

N° 436176,
Mme N...

7ème et 2ème chambres réunies

Audience du 12 février 2020
Lecture du 26 février 2020 - B

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Si le droit des agents publics à la protection fonctionnelle a été consacré comme un principe général du droit dès 1963 (Section, 26 avril 1963, *CH de Besançon*, n° 42783), ce n'est qu'au cours de la dernière décennie qu'il a connu une double extension de ses champs d'application matériel et personnel.

Son champ d'application matériel couvre depuis votre décision de Section *F...* du 6 juin 2011 (n° 312700, p. 270), dans des termes qui sont aujourd'hui ceux de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 portant statut général de la fonction publique, à la fois la défense des agents dans le cadre des actions civiles ou pénales qui peuvent être engagées à leur encontre en raison de leurs fonctions et les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont ils peuvent être l'objet.

Son champ d'application personnel a été plus récemment étendu aux personnes qui, sans avoir le lien juridique avec une personne publique leur donnant la qualité d'agents publics et la protection légale qui en découle, sont, du fait de leur activité au service d'une personne publique, dans une situation comparable au regard des risques qu'ils encourent de ce fait. Le principe général du droit vous a ainsi permis de faire bénéficier de la protection fonctionnelle les collaborateurs occasionnels du service public (CE, 13 janvier 2017, *M. G...*, n° 386799, p. 1) puis les agents non-titulaires de l'Etat recrutés à l'étranger, alors même que leur contrat est soumis au droit local, par la décision *M. I...* du 1er février 2019 (n° 421694, au rec). Cette dernière extension a été réalisée à l'occasion d'un recours formé par un civil afghan recruté sur place par l'armée française dans le cadre de son intervention en Afghanistan entre 2001 et 2014 contre le refus de lui délivrer un visa et c'est toujours dans ce contexte qu'elle donne lieu à contentieux relativement fourni, en référé puis au fond, puisque vous avez précisé que "lorsqu'il s'agit, compte tenu de circonstances très particulières, du moyen le plus approprié pour assurer la sécurité d'un agent étranger employé par l'Etat, la protection fonctionnelle peut exceptionnellement conduire à la délivrance d'un visa ou d'un titre de séjour à l'intéressé et à sa famille". Si l'affaire qui vient d'être appelée a été portée devant vos chambres réunies, c'est parce qu'elle pose la question inédite de l'extension de cette protection aux proches parents de ces "personnels civils de recrutement local" (PCRL) lorsque leur sécurité est menacée du fait des fonctions exercées par ces derniers auprès des forces armées françaises.

Il s'agit en l'espèce de Mmes S. et N. N..., respectivement mère et soeur de M. Abdul Azim N..., qui a servi d'interprète aux forces armées françaises entre 2003 et 2012 et qui bénéficie depuis le 16 mars 2016 d'une carte de résident de dix ans. Elles ont chacune formé en juillet 2019 une demande de protection fonctionnelle auxquelles la ministre des armées n'a pas répondu. Mme S. N... a contesté en son nom et en celui de sa fille ces refus et demandé au juge des référés du tribunal administratif de Paris d'ordonner la suspension de leur exécution et d'enjoindre à la ministre des armées de leur accorder cette protection et des visas d'entrée en France. Par une ordonnance contre laquelle Mme N... se pourvoit en cassation, le juge des référés a rejeté ses demandes au motif que "faute d'établir que les menaces dont elle se dit faire l'objet présentent un caractère personnel, actuel et réel à raison des anciennes fonctions exercées par son fils Abdul Azim N... en qualité de PCRL, les moyens invoqués à l'appui de sa demande de suspension" ne paraissent pas, en l'état de l'instruction, propres à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision attaquée.

La question de la possibilité pour la mère et la sœur d'un agent contractuel de droit local de l'Etat de revendiquer la protection fonctionnelle de ce dernier n'est évidemment pas posée directement par le pourvoi, qui soulève une unique moyen d'erreur de droit mais surtout de dénaturation dans l'appréciation portée par le juge des référés sur le caractère personnel, actuel et réel des menaces dont Mme N... et sa soeur feraient l'objet. Mais elle l'est par la ministre en défense et relève, en tout état de cause, du champ d'application de la loi.

Le principe général du droit à la protection fonctionnelle sur lequel vous avez fondé son application à ceux qui n'en bénéficient pas en vertu de dispositions législatives, au nombre desquels figurent les agents non-titulaires de l'Etat recrutés à l'étranger au service des forces armées françaises, ne prévoit son bénéfice qu'à l'agent lui-même. Le fait que, comme vous l'avez indiqué, cette protection implique, dans certaines circonstances très particulières, la délivrance d'un visa ou d'un titre de séjour à l'intéressé et à sa famille, ne signifie pas que vous ayez entendu reconnaître aux membres de cette dernière un droit personnel à la protection fonctionnelle. Le visa ou le titre de séjour qui peut leur être délivré n'est qu'une modalité de la protection fonctionnelle reconnue à l'agent. Or la question qui vous est posée aujourd'hui est celle d'un droit propre des membres de la famille de l'agent public ou assimilé au bénéfice de cette protection, en raison des risques qu'ils encourent personnellement du fait des fonctions de l'agent, droit dont ils pourront se prévaloir indépendamment de l'octroi de la protection fonctionnelle à l'agent lui-même, lequel ne l'aura pas toujours demandée, qu'il ait pu se protéger lui-même ou qu'il soit décédé. Ce droit pourra lui-même conduire à la délivrance d'un visa, s'il s'agit de la seule façon d'en assurer l'effectivité. La requérante et sa fille ont ainsi demandé personnellement la protection fonctionnelle de l'Etat; elles n'ont pas demandé un visa au titre de la protection fonctionnelle à laquelle leur fils et frère aurait éventuellement eu droit en application de la jurisprudence I... Il ne ressort d'ailleurs pas des pièces du dossier qu'il en aurait bénéficié en l'espèce.

Un droit personnel à la protection fonctionnelle est reconnu à certains parents de l'agent par plusieurs dispositions législatives, qui n'ouvrent cependant pas à tous les bénéficiaires le même degré de protection et ces différences constituent la principale difficulté à un élargissement en ce sens du champ d'application du principe général du droit.

Plusieurs lois ont d'abord étendu la protection fonctionnelle aux conjoints, auxquels les textes plus récents assimilent les concubins et les partenaires liés par un pacte civil de solidarité, enfants et ascendants directs victimes de menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages du fait des fonctions de certaines catégories d'agents publics particulièrement exposés à ce risque. Ainsi l'article 112 de la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, aujourd'hui codifié à l'article L. 113-1 du code de la sécurité intérieure, en ouvre le bénéfice aux membres du corps préfectoral et du cadre national des préfetures, des fonctionnaires de la police nationale, des agents de différents services de sécurité et de secours, des agents des services fiscaux, des magistrats de l'ordre judiciaire et des agents publics de l'administration pénitentiaire. Les dispositions relatives à ces derniers ont été transférées à l'article 16 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009. Cette protection a ensuite été prévue, dans des termes proches, pour les parents de militaires, par l'article 15 de la loi du 24 mars 2005 portant statut général des militaires (article L. 4123-10 du code de la défense).

L'extension de la protection fonctionnelle aux parents de l'agent public a ensuite été généralisée à l'ensemble des fonctionnaires et agents publics par la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires qui a ajouté à l'article 11 de la loi du 11 juillet 1983, qui pose la règle générale, un V aux termes duquel : *"La protection peut être accordée, sur leur demande, au conjoint, au concubin, au partenaire lié par un pacte civil de solidarité au fonctionnaire, à ses enfants et à ses ascendants directs pour les instances civiles ou pénales qu'ils engagent contre les auteurs d'atteintes volontaires à l'intégrité de la personne dont ils sont eux-mêmes victimes du fait des fonctions exercées par le fonctionnaire."*

Il existe donc, entre la règle générale applicable à l'ensemble des agents publics et à leurs parents et les règles spéciales applicables aux parents de certains agents publics exerçant des fonctions régaliennes de sécurité, intérieure et extérieure, de secours, d'autorité et de justice, une différence importante quant à l'étendue de la protection dont ils bénéficient.

Tous les agents publics, en vertu de l'article 11 de la loi de 1983, et assimilés, à travers le principe général du droit, bénéficient pour eux-mêmes, sous certaines conditions (absence de faute personnelle; réserve de l'intérêt général dans le troisième cas) d'une protection complète qui comporte trois volets : la couverture des condamnations civiles; la prise en charge de ses frais de défense s'il fait l'objet de poursuites pénales ; une protection contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont il est l'objet.

En revanche, leurs parents, qui sont définis dans les mêmes termes, ne bénéficient pas tous de cette protection intégrale qui, s'agissant des procédures civiles et pénales, ne peut en tout état de cause prendre la même forme.

Ainsi, la protection générale dont bénéficient tous les parents d'agents publics est limitée à la prise en charge des frais de leur représentation dans les instances civiles ou pénales qu'ils engagent contre les auteurs d'atteintes volontaires à l'intégrité de la personne dont ils ont été victimes du fait des fonctions exercées par l'agent public.

Les parents d'agents publics spécialement exposés peuvent quant à eux obtenir toute mesure propre à les protéger contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages, qui correspond au troisième volet de la protection fonctionnelle. C'est cette protection particulière que l'article L. 4123-10 du code de la défense offre aux parents de militaires que réclame Mme N... pour elle-même et pour sa fille.

La protection contre les menaces, violences et voies de fait est la seule qui intéresse tant les supplétifs de l'armée française à l'étranger que leurs parents. Ils veulent échapper à la menace pour leur sécurité qui pèse sur eux dans leur pays et non la prise en charge de leurs frais de représentation dans une action en justice contre les auteurs de violences. C'est pour leur permettre de bénéficier de cette protection particulière, qui peut prendre la forme de la délivrance d'un visa et d'un titre de séjour pour venir se réfugier en France, que vous avez étendu aux agents contractuels de droit local recrutés à l'étranger, en particulier à ceux au service de forces armées, le principe général du droit de la protection fonctionnelle.

Il serait donc tout à fait logique et opportun d'étendre cette protection à ceux de leurs parents qui sont exposés au même risque particulier de menaces et violences du fait de la participation de l'agent à ces fonctions de défense et de sécurité. La protection spéciale prévue par les dispositions du code de la défense, pour les parents de militaires, de la sécurité intérieure et de la loi pénitentiaire, pour les parents d'autres catégories d'agents publics, est fondée sur le risque particulier de menaces et violences auxquels ils sont exposés du fait des fonctions de l'agent. Lorsque ces fonctions exposent aussi le parent du collaborateur occasionnel du service public ou du contractuel de droit local à ce risque spécial, nous ne voyons aucune raison de principe de ne pas le faire bénéficier de la protection spéciale dont le législateur a fait bénéficier certains agents en raison des fonctions qu'ils exercent. S'agissant en particulier des personnes recrutées par l'armée française, de même que l'agent de droit local peut bénéficier de cette protection s'il établit faire l'objet de menaces personnelles, actuelles et réelles en raison de ses fonctions auprès des forces armées françaises, ceux de ses parents qui subissent les mêmes menaces pour les mêmes raisons devraient pouvoir en bénéficier aussi, puisque cette protection est la seule propre à les couvrir d'un risque qu'ils subissent du fait du service rendu par leur parent aux forces armées françaises.

Cette extension réalise parfaitement les finalités de la protection fonctionnelle, qui vise d'abord à satisfaire l'intérêt du service, puisque l'armée française aura moins de difficulté à trouver sur place les collaborateurs dont elle a besoin pour le bon exercice de ses missions si elle peut leur assurer, à eux et à leur proches parents, une protection effective, mais aussi à réaliser le devoir de la personne publique d'assurer la sécurité de ceux qui travaillent pour elle.

Enfin, elle est la seule propre à assurer une protection effective aux parents d'agents recrutés à l'étranger pour assister les forces armées françaises dans leurs opérations extérieures, qui n'ont pas besoin d'une assistance juridique dans des procédures juridictionnelles mais de protection contre les menaces physiques dont ils peuvent faire l'objet. Une extension limitée à la seule protection juridictionnelle de base du V de l'article 11 de la loi de 1983 qui bénéficie à tous les parents d'agents publics, serait donc inutile et tellement en décalage avec leur situation sur le terrain que nous ne songeons même pas à vous proposer de l'accomplir à l'occasion d'un litige les concernant.

La prolongation de l'assimilation générale aux agents publics, titulaires et contractuels, des collaborateurs et supplétifs, résultant de vos décisions *G...* et *I...*, à leurs parents, si elle apparaît ainsi justifiée dans son principe, est plus compliquée dans ses modalités, car il ne s'agit pas seulement d'étendre un régime commun à une nouvelle catégorie de personnes, mais d'étendre à certaines personnes un régime particulier en raison de la nature des fonctions.

Une telle extension ne peut se faire que par le vecteur du principe général du droit, puisqu'il constitue le seul fondement de la protection pour les personnes qui n'entrent pas dans le champ

d'application des dispositions législatives précitées. Bien que cette extension soit plus limitée dans son champ d'application matériel que celle résultant de vos décisions *G...* et *I...*, elle n'en correspond pas moins à l'une des fonctions des principes généraux du droit, qui est d'étendre le bénéfice de droits à des personnes qui, si elles n'entrent pas dans le cadre des dispositions législatives qui les reconnaissent, en méritent tout autant le bénéfice (les principes généraux du droit ont ainsi été le vecteur de l'extension aux contractuels d'un certain nombre de droits sociaux reconnus aux titulaires).

Mais elle doit se faire en évitant deux écueils : le premier serait de permettre, par une rédaction trop large du principe général du droit, aux parents d'agents publics de revendiquer une protection fonctionnelle à laquelle ils n'ont pas droit en application du V de l'article 11 de la loi de 1983, ce qui méconnaîtrait la volonté du législateur de ne pas faire bénéficier les parents d'agents publics ne relevant pas des régimes spéciaux de protection d'une protection contre les menaces, violences, voies de fait, etc. qu'ils subissent du fait des fonctions de l'agent. Vous éviterez facilement cet écueil en inscrivant l'extension du principe général du droit aux parents dans le cadre de son extension précédente par votre décision *I...*, de sorte que cette nouvelle extension ne pourra bénéficier qu'aux parents des agents bénéficiant de la protection fonctionnelle au titre de cette dernière jurisprudence.

Le second serait de donner aux parents des contractuels de droit local, à travers le principe général du droit, une protection fonctionnelle plus étendue qu'aux parents des agents visés par les dispositions législatives spéciales. La justification et la finalité de l'extension imposent que ce ne soit que lorsque le collaborateur ou le supplétif participait à des missions pour lesquelles le législateur a conféré aux parents des agents publics qui les exercent un droit à la protection fonctionnelle complète que ses parents pourront à leur tour prétendre à cette protection fonctionnelle étendue. Parce que la protection est due en raison des risques inhérents aux fonctions exercées, le critère de l'extension devra reposer sur ces fonctions et permettre d'identifier les fonctions qui, si elles étaient accomplies par un agent public, relèveraient des dispositions législatives ouvrant droit pour ses parents à une protection fonctionnelle renforcée. S'agissant des agents recrutés par l'armée française en Afghanistan, il faudrait ainsi en réserver le bénéfice aux parents des civils qui ont participé aux missions opérationnelles d'appui aux forces armées, condition à laquelle vous subordonnez déjà en pratique l'octroi de la protection fonctionnelle pour les agents eux-mêmes, mais sans l'avoir jamais expressément formulé.

Si l'idée s'énonce - relativement - simplement, nous sommes bien conscients que sa formulation à travers un principe général l'est beaucoup moins. Les dispositions législatives qui assurent une protection fonctionnelle renforcée aux parents de certains agents visent des catégories d'emplois. Or, par définition, les collaborateurs occasionnels et les agents de droit local ne rentrent pas dans ces catégories. Il faut donc déduire de ces différents emplois un critère général qui permet d'assimiler les fonctions réellement exercées par la personne avec celles qu'exercent les agents publics titulaires ou contractuels et en raison desquelles leurs parents bénéficient d'une protection renforcée.

Vous n'aurez à le faire aujourd'hui que pour les parents des agents recrutés par l'Etat à l'étranger sur des contrats de droit local, comme un prolongement de l'extension résultant de votre décision *I...* Vous devrez attendre une autre occasion de le faire pour les collaborateurs occasionnels du service public, dans le prolongement de la décision *G...*, puisque chacune de ces décisions consacre l'extension du droit pour une catégorie de personnes.

Deux formules d'extension nous semblent envisageables. La première consiste à recourir à des termes génériques qui désignent les fonctions exercées par les agents publics visés par les lois spéciales que nous avons citées, en ajoutant par exemple, à la suite de la phrase issue de votre décision *I...* selon laquelle "ce principe général du droit s'étend aux agents non-titulaires de l'Etat recrutés à l'étranger, alors même que leur contrat est soumis au droit local" : ainsi qu'aux parents – nous dirons lesquels dans un instant - de ceux de ces agents qui ont accompli des missions opérationnelles d'appui aux forces armées ou aux services chargés de la police, de la justice ou de la sécurité civile. Il appartiendra à l'autorité administrative, sous le contrôle du juge, d'apprécier au cas par cas si les fonctions exercées par le contractuel de droit local ouvrent droit au bénéfice de la protection fonctionnelle pour ses proches parents. En pratique, cette extension sera limitée car elle ne devrait concerner que les parents d'agents contractuels recrutés à l'étranger pour servir au sein des forces armées, car il n'y a a priori pas de services de police ou de justice et très peu de services de sécurité civile à l'étranger et ayant effectivement participé à des missions opérationnelles aux côtés des militaires.

Si la formulation que nous venons d'évoquer vous paraissait risquer de couvrir un champ de missions plus large que celles des législations spéciales précitées, vous pourriez définir le champ matériel de cette extension par référence directe à ces législations, par exemple en indiquant, toujours à la suite de la phrase actuelle : ainsi qu'aux mêmes parents de ceux de ces agents qui ont participé à des missions opérationnelles aux côtés des agents visés par les dispositions de L. 113-1 du code de la sécurité intérieure ou L. 4123-10 du code de la défense.

La délimitation du champ personnel de cette extension présente moins de difficultés que celle de son champ matériel, puisque la règle générale de l'article 11 de la loi de 1983 comme les dispositions spéciales propres à certaines catégories d'agents publics n'étendent la protection qu'elles prévoient qu'à certains parents, à savoir les conjoints, concubins et partenaires liés par un pacte civil de solidarité, les enfants et les ascendants directs. Le principe général du droit ne saurait étendre cette protection à d'autres parents sans méconnaître la volonté du législateur.

Si vous nous suivez, vous constaterez que si Mme S. N..., la mère du contractuel de droit local ayant servi d'interprète aux forces armées françaises, pouvait se prévaloir du principe général du droit à la protection fonctionnelle des parents, elle ne pouvait la demander pour sa fille, puisque cette protection est insusceptible de bénéficier aux frères et sœurs. Sur ce dernier point, vous pourrez substituer ce motif de pur droit à celui retenu par le juge des référés, au cas où vous feriez droit au moyen du pourvoi.

S'agissant de la mère de l'agent contractuel, il faut non seulement que son lien de parenté mais aussi les fonctions exercées par son fils la placent dans le champ d'application du droit à la protection fonctionnelle. Ces fonctions doivent être de celles qui lui ouvrent personnellement droit à la protection fonctionnelle et qui permettent de l'assimiler aux agents dont les parents, en vertu des dispositions législatives spéciales, ont droit à la protection fonctionnelle contre les menaces, violences et autres voies de fait. S'agissant des contractuels de droit local recrutés par les forces armées, ces deux conditions se recouvrent car vous subordonnez déjà, à travers l'exigence de menaces personnelles, actuelles et réelles subies en raison de ses fonctions auprès des forces armées françaises, l'octroi de la protection fonctionnelle à la condition que l'agent ait participé aux

missions opérationnelles de l'armée, ce qui est le cas des interprètes qui ont accompagné les militaires sur le terrain et en particulier du fils de la requérante. Ses fonctions l'exposaient donc personnellement ainsi que les membres de sa proche famille autant que les militaires, ce qui permet à sa mère de se prévaloir du droit à la protection fonctionnelle.

Encore faut-il, pour y avoir droit, qu'elle justifie subir des menaces personnelles, actuelles et réelles en raison des fonctions exercées par son fils.

La requérante soutient en premier lieu que le juge des référés aurait commis une erreur de droit en exigeant qu'elle ait fait personnellement l'objet de menaces alors qu'il suffirait, selon elle, qu'un membre de la famille soit menacé pour que la protection bénéficie à tous. Nous ne le pensons pas. La protection fonctionnelle renforcée accordée par les dispositions législatives spécifiques à certains membres de la famille est une protection personnelle, comme l'est celle qui bénéficie à l'agent lui-même. Les violences et menaces doivent donc bien toucher personnellement le parent qui en fait la demande pour qu'il puisse en bénéficier, ce qui n'empêche bien entendu pas de tenir compte des menaces qui pèsent sur les autres membres de sa famille pour évaluer celle qui pèse sur lui.

Le pourvoi conteste en second lieu l'appréciation portée par le juge des référés sur la réalité des menaces dont Mme N... aurait fait l'objet, sous l'angle, qui est le seul sous lequel vous pouvez l'appréhender, de la dénaturation des pièces du dossier. Il est vrai que vous n'observez pas, dans ce contentieux particulier où l'essentiel se joue en référé, la distance encore plus grande qui caractérise le contrôle de la dénaturation sur des ordonnances de référé. Mais il n'en demeure pas moins un contrôle de la dénaturation, qui ne doit aboutir à la censure de l'ordonnance attaquée que lorsque l'appréciation de son auteur apparaît évidemment contredite par les pièces du dossier.

Or tel ne nous paraît pas être le cas en l'espèce. L'élément le plus solide au soutien du moyen est l'assassinat du plus jeune frère de l'interprète, devant le domicile familial où il était rentré après être parti avec son autre frère en Iran, quelques jours après la demande de protection formée par la requérante. Celle-ci produit deux attestations d'un représentant de la mairie de Kaboul indiquant qu'il faisait l'objet, ainsi que toute sa famille, de pressions et de menaces de la part des « opposants armés de l'Etat » en raison de la collaboration de ses deux frères avec les forces de la coalition internationale et du commissariat de police local, rattachant aussi, en des termes proches, l'assassinat aux « menaces persistantes des Talibans », ainsi qu'un « tract » des talibans revendiquant l'assassinat et menaçant ceux qui travaillent pour des forces étrangères et leurs familles du même sort. La ministre de la défense conteste la sincérité et l'authenticité de ces documents dont une note de l'attaché de défense auprès de l'ambassade en Afghanistan explique qu'il en existe un véritable marché sur place, que les talibans ne diffusent pas de tracts dans les termes de celui qui est produit et que les anciens personnels contractuels de droit local ne sont pas des groupes particulièrement ciblés par les insurgés.

Dans le contexte de violence généralisée et d'impuissance de l'Etat et des services de sécurité qui règne en Afghanistan, il est aussi difficile d'être absolument convaincu de l'authenticité d'un document que de la réalité d'une menace personnelle. C'est pourquoi la dénaturation d'une appréciation de l'absence de caractère suffisamment réel et sérieux d'une menace nous paraît pratiquement impossible à établir, contrairement à la critique d'une décision qui aura retenu l'existence de menaces alors que rien dans le dossier ne permettait de l'étayer. En d'autres termes, il est beaucoup plus difficile de prouver une menace que de constater son absence. Au cas d'espèce,

nous ne vous aurions pas proposé d'accueillir un moyen de dénaturation à l'encontre d'une ordonnance qui aurait retenu l'existence de menaces personnelles, actuelles et réelles à l'encontre de la requérante, mais nous ne voyons pas dans le dossier d'éléments qui attestent avec suffisamment de certitude l'existence de telles menaces, en particulier en ce qui concerne les auteurs et les mobiles de l'assassinat du fils de la requérante, pour vous proposer de juger que le juge des référés a dénaturé les pièces du dossier en jugeant que la requérante n'établissait pas en être victime.

EPCMNC : Rejet du pourvoi.