation de réserve, dont on connaît la plasticité, pour les besoins de la riposte. La validation préalable des écrits ou des propos doit du reste permettre d'éviter tout abus. En revanche, l'administration ne peut disposer à sa guise du devoir de réserve en en déliant purement et simplement l'agent alors que l'intérêt général s'y opposerait, eu égard notamment à la nature des fonctions exercées et au positionnement hiérarchique de l'intéressé, en tenant compte en contrepoint de la virulence des attaques dont l'intéressé a fait l'objet ;
- d'autre part, il doit s'agir d'une modalité de protection **subsidiare**, l'administration pouvant toujours préférer intervenir elle-même sur le terrain médiatique. Plus largement, conformément aux principes dégagés par votre jurisprudence, l'administration serait toujours en droit de refuser cette modalité de protection fonctionnelle en privilégiant une autre modalité plus appropriée, notamment l'assistance de l'intéressé dans une procédure juridictionnelle.

Nous ne pensons pas qu'une telle possibilité puisse sérieusement se prêter à des dérives ou une instrumentalisation de l'administration. D'une part, la protection fonctionnelle peut et doit être refusée si les faits sont insusceptibles de recevoir l'une des qualifications prévues par la loi (V. pour la diffamation : CE, 3 mars 2003, CAT de Cheney, n° 235052, aux T.)¹⁴, ce qui

lors qu'est en cause une liberté fondamentale, qu'est la liberté d'expression.

suppose un certain degré de certitude et de gravité. Comme l'indiquait Isabelle de Silva dans ses conclusions sur cette décision, « *la moindre vétille ou dispute privée (...) n'est pas justiciable de cette procédure, dont l'objet doit rester exceptionnel* ». D'autre part, un obstacle pratique limite la portée de cette faculté : la temporalité utile de la réponse publique s'accommode mal, et de moins en moins, de celle de la procédure administrative et du délai de deux mois dont dispose l'administration pour se prononcer. Celle-ci pourra souvent constater qu'il n'est pas pertinent de raviver une polémique rejetée depuis bien longtemps dans les oubliettes médiatiques. Il en ira *a fortiori* ainsi si un refus est opposé et annulé quelques années plus tard. Ajoutons qu'il n'est plus possible d'exiger la publication du droit de réponse ouvert par la loi de 1881 à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la publication initiale (art. 13).

Nous en déduisons que la décision du 7 février 2019 refusant la protection fonctionnelle à M. C... valait refus de l'autoriser et de soutenir sa démarche consistant à publier un droit de réponse et à adresser un courrier au député. Nous vous invitons en conséquence à annuler l'ordonnance du juge des référés qui a suspendu l'exécution d'un refus implicite inexistant.

Réglant l'affaire en référé, vous devrez écarter l'étrange exception d'incompétence opposée par l'Etat, qui analyse la demande de M. C... comme une contestation d'un refus de droit de réponse fondé sur la loi de 1881.

Vous pourrez faire l'effort de requalifier la demande de l'intéressé comme tendant à la suspension de l'exécution du refus exprès de protection fonctionnelle, en tant qu'il portait sur la validation de ses projets de courrier et d'article. Mais vous devrez la rejeter, car aucune des deux conditions exigées pour la suspension n'est remplie.

Vous pourriez d'abord la rejeter pour défaut d'urgence. Rien ne donne à penser que la polémique existerait toujours alors que la trésorerie a été rouverte au bénéfice d'un nouvel arrêté ministériel. On ne voit pas ce qu'apporterait une réponse rapide à M. L..., par courrier ou par voie de presse, sachant que le requérant ne peut plus se prévaloir du droit de réponse ouvert par la loi de 1881. A l'inverse, sous l'angle de l'intérêt public, on perçoit bien le risque d'attiser les tensions locales et de tendre les relations entre l'Etat et les élus locaux.

Les mêmes considérations pourraient être mises en avant pour rejeter la demande sur le terrain du doute sérieux, la validation des droits de réponse n'apparaissant pas, dans les circonstances de l'espèce, comme une mesure appropriée. L'assistance de M. C... dans des procédures juridictionnelles qu'il engagerait contre M. L... serait éventuellement plus adaptée, pour autant qu'elles ne soient pas dépourvues de chances de succès. Nous nous garderons bien d'entrer dans ce débat.

¹⁴ V. aussi CE, 9 novembre 1994, K..., n° 72322, aux T. ; à propos du harcèlement moral : CE, 23 décembre 2014, B..., n° 358340, aux T.

PCMNC à l'annulation de l'ordonnance du juge des référés et au rejet de la demande de suspension présentée par M. C...