

N° 454305
M. R D...

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 16 février 2024
Décision du 11 mars 2024

CONCLUSIONS

M. Laurent DOMINGO, Rapporteur public

M. R D... a été nommé en décembre 2016, directeur de l'Etablissement National des Invalides de la Marine (l'Enim), qui gère le régime spécial de sécurité sociale des marins.

Le ministère de la mer, alerté de faits pouvant être qualifiés de harcèlement, a sollicité une enquête administrative de l'inspection générale des affaires sociales et du conseil général de l'environnement et du développement durable. Le rapport d'enquête a écarté l'imputation à M. D... de faits de harcèlement sexuel mais a fait état d'un comportement et d'un mode de direction ayant causé des difficultés parfois graves pour plusieurs agents de l'établissement et a préconisé le départ de l'intéressé. C'est dans ces conditions qu'il a été mis fin à ses fonctions par un décret du 29 mai 2019, pris dans l'intérêt du service.

Vous avez, par une décision du 5 février 2020, annulé ce décret pour vice de procédure, car l'intéressé n'avait pas été mis à même, en méconnaissance de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, de prendre connaissance des cinquante-cinq procès-verbaux d'audition des agents de l'ENIM établis dans le cadre de la mission d'enquête administrative (5 février 2020, n° 433130, Rec. p. 24 ; sur cette jurisprudence, v. depuis Section, 22 décembre 2023, Ministre c/ M. V..., n°462455, A, chron. A. Gouin et L. Cadin, AJDA 2024 p. 262).

M. D..., qui considère qu'il a fait l'objet de dénonciations infondées, avait par ailleurs demandé, sur le fondement du code des relations entre le public et l'administration, la communication de deux demandes de protection fonctionnelle présentée par deux agents de l'établissement, la plainte pénale déposée par l'une d'elles et plus largement tout document en possession de l'ENIM relatif à cette plainte.

Il n'a pas été fait droit à sa demande. La CADA a rendu un avis défavorable à la communication de ces documents (avis du 30 janvier 2020), puis le tribunal administratif de Poitiers (jugement du 4 mai 2021) a rejeté la demande d'annulation présentée par M. D..., qui se pourvoit en cassation.

Commençons par les demandes de protection fonctionnelle :

La CADA et le TA se sont fondés, pour confirmer le refus de communication, sur les dispositions du 3° de l'article L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration selon lesquelles « ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs : (...) 3° Faisant apparaître le comportement d'une personne, dès lors que la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice »¹. Ils ont estimé que la personne intéressée au sens de ces dispositions, c'est l'auteur de la demande de protection fonctionnelle, si bien que la demande ne peut être communiquée qu'à cette personne mais n'est en revanche pas communicable aux tiers.

Le point de départ du raisonnement, qui n'est pas contesté par le pourvoi, est fondé. Dans une demande de protection fonctionnelle, où un agent s'adresse à l'administration en mettant le cas échéant en cause une tierce personne (qui peut être un autre agent du service), la personne intéressée au sens de l'article L. 311-6 est seulement la personne à l'origine de la demande. Ce n'est pas la personne mise en cause dans cette demande.

Vous l'avez jugé à propos de procès-verbaux d'audition de témoins. Les personnes intéressées sont les témoins, ce ne sont pas les personnes qui apparaissent dans les témoignages, v. 21 septembre 2015, M. Roger R..., n°369808, Rec. p. 315². Il doit en être de même des demandes de protection fonctionnelle.

Il en résulte que les dispositions de l'article L. 311-6 ont pour objet de protéger le demandeur de la protection fonctionnelle, mais qu'en revanche, celui dont le nom apparaîtrait dans cette demande, qui n'est pas la personne intéressée, ne peut se prévaloir de ces dispositions pour solliciter la communication de la demande de protection fonctionnelle.

I. M. D... soutient que le tribunal a cependant commis une erreur de droit, car, dans son jugement, il a omis de tenir compte de l'article L. 311-3 du CRPA, selon lequel toute personne a le droit de connaître les informations contenues dans un document administratif dont les conclusions lui sont opposées.

Le moyen est toutefois inopérant devant vous parce que nouveau en cassation. En tout état de cause, il ne pouvait qu'être écarté car ce ne sont pas les termes des demandes de protection fonctionnelle qui ont été opposés à M. D..., mais seulement les conclusions de l'enquête administrative.

Et même dans l'hypothèse où l'administration aurait utilisé des informations portées à sa connaissance par les demandes de protection fonctionnelle pour les opposer à M. D..., l'invocation de l'article L. 311-3 ne tenait pas en échec, comme vous l'avez jugé à propos des

¹ La CADA a également cité le 1° : « la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical et au secret en matière commerciale et industrielle (...) ».

² Il en va différemment des documents émanant de l'administration et qui portent sur une personne, qui est alors la personne intéressée (v. par ex. 21 octobre 2016, Union départementale CGT d'Ille-et-Vilaine, T. pp. 766-767-884-970 ; Assemblée, 27 mars 2015, CNCCFP c/ Mme M... et société éditrice de Mediapart, n°382083, Rec. p. 128).

témoignages dans la décision R... précitée, la limitation au droit de communication figurant à l'article L. 311-6.

II. M. D... soutient ensuite que le tribunal a commis une erreur de droit et insuffisamment motivé son jugement pour avoir appliqué l'article L. 311-6 du CRPA sans rechercher et sans mettre en évidence en quoi la divulgation du comportement que fait apparaître la demande de protection fonctionnelle puisse porter préjudice à la personne intéressée. Il estime même que ce n'est pas le cas et qu'ainsi le tribunal a également dénaturé les pièces du dossier.

Il est vrai que le jugement, réitérant l'avis de la CADA, ne dit mot du préjudice de la personne intéressée et semble donc se dispenser de cette condition légale au refus de communiquer le document à un tiers, prévue au 3° de l'article L. 311-6.

A. Or, en principe, la question de savoir si un document peut être communiqué à un tiers sans porter préjudice à la personne intéressée relève d'un examen au cas par cas : il appartient à l'autorité administrative de s'interroger, à chaque demande, sur le possible préjudice, en fonction des circonstances de l'espèce, qui pourrait être causé à la personne intéressée en cas de communication du document ; il revient au juge, pour confirmer ou infirmer la position de l'administration, d'apprécier à son tour l'existence d'un tel préjudice.

v. par ex. : pour une plainte déposée auprès de la CNIL (16 juin 2004, Association la Défense Libre, n°247205) ou pour des lettres d'observations rédigées par des agents de contrôle de l'inspection du travail (21 octobre 2016, Union départementale CGT d'Ille-et-Vilaine, T. pp. 766-767-884-970) ou des demandes de renseignements adressées à des candidats par les rapporteurs de la CNCCFP (Assemblée, 27 mars 2015, CNCCFP c/ Mme M... et société éditrice de Mediapart, n°382083, Rec. p. 128) ou des notes de frais (8 février 2023, Ville de Paris, n°452521, B) ou encore des témoignages (21 septembre 2015, M. Roger R..., préc.).

En l'espèce, s'il fallait se livrer à une appréciation des circonstances, nous n'aurions aucun doute sur le fait que la transmission à M. D... des demandes de protection fonctionnelle dont il sollicite la communication porterait préjudice aux personnes qui ont fait ces demandes, car cette communication est motivée par l'animosité que M. D... éprouve envers ses accusatrices et contre qui il a d'ailleurs porté plainte.

B. Vous n'excluez cependant pas que, par principe, la communication d'un document puisse porter préjudice à la personne intéressée. Vous l'avez jugé à propos de la liste des entreprises sanctionnées pour non-respect de l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, avec indications des sanctions infligées, en estimant que la communication d'une telle liste porterait par elle-même préjudice, au sens de l'article L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration, aux entreprises concernées. Cette solution s'explique par la circonstance que la publication de cette liste constituerait une sanction supplémentaire non prévue par la loi (3 juin 2020, Associations « Pouvoir citoyen » et « Les Effronté-e-s », n°421615, T. pp. 739-746).

Vous l'avez également jugé à propos du nom des soignants figurant sur les registres de contention et d'isolement des établissements de santé autorisés en psychiatrie (8 février 2023, Centre Hospitalier de l'arrondissement de Montreuil-sur-Mer, n°455887, B).

Une démarche de principe dans la mise en œuvre du 3° de l'article L. 311-6 (comme éventuellement pour d'autres exceptions à la communication mentionnées par le CRPA) est donc possible.

Des arguments de droit et d'opportunité plaident pour qu'il en soit ainsi des demandes de protection fonctionnelle.

Ces arguments recourent largement ceux qui ont conduit votre jurisprudence à encadrer la communication des témoignages à l'agent poursuivi, formalisé dans son dernier état par la décision V... (22 décembre 2023, préc.). Il est vrai que, dans ce domaine, il y a lieu de procéder à une appréciation au cas par cas, ce qui est logique, car il convient d'opérer un équilibre entre les droits de la défense de l'agent poursuivi et la protection des témoins dont les déclarations sont opposées à l'agent. Rien de tel en matière de demande protection fonctionnelle, qui, comme nous vous l'avons dit, n'est pas opposée à l'agent mis en cause.

S'agissant des demandes de protection fonctionnelle, nous soutenons que, par principe, leur communication à des tiers est susceptible de porter préjudice au demandeur et que cette communication doit donc être refusée sans examiner les circonstances de l'espèce.

C. Il faut pour ce faire tenir compte à la fois de la signification de la protection fonctionnelle et des conditions dans lesquelles elle peut être demandée.

a. Rappelons préalablement que la protection des agents publics est un principe général du droit applicable à tous les agents publics (Section, 26 avril 1963, CHR de Besançon, p. 242 ; Section, 8 juin 2011, F..., n° 312700, A)³.

Pour les agents qui en relèvent, ce principe est aujourd'hui énoncé à l'article L. 134-5 du code général de la fonction publique (anciennement article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983) selon lequel « la collectivité publique est tenue de protéger l'agent public contre les atteintes volontaires à l'intégrité de sa personne, les violences, les agissements constitutifs de harcèlement, les menaces, les injures, les diffamations ou les outrages dont il pourrait être victime sans qu'une faute personnelle puisse lui être imputée »⁴.

Ce principe signifie que l'agent a le droit d'être protégé par sa collectivité publique à raison de ses fonctions et que l'administration doit prendre les mesures appropriées à la nature et à la gravité des faits, qui seront le plus souvent une assistance (juridique, psychologique, matérielle), un dépôt de plainte ou encore l'indemnisation du préjudice subi. Au demeurant, la protection fonctionnelle est aussi un mécanisme qui préserve les intérêts de l'administration, mise en cause à travers les agissements dirigés contre l'un de ses agents, et la demande de

³ Et également au collaborateur occasionnel du service public (13 janvier 2017, M. FF..., n°386799, p. 1).

⁴ Pour la protection en cas de poursuites pénales, v. art. L. 134-4.

protection fonctionnelle pourra également conduire l'administration à revoir l'organisation du service, à adopter des mesures de prévention, etc.

b. La demande de protection fonctionnelle ne concerne fondamentalement que l'administration et son agent. Il s'agit d'un agent qui s'adresse à son administration pour exercer un droit, à charge pour l'administration d'apprécier la réponse à y apporter sous la forme d'une protection si les conditions sont remplies.

A ce stade, les tiers, quand bien même seraient-ils mentionnés dans la demande, n'ont aucun intérêt à faire valoir⁵. Si vous admettez qu'ils puissent contester les mesures prises au titre de la protection fonctionnelle (v. 8 juillet 2020, X..., n°427002, T. pp. 579-796, s'agissant d'une protection fonctionnelle accordée à un maire), il n'y a en revanche aucune raison qu'ils s'immiscent en amont dans la gestion d'une situation individuelle en accédant à la demande. Et il en est tout autant de même une fois que l'administration a pris sa décision, en accordant la protection fonctionnelle ou en la refusant.

d. En effet, l'exercice effectif de ce droit par un agent public qui s'estime victime de faits répréhensibles implique, dans de nombreux cas, de la volonté et du courage (et de l'écoute).

C'est particulièrement vrai dans des situations comme celle de l'espèce, où il est question d'actes de harcèlement, mais aussi pour les cas de discrimination ou encore d'agissements sexistes, et globalement toutes les situations de « souffrance au travail » du fait des comportements des supérieurs hiérarchiques ou des collègues.

Certes, s'agissant des supérieurs hiérarchiques, en principe le droit à la protection fonctionnelle ne s'applique pas (26 novembre 1975, M. Z..., n° 94124, p. 595), sauf précisément lorsque les actes du supérieur hiérarchique sont, par leur nature ou leur gravité, insusceptibles de se rattacher à l'exercice normal du pouvoir hiérarchique (29 juin 2020, L..., n° 423996, A), ce qui recouvre en particulier les actes de violence, de discriminations ou de harcèlement (pour une demande de protection fonctionnelle pour du harcèlement moral, v. 12 mars 2010, Commune de Hoenheim, n° 308974, T. p. 821 ; sur le régime de la preuve : 23 décembre 2014, B..., n° 358340, T. pp. 716-726-801)⁶.

Une réelle difficulté dans ces situations, c'est de dénoncer, de se plaindre, de parler. Une personne qui révèle à l'autorité administrative compétente de tels faits a intérêt, en même temps qu'elle se confie à ses responsables, à solliciter le bénéfice de la protection fonctionnelle à laquelle elle a droit. Son administration doit sinon la lui suggérer. Car la protection fonctionnelle est le corollaire de la plainte, le complément de la parole.

⁵ Pour les agents publics, c'est à travers la procédure disciplinaire ou dans le cadre d'une mesure prise en considération de la personne qu'ils prendront connaissance des éventuels griefs les concernant retenus par l'administration.

⁶ Evidemment, dans ce cas, en vertu du principe d'impartialité, le supérieur hiérarchique mis en cause ne peut régulièrement statuer sur la demande de protection fonctionnelle présentée pour ce motif par son subordonné quand bien même il serait en principe l'autorité compétente pour prendre une telle décision (décision L..., préc.).

Admettre que cette demande de protection, quel que soit le sens de la décision de l'administration, puisse être divulguée à des tiers, et en particulier à la personne mise en cause, c'est faire peser sur la personne qui se présente comme une victime le risque de s'abstenir. Inversement, assurer la confidentialité de la demande de protection fonctionnelle doit contribuer à libérer la parole.

Indiquons à ce sujet que dans le droit aujourd'hui applicable, postérieur aux faits de l'espèce, résultant de l'article 80 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique (codifié à l'article L. 135-6 du CGFP) et du décret n° 2020-256 du 13 mars 2020, les employeurs publics doivent mettre en place un dispositif ayant pour objet de recueillir les signalements des agents qui s'estiment victimes d'atteintes volontaires à leur intégrité physique, d'un acte de violence, de discrimination, de harcèlement moral ou sexuel, d'agissements sexistes, de menaces ou de tout autre acte d'intimidation.

Ce dispositif a non seulement pour finalité de permettre à l'autorité administrative de prendre les mesures qui s'imposent à l'égard de l'auteur des faits, mais aussi de permettre l'accompagnement, le soutien et la protection des victimes.

Le décret du 13 mars 2020 prévoit que la procédure de signalement mise en place doit garantir la stricte confidentialité de l'identité de l'auteur du signalement, tout comme celle des personnes visées ainsi que des faits faisant l'objet de ce signalement⁷.

Il ne serait pas cohérent que, d'un côté, le signalement soit garanti par la confidentialité et que, de l'autre, la demande de protection fonctionnelle ne le soit pas.

c. Les actes de harcèlement ou de discriminations ne sont au demeurant pas les seuls qui justifient de garantir la confidentialité de la demande de protection fonctionnelle. Dans d'autres situations, et même dans toutes les autres situations, elle se justifie aussi.

Nous pensons par exemple aux agents d'accueil, agressés aux guichets, aux enseignants qui font l'objet de violences verbales ou physiques, au personnel qui travaille sur la voie publique, pris à parti. L'administration doit leur accorder la protection fonctionnelle, sans qu'ils n'aient à être inquiétés par leur propre demande et les menaces ou représailles qu'elle pourrait susciter, car l'utilisateur, le parent, le passant n'a pas à en connaître, ne doit pas en connaître⁸.

Pour le dire autrement, la confidentialité de la demande est une protection.

d. Certes, il est vrai aussi qu'il existe, à la marge, des demandes de protection fonctionnelle manifestement infondées, farfelues, abusives. Mais, leur existence n'enlève rien aux motifs

⁷ La décision de Section du 22 décembre 2023, *Ministre c/ M. V...*, préc., réserve d'ailleurs la protection accordée à certaines catégories de témoins par la loi, ce qui vise notamment les lanceurs d'alerte.

⁸ Dans le même sens à propos des témoins (communication de documents administratifs), v. conclusions du président Toutée sur Section, 10 juillet 1992, *Ministre de l'agriculture et de la forêt c/ T...*, n°120047, p. 296 et (droits de la défense de l'agent poursuivi), conclusions D. Pradines sur Section, 22 décembre 2023, *Ministre c/ M. V...*, préc.

qui nous conduisent à considérer que les demandes de protection fonctionnelle ne sont pas communicables. Le juge administratif est régulièrement confronté à des requérants pathologiques qui attaquent à peu près tout ce qui leur est possible, ce n'est pour autant que vous avez, pour la totalité des requérants, amendé votre conception globalement libérale de l'intérêt à agir en excès de pouvoir.

Pour toutes ces raisons, nous vous proposons de juger que la communication d'une demande de protection fonctionnelle porterait, par elle-même, préjudice à la personne qui a fait cette demande et qu'elle doit donc, dans tous les cas, être refusée. Ce préjudice ne tient pas tant à ce que pourrait en faire celui qui invoque le CRPA, qu'à ce que l'agent à protéger pourrait ne pas faire : la demander.

Dès lors, c'est sans commettre d'erreur, en droit et sur la forme, que le TA ne s'est pas prononcé sur la condition tirée du préjudice que pourrait causer la divulgation des demandes de protection fonctionnelle dont la communication était demandée. Il ne peut non plus avoir dénaturé les faits de l'espèce en confirmant la décision de refus de communication.

Terminons, plus brièvement, par la plainte et les documents relatifs à cette plainte :

Le tribunal a jugé qu'il ne s'agissait pas de documents administratifs, car ils se rattachent à la fonction juridictionnelle.

Sur la plainte, le tribunal a ainsi fait application de votre jurisprudence PV... du 5 mars 2018 (n° 401933), où vous avez jugé que les plaintes constituent la première étape de la procédure pénale et se rattachent, dès lors, à la fonction juridictionnelle, sans qu'il ait d'incidence à cet égard le fait que le procureur de la République décide ou non de classer sans suite la procédure.

M. D... critique cette jurisprudence en soutenant qu'en raison du principe de l'opportunité des poursuites, il est faux de rattacher les plaintes simples à la fonction juridictionnelle car elles n'ont pas pour effet mécanique, à la différence des plaintes avec constitution de partie civile, de mettre en mouvement l'action publique. Son moyen d'erreur de droit doit cependant être écarté car, comme l'indique précisément la décision PV..., la mise en mouvement de l'action publique n'est pas le critère utile ; ce qui a été pris en compte c'est que la plainte s'insère dans le cadre de la procédure pénale.

Sur les documents relatifs à la plainte, M. D... se borne à soutenir, par des moyens d'ED et d'IM, que des documents administratifs peuvent être joints à une plainte pénale sans qu'ils ne perdent leur caractère administratif. Mais ce n'est pas ce qui était soutenu devant le tribunal. Il y était question des documents qui faisaient état de cette plainte. Dès lors, les moyens de cassation, nouveaux, ne peuvent qu'être écartés.

PCMNC Rejet du pourvoi.