

Revue

Lexbase Hebdo édition publique n°280 du 14 mars 2013

[Fonction publique] Le point sur...

La protection fonctionnelle des fonctionnaires

N° Lexbase : N6066BTT



par *Christelle Mazza, avocat au barreau de Paris, Armide Avocats*

La protection fonctionnelle est prévue à l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires (N° Lexbase : L6938AG3), dans le chapitre II intitulé "Garanties", aux côtés de la liberté d'opinion (article 6), le respect du genre (article 6 bis), la prohibition du harcèlement sexuel (article 6 ter) et du harcèlement moral (article 6 quinquies), le respect de la parité (article 6 quater), l'égalité de traitement (article 6 sexies), le respect des opinions politiques (article 7), le droit syndical (article 8), la gestion participative (article 9) et le droit de grève (article 10). Dès l'origine, le statut spécial des agents servant l'intérêt général a été assorti de libertés publiques et, notamment, d'une protection dérogatoire liée aux particularités de leurs fonctions. Idéologiquement, la protection fonctionnelle est une garantie statutaire due à tous les agents titulaires des trois fonctions publiques, aux militaires, mais, également, aux agents non-titulaires et à certains statuts spéciaux comme les praticiens hospitaliers à qui la loi statutaire générale ne s'applique pas.

Dans la dernière édition de l'ouvrage de droit administratif général de René Chapus en date de 2001 soit avant la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, de modernisation sociale (N° Lexbase : L1304AW9), qui a introduit la prohibition du harcèlement moral en droit français, la protection fonctionnelle ne couvrait que les cas "classiques" d'agression des agents publics dans le cadre de leurs fonctions, visant, notamment, à les garantir de toute malveillance du fait de leur statut. Ainsi, René Chapus entendait en 2001, sous la notion d'attaques, outre la définition légale, "les appréciations désobligeantes ou humiliantes portées sur un fonctionnaire par un de ses collègues ou administrés ainsi que l'appel à manifester contre lui".

La protection fonctionnelle a vu son régime largement ouvert par la jurisprudence. Le nombre croissant de contentieux liés à la protection fonctionnelle suit, par ailleurs, la forte croissance d'obligations liées à l'administration au sens large en sa qualité d'employeur en matière de protection et de prévention des risques, notamment le risque psycho-social. Cette évolution est significative puisqu'aujourd'hui, la protection fonctionnelle est très souvent sollicitée par un agent contre l'administration elle-même et le manquement à son obligation de protection en cas de

harcèlement moral. Le contentieux de la protection fonctionnelle est d'autant plus problématique qu'il impose à l'administration employeur non seulement une protection de principe par la subrogation à l'action contre le tiers auteur des attaques, mais également une obligation de réparation du préjudice de l'agent, ce qui entraîne une dimension budgétaire croissante, partant endémique et fortement problématique en temps de crise. Certains auteurs ont même dénoncé le statut schizophrénique de la protection fonctionnelle qui revient à demander à l'auteur des faits, l'administration en sa qualité d'employeur, une reconnaissance préalable hors contentieux de sa responsabilité et la prise en charge directe des préjudices qu'elle fait subir à l'agent.

L'évolution des ressources humaines et la mutation de la fonction publique ont conféré à la protection fonctionnelle une dimension nouvelle qui se développe en parallèle des dispositions de l'article L. 4121-1 du Code de travail (N° Lexbase : L3097INZ) aux termes duquel est définie l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur vis-à-vis de ses salariés. La notion de danger et d'attaque a considérablement évolué : un arrêt récent de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation vient même de juger qu'un employeur ne peut ignorer ou s'affranchir des données médicales afférentes au stress au travail et ses conséquences pour les salariés qui en sont victimes (1). Ainsi, la notion de danger ou d'attaque en droit social s'entend même en dehors de toute faute de l'employeur ou de déclaration préalable du salarié.

La notion d'obligation de sécurité de résultat ne s'entend pas tout à fait de la même manière en droit administratif, au sens de la protection fonctionnelle et ces notions sont pourtant constamment utilisées, notamment la première pour la seconde. Un éclairage s'impose tant sur le champ d'application de la protection fonctionnelle (I), que sur sa demande (II), et sur sa difficile mise en application, notamment au regard de la notion de réparation qu'elle implique (III).

I — Le champ d'application de la protection fonctionnelle : le préalable d'une atteinte portée à l'agent et d'un lien avec le service

Aux termes de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 précitée, la protection fonctionnelle est due par l'administration au sens large agissant en qualité d'employeur et au profit d'un agent titulaire ou contractuel de la fonction publique. Si le texte prévoit expressément la protection fonctionnelle pour les titulaires et non titulaires, certaines catégories d'agents publics ne relevant pas de la loi statutaire se sont vu accorder cette protection par la jurisprudence ou par des textes spéciaux. Le lien organique avec le service public et la compétence matérielle du juge administratif en cas de litige lié aux fonctions permet de lier l'agent, quel que soit son statut, à l'octroi de la protection. Il en est par exemple, ainsi, des praticiens hospitaliers (2).

Quel que soit le statut de l'employeur, ministère ou établissement public, société de droit privé comme La Poste en sa qualité d'ancien monopole d'Etat, c'est le statut de l'agent qui génère le droit à la protection fonctionnelle. Sont aussi concernés les fonctionnaires stagiaires, vacataires et membres non-fonctionnaires des cabinets ministériels, de même les intérimaires depuis la loi n° 2009-972 du 3 août 2009, relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique (N° Lexbase : L6084IE3). La protection fonctionnelle s'étend même aux ayants-droit de l'agent ou à ses proches s'ils sont eux-mêmes victimes du fait des fonctions exercées par l'agent, pour certaines catégories d'emplois dont les magistrats judiciaires, les membres du corps préfectoral ou les fonctionnaires de police (loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, pour la sécurité intérieure, art. 112 N° Lexbase : L9731A9B, loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, pénitentiaire, art. 16 N° Lexbase : L9344IES).

Le terme même de protection "fonctionnelle" nécessite un rappel terminologique. En droit de la fonction publique, les agents occupent des emplois dits cadres d'emplois (fonction publique territoriale) ou des corps (fonction publique d'Etat et fonction publique hospitalière). Ces emplois sont classés par les statuts particuliers et par grade. On parle d'emploi statutaire. Il existe, également, des emplois dits fonctionnels qualifiés de discrétionnaires et d'essentiellement révocables dont la liste est fixée limitativement par les textes et qui comportent des modalités d'accès et de fin spécifiques en fonction de leur nature. La protection fonctionnelle est une obligation statutaire, c'est-à-dire qu'elle relève du statut de l'agent titulaire et non titulaire par essence, mais son caractère fonctionnel l'étend par extension aux emplois dits fonctionnels de droit public, du fait de la nature du lien entre l'agent et le service public. En sont donc exclus les salariés de droit privé qui relèvent du seul droit du travail et les agents employés par les collectivités publiques dont le contrat est de droit privé.

L'agent susceptible de solliciter la protection fonctionnelle doit en contrepartie établir un lien incontestable entre l'attaque ou les poursuites subies et ses fonctions (3). Le régime de la protection fonctionnelle suit en quelque sorte celui de la responsabilité de l'agent : en cas d'attaque ou de dommage involontaire à un tiers, l'administration fait corps avec son agent et répare le préjudice qu'il subit, disposant d'une action propre pour poursuivre les auteurs des actes. En cas de faute personnelle détachable du service ou en l'absence de lien avec les fonctions exercées, la protection fonctionnelle n'est pas due. C'est le cas, par exemple, des attaques subies par un inspecteur général des finances de la part d'un conseiller municipal : les attaques dont il se plaignait n'étaient pas dirigées contre lui

en sa qualité de fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions (4).

La protection fonctionnelle oblige l'administration employeur à assurer une protection aux agents concernés dans trois situations :

- lorsque l'agent fait l'objet d'une condamnation par une juridiction civile pour des faits commis à raison de ses fonctions à l'encontre d'un tiers, en dehors du cadre d'une faute détachable du service (i) ;
- lorsque l'agent fait l'objet de poursuites ou d'une condamnation pénales en dehors d'une faute personnelle (ii) ;
- lorsque l'agent est victime de menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations et outrages à l'occasion de ses fonctions (iii).

(i) Le premier cas de mise en œuvre de la protection fonctionnelle est assez rare et concerne l'assignation d'un agent en dommages-intérêts devant un tribunal judiciaire : la juridiction doit normalement être dessaisie (5). Ce n'est donc que si le conflit n'a pas été élevé ou en cas de condamnation que l'agent sera en droit d'obtenir le remboursement des indemnités mises à sa charge (6).

(ii) Dans le deuxième cas, en matière de responsabilité pénale, cette protection existe historiquement du fait de l'exposition de certaines professions à un haut risque de poursuites pénales. Il en est, ainsi, par exemple des magistrats, des fonctionnaires de police, des maires ou des préfets. Reprenant un principe de droit pénal général en matière d'infraction non intentionnelle, l'article 11 bis A de la loi du 13 juillet 1983 dispose que les agents ne peuvent être condamnés sur le fondement de l'article 121-3 du Code pénal (N° Lexbase : L2053AMY) "*pour des faits non intentionnels que s'il est établi qu'il 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*". En d'autres termes, la responsabilité de l'agent ne sera reconnue qu'en cas de faute inexcusable.

C'est souvent le cas de l'intervention de forces de police qui ont pu blesser, voire tuer la personne poursuivie lors d'une intervention : en la matière, l'agent se retrouve poursuivi du fait de ses fonctions et doit bénéficier de la protection fonctionnelle alors qu'aucune faute personnelle, liée soit à la faute inexcusable, soit à l'intention de commettre un délit, n'a été commise. Mais la responsabilité pénale englobe également la protection de l'agent victime d'un délit ou d'un crime. Il en est ainsi d'un professeur certifié d'anglais qui est victime d'une agression (insultes, coups de poing et de pied) alors qu'il tente de faire sortir de la classe deux jeunes gens étrangers à l'établissement venus y semer le trouble (7).

En dehors de la faute détachable du service, la protection fonctionnelle est due quand bien même l'agent justifierait d'une incompétence professionnelle. Sur ce point, la jurisprudence est la même en matière de harcèlement moral : quelle que soit la faute de la victime, si les faits de harcèlement moral sont avérés, la responsabilité peut en être atténuée mais jamais supprimée (8). Ainsi, le fait qu'un principal de collège ne remplissait pas ses fonctions de façon satisfaisante ne justifiait pas le refus de lui accorder la protection qu'il sollicitait. L'agent avait fait l'objet de violentes attaques dans le cadre de sa mission : attitudes vexatoires par le personnel, des élèves et leurs parents, faits à l'origine d'un climat conflictuel porté sur la place publique (9). Ce jugement est particulièrement intéressant en ce qu'il précise que l'attribution de la protection fonctionnelle n'est pas subordonnée à un dépôt de plainte de l'agent faisant l'objet desdites attaques. Ce principe est d'ordre général, puisqu'y compris en matière disciplinaire, l'administration n'est pas liée par les décisions rendues par le juge pénal (10). Elle dispose, en conséquence, d'un plein pouvoir d'appréciation indépendant pour se prononcer sur la nature du préjudice subi par l'agent ou son éventuelle responsabilité. Ainsi, le ministre peut, sous le contrôle du juge administratif, exciper du caractère personnel de la faute qui a conduit à l'engagement de la procédure pénale sans attendre l'issue de cette dernière ou de la procédure disciplinaire engagée pour le même fait (11).

Le problème de la protection fonctionnelle en cas de poursuites pénales est, néanmoins, prévu par les textes et la jurisprudence. Ainsi, la complexité réside dans le fait que l'agent poursuivi devra demander la protection alors que la matérialité de l'infraction n'est pas encore fixée (12). Sans soustraire les agents à leur responsabilité pénale si elle est avérée, en 2003, le ministre de la Justice avait ainsi précisé que "*la collectivité concernée devrait accorder systématiquement sa protection à l'élu ou à l'agent mis en cause à condition que les faits qui lui sont reprochés aient été commis dans le cadre de ses fonctions ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions*" (13). Dans le cadre d'un référé suspension, le Conseil d'Etat a, ainsi, considéré que le refus d'accorder la protection fonctionnelle "*est susceptible de créer une situation d'urgence lorsque le coût de la procédure exposerait l'intéressé à des dépenses auxquelles il ne serait pas en mesure de faire face et compromettrait ainsi la possibilité pour lui d'assurer sa défense dans des conditions satisfaisantes*" (14). C'est le caractère temporel de la protection fonctionnelle, à savoir le moment de sa mise en œuvre qui revêt ainsi toute son importance, sauf à la vider de sa substance (15).

(iii) Le troisième cas de mise en œuvre de la protection fonctionnelle est le cas le plus actuel et le plus fréquemment rencontré en matière de contentieux. Traditionnellement, les attaques, outrages ou agressions vont relever indirectement de la responsabilité pénale puisqu'à un certain degré, ce sont des délits. Il s'agira, en conséquence, de tous les cas où il n'y aura pas de poursuites pénales mais où le préjudice est certain et lié à l'exercice des fonctions. Par exemple, une administration doit protéger un enseignant contre les attaques dirigées contre lui dans un tract (16). C'est dans cette dernière catégorie que la protection fonctionnelle a été considérablement étendue, alors même que le Conseil d'Etat précisait implicitement en 2010 que la liste des attaques telle que figurant à l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 n'était pas exhaustive (17).

Hasard du calendrier judiciaire ou volonté expresse de faire évoluer le champ d'application de la protection, quatre jours après cet arrêt, le Conseil d'Etat a ouvert la protection fonctionnelle aux cas de harcèlement moral (18). Cette décision logique à la lecture des textes, le harcèlement étant une atteinte répétée entraînant un préjudice de santé, de carrière et de dignité pour l'agent qui en est victime, est pourtant extrêmement récente et liée à un contentieux de plus en plus important au sein de la fonction publique. Des humiliations énoncées par René Chapus en 2001, le contentieux voit croître des demandes de mise en œuvre de la protection fonctionnelle depuis 2010 pour harcèlement moral, dont la voie d'entrée est souvent le contentieux de la mise en œuvre de la protection fonctionnelle.

Compte tenu de l'obligation de protection statutaire de ses agents, notion fortement influencée par l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur en droit social en matière de risques psycho-sociaux, l'administration se retrouve à son tour dans l'obligation d'assurer la protection de tout agent victime de harcèlement, y compris si l'administration elle-même, en sa qualité de personne morale, alors qu'elle n'a pas pris les mesures nécessaires de protection, se retrouve elle-même poursuivie. Ce contentieux sur lequel nous nous attarderons pose de grands problèmes en pratique notamment sur la réparation du préjudice et la prise en charge des frais de procédure *a posteriori*.

La protection fonctionnelle est une obligation pour l'administration et elle engage sa responsabilité si le refus n'est pas motivé et justifié. Sur ce point, elle ne peut la refuser qu'en cas de faute personnelle de l'agent ou en cas d'intérêt général (19). Par exemple, la protection fonctionnelle ne sera pas due en cas de poursuites disciplinaires, sauf à démontrer que les poursuites relèvent d'une intention de nuire de l'administration et, plus globalement, d'un harcèlement moral (20).

II — La demande de protection fonctionnelle : caractère temporel et détermination de l'administration compétente

L'administration n'est pas tenue de proposer spontanément la protection fonctionnelle à l'agent qui devra en faire une demande expresse et motivée (21). Néanmoins en pratique, se posent plusieurs problèmes :

- quelle sera l'administration responsable de la mise en œuvre de la protection, notamment pour les fonctionnaires en détachement ? (i) ;
- quelle est la nature de la protection accordée à un fonctionnaire en congé maladie, en retraite, qui a perdu sa qualité d'agent au moment de sa demande ou qui formule sa demande postérieurement aux attaques subies ? (ii) ;
- comment formaliser la demande pour lier l'administration ? (iii)

(i) Pour répondre à ces questions pratiques, le ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique a publié une circulaire en date du 5 mai 2008 (circulaire DGAFP (B8 n° 2158), relative à la protection fonctionnelle des agents publics de l'Etat N° [Lexbase : L8932H39](#)) contenant, notamment, des précisions sur le champ d'application de la protection fonctionnelle et à l'article 1-3 un tableau fixant la compétence de l'administration pour accorder la protection. Traditionnellement, le Conseil d'Etat considérait qu'une collectivité publique saisie d'une demande de protection est tenue de la rejeter si elle n'est pas compétente. Il précisait, par ailleurs, que la collectivité compétente est celle dont l'agent relève à la date à laquelle il est statué sur sa demande (22). La circulaire du 5 mai 2008 a repris ce principe en estimant que la protection fonctionnelle est due aux agents par la collectivité dont ils dépendent (23).

L'article 71 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (N° [Lexbase : L2893IQ9](#)), a fixé ce principe dans le statut général, en énonçant que la protection est accordée au profit des agents par "la collectivité publique qui les emploie à la date des faits en cause ou des faits ayant été imputés de façon diffamatoire au fonctionnaire". Le problème se pose en cas de mobilité de l'agent. En principe, quand bien même les attaques auraient été subies dans une autre administration, l'agent doit en faire la demande auprès de la collectivité publique qui l'emploie. L'article 6 de la loi du 17 mai 2011 précitée énonce, d'ailleurs, que, "*lorsqu'une demande adressée à une autorité administrative est affectée par un vice de forme ou de procédure faisant obstacle à son examen et que ce vice est susceptible d'être couvert dans les délais légaux, l'autorité invite l'auteur de la*

demande à la régulariser en lui indiquant le délai imparti pour cette régularisation, les formalités ou les procédures à respecter ainsi que les dispositions légales et réglementaires qui les prévoient".

Le défaut de compétence étant une fin de non-recevoir, l'administration doit lui indiquer éventuellement qu'elle n'est pas compétente et l'administration qui l'est. Dans le cadre de l'échange d'information résultant de l'article 6 de la loi du 17 mai 2011 précitée, l'administration doit même transmettre la demande de l'agent à la collectivité publique compétente. La circulaire du 5 mai 2008 précise, ainsi, que, "*quelle que soit la situation considérée et afin que la demande puisse être correctement instruite, une obligation d'information pèse sur l'administration dont l'agent est issu, à l'égard de l'administration auprès de laquelle la protection est sollicitée*".

Ainsi la compétence de l'administration se détermine par :

— un critère fonctionnel, à savoir la compétence de l'administration auprès de laquelle l'agent exerce effectivement ses fonctions ;

— un critère statutaire, à savoir la compétence de l'administration auprès de laquelle l'agent est statutairement rattaché.

En pratique, les administrations compétentes pour examiner la situation d'un agent en détachement ou mis à disposition seront soit l'administration d'origine (critère statutaire), soit l'administration d'accueil (critère fonctionnel). La solution est simple lorsque l'agent demande la protection au moment où les faits reprochés se sont passés. Elle est plus complexe lorsque l'agent sollicite la protection fonctionnelle, par exemple auprès de son administration d'origine à la fin de son détachement alors que les faits reprochés se sont déroulés alors qu'il était en poste auprès d'une autre administration. Sur ce point et au regard des textes, il nous semble que c'est bien le critère fonctionnel qui doit s'appliquer, l'administration devant prendre position sur sa compétence le cas échéant et devant motiver un refus d'examen, et ce afin que chacune des administrations ne renvoie le requérant à l'autre.

(ii) Le problème se pose, également, du caractère temporel de la demande de protection fonctionnelle. L'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 et la circulaire du 5 mai 2008 précisent, ainsi, que la protection est également due à l'agent en retraite ainsi qu'aux agents en congé maladie. Sur ce point, la décision n° 308 974 du Conseil d'Etat du 12 mars 2010 (24) avait confirmé ce principe, la collectivité ayant présenté l'argument selon lequel un agent en congé maladie n'avait pas droit à la protection fonctionnelle. Cette protection est logique puisque l'agent a conservé un lien avec l'administration et souvent, le congé maladie est directement lié aux faits ayant généré le congé maladie, en l'espèce un harcèlement moral. De même, seront admises les demandes des agents placés en position hors cadre ou ayant démissionné de la fonction publique.

Ce caractère temporel est important car souvent, l'agent va solliciter la protection fonctionnelle *a posteriori*, après les procédures, ou après que l'administration ait pris quelques mesures pour mettre fin aux attaques subies. Le fait que le lien soit rompu, du fait de la mise en retraite ou de la démission, n'exclut pas la protection fonctionnelle à condition que le requérant prouve que les faits invoqués se sont déroulés alors même qu'il était en fonction. C'est, en conséquence, la preuve du lien qui prime et non sa situation statutaire ou fonctionnelle.

Un arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy en date du 14 octobre 2010 (25) a rejeté la demande de protection fonctionnelle d'un agent intervenue après sa mutation. L'administration avait, en effet, proposé une mutation pour mettre fin au conflit entre une principale adjointe de collègue et la principale de l'établissement. La cour a considéré que l'administration avait tout mis en œuvre pour mettre fin aux attaques et que la demande était trop tardive. Cette jurisprudence est pourtant contestable puisque la protection fonctionnelle prévoit également la réparation du préjudice, ce que sollicitait la requérante.

C'est pourquoi si les textes n'enferment la demande de protection fonctionnelle dans aucun délai, alors même que la jurisprudence et les textes prévoient que cette demande est possible en cas de perte de la qualité d'agent public (26), il est fortement conseillé de formuler sa demande le plus tôt possible afin d'éviter, d'une part, le contentieux lié à la compétence de l'administration saisie, d'autre part, une demande trop tardive par laquelle l'administration ne serait plus liée.

La demande indemnitaire sera, quant à elle, irrecevable au delà de la prescription quadriennale, à condition que les attaques reprochées aient une date de fin déterminable.

(iii) La demande de protection fonctionnelle, sa matérialisation, sont une démarche importante pour le requérant car *ab initio*, cette demande va lier le contentieux éventuel qui pourrait en découler. Souvent, comme en matière de contentieux du harcèlement moral, la demande de protection fonctionnelle prendra la forme d'une demande formelle et d'une dénonciation expresse des faits subis, dont l'objectif est de créer une décision faisant grief émanant de

l'administration concernée, susceptible de recours devant le juge administratif. La demande de protection fonctionnelle doit donc suivre, pour davantage de pertinence et d'efficacité, le même formalisme qu'un recours préalable gracieux.

La circulaire du 5 mai 2008, article 2 prévoit un formalisme indicatif *a minima*. Ainsi, si la demande doit se faire par écrit, il est préférable de favoriser la lettre recommandée avec avis de réception qui permettra de prendre date. En effet, au-delà d'un délai de deux mois à compter de la réception par l'administration de la demande, naîtra un rejet implicite en l'absence de réponse. L'agent doit motiver sa demande et "*apporter toute précisions utiles sur les faits ou les poursuites pour éclairer l'administration dans sa prise de décision*". La circulaire précise qu'il est dans l'intérêt de l'agent de présenter sa demande avant l'introduction de tout recours afin de ne pas faire l'avance des frais de procédure par exemple, mais une demande présentée après l'attaque ne suffit pas à justifier un refus, sauf si la demande est présentée tardivement et que l'administration se trouve dans l'incapacité de mettre en œuvre une action.

En retour, l'administration doit une motivation circonstanciée de toute refus et mentionner les voies de recours. En cas d'accord, elle doit préciser les modalités de mise en œuvre de la protection fonctionnelle, par exemple le montant qui sera pris en charge au titre des frais d'avocat. Si la circulaire impose un bref délai ou délai raisonnable de réplique, c'est le délai de droit commun de deux mois qui s'applique.

III — La mise en œuvre de la protection fonctionnelle : l'obligation de réparation intégrale du préjudice

Lorsque l'administration reçoit la demande de l'agent, elle doit immédiatement instruire le dossier et vérifier la matérialité des faits invoqués. Pour certaines attaques, notamment lorsque des procédures sont engagées contre l'agent, les faits ne font pas de doute. Néanmoins, dans certaines situations, la qualification des attaques peut être plus problématique. C'est le cas d'une demande de protection fonctionnelle pour faits de harcèlement moral, situation complexe dans laquelle l'administration doit se prononcer sur l'existence de ces faits, susceptible d'entraîner sa propre responsabilité.

La nouvelle réglementation 2011-2012 qui a modifié le décret n° 82-453 du 28 mai 1982, relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique (N° Lexbase : L3033A18), et a, notamment, instauré le CHSCT dans la fonction publique, permet aujourd'hui à l'administration employeur d'exercer un droit d'alerte et de faire diligenter une enquête interne impartiale qui permettra de déterminer la matérialité des faits : cette saisine, qui est obligatoire en cas de risque psycho-social relève aussi de la protection due à l'agent dans le cadre de la protection fonctionnelle. L'administration doit, également, vérifier le lien entre le service et les attaques subies puis éventuellement se prononcer sur l'intérêt général ou la faute personnelle détachable du service.

Cette protection revêt une importance particulière en droit de la fonction publique, non seulement du fait de son caractère indemnitaire, mais aussi du fait de sa dimension psychologique, tirée du fort lien entre l'agent et le service. Un refus doit être circonstancié et dûment motivé.

Ainsi, deux situations se présentent au stade de la mise en œuvre de la protection fonctionnelle :

- la protection fonctionnelle est accordée (i) ;
- la protection fonctionnelle n'est pas accordée (ii)

(i) Lorsque la protection fonctionnelle est accordée, l'administration saisie doit mettre en œuvre un certain nombre de mesures positives au profit de l'agent. Certaines administrations qualifient la protection fonctionnelle de protection juridique, laissant entendre que la protection fonctionnelle ne serait que la prise en charge par la collectivité publique des frais de procédure. S'il est vrai que c'est une grande partie de sa mise en œuvre, c'est loin d'être totalement le cas.

Conformément à la solution issue d'un jugement du tribunal administratif de Nice en date du 15 juin 2010, la protection fonctionnelle ne se réduit pas à la protection juridique. Ainsi, l'administration doit s'assurer que les mesures mises en œuvre sont appropriées et couvrent tout le préjudice subi. L'arrêt du Conseil d'Etat du 28 décembre 2009 (27) avait, ainsi, estimé que la seule publication d'un communiqué relatif à une instruction pénale ne pouvait être regardé comme ayant suffi à assurer la protection fonctionnelle, alors même que ce communiqué n'apportait aucun soutien personnel, ni prise de position en faveur de la veuve ou du défunt magistrat. En matière de harcèlement moral notamment, ce que l'agent recherche sera avant tout la mise en place de poursuites disciplinaires, voire pénales contre ses agresseurs, une réhabilitation et reconnaissance de statut de victime, le tout nécessaire à la reconstruction de l'identité professionnelle et parfois personnelle.

L'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 prévoit, ainsi, que, dans les trois cas de mise en œuvre de la protection fonctionnelle, l'administration a une obligation de protection, couverture et réparation intégrale du préjudice. Elle dispose donc d'une subrogation légale aux droits de la victime pour obtenir la restitution des sommes versées à l'agent. La circulaire du 5 mai 2008 est venue renforcer les obligations de l'administration en prévoyant une liste d'actions à mettre en place au profit de l'agent dans tous les cas (article 3) et des dispositions spécifiques pour chaque cas de mise en œuvre (articles 4 à 6). Au titre des mesures d'ordre général, il s'agit bien entendu de la prise en charge des frais de procédure. Sur ce point, une jurisprudence assez précise permet de fixer les termes de la négociation du contrat de frais et honoraires entre l'agent, l'administration et son conseil. (28).

Il ressort de cette jurisprudence que, pour que les frais soient pris en charge :

- l'agent et l'administration doivent se mettre d'accord au préalable sur les règles de fixation des honoraires ;
- l'administration peut refuser la prise en charge de ces frais directement, c'est-à-dire qu'elle peut demander à vérifier que l'agent les aura réglés au préalable puis procédera ensuite à leur remboursement ;
- l'agent a le libre choix de son conseil mais l'administration peut lui mettre à disposition un avocat dont elle règlera les honoraires directement.

Il est à noter que, lorsque l'administration met son avocat à disposition de l'agent, un problème de conflit d'intérêt peut surgir par la suite si les attentes de l'agent et de l'administration venaient à diverger, ainsi par exemple si la responsabilité de l'administration venait à être engagée. Ensuite, au titre des dispositions spécifiques que l'administration doit mettre en œuvre, nous retiendrons particulièrement celle prescrites au titre de la protection de l'agent victime d'attaques. Ainsi, la collectivité publique lui doit :

- des actions de prévention et de soutien, notamment assurer la sécurité de l'agent (changement de coordonnées ou de service, surveillance du domicile, information des autorités compétentes...), soutenir l'agent (lettre de soutien, communiqué, rendez-vous personnalisé) ou la prise en charge médicale de l'agent ;
- une assistance juridique ;
- l'indemnisation du préjudice, avant même toute action contentieuse.

Le premier et le troisième point posent de grands problèmes en pratique. D'une part, au stade des actions de prévention et particulièrement en cas de harcèlement moral, la victime pourra subir un isolement et une absence de reconnaissance de son statut de victime, par exemple si l'administration dont la responsabilité est engagée ne souhaite souffrir une mauvaise publicité. Au stade du contentieux, il n'est pas possible de lier le juge par des conclusions d'injonction à réparation de la dignité ou de soutien public, de sorte que ces prescriptions, pour aussi nobles qu'elles soient, restent à la libre appréciation de l'administration.

Quand à la réparation du préjudice, soit l'administration doit se substituer à l'auteur des faits qui serait insolvable, soit elle devra évaluer le préjudice, toute contestation devant être portée devant le juge. C'est à l'agent de formuler une demande indemnitaire écrite préalable avec l'ensemble des pièces justifiant son préjudice, dans le cadre de la prescription quadriennale. L'évaluation du préjudice moral, notamment en matière de harcèlement moral échappe difficilement au contentieux, la discrimination existant entre le droit des salariés et le droit des agents de la fonction publique étant sur ce point assez notable. Ainsi, souvent, et pour certains types de contentieux comme le harcèlement moral, il est complexe pour ne pas dire impossible, d'obtenir réparation à l'amiable, au regard, notamment, de la croissance des contentieux et de la grande latitude laissée par les textes quant au chiffrage du préjudice. Cette problématique est d'autant plus renforcée si la protection fonctionnelle a été refusée alors qu'elle était due.

(ii) Si la collectivité publique refuse la mise en œuvre de la protection fonctionnelle, l'agent peut contester cette décision devant le juge administratif dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir. L'agent devra assortir sa requête d'une demande indemnitaire en ayant pris soin de lier le contentieux au préalable : en cas d'annulation, le juge ouvrira droit à réparation d'une part sur le préjudice, d'autre part sur les frais de procédure. La protection fonctionnelle permet, également, de faire une demande, par des conclusions d'injonction, de mettre en œuvre toutes mesures disciplinaires voire pénales à l'encontre des auteurs des faits.

Se pose, néanmoins, le problème de la prise en charge des frais de procédure. En effet, *a priori*, l'administration peut refuser la prise en charge des honoraires dans leur intégralité, estimant par exemple que le coût des procédures est trop important. Il est donc essentiel de communiquer l'ensemble des justificatifs et d'introduire la demande de remboursement des frais dans la demande globale indemnitaire sur laquelle le juge exercera son contrôle, au vu des pièces. Ce préjudice se trouve, par ailleurs, aggravé par le refus illégal de l'administration de mettre en œuvre la

protection fonctionnelle qui se sera, ainsi, vu refuser l'opportunité de discuter des montants qu'elle était susceptible de prendre en charge lorsque l'agent le lui a demandé.

La protection fonctionnelle suit donc l'évolution de la société et de la conception du lien pouvant exister entre l'administration et ses agents. En 2006, l'administration avait à connaître près de 17 000 dossiers de protection pour un coût global de quinze millions d'euros (29). Ces chiffres déjà anciens sont certainement très en deçà des demandes réelles depuis que le Conseil d'Etat a reconnu que la protection fonctionnelle pouvait être mise en œuvre pour des faits de harcèlement moral. Les mutations de la fonction publique, la crise économique et l'appel de Bruxelles d'une réduction des budgets liés à la fonction publique créent, à la fois, des contraintes accentuées pour l'Etat et un besoin criant de protection se matérialisant par une demande subjective presque affective des agents publics à la collectivité publique.

(1) Cass. civ. 2, 8 novembre 2012, n° 11-23.855, F-D (N° Lexbase : [A6811IW8](#)), JCP éd. G, n° 4, 21 janvier 2013, p. 84.

(2) CE 4° et 5° s-s-r., 26 juillet 2011, n° 336 114, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : [A8344HWX](#)).

(3) CE Sect., n° 72 743 10 janvier 1969, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : [A6904B7T](#)).

(4) A propos de l'obstacle à la construction dans la commune d'un établissement scolaire sur le terrain communal attenant à la propriété privée d'un membre de sa famille, voir CE Sect., 10 décembre 1971, n° 77 764, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : [A7623B7H](#)), Recueil, p. 758.

(5) T. confl., 25 mai 1998, n° 03 092 (N° Lexbase : [A5696BQZ](#)).

(6) Voir, par exemple, CE 7° et 10° s-s-r., 17 mars 1999, n° 196 344, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : [A3919AXG](#)), RFDA, 1999, p. 697.

(7) TA Paris, 17 juin 1997, M. Frederick James, AJFP, 1998, n° 2, p. 27.

(8) CE Sect., 11 juillet 2011, n°321 225, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : [A0246HWZ](#)), CE 3° s-s., 25 novembre 2011, n° 353 839, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : [A9968HZ9](#)).

(9) TA Grenoble, 25 septembre 2009, M. B, AJFP, 2010, p. 85.

(10) T. confl., 14 janvier 1935, n° 00 820 (N° Lexbase : [A8256BD7](#)).

(11) CE référé, 18 septembre 2003, n° 259 772, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : [A6092C9I](#)), Recueil, p. 921.

(12) La protection des agents publics en cas de poursuites pénales : le droit public et l'incertitude, Julien Boucher, AJDA, 2008, p. 800.

(13) JOAN, 24 février 2003, p. 1452.

(14) CE référé, 18 septembre 2003, n° 259 772 (N° Lexbase : [A6092C9I](#)), AJDA, 2003, p. 2098.

(15) Cf. *supra*.

(16) CE 4° et 5° s-s-r., 14 octobre 2009, n°315 956, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : [A0772EMK](#))

(17) CE référé, 8 mars 2010, n° 335 543, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : [A1669ETY](#)).

(18) CE 3° et 8° s-s-r., 12 mars 2010, n° 308 974, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : [A1604ETL](#)).

(19) CE Sect., 14 février 1975, n° 87 730, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : [A9972B7H](#)), CE Sect., 24 juin 1977, n° 93 480, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : [A6733B8U](#)), CE Sect., 18 mars 1994, n° 92 410, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : [A2251B8U](#)).

(20) CE 4° et 5° s-s-r., 9 décembre 2009, n° 312 483, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : [A4294EPQ](#)).

(21) CAA Versailles, 6ème ch., 2 février 2012, n° 09VE03 059, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : [A5030IDN](#)).

(22) CE 3° et 8° s-s-r., 5 décembre 2005, n° 261 948, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : [A9330DL7](#)).

(23) CE 3° et 8° s-s-r., 5 décembre 2005, n° 261 948, mentionné aux tables du recueil Lebon, préc..

(24) CE 3° et 8° s-s-r., 12 mars 2010, n° 308 974, mentionné aux tables du recueil Lebon, préc..

(25) CAA Nancy, 3ème ch., 14 octobre 2010, n° 09NC01 881, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : [A1115GCB](#)).

(26) CE 4° et 5° s-s-r., 26 juillet 2011, n° 336 114, mentionné aux tables du recueil Lebon ([LXB=A8344HWX]).

(27) CE 1° et 6° s-s-r., 28 décembre 2009, n° 317 080, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : [A0408EQ8](#)).

(28) CAA Paris, 4ème ch., 19 juin 2012, n° 10PA05 964, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : [A0952IRP](#)), AJFP, 2012, p. 322 ; lire nos obs., *Protection fonctionnelle et frais de procédure : quelle indépendance pour l'avocat ? Quelle protection pour l'agent ?*

(29) *Les évolutions récentes de la protection juridique des agents publics*, Philippe Brun, Tiphaine Petit et Maxence Delorme, Le courrier juridique des finances et de l'industrie, n° 61-2010, pp .171-180.