

# ELEMENTS DE DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE

*par Renaud Fournalès*

## Sommaire général :

### **SECTION 1 : L'ORGANISATION DE LA FONCTION PUBLIQUE**

- Sous-section 1 - La diversité des catégories d'agents publics
- Sous-section 2 - Le droit applicable à la fonction publique
- Sous-section 3 - La structuration du système de carrière dans la fonction publique

### **SECTION 2 : L'ENTREE DANS LA FONCTION PUBLIQUE**

- Sous-section 1 - Les conditions générales de recrutement dans la fonction publique
- Sous-section 2 - Le recrutement par concours et ses exceptions
- Sous-section 3 - Les suites du recrutement

### **SECTION 3: LE DEROULEMENT DE CARRIERE DU FONCTIONNAIRE**

- Sous-section 1 - Les positions d'activité du fonctionnaire au cours de sa carrière
- Sous-section 2 - Le dialogue social dans la fonction publique

### **SECTION 4: LES DROITS DU FONCTIONNAIRE**

- Sous-section 1 - Les droits du fonctionnaire en qualité de citoyen et travailleur
- Sous-section 2 - Les droits du fonctionnaire en sa qualité de détenteur d'une parcelle de la puissance publique

### **SECTION 5 : LES OBLIGATIONS DES FONCTIONNAIRES**

- Sous-section 1 - Le fonctionnaire doit servir
- Sous-section 2 - Le fonctionnaire doit se dévouer au service
- Sous-section 3 - Le fonctionnaire doit faire preuve de réserve

### **SECTION 6 : LA RESPONSABILITE DES FONCTIONNAIRES**

- Sous-section 1 - Preuve des faits et qualification disciplinaire des faits établis
- Sous-section 2 - Un choix de sanction limitativement énuméré et adapté aux faits
- Sous-section 3 - Certaines mesures défavorables ne sont pas des sanctions
- Sous-Section 4 - La procédure et la décision disciplinaires
- Sous-section 5 - Le cumul de responsabilité disciplinaire et pénal

### **SECTION 7 – LES MODALITES DE SORTIE DE LA FONCTION PUBLIQUE**

- Sous-section 1 - La fin normale du service : la mise à la retraite
- Sous-section 2 - La fin anticipée du service non disciplinaire

## Introduction

Le système français de fonction publique, fruit d'une longue évolution partant de l'affirmation des grands principes révolutionnaires pour aboutir au premier statut général de 1946 et, avec quelques retouches et compléments au statut général actuel des lois de 1983 – 1984 – 1986 s'est construit autour de quatre grands principes :

- Le principe d'égalité, sous son expression première d'égale admissibilité aux emplois publics et sous sa déclinaison en principe d'égalité de traitement entre agents appartenant à un même corps ou cadre d'emplois.
- Le principe de la carrière et son correctif le principe de séparation du grade et de l'emploi : l'entrée dans la fonction publique se fait, dans la plupart des cas, pour l'ensemble de la vie professionnelle de l'agent à l'inverse de ce qui se pratique dans le système anglo-saxon de la fonction publique d'emplois ou de mission. Si tout fonctionnaire est en droit de prétendre à se voir confier, dans des délais raisonnables, un emploi correspondant à son grade, nul n'est propriétaire de son emploi et l'administration décide librement des affectations dans l'intérêt du service (CE, 6 novembre 2002, M. GUISET, n° 227147).
- Le principe de la soustraction au régime du droit commun du travail : le fonctionnaire n'est pas, comme le salarié de droit privé à l'égard de son employeur, lié à l'administration par un contrat ; il ne négocie pas individuellement ses droits et obligations. Son statut et les règlements qui lui sont applicables, de même que les mesures individuelles dont il est l'objet, résultent d'actes et décisions unilatérales de l'administration.
- Et enfin, le principe de participation : tout fonctionnaire a le droit à un examen paritaire préalablement à la prise par l'administration des décisions individuelles intéressant sa carrière. Les fonctionnaires participent par l'intermédiaire de leurs représentants syndicaux aux négociations et concertations entourant la définition des réformes statutaires, des modalités d'organisation des services, des conditions de travail et de rémunération.

Ces quatre grands principes ont imprégné jusqu'à ce jour : l'organisation de la fonction publique (section 1) ; les règles d'entrée dans la fonction publique (section 2) ; le déroulement de la carrière des agents (section 3) ; les droits des fonctionnaires (section 4) ; leurs obligations (section 5) ; leurs responsabilités disciplinaire, civile et pénale (section 6) ; ainsi que les modalités selon lesquelles ils quittent la fonction publique (section 7).

(...)

## SECTION 4 – LES DROITS DU FONCTIONNAIRES

### Sous-section 1 – Les droits du fonctionnaire en qualité de citoyen et de travailleur

#### A – Les droits du citoyen

##### §1 - La liberté d'opinion

La liberté d'opinion ou de conscience correspond au droit fondamental de chaque personne au respect de ses idées et, le cas échéant, de sa vie privée. Elle repose sur les termes de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui énonce en ses articles 10 et 11 que nul ne peut être inquiété pour ses opinions même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public, la libre communication des pensées et des opinions étant un des droits les plus précieux de l'homme.

Les agents publics peuvent ainsi adhérer au parti politique de leur choix, en changer librement ou n'adhérer à aucun parti. Ils peuvent adopter toute religion, toute croyance ou toute philosophie. Cependant, l'exercice de la liberté d'opinion doit s'accomplir dans le respect des obligations qui s'imposent à eux sur le plan statutaire (neutralité, laïcité, devoir de réserve, etc.)

Il n'est pas interdit de révoquer un fonctionnaire dont les opinions politiques ou syndicales sont notoirement connues dès lors que cette décision n'a pas été influencée par des motifs politiques (CE 1962 « sieur Frischmann »).

**Sanction d'un licenciement illégal, car fondé sur un motif politique,  
bien que présenté comme lié à une réorganisation du service  
CAA Bordeaux du 16 décembre 2014, n°13BX00707**

**L'essentiel :** La directrice de la communication d'une commune est licenciée avant le terme prévu par son contrat d'engagement. Le juge d'appel confirme l'annulation prononcée en première instance. Le motif avancé par la commune, tiré de la double volonté de réorganiser le service et de réaliser des économies budgétaires, ne convainc pas dès lors notamment qu'un nouvel agent a été recruté pour assurer des fonctions similaires dans les mois suivant la mesure contestée. Le juge laisse entendre que les élections municipales à l'occasion desquelles une nouvelle majorité municipale s'est constituée ne seraient pas étrangères à l'éviction, intervenue peu après, de cet agent réputée proche collaboratrice de l'ancien maire.

Au nom de cette liberté d'opinion les agents publics, disposent du droit de vote et de celui d'être candidats aux élections politiques, sous réserves des dispositions du code électoral, relatives aux incompatibilités et inéligibilités.

La carrière des fonctionnaires ne peut pas être pénalisée du fait de l'exercice de mandats électifs et de prises de position dans l'exercice de ces mandats.

## §2 – Le droit à l'égalité de traitement

L'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme interdit toute distinction autre que celle résultant de la capacité, de la vertu et des talents pour l'accès aux emplois publics.

Le statut général de la fonction publique promeut ce droit à l'égalité de traitement et à la non discrimination au titre des garanties statutaires fondamentales des fonctionnaires et agents non titulaires (article 6 de loi du 13 juillet 1983). Selon ce texte, aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être opérée entre les fonctionnaires (ou agents non titulaires) en raison de leur sexe, leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou non, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race (cf. articles 6 et 6 bis de la loi du 13 juillet 1983).

C'est pourquoi le dossier administratif du fonctionnaire ne peut comporter aucune mention d'opinions ou d'éléments se rapportant à sa personne (art. 18 du statut général). Tout agent peut demander à consulter, à tout moment, son dossier individuel. Dès lors, il est interdit à l'administration de tenir compte des opinions de l'agent pour lui refuser ou lui accorder un avancement (CE 1963 « Durrieux »).

Plus encore, les fonctionnaires bénéficient du droit de ne pas subir de harcèlement, qu'il soit moral ou sexuel :

- La loi impose ainsi qu'aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la formation, la notation, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire en prenant en considération le fait, qu'il a subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement de toute personne dont le but est d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers, ou qu'il a témoigné de tels agissements ou les a relatés ;
- De même, aucun fonctionnaire ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.

**Lutte contre le harcèlement moral : recours possible au référé-liberté**  
**Ord. Conseil d'Etat 02 octobre 2015, n°393766**

**L'essentiel :** Un agent communal est affecté pendant plusieurs années sur un emploi sans réelle consistance, toutes ses demandes d'évolution de sa situation étant laissées sans suite. Il se voit finalement proposer de rejoindre les services de la métropole dont son employeur est membre. Confirmant l'ordonnance de référé-liberté rendue en première instance, le Conseil d'État considère les faits de harcèlement moral établis. Les décisions de pré-affectation de l'agent au sein de la métropole sont suspendues et la commune est tenue de réexaminer sa situation aux fins de le placer dans une position régulière. L'ordonnance ci-après confirme la jurisprudence du Conseil d'État du 19 juin 2014 Commune du Castellet, qui avait considéré que qu'au regard de l'atteinte à la dignité qu'elle constitue selon l'article 6 quinquies du titre I du statut général, « le droit de ne pas être soumis à un harcèlement moral constitue pour un fonctionnaire une liberté fondamentale » au sens du référé-liberté.

Ce principe général du droit à l'égalité de traitement s'appliquent tant aux candidats à la fonction publique (CE 1954 Barel), qu'aux fonctionnaires appartenant à un même corps, qui doivent alors être régis par les mêmes règles.

Les seules distinctions licites permettent de tenir compte de l'âge ou de l'aptitude physique :

- soit, pour le recrutement des fonctionnaires dans les corps ou cadres d'emplois conduisant à des emplois classés dans la catégorie dite « active » (officier de police nationale, sapeurs pompiers, ...),
- soit pour la conduite de la carrière des fonctionnaires lorsque les conditions d'âge permettent de présumer l'expérience ou l'ancienneté nécessaire aux missions qu'ils sont destinés à assurer (conditions d'âge fixées pour l'accès à certains corps ou cadres d'emplois par promotion interne).

## ***B - Le droit syndical***

### **§1 - Fondement et étendue du droit syndical dans la fonction publique**

Au même titre que l'ensemble des travailleurs, le droit syndical - au demeurant garanti par la Constitution (préambule de la Constitution de 1946) - est garanti aux fonctionnaires et agents de l'État. L'article 8 de la loi du 13 juillet 1983 dispose expressément que "*Le droit syndical est garanti aux fonctionnaires. Les intéressés peuvent librement créer des organisations syndicales, y adhérer et y exercer des mandats. Ces organisations peuvent ester en justice. Elles peuvent se pourvoir devant les juridictions compétentes contre les actes réglementaires concernant le statut du personnel et contre les décisions individuelles portant atteinte aux intérêts collectifs des fonctionnaires* »."

Le statut général dispose également qu'"*aucune distinction ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions syndicales*."

Pour les fonctions publiques territoriale et hospitalière, les «droits syndicaux» sont respectivement précisés par l'article 100 de la loi du 26 janvier 1984 et l'article 96 de la loi du 9 janvier 1986.

La loi du 13 juillet 1983 concrétise par ailleurs l'existence et le rôle des organisations syndicales dans la fonction publique puisqu'elle leur donne qualité pour conduire les négociations salariales avec le Gouvernement et pour débattre avec les autorités chargées de la gestion, aux différents niveaux, des questions relatives aux conditions et à l'organisation du travail (participation aux commissions administratives paritaires et aux comités techniques, notamment).

Les conditions d'exercice du droit syndical sont par ailleurs réglementées. Elles concernent, tant l'exercice même des droits syndicaux, que la situation des fonctionnaires investis de responsabilités syndicales. Des décrets pris pour l'application de ces articles, en précisent les modalités : décret 82-447 du 28 mai 1982 pour la FPE, décret n°85-397 du 3 avril 1985 pour la FPT et décret n°86-660 du 19 mars 1986 pour la FPH. Il s'agit en effet de décliner l'exercice de ce droit en termes de locaux, de réunions, de distribution des documents d'origine syndicale, de collecte des cotisations, de décharges d'activité, d'autorisations spéciales d'absence, de congés pour formation syndicale, etc.).

Le droit syndical est ouvert à l'ensemble des fonctionnaires des corps des trois fonctions publiques. Alors que les militaires relevant du statut général des militaires (loi n°2005-270) du 24 mars 2005 se voyaient refuser tout droit de création et d'adhésion syndicale ou assimilée, l'état du droit a récemment évolué dans un sens plus ouvert.

Dans une affaire *Mattely c. France* du 2 octobre 2014, la CEDH censure une interdiction d'association trop large au sein des forces armées. La Cour juge à l'unanimité que la France a violé l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, c'est-à-dire le droit dont dispose toute personne «à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts». La France était opposée à un officier de gendarmerie, Jean-Hugues Matelly, membre d'une association qui se donnait pour mission «la défense de la situation matérielle et morale des gendarmes».

Si la France est condamnée, la Cour rappelle néanmoins que «la liberté d'association des militaires peut faire l'objet de restrictions légitimes». Autrement dit, elle censure «l'interdiction pure et simple de constituer un syndicat ou d'y adhérer» dans la mesure où cette interdiction générale porte atteinte «à l'essence même de cette liberté».

Sur la base d'un rapport remis par Bernard Pêcheur, membre du Conseil d'Etat, un projet de loi est élaboré, qui conduit à l'adoption de la **loi n°2015-917 du 28 juillet 2015** modifiant le code de la défense.

Le nouveau texte introduit en droit interne les associations professionnelles tout en maintenant par ailleurs l'interdiction du fait syndical. L'article L4121-4 du code de la défense dispose ainsi que «L'existence de groupements professionnels militaires à caractère syndical ainsi que, sauf dans les conditions prévues au troisième alinéa, l'adhésion des militaires en

*activité à des groupements professionnels sont incompatibles avec les règles de la discipline militaire. Les militaires peuvent librement créer une association professionnelle nationale de militaires régie par le chapitre VI du présent titre, y adhérer et y exercer des responsabilités.»*

Les articles L4126-2 et suivants du code de la défense soulignent l'obligation d'indépendance des associations professionnelles au regard du commandement militaire, des partis politiques, des syndicats et des organisations religieuses, et précisent l'interdiction faite aux associations «*d'interférer avec la préparation et la conduite des opérations*», de «*contester la légalité des mesures d'organisation des forces armées*» et limitent l'objet des associations à la préservation et à la promotion «*des intérêts des militaires en ce qui concerne la condition militaire*». Les associations peuvent néanmoins agir en justice contre «*tout acte réglementaire relatif à la condition militaire et contre les décisions individuelles portant atteinte aux intérêts collectifs de la profession*».

## §2 – Les conditions d'exercice collectif des droits syndicaux

**Locaux syndicaux** : L'administration doit mettre à la disposition des organisations syndicales les plus représentatives des locaux, soit communs, soit distincts, en fonction des effectifs dans un établissement donné. Les frais afférents à la mise à disposition, à l'équipement et à l'entretien de ces locaux sont supportés par l'administration.

**Affichage** : L'affichage de documents d'origine syndicale ne peut s'effectuer que sur des panneaux réservés à cet usage et aménagés de façon à assurer la conservation de ces documents. Ces panneaux sont placés dans des locaux facilement accessibles au personnel mais auxquels le public n'a pas normalement accès.

L'autorité administrative doit être informée immédiatement de tout affichage, soit par la transmission d'une copie, soit par la notification de la nature et de la teneur du document.

**Réunions syndicales** : Les organisations syndicales peuvent tenir des réunions statutaires ou d'information à l'intérieur des bâtiments administratifs :

- ⇒ soit en dehors des heures de service, tout agent y a alors librement accès,
- ⇒ soit pendant les heures de service, en ce cas seuls les agents qui ne sont pas en service peuvent y assister.

L'heure mensuelle d'information syndicale : Les organisations syndicales les plus représentatives sont en outre autorisées à tenir, pendant les heures de service, une réunion mensuelle d'information d'une durée maximum d'une heure. Chaque agent a le droit de participer, à son choix, à l'une de ces réunions d'information.

**Distribution de documents** : Les documents d'origine syndicale peuvent être distribués dans l'enceinte des bâtiments administratifs, mais en dehors des locaux ouverts au public. Ces tracts ne peuvent être diffusés que par des agents qui ne sont pas en service ou qui bénéficient d'une décharge de service (CE 11 mars 2005, n°277939).

**Collecte des cotisations** : La collecte des cotisations syndicales peut avoir lieu dans l'enceinte des bâtiments administratifs, en dehors des locaux ouverts au public.

§3 - La situation protégée des représentants syndicaux

**Le détachement pour exercer un mandat syndical** : Le fonctionnaire chargé d'un mandat syndical peut être placé en position de détachement "pour exercer un mandat syndical".

**Le congé pour formation syndicale** : Le fonctionnaire en activité a droit à un congé pour formation syndicale, avec traitement, d'une durée maximale de 12 jours ouvrables par an. La formation ouvrant droit au bénéfice de ce congé est placée sous la responsabilité des organisations syndicales de fonctionnaires représentées au conseil supérieur de la fonction publique de l'État. Elle peut faire l'objet d'une aide financière de l'État.

**Les autorisations spéciales d'absence** : Des autorisations spéciales d'absence sont accordées, sous réserve de nécessités motivées du service, aux représentants des organisations syndicales mandatés pour assister aux congrès syndicaux ou aux réunions des organismes directeurs dont ils sont membres élus. La durée de ces autorisations spéciales d'absence ne peut excéder 10 jours par an pour un même agent (20 jours lorsque cet agent est appelé à participer aux congrès syndicaux internationaux).

Le Conseil d'Etat a ainsi pu juger (CE 17 mai 1991, n°108589) qu'une administration ne peut refuser, pour nécessité de service et par avance, à un agent de bénéficier d'une décharge de service pour activité syndicale, dès lors que l'effectif des agents du service sur la période est celui qui est constaté de manière habituelle à cette date.

**Les décharges d'activité de service** : L'agent chargé d'un mandat syndical peut bénéficier de décharges d'activité de service afin de lui permettre de remplir les obligations résultant de ce mandat. Un contingent global de décharges d'activité de service est fixé chaque année par ministère, en fonction des effectifs de ce ministère. Il est ensuite réparti entre les organisations syndicales compte tenu de leur représentativité. Lesdites organisations désignent librement les bénéficiaires des décharges.

La haute juridiction a considéré, dans une affaire du 10 juillet 1995 (n°127746) que l'administration ne peut exercer un contrôle sur les activités syndicales, en dehors de l'exercice éventuel du pouvoir disciplinaire, et ne peut effectuer une retenue sur le traitement de responsables syndicaux, au motif que l'action à laquelle ils avaient participé dans le cadre d'une décharge d'activité de service était dépourvue d'utilité pour les agents.

**La CEDH et la liberté syndicale des militaires  
CEDH, 5e sect., 2 octobre 2014, n°10609/10**

**L'essentiel** - La Cour européenne des droits de l'homme condamne «l'interdiction absolue» des syndicats dans les forces armées françaises : «si la liberté d'association des militaires peut faire l'objet de restrictions légitimes, l'interdiction pure et simple de constituer un syndicat ou d'y adhérer porte à l'essence même de cette liberté une atteinte prohibée par la Convention».

## *C – Le droit de grève*

Les fonctionnaires disposent, depuis 1946, du droit de grève (preamble). Ce droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent. Dès lors qu'un préavis de grève a été déposé, tout agent peut se mettre en grève, qu'il soit ou non syndiqué ou qu'il soit syndiqué dans une autre organisation que celle qui a déposé le préavis. Cela implique que si une organisation syndicale dépose un préavis pour la matinée, une autre pour la journée, une troisième pour la semaine, l'agent choisi la période durant laquelle il souhaite se mettre en grève, pourvu qu'elle soit couverte par l'un de ces préavis.

### §1 – La consistance du droit de grève reconnu aux fonctionnaires

La grève consiste en une cessation concertée du travail pour des motifs objectivement professionnels.

Le code du travail, dans ses articles L.2512-1 à L.2512-5 précise le régime applicable aux « services publics ». Conformément à la loi, cette cessation concertée du travail doit être précédée d'un préavis :

- ⇒ qui émane d'une organisation syndicale représentative, selon le champ du préavis, au niveau national ou dans l'administration concernée,
- ⇒ qui précise les motifs de la grève,
- ⇒ qui doit parvenir à l'autorité administrative concernée 5 jours francs avant le déclenchement de la grève.

Pendant la durée du préavis, les parties intéressées sont tenues de négocier.

La protection constitutionnelle du droit de grève ne s'attache donc qu'à l'exercice d'un mouvement de cessation de travail conforme à cette définition légale.

C'est pourquoi ne sont pas reconnus réguliers :

- les arrêts de travail constitutifs d'une «grève du zèle» (application minutieuse des consignes, perfectionnisme exagéré dans les tâches confiées en vue de ralentir voire paralyser le service) ;
- ceux assimilables à un «grève perlée» : présence des agents dans le service mais en quasi-inactivité (CE S. 28 avril 1976, Gorin) ;
- ceux procédant par roulement (grèves tournantes) ;
- ceux qui ne se fondent sur aucune revendication (CE S. 18 janvier 1963, Perreur) ;
- ceux qui, à l'inverse, s'appuient sur un mobile purement politique (CE 12 octobre 1956, Coquant) ;
- ceux déclarés sans respect du préavis légal de cinq jours francs, de manière sauvage ;
- ceux avec occupation des locaux sont prohibés (CE S. 11 février 1966 Legrand).

L'absence de service fait par suite de grève entraîne une retenue sur le traitement, selon la règle du 1/30ème indivisible. Tous les jours compris dans la durée de la grève sont retenus (ainsi pour une grève courant du lundi au lundi suivant, les journées du samedi et du dimanche seront retenues).

L'inobservation des règles précitées est de nature à entraîner des sanctions disciplinaires (CE 7 juillet 1999, Felvia).

## §2 – La réglementation du droit de grève

### *A – Le pouvoir général de réglementation de l'exercice du droit de grève reconnu au chef de service*

Le droit de grève doit toutefois se concilier avec le principe de continuité du service public. En l'absence de législation générale et exhaustive, le Conseil d'Etat a donc reconnu au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, le pouvoir de fixer l'étendue des limitations nécessaires au droit de grève pour éviter son usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public (CE 7 juillet 1950 Dehaene).

Ce pouvoir, qui s'inscrit dans le prolongement de celui reconnu par la jurisprudence Jamart de 1936 (CE 7 février 1936) relative à l'organisation du service par l'autorité hiérarchique, est reconnu au ministre en tant que chef des services publics dépendant de son propre ministère (CE 18 mars 1956 Hublin). Il est également reconnu à tout chef de service tel le directeur de la météorologie nationale (CE 19 janvier 1962, Bernardet) ou le maire dans sa commune vis à vis de ses agents (CE 9 juillet 1965, Pouzenc).

Mais il ne peut enfin être exercé par le ministre pour un organisme placé sous sa tutelle, que si les textes lui confèrent explicitement un tel pouvoir (CE Ass. 23 octobre 1964 Fédération des syndicats chrétiens de cheminots). A contrario, un ministre est incompétent, hors habilitation expresse, à prendre une réglementation du service minimum au sein d'un établissement public distinct de l'Etat et placé sous sa tutelle. Il est en situation de compétence liée pour refuser de prendre une telle réglementation : CE 1er décembre 2004, n°260551, M.Onesto.

Ce pouvoir permet tout à la fois :

- ⇒ de poser les règles d'un service minimum garanti (CE 12 mai 1989 Union des chambres de commerce ; CE S. 17 mars 1997, Fédération nationale des syndicats du personnel des industries électriques et gazières) ;
- ⇒ de désigner les agents indispensables à la continuité d'activité du service ;
- ⇒ de recruter, en tant que de besoins des auxiliaires ou des agents contractuels ou intérimaires pour assurer la continuité du service (CE Ass. 18 janvier 1980 Syndicat CFDT des PTT du Haut-Rhin).

Mais, cette prérogative d'autorité du chef de service demeure une faculté, qu'il doit apprécier à l'aune des circonstances de fait et de l'éventuelle nécessité de réglementer le droit de grève (CE 8 mars 2006 Onesto, n°278999).

**Si le chef de service peut réglementer l'exercice du droit de grève,  
il ne saurait interdire à un agent de rejoindre un mouvement de grève déjà engagé  
Conseil d'État, 6 juillet 2016, n°390031, syndicat CGT  
des cadres techniciens parisiens des services publics territoriaux et autres**

**L'essentiel** - La ville de Paris a édicté une réglementation du droit de grève de ses agents employés dans les équipements sportifs, pour leur imposer, d'une part, de se déclarer grévistes au moins 48 heures avant le début de la grève fixée dans le préavis, en précisant la

durée de la cessation de leur activité, et, d'autre part, d'exercer leur droit de grève à leur prise de service. Recours en référé-suspension. D'une part, en imposant à ceux de ces agents qui entendent exercer leur droit de grève de le faire à leur prise de service, la Ville de Paris a entendu prévenir les risques de désordres résultant notamment, en cas d'exercice du droit de grève en cours de service, de l'obligation d'évacuer d'un équipement sportif le public qui y aurait déjà pénétré. Eu égard à l'office attribué au juge des référés par l'article L. 521-1 du code de justice administrative, celui-ci n'a pas commis d'erreur de droit en estimant que le moyen tiré de ce que cette limitation au droit de grève serait illégale ne créait pas un doute sérieux. En revanche, d'autre part, en imposant à chaque agent employé dans les équipements sportifs de la ville de se déclarer gréviste, non pas 48 heures avant la date à laquelle il entend personnellement participer à un mouvement de grève, mais 48 heures avant le début de la grève fixé dans le préavis, cette réglementation apporte au droit de tout agent de rejoindre un mouvement de grève déjà engagé, des restrictions dont il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés qu'elles excèdent ce qui est nécessaire pour prévenir un usage abusif de la grève dans les établissements sportifs de la Ville de Paris et qui ne sont justifiées ni par les nécessités de l'ordre public ni par les besoins essentiels du pays. Erreur de droit du juge des référés à avoir estimé que ce moyen ne créait pas un doute sérieux.

*B – Les régimes légaux de réglementation du droit de grève dans certains secteurs publics d'activité*

L'instauration d'un service minimum est organisée par la loi elle-même dans certains secteurs où la continuité du service public doit recevoir une protection renforcée :

- Services de radiodiffusion et de la télévision (où le droit de grève est régi par les lois du 26 juillet 1979 et du 30 septembre 1986) ;
- Services de la navigation aérienne (réglementée par la loi du 31 décembre 1984) ;
- Services de surveillance et de fonctionnement des matières nucléaires (loi du 25 juillet 1980).

**S'agissant des services publics ayant en charge le transport terrestre régulier de voyageurs,** la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 a organisé un nouveau régime préalable à l'exercice du droit de grève. Cette loi comporte ainsi trois volets :

- le premier a pour objet de rendre obligatoire, en s'inspirant des modèles en vigueur à la RATP et à la SNCF, l'existence d'accords de prévention des conflits ;
- un deuxième volet renforce les droits des usagers, et notamment leur droit à être informés sur le niveau de service envisagé ;
- la loi se charge enfin, à son titre III, d'organiser la continuité du service public en cas de grève ou d'autre perturbation prévisible du trafic.

Loin d'instaurer sur ce dernier point un service minimum fondé sur la contrainte ou la réquisition, le législateur a plutôt fait le pari de parvenir au même résultat par le renforcement des capacités de prévision et d'organisation des entreprises de transport. L'article 4 prévoit ainsi une obligation, à la charge des entreprises, de planification préalable des priorités de desserte et des niveaux minimum de service permettant d'éviter que soit portée une atteinte disproportionnée notamment à la liberté d'aller et venir, à la liberté du travail et à la liberté du commerce et de l'industrie.

Le I de l'article 5 prévoit ensuite, par la négociation ou en cas d'échec, par voie d'action unilatérale de l'employeur, le recensement des catégories d'agents et des effectifs indispensables pour assurer l'exécution des différents niveaux de service. Et le II de l'article 5, cœur du dispositif, prévoit l'instauration d'un régime de déclaration individuelle d'intention de participer à la grève applicable aux salariés appartenant aux catégories recensées en application du I. Ce II de l'article 5 prévoit ainsi qu'en cas de grève, ces salariés informent, au plus tard quarante-huit heures avant de participer à la grève, le chef d'entreprise ou la personne désignée par lui de leur intention d'y participer. Il s'agit ici de permettre à l'entreprise de connaître avec précision le taux de personnel gréviste tout au long de la grève afin, par redéploiement, d'assurer les dessertes prioritaires correspondant au service minimum.

**S'agissant du service public d'accueil des élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire**, la loi n° 2008-790 du 20 août 2008 a également organisé un régime préventif à l'exercice du droit de grève des agents publics concernés. Afin de prévenir les conflits, un préavis de grève concernant les personnels enseignants du premier degré des écoles publiques ne peut être déposé par une organisation syndicale représentative qu'à l'issue d'une négociation préalable avec l'Etat (décret n°2008-1246 du 1er décembre 2008) :

- notification écrite de l'intention de déposer un préavis de grève aux autorités compétentes (ministre, recteurs, directeur des services départementaux de l'éducation nationale) ;
- réunion avec les représentants syndicaux dans les 3 jours de la notification réalisée ;
- la négociation doit être menée dans les 8 jours francs à compter de la notification de l'intention de déposer le préavis de grève ;
- ce n'est qu'à l'issue de ce processus préalable qu'un préavis de grève peut être déposé...5 jours francs avant le premier jour de grève.

Cette réglementation spéciale permet d'instaurer de facto une période d'au moins 13 jours entre la notification d'intention préalable et le premier jour effectif de grève. Au surplus, chaque enseignant doit se déclarer individuellement à l'inspection d'académie dans les 48h qui précèdent la grève (avec au moins un jour ouvré dans le préavis), sous peine de sanction disciplinaire.

### §3 – Les régimes légaux de restriction ou d'interdiction de l'exercice du droit de grève

Diverses lois sont intervenues, soit pour interdire l'exercice du droit de grève à certaines catégories de personnels, soit, sans l'interdire totalement, pour en restreindre l'exercice, en accordant au chef de service des prérogatives renforcées de réquisition.

#### *A-Les interdictions légales et prétoriennes d'exercice du droit de grève*

Sont concernés par une prohibition légale de se mettre en grève :

- les policiers (loi du 28 septembre 1948) ;
- les CRS (loi du 27 décembre 1947) ;
- les militaires (code de la défense) ;
- les personnels des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire (ordonnance du 6 avril 1958) ;
- les personnels des transmissions du Ministère de l'Intérieur (loi du 31 juillet 1968) ;

- les magistrats de l'ordre judiciaire (ordonnance du 22 décembre 1958) (à la différence des magistrats administratifs) ;
- les ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation civile (loi du 17 juin 1971).

En second lieu, la jurisprudence administrative a également admis que des interdictions pures et simples pouvaient être édictées par l'autorité publique exerçant le pouvoir réglementaire, à l'égard des fonctionnaires, qui, soit participent à l'action gouvernementale (membres du corps préfectoral, directeurs et chefs de service d'administration centrale - CE 16 décembre 1966, syndicat national des fonctionnaires des préfectures ; CE 13 novembre 1992, syndicat des ingénieurs de l'aviation civile), soit assurent les liaisons indispensables à l'action gouvernementale (tel le personnel du groupement des contrôles radioélectriques), soit encore exercent des fonctions relevant de nécessités d'ordre public ou de sécurité publique (ingénieurs de la météorologie nationale, gardes-barrières, greffiers - CE 21 décembre 1977 Syndicat CFDT).

#### *B-Le pouvoir de réquisition des grévistes de la fonction publique*

**En matière de santé publique**, la continuité des soins imposée par l'article L.6112-2 du code de la santé publique, confère au directeur d'hôpital le pouvoir d'assigner les personnes nécessaires pour garantir la sécurité des malades (CE 7 janvier 1976, centre hospitalier d'Orléans ; CE 30 novembre 1998, Rosenblat). Celui-ci peut donc réquisitionner tout agent public dont la présence permettra d'assurer la continuité de l'exercice de ce service public essentiel.

Plus généralement, l'exercice de ce pouvoir de réquisition, est tout d'abord organisé par l'article 14 de la loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation de la nation en temps de guerre, qui autorise les **réquisitions civiles**<sup>1</sup>. Toutefois, la jurisprudence subordonne la légalité d'une telle réquisition à la preuve que la grève serait de nature à porter « *une atteinte suffisamment grave* » à la continuité du service public ou à la satisfaction des besoins de la population (CE S. 24 février 1961 Isnardon).

Par ailleurs, selon les dispositions du 4° figurant à l'article L.2215-1 du code général des collectivités territoriales : « *En cas d'urgence, lorsque l'atteinte au bon ordre, à la salubrité, à la tranquillité et à la sécurité publiques l'exige et que les moyens dont dispose le préfet ne permettent plus de poursuivre les objectifs pour lesquels il détient des pouvoirs de police, celui-ci peut, par arrêté motivé, pour toutes les communes du département ou plusieurs ou une seule d'entre elles, réquisitionner tout bien et service, requérir toute personne nécessaire au fonctionnement de ce service ou à l'usage de ce bien et prescrire toute mesure utile jusqu'à ce que l'atteinte à l'ordre public ait pris fin. (...)* ».

Le préfet peut donc, s'il le justifie, réquisitionner en tant que de besoin du personnel –même exerçant une activité libérale- en vue d'assurer la continuité d'une activité de service public essentiel, telle une maternité (CE, juge des référés, 9 décembre 2003, Mme Aguillon, n°262186).

---

<sup>1</sup> Cette loi a été maintenue en vigueur dans notre droit positif par l'article 45 de l'ordonnance 59-147 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense.

Plus largement encore, la jurisprudence récente semble admettre que même hors texte, toute autorité publique, notamment le maire, serait susceptible de pouvoir procéder à une telle réquisition, à condition de justifier d'une atteinte portée à un service public essentiel. Tel n'est pas le cas par exemple s'agissant d'une grève engagée pour une journée dans le service public de la restauration scolaire (CAA Marseille 13 décembre 2005, n°01MA00258, commune de Béziers).

*AJFP 2012 p. 84*

### **Légalité d'une réquisition massive de policiers municipaux en réaction à des préavis de grève**

*Jugement rendu par Tribunal administratif de Lyon, 4e ch., 13 décembre 2011, n°0900665*

Recours pour excès de pouvoir d'une policière municipale contre la mesure de réquisition prise par le maire à son encontre (et envers plus de 100 autres agents de police des services municipaux) à la suite de préavis de grève déposés par un syndicat contestant l'engagement de la police municipale aux côtés de la police nationale et de la gendarmerie pour assurer la sécurité de manifestations festives étalées sur quatre journées et nuits consécutives chevauchant un week-end. Rejet du recours : les vices de forme allégués sont inexistants, et les décisions attaquées - nécessitées par la sécurité du public et ne portant pas d'atteinte excessive au droit de grève - ne sont entachées au fond ni d'erreur de droit, ni d'erreur d'appréciation, ni de détournement de pouvoir.

***Voir partie 1 sur le service public, III Les lois du service public, sous-section 2 – La continuité.***

## **Sous-section 2 – Les droits du fonctionnaire en sa qualité de détenteur d'une parcelle de la puissance publique**

A l'heure actuelle, la protection du fonctionnaire résulte de l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, qui précise :

**"Les fonctionnaires bénéficient, à l'occasion de leurs fonctions, d'une protection organisée par la collectivité publique dont ils dépendent, conformément aux règles fixées par le Code pénal et les lois spéciales. lorsqu'un fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d'attribution n'a pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle, détachable de l'exercice de ses fonctions, n'est pas imputable à ce fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui. La collectivité publique est tenue de protéger les fonctionnaires contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont ils pourraient être victimes à l'occasion de leurs fonctions, et de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté. La collectivité publique est subrogée aux droits de la victime pour obtenir, des auteurs des menaces ou attaques, la restitution des sommes versées au fonctionnaire intéressé. Elle dispose, en outre, à ces fins, d'une action directe qu'elle peut exercer, au besoin, par voie de constitution de partie civile devant la juridiction pénale."**

La protection particulière dont jouissent les agents publics de la part de leur administration peut être justifiée par la nature des fonctions exercées.

Elle est susceptible de se manifester sous deux aspects distincts :

1-La protection des fonctionnaires en cas d'agression dans l'exercice de leurs missions qui répond au souci de ne pas laisser les fonctionnaires sans défense face aux menaces ou attaques de toute nature auxquelles les expose, directement ou indirectement, l'exercice de leur mission d'intérêt général. En effet, en raison du lien de subordination qui le rattache à son ministre, l'agent public est fréquemment mal armé pour réagir individuellement à de telles "agressions".

2-La garantie civile accordée par l'administration à ses agents, auteurs de fautes dommageables dont les victimes exigent une réparation pécuniaire. Elle a pour objectif d'éviter que les fonctionnaires ne se sentent freinés dans leur action par la crainte des dommages qu'ils pourraient causer et de la responsabilité financière qui leur incomberait alors. Elle garantit la continuité du service public.

## *A - La protection du fonctionnaire en cas d'agression dans l'exercice de ses fonctions*

### 1 - Un principe général et ancien

La règle, posée par le statut pour tous les fonctionnaires titulaires de l'Etat ou des autres collectivités publiques (alinéas 1, 3 et 4 de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983) est considérée comme valant principe général du droit applicable à tous les agents publics, même non titulaires.

L'agent public est protégé, non seulement dans l'exercice de sa fonction, mais aussi à l'occasion de l'exercice de sa mission, le lien pouvant être très indirect, comme y incite le libellé même du texte de loi.

La nature de l'agression prise en compte est très large: il peut s'agir d'agressions morales ou physiques et, dans le premier cas, aussi bien verbales qu'écrites.

La mise en œuvre de la protection constitue pour l'administration une obligation. Elle ne peut être refusée à l'agent qui la sollicite que pour des motifs d'intérêt général.

Le refus de protection, pour des motifs étrangers à l'intérêt général, engage la responsabilité de la collectivité publique, même si la manière de servir de l'agent réclamant la protection ne donne pas entièrement satisfaction. (Ex : CE RIMASSON du 18 mars 1994).

Toutefois, la protection ne saurait être étendue aux agressions en rapport avec la vie privée de l'agent, sans aucun lien avec les fonctions publiques exercées.

## 2 – Une protection renforcée de l'agent "conformément aux règles fixées par le Code pénal et les lois spéciales"

De longue date, le législateur a créé des infractions spéciales propres au droit de la Fonction publique, et des peines aggravées sanctionnant certaines infractions lorsque ce sont des fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions qui en ont été les victimes.

Au titre des infractions spéciales, on peut citer la rébellion et l'outrage et, pour les sanctions aggravées, la diffamation et les violences envers les dépositaires de l'autorité et de la force publique.

**Les aspects pratiques de la protection pénale des fonctionnaires** - Lorsqu'elle concerne un fait pénalement sanctionné, la protection se traduit, par une aide concrète de l'administration à son agent, victime d'une infraction

Quelles que soient les procédures internes mises en oeuvre par chaque département ministériel, le fonctionnaire, qui souhaite bénéficier de la protection doit informer l'administration dont il relève: il convient que l'agent prévienne son supérieur hiérarchique, conserve tous les documents qui peuvent constituer des éléments de preuve, recueille, s'ils existent, des témoignages, fasse constater par un médecin les traumatismes physiques, s'il y en a. Enfin, lorsqu'il en a l'autorité, le fonctionnaire dresse le procès-verbal des faits.

Dès lors qu'un agent a fait l'objet d'une agression ou tentative d'agression caractérisée, l'agent peut lui-même porter plainte afin de faire condamner son agresseur et obtenir des dommages et intérêts.

Parallèlement, l'administration peut également déposer plainte afin d'être remboursée des frais engagés.

La plainte doit être déposée entre les mains du procureur de la République, ou si celui-ci classe l'affaire, entre les mains du doyen des juges d'instruction, avec consignation d'une somme d'argent. Cette plainte, avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction met en mouvement l'action publique.

## 3 - Les modalités de la protection

La protection des fonctionnaires par l'administration peut prendre plusieurs formes en fonction de l'opportunité et des faits de l'espèce.

Tout d'abord, il peut, le cas échéant, être opportun que l'administration réponde aux menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations, outrages par tous moyens appropriés. A titre d'exemple, lorsqu'un fonctionnaire est accusé par la presse en raison de sa participation aux missions légales qui lui sont assignées et qu'il est évident qu'aucune faute ne peut lui être reprochée, l'administration peut procéder à une mise au point également par voie de presse, afin de réfuter des imputations calomnieuses ou témoigner en justice si le fonctionnaire attaqué est poursuivi.

Le fonctionnaire peut se voir accorder une protection physique par la force publique (police ou gendarmerie) si cela s'avère nécessaire.

En cas de dommages corporels et dès lors que les faits ont eu lieu à l'occasion du service, l'agent bénéficie des prestations statutaires traditionnelles : prise en charge des frais médicaux, maintien du salaire durant l'arrêt de travail, versement éventuel d'une prestation d'invalidité, si les conditions d'octroi sont remplies. Il ne peut toutefois, en raison de la règle du forfait de pension, obtenir d'autres réparations de la part de l'administration au titre du préjudice moral ou du pretium doloris.

Enfin, l'administration a une obligation d'assistance judiciaire du fonctionnaire.

En premier lieu, l'administration à laquelle est rattaché l'agent doit l'informer de la possibilité qui s'offre à lui de solliciter l'assistance et le concours d'un avocat pour assurer sa défense dans les instances pénales.

La protection se traduit par la prise en charge des frais, résultant des poursuites judiciaires engagées par le fonctionnaire qui a subi un préjudice. L'Etat prend à sa charge les frais et honoraires de l'avocat chargé de défendre le fonctionnaire. Le fonctionnaire, qui a choisi librement son avocat, doit donc en aviser son administration afin que celle-ci puisse, éventuellement, passer avec le conseil de son agent une convention d'honoraires.

**Le cumul possible par le fonctionnaire d'une demande de protection fonctionnelle et d'une demande de réparation des fautes commises par sa propre administration  
Conseil d'État, 20 mai 2016, n°387571 du 20 mai 2016, Mme B.**

**L'essentiel** - Les dispositions de l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, en vertu desquelles une collectivité publique est tenue de protéger les fonctionnaires qu'elle emploie à la date des faits en cause contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont ils pourraient être victimes à l'occasion de leurs fonctions et de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté, sont relatives à un droit statutaire à protection qui découle des liens particuliers qui unissent une collectivité publique à ses agents et n'ont pas pour objet d'instituer un régime de responsabilité de la collectivité publique à l'égard de ses agents. La circonstance qu'un agent soit susceptible de bénéficier de la protection de la collectivité qui l'emploie pour obtenir réparation d'un préjudice qu'il estime avoir subi ne fait pas obstacle à ce qu'il recherche, à raison des mêmes faits, la responsabilité pour faute de cette collectivité.

**Extraits du rapport sur les procédures bâillons  
Rédigé à la demande du secrétaire d'Etat à l'enseignement supérieur  
Mai 2017**

**L'essentiel** – Un rapport préconise un renforcement du droit à la protection fonctionnelle des enseignants chercheurs de l'université, pour être mieux protégés d'actions abusives en diffamation et en dénigrement, émanant d'entreprises et institutions souhaitant porter atteinte à leur liberté d'expression et leur imposer une autocensure. Ce rapport fait suite à

des cas de plaintes portées contre des universitaires à raison de leurs travaux scientifiques publiés dans des revues académiques ou dans la presse généraliste *[il convient de rappeler que les fonctionnaires ne disposent pas, en principe, de la liberté d'exprimer publiquement leur opinion, à l'exception notable des enseignants-chercheurs, protégés par un principe constitutionnel d'indépendance et dont le code de l'éducation énonce l'étendue de leur liberté d'expression]*).

### **PROTECTION FONCTIONNELLE ET « PROCEDURE-BAILLON » : LES GRANDS PRINCIPES**

Les développements qui suivent visent à rappeler les principes qui peuvent justifier de rendre plus difficile le recours à des procédures-bâillons et d'étendre la protection fonctionnelle, spécialement dans le cas des universitaires. On peut mettre en avant plusieurs éléments qui, corrélés, légitiment une évolution du droit dans un sens plus favorable à l'expression des scientifiques : la liberté d'expression, la liberté académique, le droit à un procès équitable et la protection fonctionnelle dont peuvent en théorie bénéficier les agents publics.

Comme l'ont rappelé les affaires récentes, qu'elles concernent des collectifs de citoyens mobilisés, des lanceurs d'alerte ou des universitaires, le caractère abusif des procédures-bâillons tient tout d'abord au fait qu'elles remettent en cause la liberté d'expression, telle qu'elle a peu à peu été établie et consacrée dans les démocraties contemporaines. Plusieurs textes servent de référence et de point d'appui aux décisions judiciaires récentes. C'est le cas tout d'abord de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui établit que « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». La référence à la DDHC de 1789 est souvent complétée par celle faite à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme signée le 4 novembre 1950, dont la formulation plus précise a nourri une abondante jurisprudence : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. [...] L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire »<sup>1</sup>. Au fond, ces grands principes rappellent certaines des caractéristiques essentielles de tout régime démocratique : le pluralisme des opinions, la transparence des informations nécessaires à l'expression des citoyens, l'existence d'un espace public fondé sur la délibération collective. Ils font ainsi des procédures-bâillons une atteinte potentielle au respect de ces droits fondamentaux.

Ces principes généraux sont complétés par une série de dispositions relatives aux supports utilisés pour transmettre cette libre expression. Dans la mesure où les analyses des universitaires sont le plus souvent publiées dans des revues ou des ouvrages scientifiques, il n'est pas étonnant que la liberté de la presse soit souvent invoquée contre les procédures-bâillons. Comme l'a montré par exemple la récente « affaire Neyret », la publication par un universitaire d'une analyse pouvant remettre en cause les intérêts d'une entreprise est susceptible d'avoir des conséquences très directes pour l'auteur du texte comme pour le directeur de la publication, en l'occurrence le directeur de la revue Environnement et développement durable, qui se retrouvent attaqués en justice. En France, c'est alors la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, qui est supposée garantir concrètement cette liberté d'expression. Elle met en oeuvre plusieurs critères d'appréciation qui tiennent autant au contenu de ce qui est exprimé (base factuelle suffisante, bonne foi, etc.) qu'à la forme de la

publication, ce qui peut conduire à des aménagements avec la diversification des supports nourris par les nouvelles technologies d'information et de communication.

Ces éléments généraux sont particulièrement importants lorsqu'ils concernent les travaux des universitaires et la possibilité offerte à ces derniers de transmettre, y compris de façon critique, les conclusions de leurs recherches au sein de la communauté académique comme dans l'espace public. A la liberté d'expression s'ajoutent ainsi d'une certaine façon des éléments attachés à la liberté particulière dont bénéficient les universitaires dans leurs tâches académiques. Ce n'est pas le lieu de (re)faire l'histoire de la consécration progressive de principes qui remontent à la création des universités au Moyen Âge, mais simplement de rappeler que plusieurs textes et décisions des autorités judiciaires s'appliquent à consacrer cette liberté académique. Ainsi, l'article L. 952-2 du Code de l'éducation rappelle-t-il que les enseignants-chercheurs « jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et de leurs activités de recherche, sous les réserves que leur imposent, conformément aux traditions universitaires et aux dispositions du présent code, les principes de tolérance et d'objectivité ». Ces dispositions générales ont été sans cesse réaffirmées, en particulier par le Conseil constitutionnel, qui, dans une décision de 1984, établit que « le service public de l'enseignement supérieur est laïc et indépendant de toute emprise politique, économique, religieuse ou idéologique ; il tend à l'objectivité du savoir ; il respecte la diversité des opinions. Il doit garantir à l'enseignement et à la recherche leurs possibilités de libre développement scientifique, créateur et critique » (Cons. constit., 20 janv. 1984, décis. n° 83-165 DC, Loi relative à l'enseignement supérieur). Cette indépendance tient en particulier au rôle essentiel des universitaires dans la formation et l'animation du débat public. Mais elle peut être étendue, selon plusieurs auteurs, aux différentes catégories de fonctions attachées au travail des enseignants-chercheurs : Daniel Kuri et Jean-Pierre Marguénaud suggèrent ainsi de consacrer la liberté et l'indépendance académiques tout à la fois dans les tâches d'enseignement, de recherche et d'administration (D. Kuri, J.-P. Marguénaud, « Le droit à la liberté d'expression des universitaires », Recueil Dalloz, 2010, p. 2921).

(...)

Enfin, dernier ensemble d'élément justifiant une évolution du droit à l'égard des procédures-bâillons, la nécessité de garantir un droit à un procès équitable, spécialement dans le cas d'universitaires pouvant faire valoir une protection fonctionnelle. Ce que révèlent en effet la plupart des « procédures-bâillons », c'est la très grande inégalité des ressources des parties au procès. L'universitaire, comme le lanceur d'alertes, doit faire face le plus souvent à des acteurs publics ou privés puissants qui disposent de ressources importantes pour menacer, voire sanctionner, la libre expression de travaux ou propos qui remettent en cause leurs intérêts. Dans un rapport publié en 2007 au Québec sur les procédures-bâillons, les auteurs rappelaient ainsi que, « au regard du SLAPP [Strategic Litigation Against Public Participation, acronyme anglo-saxon relatif aux procédures-bâillons], il est raisonnable de croire que cette extension graduelle des principes visant à garantir l'impartialité et l'indépendance du système judiciaire impose aux États l'obligation de contrôler certaines formes de recours aux tribunaux. C'est notamment le cas lorsque ces recours sont exercés dans des formes qui constituent manifestement un déni des conditions d'accès à la justice et d'égalité devant le droit » (Roderick MacDonald et alii, Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique - les poursuites-bâillons (SLAPP), Rapport du Comité au Ministre de la Justice, Montréal, 2007). Le caractère abusif des procédures-bâillons tient ainsi non seulement à la remise en cause de libertés fondamentales, mais également à une potentielle inégalité devant la justice.

Cette garantie d'équité peut être enfin reliée, dans le cas des enseignants-chercheurs en France, à la notion de protection fonctionnelle. En tant qu'agent de l'Etat, les universitaires peuvent faire valoir en théorie une protection fonctionnelle établie par la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Celle-ci s'applique en particulier à protéger les fonctionnaires mis en cause voire diffamés comme agents de la puissance publique et en cas de menaces ou d'atteintes à la

liberté académique déjà évoquée. Cette protection garantit un soutien de la puissance publique à ses agents dans le cas de procédures judiciaires les concernant, ce qui pourrait précisément rétablir le rapport de forces initialement défavorable le plus souvent dans ce genre d'affaires. Reste à s'assurer de la mise en oeuvre effective d'une telle protection, dont on s'aperçoit qu'elle est parfois refusée aux agents qui en font la demande.

Après l'exposé des grands principes qui régissent l'activité scientifique des enseignants-chercheurs, il n'est pas inutile de jeter un oeil sur les protections mises en oeuvre à leur profit dans d'autres pays que le nôtre.

### **Propositions tendant à améliorer la protection fonctionnelle**

Deux solutions peuvent être envisagées. La première se contenterait de rappeler aux présidents d'université que la protection fonctionnelle constitue pour l'agent un droit ; la seconde solution consisterait en la mise en place d'un mécanisme de déclenchement automatique de la protection.

#### Première solution

L'article L. 952-2 du Code de l'éducation, dans sa version actuelle, énonce : « Les enseignants-chercheurs, les enseignants et les chercheurs jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et de leurs activités de recherche, sous les réserves que leur imposent, conformément aux traditions universitaires et aux dispositions du présent code, les principes de tolérance et d'objectivité. »

Un nouvel alinéa introduit à l'article L. 952-2 du Code de l'éducation disposerait ainsi : « La protection fonctionnelle leur est accordée de plein droit ».

#### Seconde solution

Il s'agit de mettre en place un mécanisme d'octroi automatique de la protection fonctionnelle, s'agissant du moins du cas particulier des SLAPP consistant en une action dirigée contre un enseignant-chercheur ou un chercheur mettant en cause l'exercice de sa liberté d'expression.

Le plus important dans une telle situation étant, pour l'agent, d'obtenir sans délai une protection pécuniaire, pour assurer les frais nécessaires à sa défense, seule cette couverture financière devrait faire l'objet d'une obtention automatique.

La prise en charge des frais d'assistance serait ainsi accordée sous forme d'autorisation tacite d'acceptation (En la matière, le principe d'une décision implicite d'acceptation apporterait une dérogation à la règle posée à l'article L. 231-4 du Code des relations entre le public et l'administration, selon laquelle le silence de l'administration vaut décision de rejet lorsque la demande présente un caractère financier et lorsqu'elle concerne les relations entre l'administration et ses agents) qui permettrait le versement immédiat d'une provision forfaitairement fixée par voie de décret.

L'université ne pourrait ni s'opposer à la naissance de cette décision tacite ni la retirer.

Elle ne pourrait que la contester devant les juridictions administratives, par l'exercice des voies de recours ordinaires, recours pour excès de pouvoir contre la décision d'acceptation ou recours en référé (prévus au livre V du Code de justice administrative).

Un « VIII » serait ainsi introduit à l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 :

« VIII — Lorsqu'un enseignant-chercheur ou un chercheur fait l'objet d'une action mettant en cause l'exercice de la liberté d'expression dans le cadre de ses fonctions, la collectivité publique prend immédiatement en charge, au titre de la protection, les frais exposés dans le cadre d'instances civiles ou pénales.

Cette prise en charge est accordée, à la demande de l'intéressé, par une autorisation tacite à la naissance de laquelle la collectivité publique ne peut s'opposer et qu'elle ne peut retirer.

Le montant des sommes prises en charge est fixé forfaitairement par voie de décret. Il constitue une avance sur les frais totaux qui auront dû être exposés, dont la prise en charge sera assurée dans les conditions prévues au VII du présent article. L'autorisation tacite est susceptible de recours devant le juge administratif, dans les conditions fixées par le code de justice administrative, notamment son livre V. Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent VIII ».

*La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 17, 27 Avril 2015, 2112*

## **La faute personnelle et la protection fonctionnelle des agents publics poursuivis pénalement**

Commentaire par Didier Jean-Pierre  
professeur de droit public  
université d'Aix-Marseille  
avocat, CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon

Sommaire

***Le Conseil d'État a rendu un arrêt le 11 février 2015 en matière de protection fonctionnelle qui concerne l'ensemble des agents publics. Il a réaffirmé, d'une part, le principe général du droit à la protection fonctionnelle des agents publics en cas de poursuites pénales sauf en cas de faute personnelle et en a fait application aux magistrats de l'ordre judiciaire. Il a, d'autre part, précisé la notion de faute personnelle en indiquant les critères applicables par l'administration pour justifier un refus de protection fonctionnelle sans renier l'existence possible d'un lien avec le service.***

CE, 11 févr. 2015, n° 372359, Garde des Sceaux, ministre de la Justice : JurisData n° 2015-002225 : JCP A 2015, act. 186

Sera publié au Recueil Lebon

(...)

- 1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par une décision du 10 janvier 2011, le garde des Sceaux, ministre de la Justice, a refusé d'accorder à M. A, magistrat de l'ordre judiciaire, vice-président au tribunal de grande instance de Reims, le bénéfice de la protection fonctionnelle prévue par l'article 11 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, alors que celui-ci faisait l'objet de poursuites pénales pour des faits de faux en écriture publique ; que, par un jugement du 3 mai 2012, contre lequel le garde des Sceaux, ministre de la Justice se pourvoit en cassation, le tribunal administratif de Paris a annulé cette décision ;
- 2. Considérant que s'il résulte des dispositions de l'article 11 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 que les magistrats de l'ordre judiciaire sont protégés contre les menaces et attaques de quelque nature que ce soit, dont ils peuvent être l'objet dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions, ces dispositions n'étendent pas le bénéfice de la protection fonctionnelle au cas où le magistrat fait l'objet de poursuites pénales ; que, toutefois, en vertu d'un principe général du droit qui s'applique à tous les agents publics, lorsqu'un agent public est mis en cause par un tiers à raison de ses fonctions, il incombe à la collectivité publique dont il dépend de lui accorder sa protection dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales, sauf s'il a commis une faute personnelle ; que les principes généraux qui régissent le droit de la fonction publique sont applicables aux magistrats, sauf dispositions particulières de leur statut ; qu'ainsi le principe mentionné ci-dessus est, dans le silence, sur ce point, de leur statut et en l'absence de tout principe y faisant obstacle, applicable aux magistrats de l'ordre judiciaire ;
- 3 Considérant qu'une faute d'un agent de l'État qui, eu égard à sa nature, aux conditions dans lesquelles elle a été commise, aux objectifs poursuivis par son auteur et aux fonctions exercées par celui-ci est d'une particulière gravité doit être regardée comme une faute personnelle justifiant que la protection fonctionnelle soit refusée à l'agent, alors même que, commise à l'occasion de l'exercice des fonctions, elle n'est pas dépourvue de tout lien avec le service et qu'un tiers qui estime qu'elle lui a causé un préjudice peut poursuivre aussi bien la responsabilité de l'État devant la juridiction administrative que celle de son auteur devant la juridiction judiciaire et obtenir ainsi, dans la limite du préjudice subi, réparation ;

• 4 Considérant que le tribunal administratif de Paris a relevé qu'à l'issue de l'audience correctionnelle collégiale du tribunal de grande instance de Reims du 9 février 2010 au cours de laquelle étaient examinées plusieurs citations directes pour des faits de diffamation publique, M. A a fait modifier par le greffier la note d'audience pour y faire figurer des citations directes qui n'avaient pas été enregistrées ni régulièrement appelées à l'audience et qu'il a rédigé quatre jugements fixant des consignations alors qu'il n'en avait prononcé que deux sur le siège ; qu'en jugeant que de tels agissements ne constituaient pas, de la part d'un magistrat, une faute d'une gravité telle qu'elle devait être regardée comme une faute personnelle justifiant le refus du garde des Sceaux, ministre de la Justice d'accorder à l'intéressé la protection fonctionnelle, le tribunal administratif a donné aux faits qu'il a relevés une qualification juridique inexacte ; qu'ainsi, le garde des Sceaux, ministre de la Justice est fondé à demander l'annulation du jugement attaqué (...)

**Note :**

« Il y a trois sortes de juges : les artisans, véritables automates qui, n'utilisant que les mains, produisent des arrêts en série et en quantité industrielle, sans entrer à considérer ce qui touche à l'humain et à l'ordre social ; les acteurs, qui utilisent les mains et le cerveau, en se soumettant aux méthodes d'interprétation traditionnelles, qui les conduisent inévitablement à se contenter de transcrire la volonté du législateur ; et les artistes, qui à l'aide des mains, de la tête et du coeur, ouvrent des horizons meilleurs aux citoyens, sans tourner le dos aux réalités et aux situations concrètes » (concl. Damaso sur CJCE, 23 oct. 2007, aff. jtes C-11/06 et C-12/06, Morgan et Bucher : JCP S 2007, act. 509 ; Europe 2007, comm. 325). À s'en tenir à ce triptyque, l'affaire qui s'est présentée devant le Conseil d'État relèverait de l'histoire d'un juge artisan.

Il était en effet reproché à un vice-président de tribunal de grande instance, au début de l'année 2010, d'avoir fait modifier par le greffier d'une audience correctionnelle « la note d'audience pour y faire figurer des citations directes qui n'avaient pas été enregistrées ni régulièrement appelées à l'audience et (d'avoir) rédigé quatre jugements fixant des consignations alors qu'il n'en avait prononcé que deux sur le siège ». À la suite de ces agissements, le magistrat fit l'objet de poursuites pénales pour des faits de faux en écriture publique. Il fut cité à comparaître devant le tribunal correctionnel de Troyes au début de l'année 2011 pour cette affaire et il demanda alors au garde des Sceaux à bénéficier de la protection fonctionnelle prévue pour les magistrats de l'ordre judiciaire par l'article 11 de l'ordonnance du 22 décembre 1958. Mais le ministre lui refusa ce droit. Une requête en annulation de ce refus fut déposée devant le tribunal administratif qui annula la décision du ministre par un jugement du 3 mai 2012 au motif que les faits reprochés au requérant n'étaient pas d'une gravité telle qu'ils pouvaient exclure le bénéfice de la protection fonctionnelle. Le garde des Sceaux demanda l'annulation du jugement (malgré une « erreur d'aiguillage » de procédure et un passage éclair devant la cour administrative d'appel) au Conseil d'État.

Les enjeux liés à la protection fonctionnelle sont souvent importants et ne peuvent être limités à la seule dimension juridique. L'étude d'impact du projet de loi « déontologie » déposé par Mme Lebranchu en juillet 2013 fait d'ailleurs état d'un coût en 2012 de la protection fonctionnelle pour les principaux ministères évalué à plus de 4,5 millions d'euros. La question de l'extension de la protection fonctionnelle doit aussi être analysée à travers ce prisme. Cela n'a cependant pas empêché le Conseil d'État de rappeler dans cet arrêt du 11 février 2015, d'une part, le principe général du droit à la protection fonctionnelle en cas de poursuites pénales et d'en faire application aux magistrats de l'ordre judiciaire. Les juges du Palais-Royal ont, d'autre part, précisé la notion de faute personnelle en indiquant les critères applicables par l'administration pour justifier un refus de protection fonctionnelle sans renier l'existence possible d'un lien avec le service.

**1. Le principe général du droit à la protection fonctionnelle en cas de poursuites pénales**

La découverte de ce nouveau principe général du droit ne constitue pas une surprise pas plus que son application aux magistrats de l'ordre judiciaire.

**A. - Un principe général largement anticipé par les textes**

L'extension du champ de la protection fonctionnelle est un phénomène remarquable qui n'a jamais été démenti au fil du temps et des réformes statutaires. À l'origine, l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ne concernait que les fonctionnaires. Un pas a ensuite été franchi par la loi n° 96-1093 du 16 décembre 1996 qui a étendu le bénéfice de ses dispositions aux agents publics non titulaires reprenant à son compte la jurisprudence administrative rendue bien antérieurement à l'intervention législative (CE, sect., 26 avr. 1963, Centre hospitalier de Besançon : Rec. CE 1963, p. 243, concl. Chardeau ; CE, 9 déc. 1970, Cne de Neuilly-Plaisance : Rec. CE 1970, p. 738 ; CE, 7 févr. 1990, Cne de Bain-de-Bretagne : Rec. CE 1990, p. 33). Puis la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours

professionnels dans la fonction publique a encore élargi le champ de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 aux agents intérimaires mis à disposition de l'administration par une entreprise de travail temporaire.

Par ailleurs, des textes spécifiques, récents ou anciens, sont venus octroyer la protection fonctionnelle à certains élus locaux (V. par ex. CGCT, art. L. 2123-34 et L. 2123-35), aux militaires (C. défense, art. L. 4123-10) et aux magistrats de l'ordre judiciaire (Ord. n° 58-1270, 22 déc. 1958, art. 11). Face à un développement d'une telle ampleur, reconnaître l'existence d'un principe général du droit à la protection fonctionnelle applicable à tous les agents publics quel que soit le mode d'accès à leurs fonctions ne demandait pas au juge administratif de faire un gros effort (CE, sect., 8 juin 2011, n° 312700, Farre : JurisData n° 2011-011002 ; Rec. CE 2011, p. 270 ; JCP A 2011, 2337, note D. Jean-Pierre ; JCP G 2011, 1466, § 6, chron. G. Eveillard ; JCP A 2011, act. 447, obs. J.-G. Sorbara). Ce tableau ne serait enfin pas complet si l'on omettait de signaler l'extension d'une partie des garanties de la protection fonctionnelle aux membres de la famille des agents publics.

Parallèlement à cet accroissement du nombre des bénéficiaires potentiels de la protection fonctionnelle, le champ de la protection juridique accordé s'est également étendu à l'hypothèse des poursuites pénales pour des fautes commises à l'occasion de leurs fonctions par des agents publics. Cette évolution est due au phénomène, constaté à partir des années 1990, de l'augmentation des mises en cause pénales de fonctionnaires pour des faits d'ailleurs essentiellement d'imprudence ou non intentionnels. En réaction à ce mouvement, des pratiques administratives ont fait leur apparition consistant à souvent octroyer la protection fonctionnelle en cas de poursuites pénales sans pour autant que cet octroi fût systématique. Les administrations rechignaient par exemple à accorder une telle protection dans les cas d'accidents de la route provoqués par des fonctionnaires à l'occasion de leur service. Une circulaire du ministère de l'Intérieur du 14 mai 1993 indiquait à propos de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 que la protection devait « s'appliquer en cas de poursuites pénales pour des fautes commises dans l'exercice des fonctions ». Confrontés aux mêmes difficultés d'interprétation, les tribunaux administratifs n'ont pas toujours statué de manière unanime adoptant parfois l'interprétation très extensive proposée par le ministère de l'Intérieur (TA, Besançon, 7 avr. 1994, Meyer, cité par Conseil d'État, La responsabilité pénale des agents publics en cas d'infractions non-intentionnelles, Rapport, Doc. fr., 1996, p. 145). Il manquait donc à l'évidence une base légale pour sécuriser la protection et cette lacune fut comblée par l'intervention législative de 1996 qui s'est directement inspirée des propositions de réforme de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 avancées par le Conseil d'État. Depuis ce texte, la protection fonctionnelle peut être octroyée aux agents publics ou aux agents retraités dans le cas où des poursuites pénales sont diligentées contre eux à l'occasion de faits n'ayant pas le caractère d'une faute personnelle. Mais cette évolution statutaire n'a pas concerné les magistrats de l'ordre judiciaire.

#### B. - Un principe applicable aux magistrats judiciaires

Ainsi que le dispose l'article 64 de la Constitution, « une loi organique porte statut des magistrats ». Ce statut des magistrats est défini par l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature. Or, dès l'origine, il était prévu, en tant que garantie statutaire, une protection fonctionnelle accordée aux magistrats professionnels de l'ordre judiciaire. En effet, l'article 11 de l'ordonnance dispose qu'« indépendamment des règles fixées par le Code pénal et les lois spéciales, les magistrats sont protégés contre les menaces, attaques de quelque nature que ce soit, dont ils peuvent être l'objet dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions. L'État doit réparer le préjudice direct qui en résulte, dans tous les cas non prévus par la législation des pensions ». Les modifications ultérieures du statut de la magistrature ne vont pas affecter les règles de protection fonctionnelle et les magistrats judiciaires n'ont donc pas profité de l'intervention législative de 1996. Dans le même temps, les juges n'ont pas échappé au mouvement de pénalisation de l'action des agents publics, ce qui sera d'ailleurs facilité par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 qui a mis fin au privilège de juridiction dont les magistrats pouvaient bénéficier. Des poursuites pénales contre un magistrat judiciaire sont donc possibles soit en raison d'infractions commises comme tout citoyen soit en qualité d'agent public. C'est d'ailleurs en sa qualité de juge et pour faux en écriture publique que le magistrat en l'espèce dans l'affaire soumise au Conseil d'État avait sollicité l'octroi de la protection fonctionnelle.

Face au silence de l'ordonnance de 1958 sur la possibilité ou non d'accorder la protection fonctionnelle à un magistrat poursuivi pénalement pour des faits accomplis dans l'exercice de ses fonctions le juge administratif s'est donc retrouvé confronté en 2015 à la difficulté déjà évoquée pour les fonctionnaires avant la réforme de 1996.

Néanmoins, depuis cette époque qui lui avait permis de réfléchir sur le sujet, le Conseil d'État disposait d'une jurisprudence plus nourrie qu'en 1996. Notamment, depuis son arrêt de section Farré du 8 juin 2011 (préc.), le Conseil d'État a fait de tous les niveaux de la protection fonctionnelle, telle qu'elle apparaît à l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983, un principe général du droit applicable à tous les agents publics. La protection contre les poursuites pénales peut donc bénéficier à tous les agents publics même sans texte la prévoyant expressément.

Il restait toutefois à se demander si l'on pouvait aussi facilement appliquer ce principe général du droit de la fonction publique aux magistrats de l'ordre judiciaire réticents à être dénommés fonctionnaires (V. les prudences terminologiques du Conseil constitutionnel : Cons. const., 21 févr. 1992, n° 92-305 DC, Réforme du statut de la magistrature) et alors que l'article 2 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires exclut expressément les magistrats de l'ordre judiciaire de son champ d'application. Mais ce point avait déjà été débattu au sein du Conseil d'État, qui à l'occasion de son avis Mme Fortier, avait précisé que « les principes généraux qui régissent le droit de la fonction publique étaient applicables aux magistrats sauf dispositions particulières de leur statut » (CE, avis, 29 janv. 2003, n° 251699, Mme Fortier. V. également CE, 11 févr. 2015, n° 372987, Synd. nat. des magistrats-Force Ouvrière : JurisData n° 2015-002764). L'expression est reprise à l'identique en l'espèce.

L'extension du champ de la protection fonctionnelle pourrait encore faire l'objet de nouvelles évolutions dont seraient susceptibles de bénéficier les fonctionnaires mais aussi, par le biais de la décision du Conseil d'État du 11 février 2015, les magistrats judiciaires puisque le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires propose de reprendre la proposition n° 9 du rapport Guyomar et prévoit d'étendre le champ de la protection fonctionnelle en cas de poursuites pénales (Proj. L. AN n° 1278, 17 juill. 2013, art. 25). La nouvelle rédaction de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 permettrait de faire bénéficier de la protection le fonctionnaire entendu en qualité de témoin assisté, placé en garde à vue ou auquel est proposé une mesure de composition pénale en application de l'article 41-2 du Code de procédure pénale dès lors que les faits ayant conduit à de tels actes de procédure pénale n'auraient pas le caractère d'une faute personnelle.

## **2. La faute personnelle comme motif d'exclusion de la protection fonctionnelle**

Le Conseil d'État a dégagé les critères applicables par l'administration pour justifier un refus de protection fonctionnelle même quand il existe un lien incontestable avec le service qui peut avoir des conséquences en matière de responsabilité administrative.

### **A. - Les critères de la faute personnelle**

Le principe général du droit découvert par le Conseil d'État dès 2011 laisse en définitive peu de place au pouvoir d'appréciation de l'administration pour accorder ou refuser ce droit sauf à démontrer l'existence d'une faute personnelle. Il appartient donc à l'administration, sous le contrôle du juge administratif, de qualifier les faits qui lui sont présentés par l'agent, de considérer ou non qu'il s'agit d'une faute personnelle, et d'en tirer les conséquences en matière de protection fonctionnelle.

La qualification de la faute personnelle au sens de la protection fonctionnelle suppose un degré indéniable de gravité, autrement dit une faute d'une particulière gravité ou un comportement inexcusable de l'agent (CE, 28 déc. 2001, n° 213931, M. Valette : JurisData n° 2001-063348 ; Rec. CE 2001, p. 680 ; AJDA 2002, p. 359, concl. R. Schwartz). Elle peut dépendre aussi d'une recherche des intentions de l'agent pour les faits qui sont à l'origine des poursuites pénales diligentées à son encontre.

Mais jusqu'à la décision de 2015 la méthode pour déterminer l'existence de la faute personnelle en matière de protection fonctionnelle ne pouvait être qu'assez empirique. Elle ne dédaignait pas utiliser le travail de qualification opéré par le juge pénal. Même si depuis la jurisprudence Thépaz, il n'y a plus de lien automatique entre la commission d'un crime ou d'un délit et l'existence d'une faute personnelle (T. confl., 14 janv. 1935, Thépaz : Rec. CE 1935, p. 224), force est tout de même de constater que sont facilement considérés comme des fautes personnelles des faits commis par des agents publics et qualifiés par le juge pénal de violences (T. confl., 21 déc. 1987, n° 2509, Kessler : Rec. CE 1987, p. 456 ; Cass. crim., 10 févr. 2009, n° 08-84.339, Bruno C. : JurisData n° 2009-047178 ; AJDA 2009, p. 1844, note M. Yazı-Roman et Ph. Grimaud), d'atteinte à la vie privée (Cass. crim., 30, sept. 2008), de faux et complicité d'escroquerie (Cass. crim., 28 mai 2008, n° 06-80.203), de subornation de témoin (T. confl., 19 mai 2014, n° 3939, Berthet c/ Filippi : JurisData n° 2014-012284 ; Rec. CE 2014 ; JCP A 2014, act. 440 ; JCP A 2015, 2006), de détournement de fonds publics (Cass. crim., 4 juin 2009, n° 08-86.116, Ringenbach), de favoritisme (Cass. crim., 7 nov. 2012) et de harcèlement moral (Cass. crim., 28 janv. 2014, n° 12-81.328), et ce, d'autant que l'autorité de chose jugée au pénal s'imposera à l'administration et au juge administratif s'agissant de la matérialité des faits (CE, 6 juin 2012, n° 342557, Sté Surcouf : JurisData n° 2012-012724 : agent public reconnu coupable de faux, usage de faux et escroquerie aggravée). Il ne sera donc pas difficile de qualifier de faute personnelle des faits de prise illégale d'intérêts (CE, 30 janv. 2008, n° 279412, Villelégier : JurisData n° 2008-073072) ou de corruption (CE, 23 déc. 2009, n° 308160, Génin : JurisData n° 2009-017419 ; Rec. CE 2009, tables ; AJFP 4/2010, p. 199, note S. Niquège) même s'ils ont été accomplis durant l'exercice des fonctions et avec les moyens du service.

La faute peut aussi être personnelle et justifier le refus de protection de l'administration en raison du fait qu'aucun élément matériel ou juridique ne sera susceptible de la rattacher à l'exercice des fonctions (CE, 12

mars 1975, Pothier : Rec. CE 1975, p. 190 : gendarme auteur d'un meurtre passionnel ; CE, 13 mai 1991, Sté d'assurance Les Mutuelles unies : Dr. adm., 1991, comm. 351 : cas d'un pompier pyromane ; CE, 17 déc. 1999, Moine : Rec. CE 1999, p. 425 : officier militaire tirant à balles réelles sur un appelé du contingent en dehors de tout exercice organisé par l'autorité supérieure).

L'arrêt rendu par le Conseil d'État le 11 février 2015 est innovant en ce qu'il fait l'effort de proposer de façon pédagogique une liste d'indices de nature à faciliter le travail de qualification qui sera effectué nécessairement en premier lieu par l'administration. Désormais, « une faute d'un agent de l'État qui, eu égard à sa nature, aux conditions dans lesquelles elle a été commise, aux objectifs poursuivis par son auteur et aux fonctions exercées par celui-ci est d'une particulière gravité doit être regardée comme une faute personnelle justifiant que la protection fonctionnelle soit refusée à l'agent ». Les indices ainsi dégagés devront donc être combinés entre eux afin d'identifier la faute. En l'espèce, les faits reprochés au magistrat, exerçant au demeurant les fonctions de vice-président, et susceptibles d'être considérés comme des faux en écriture publique, avaient conduit le garde des sceaux à analyser la faute comme suffisamment grave pour justifier le refus de protection fonctionnelle demandé par le magistrat. Le tribunal administratif de Paris avait eu une lecture différente des faits. C'est probablement cette lecture opposée qui a décidé le Conseil d'État à mentionner précisément les critères à utiliser pour apprécier l'existence de la faute personnelle. Il est vrai que la difficulté réside dans la circonstance que la faute a été très souvent accomplie dans le cadre du service par le fonctionnaire poursuivi pénalement.

#### B. - Une faute personnelle rarement dépourvue de tout lien avec le service

L'imbrication du fait personnel et du fait imputable au service rend le travail de qualification juridique mal aisé. Dans le contentieux de la responsabilité administrative, la jurisprudence a progressivement fait application de la théorie du cumul des responsabilités pour permettre aux victimes d'agissements administratifs de trouver un débiteur solvable (CE, 23 juin 1916, Thevenet : Rec. CE 1916, p. 244 ; CE, 26 juill. 1918, Epx Lemonnier : Rec. CE 1918, p. 761 ; CE, ass., 18 nov. 1949, Dlle Mimeur : Rec. CE 1949, p. 492). Comme le souligne Léon Blum dans ses conclusions sur l'arrêt Lemonnier : « La faute se détache peut-être du service, mais le service ne se détache pas de la faute ». Cette faute unique au double visage consacrée par la jurisprudence administrative au début du XXe siècle a permis au juge de reconnaître de plus en plus facilement l'existence d'un lien avec le service, parfois très ténu, dès lors que la faute personnelle pouvait ne pas apparaître comme dépourvue de tout lien avec le service (V. l'exemple bien connu : CE, 18 nov. 1988, n° 74952, Epx Raszewski : Rec. CE 1988, p. 416 ; JCP G 1989, II, 21211, note B. Pacteau. V. également : D. Jean-Pierre, Le refus pour faute personnelle de la protection fonctionnelle : JCP A 2012, 2381). Dans ce contentieux de la responsabilité, la gravité de la faute commise par l'agent n'exclut pas pour autant tout lien avec le service alors que ce lien serait exclu dans le cadre de la protection fonctionnelle et de la qualification de la faute. Ainsi, une faute d'une particulière gravité sera facilement reconnue comme étant à la fois une faute de service et une faute personnelle dans le domaine de la responsabilité administrative (faux en écriture : CE, 10 avr. 2013, n° 359803, Ville de Marseille. V. également : CE, 2 mars 2007, n° 283257, Sté Banque française commerciale de l'océan indien : JurisData n° 2007-071510 ; Rec. CE 2007, tables p. 1072 ; JCP A 2007, 2231, comm. H. Muscat) alors qu'elle ne sera qu'une faute personnelle justifiant le refus de protection fonctionnelle (V. l'arrêt reproduit supra pour des faits de faux en écriture). L'appréciation des mêmes faits peut donc aboutir à une qualification juridique différente selon qu'il s'agit de protection statutaire ou d'engagement de responsabilité par la victime des faits.

En effet, dans le cadre du contentieux de la responsabilité des agents publics, la victime dispose d'une option à deux branches : soit elle réclame des dommages intérêts à la personne publique sur le fondement de la faute de service devant le juge administratif, soit elle demande réparation à l'agent public devant le juge judiciaire en se fondant sur la faute personnelle commise. Cette compétence juridictionnelle est néanmoins concurrente et non exclusive puisqu'aucune règle n'interdit à la victime d'actionner les deux branches de l'option à la condition de ne pas en tirer une source de profit et que l'indemnisation finale accordée par les juridictions ne soit pas supérieure au montant du préjudice subi par la victime, ce que le présent arrêt prend soin de rappeler.

## 4 - Recours de la personne publique contre l'auteur des menaces ou attaques

La collectivité publique, qui a dû verser des indemnités à un fonctionnaire victime est, selon l'article 11 alinéa 4 du statut, subrogée aux droits de l'agent public victime pour obtenir des auteurs des menaces ou attaques la restitution des sommes versées au fonctionnaire intéressé.

Pour le Conseil d'Etat, l'administration est, en tout état de cause, tenue à réparation vis-à-vis du fonctionnaire victime, même si elle ne dispose d'aucune possibilité d'action contre l'auteur du préjudice.

En conclusion de ce premier développement, il faut retenir que si l'obligation à la charge de l'administration procure au fonctionnaire une excellente protection, cette obligation de l'administration demeure une obligation de moyens et non de résultats.

## *B - La couverture des fautes de service*

La collectivité publique est par ailleurs tenue d'accorder sa garantie civile à ses agents auteurs de fautes dommageables dont les victimes exigent une réparation pécuniaire

La garantie dont il est question a pour objet les réparations civiles. Elle ne concerne jamais la responsabilité pénale des agents auteurs d'une infraction pénalement répréhensible qui, elle, est toujours personnelle et assumée par l'agent fautif.

Au terme d'une longue évolution législative et jurisprudentielle, la collectivité publique couvre, sous certaines conditions, ses agents à raison des dommages qu'ils ont pu causer à des tiers.

L'obligation de protection qui pèse sur la collectivité publique est directement liée à l'existence d'une faute dommageable commise par un de ses agents dans l'exercice de ses fonctions et rattachable au service. Le domaine de la protection s'étend à tous les agents publics mais ne concerne pas les agents de droit privé.

### *1 - La distinction entre la faute personnelle et la faute de service*

La notion actuelle de faute personnelle permet d'en recenser trois grandes catégories qui, toutes, possèdent la caractéristique commune d'être détachables de l'exercice, par l'agent, de ses fonctions.

**La faute personnelle commise dans l'exercice même des fonctions, mais intellectuellement détachable** de celles-ci (faute personnelle de la 1ère catégorie) : il s'agit d'une faute qui aurait eu vocation à constituer une faute de service mais qui se trouve dénaturée en faute personnelle, soit par l'intention de son auteur qui a obéi à des préoccupations d'ordre privé, soit par un excès dans le comportement de son auteur ou une insuffisance très grave de la part de celui-ci dans l'exercice de ses fonctions.

Tel est le cas, par exemple, de la délivrance d'attestations de complaisance, ou de manifestations de malveillance personnelle, comme ce préfet qui fait accorder à une personne qui ne pouvait y prétendre, une carte de réduction pour ses déplacements en chemin de fer, à seule fin de pouvoir ensuite la faire poursuivre pénalement.

**La faute personnelle commise en dehors de l'exercice des fonctions, mais non dépourvue de tout lien avec le service** (faute personnelle de la 2ème catégorie) : Le plus couramment, il s'agit d'un acte accompli à l'occasion du service avec les moyens fournis par lui, mais la faute est détachable des fonctions par l'intention personnelle qu'elle révèle.

C'est le cas, par exemple, d'un agent public conducteur d'un véhicule administratif, qui cause un accident de la circulation, survenu alors qu'il était « hors de ses fonctions (il venait de livrer de l'essence et s'était, au retour, détourné de son itinéraire normal pour rendre visite à sa famille; ou bien, au lieu de rester en stationnement pendant que son chef de service assistait à une conférence, il était allé en ville effectuer une course personnelle; ou bien, regagnant son quartier après avoir accompli sa mission, il profitait du retour pour faire une promenade d'agrément).

Dans tous les cas, il a été jugé que l'accident litigieux, dont la victime sollicitait réparation, était survenu du fait d'un véhicule qui avait été confié au conducteur pour l'exécution d'un service public, et ne saurait être regardé comme dépourvu de tout lien avec le service.

Plus exceptionnellement, l'agent, sans poursuivre un dessein propre, utilise pendant son service un instrument personnel. Ainsi, le pompier qui, chargé d'aller chercher un objet oublié sur les lieux d'un sinistre, provoque un incendie, en jetant imprudemment une cigarette allumée à l'intérieur d'une grange, après s'être écarté de son itinéraire normal pour des raisons personnelles.

Ou bien l'agent, en dehors de son service, utilise un instrument administratif qu'il détenait pour les besoins du service. C'est le cas, par exemple, d'un homicide involontaire commis par un policier à son domicile avec son arme de service qu'il détenait régulièrement.

**-La faute purement personnelle dépourvue de tout lien avec le service** (faute personnelle de la 3ème catégorie) : Cette dernière catégorie comprend les cas d'espèce dans lesquels la qualité d'agent public de l'auteur de l'acte dommageable est totalement étrangère à la situation litigieuse tel, par exemple, un crime passionnel, même commis avec une arme de service par un gendarme (CE 12 mars 1975 Pothier), les incendies criminels allumés par un pompier pyromane (CE 13 mai 1991 Sté d'assurance les Mutuelles unies).

**En tout état de cause, la qualification de la faute personnelle au sens de la protection fonctionnelle suppose un degré indéniable de gravité**, autrement dit une faute d'une particulière gravité ou un comportement inexcusable de l'agent (CE, 28 déc. 2001, n° 213931, M. Valette).

**Semblent souvent présumer une qualification de faute personnelle des faits commis par des agents publics et qualifiables par le juge pénal** : violences (Cass. crim., 10 févr. 2009, n° 08-84.339, Bruno C), atteinte à la vie privée (Cass. crim., 30, sept. 2008), faux et complicité d'escroquerie (Cass. crim., 28 mai 2008, n° 06-80.203), subornation de témoin (T. confl., 19 mai 2014, n° 3939, Berthet c/ Filippi), détournement de fonds publics (Cass. crim., 4 juin 2009, n° 08-86.116, Ringenbach), favoritisme (Cass. crim., 7 nov. 2012), harcèlement moral (Cass. crim., 28 janv. 2014, n° 12-81.328), prise illégale d'intérêts (CE, 30 janv. 2008, n° 279412, Villelégier), ou corruption (CE, 23 déc. 2009, n° 308160, Génin).

## 2 - Les effets de la qualification de la faute, dans le cadre du régime de droit commun de la responsabilité administrative

**Droits de la victime** - La qualification de la faute permet de déterminer les conditions d'indemnisation de la victime et en particulier celles de mise en oeuvre de la garantie civile de la personne publique. Quelles sont alors les règles de réparation pour les activités de l'administration dont le contrôle relève du juge administratif ?

En cas de faute de service. La victime ne peut, dans cette hypothèse, réclamer réparation qu'à la personne publique devant le juge administratif, et l'agent public est personnellement irresponsable sur le plan pécuniaire. Dès lors qu'il y a faute personnelle, il y a place pour la responsabilité de l'agent vis-à-vis de la victime, mais la responsabilité personnelle de l'agent n'est pas forcément exclusive de la responsabilité de la personne publique.

En cas de faute personnelle, dépourvue de tout lien avec le service (3ème catégorie). La faute reste exclusivement à la charge de l'agent qui l'a commise et la victime doit en poursuivre la réparation contre lui uniquement, devant le seul juge judiciaire.

En cas de faute personnelle commise dans l'exercice même des fonctions mais intellectuellement détachable des fonctions (faute personnelle de la 1ère catégorie) ou de faute personnelle commise en dehors de l'exercice des fonctions mais non dépourvue de tout lien avec le service (faute personnelle de la 2ème catégorie). La victime dispose d'une option entre actionner la personne publique devant la juridiction administrative, qui appliquera les règles du droit public, ou poursuivre l'agent devant les tribunaux judiciaires, qui trancheront selon les règles du droit privé.

La victime peut, d'ailleurs, demander à chacun des deux responsables réparation pour la totalité du préjudice causé. C'est le système dit du cumul des responsabilités.

En cas de cumul de fautes. Si le dommage résulte à la fois de deux fautes distinctes et indépendantes l'une de l'autre, une faute de service et une faute personnelle, la victime peut également agir pour le tout, soit contre la personne publique devant le juge administratif, soit contre l'agent devant le juge judiciaire, sous réserve de ne pas cumuler les indemnités.

**Droits de l'agent** - En cas de faute de service, l'agent public qui a commis une faute de service ne peut être rendu responsable pécuniairement de ses conséquences dommageables, sauf texte spécial, ni à l'égard de la victime ni à l'égard de l'administration. Bien entendu, demeure intact le problème de la répression pénale ou disciplinaire.

La protection résulte de dispositions législatives et jurisprudentielles: pour les fonctionnaires civils, l'article 11 alinéa 2 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, et pour les fonctionnaires militaires, l'article 16 de la loi du 13 juillet 1972; pour les agents publics non titulaires, un principe général du droit dégagé par le Conseil d'Etat (CE, 26 avril 1963, CHR de Besançon, Rec. p. 242, Concl. Chardeau).

Les tribunaux judiciaires, répressifs ou non, sont incompétents pour connaître de l'action civile dirigée devant eux contre un agent public auteur d'une faute de service. Le préfet, si besoin est, doit élever le conflit après dépôt d'un déclinatoire de compétence. Le libellé du statut général des fonctionnaires ou du principe général du droit enlève toute possibilité de discuter le principe ou l'étendue de la garantie due par l'administration à son agent. Ainsi, lorsque le juge civil s'est prononcé par erreur sur une faute de service, l'administration devra couvrir l'agent public en reprenant les données retenues par le juge judiciaire: existence, gravité et conséquences de la faute de service, notamment en termes d'évaluation de la réparation.

**En cas de faute personnelle:** l'agent public devient civilement responsable envers la victime sur son propre patrimoine, devant les juridictions de l'ordre judiciaire.

### 3 - La répartition finale de la charge de la dette

Cette question ne met plus en jeu que les relations réciproques entre la personne publique et son agent, la victime ayant, par hypothèse, déjà été indemnisée.

La personne publique qui a réparé, vis-à-vis de la victime, suite à une transaction ou à une décision de justice la condamnant, le préjudice causé par la faute personnelle de son agent, peut se retourner contre cet agent et exiger un remboursement, total ou partiel, de l'indemnité versée à la victime (au contraire, si la faute de l'agent est une faute de service, l'administration ne dispose d'aucun droit contre l'agent fautif, qui est totalement irresponsable à son égard).

### *C - La prise en charge des conséquences financières des accidents de service*

#### **ILLUSTRATION**

**La Section du contentieux précise les conditions dans lesquelles le suicide ou la tentative de suicide d'un agent peuvent être reconnus imputables au service, abandonnant le critère antérieur tiré de ce que le geste trouve sa « cause déterminante » dans des circonstances tenant au service. CE, Section, 16 juillet 2014, M. Galan, n° 361820, A.**

#### **ILLUSTRATION**

**Pensions militaires d'invalidité. Le Conseil d'Etat précise les conditions dans lesquelles doit être établie l'imputabilité au service de troubles psychiques. Il indique, à cette occasion, que la circonstance que les faits à l'origine des troubles aient été subis non seulement par le demandeur mais aussi par d'autres militaires participant aux opérations ne suffit pas, à elle seule, à écarter la preuve de l'imputabilité. CE, 22 septembre 2014, M. Dutrès, n° 366628, A.**

## SECTION 5 - LES OBLIGATIONS DES FONCTIONNAIRES

### Sous-section 1 –Le fonctionnaire doit servir

#### A – L'obligation d'obéissance hiérarchique

Tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable des tâches qui lui sont confiées. Il doit se conformer aux prescriptions émanant des autorités qui lui sont supérieures au sein de l'organigramme du service dans lequel il est nommé. Il s'en déduit :

- ✓ Que l'obligation vise l'obéissance à tout supérieur dans la hiérarchie du service, et pas seulement le supérieur immédiat (CE 27 mai 1994) ;
- ✓ Que l'obligation hiérarchique n'est pas liée à la différence de grade détenu, mais uniquement au positionnement dans l'organigramme du service et au pouvoir général d'instruction qui a pu être expressément confié à une autorité ; aussi, aucun principe n'interdit de placer un agent sous l'autorité hiérarchique d'un agent d'un grade inférieur au sien (CE 11 décembre 1996, département du Val d'Oise) ;
- ✓ Qu'a contrario, en cas de contradictions entre instructions émanant de plusieurs supérieurs relevant d'échelons hiérarchiques distincts dans l'organigramme, on ne peut reprocher à l'agent d'avoir privilégié le respect de l'ordre reçu de son supérieur immédiat (CE 1<sup>er</sup> juin 1994).

Cette obligation lui impose de se conformer :

- ✓ aux instructions du supérieur, quelle que soit leur forme (orale, écrite, par voie électronique, par consigne intuitu personae ou note ou circulaire générale) ;
- ✓ aux décisions d'affectation prises dans l'intérêt du service ;
- ✓ aux modifications du volume et du périmètre des missions confiées ;
- ✓ aux réglementations édictées sur la durée de service, les horaires, le port d'un uniforme ou d'une tenue de travail particulière ;

#### 1 – Portée de l'obligation

L'obéissance hiérarchique entretient un lien étroit avec le cadre des institutions politiques françaises posé par l'article 20 de la Constitution de 1958 selon lequel « *le gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation. Il dispose à cet effet de l'administration et de la force armée [...]* ».

Initialement dégagé par la jurisprudence (CE 5 mai 1911, Giraud), le principe d'obéissance hiérarchique a été traduit dans les statuts de la fonction publique.

Le statut de 1941 (art. 12), a introduit l'obligation de respecter « l'ordre hiérarchique ». Celui de 1946 (art. 9 et 11) est plus discret, indiquant que « tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable des tâches qui lui sont confiées ». C'est finalement sous l'impulsion du Conseil d'État que le devoir d'obéissance hiérarchique et ses limites seront pleinement consacrés (CE, 10 novembre 1944, Langneur).

Les termes de cette jurisprudence seront reprises littéralement par le législateur à l'article 28 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant statut général de la fonction publique selon lequel « *le fonctionnaire doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public. Il n'est dégagé d'aucune des responsabilités qui lui incombent par la responsabilité propre de ses subordonnés* ».

L'agent est tenu de suivre les prescriptions hiérarchiques sans pouvoir les contester au contentieux, celles-ci étant considérées comme des mesures d'ordre intérieur, Les critères d'identification des mesures d'ordre intérieur ont été récemment précisés. Les mesures prises à l'égard d'agents publics qui, compte tenu de leurs effets, ne peuvent être regardées comme leur faisant grief, constituent de telles mesures. Il en va ainsi des mesures qui, tout en modifiant leur affectation ou les tâches qu'ils ont à accomplir, ne portent pas atteinte aux droits et prérogatives qu'ils tiennent de leur statut ou à l'exercice de leurs droits et libertés fondamentaux, ni n'emportent perte de responsabilités ou de rémunération. Il en va ainsi même si la mesure a été prise pour des motifs tenant au comportement de l'agent public concerné (CE, Sect., 25 sept. 2015, B). Réserve doit cependant être faite du cas où une telle mesure traduirait une discrimination (même décision).

Dans le même sens, l'agent n'est pas recevable à contester les mesures relatives à l'organisation du service qui ne portent atteinte ni aux droits tenus du statut, ni aux prérogatives attachées aux fonctions, ni n'affectent ses conditions d'emploi ou de travail (CE, Ass., 26 oct. 1956, Association générale des administrateurs civils, Rec. p. 391). De même ne peut-il pas contester les instructions reçues précisant l'interprétation des textes qu'il est chargé d'appliquer (CE, 23 juill. 2003, Syndicat Sud Travail), ou bien encore certaines décisions de son supérieur hiérarchique, comme celles qui rapportent ses propres décisions d'agent subordonné (CE, Sect., 8 mai 1942, Andrade, Rec. p. 147), ou qui refusent de sanctionner un usager du service (CE, Sect., 10 juill. 1995), malgré sa demande en ce sens.

Face à un ordre illégal, ou le plaçant dans une situation non conforme à son statut, l'agent peut alors exercer des voies de recours contentieuses pour y mettre fin. Mais il doit, dans l'intervalle, se soumettre à l'autorité de la chose décidée par le supérieur hiérarchique.

Le refus d'obéissance constitue une faute pouvant justifier une procédure disciplinaire à l'encontre de l'agent (CE 27 mars 1987 Bourdy).

Le non respect des obligations de service ainsi fixées correspond également à une absence de service fait justifiant une retenue sur traitement (CE Ass. 20 mai 1977 ministre de l'éducation nationale, CC 20 juillet 1977). Une telle retenue est alors considérée comme une simple mesure comptable.

## 2 – Les tempéraments à l'obligation d'obéissance

Certains fonctionnaires d'Etat (magistrats dans l'exercice de leur activité juridictionnelle, professeurs de l'enseignement supérieur dans leurs activités d'enseignement et de recherche...) échappent naturellement à l'obligation d'obéissance hiérarchique.

De même, l'indépendance propre à certaines professions doit aussi être conciliée avec le devoir d'obéissance hiérarchique (CAA Versailles, 19 janvier 2012, ville de Saint-Denis, req. n°10VE02353: conciliation entre le devoir d'obéissance hiérarchique envers la directrice de la crèche et l'indépendance du médecin, agent contractuel de cet établissement, résultant du code de déontologie médicale).

Enfin, les conditions d'exercice des fonctions peuvent permettre de moduler l'appréciation du respect du devoir hiérarchique. Le juge peut prendre par exemple en considération une surcharge temporaire d'activité ou un constat d'inaptitude physique (CAA Douai, 17 novembre 2011, André A c/ OPH Fourmies : la faute est retenue après que le juge ait constaté que le requérant n'établit pas « *que l'ampleur des tâches qu'il lui avait été demandé d'accomplir en remplacement de son collègue, l'aurait mis dans l'impossibilité d'assurer l'ensemble des missions qui lui étaient assignées* »).

### 3 – Les limites légales à l'obligation d'obéissance hiérarchique :

#### **a-Devoir de désobéissance à un ordre manifestement illégal et portant gravement atteinte à un intérêt public :**

La jurisprudence Langneur de 1944 a consacré un devoir de désobéissance hiérarchique dans le cas où les ordres «*sont manifestement illégaux et de nature, en outre, à compromettre gravement un intérêt public* », jurisprudence reprise par le législateur à l'article 28 du statut général.

La légalité de la mise en œuvre de ce devoir reste néanmoins une hypothèse exceptionnelle dans la jurisprudence administrative. Le caractère cumulatif des critères de sa mise en œuvre la rend restrictive :

- ⇒ l'illégalité manifeste renvoie à l'ordre dont l'illégalité est évidente, grossière, insusceptible de ne pas être perçue par l'exécutant, en particulier s'il porte atteinte à une liberté fondamentale ;
- ⇒ la faute de nature à compromettre gravement un intérêt public est plus difficile à cerner. In concreto, il apparaît que porte toujours atteinte à un intérêt public, l'exécution de l'ordre qui cause un grave préjudice financier à l'institution publique (CAA Nantes, 12 juin 1997, M.Vigier), ou qui viole la loi pénale (art. 122-4 du code pénal).

En deçà, la simple illégalité de l'ordre ne dispense donc pas l'agent d'obéir et ceci le met hors de risque d'une sanction disciplinaire. S'opère un transfert de responsabilité et c'est le supérieur hiérarchique, auteur de l'ordre illégal, qui pourra voir sa responsabilité disciplinaire engagée (CAA Bordeaux, 3 novembre 1997, Ministre de la Justice c/ Petit G. req. n°96BX00136).

#### **b-Le refus de subir des agissements de harcèlement sexuel :**

La loi interdit d'engager des poursuites disciplinaires à l'égard d'un fonctionnaire, en prenant en considération le fait qu'il a subi ou refusé de subir des agissements de harcèlement d'un supérieur hiérarchique ou de toute personne qui, abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, a donné des ordres dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers.

### **c-Droit de retrait des situations dangereuses**

Initialement instauré pour les salariés du secteur privé (L. 4131-1 et suivants du code du travail), ce droit a été repris par le juge administratif sous forme d'un PGD selon lequel aucune sanction ni retenue de salaire ne peut être mise en œuvre à l'encontre d'un agent se retirant d'une situation de travail dont il avait un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé.

Ce droit émane aussi de l'article 5-1 et suivants du décret n°85-603 du 10 juin 1985 relatif à l'hygiène et à la sécurité au travail applicables à tous les agents de l'État et des collectivités territoriales : « *Si un agent a un motif raisonnable de penser que sa situation de travail présente un danger grave et imminent pour sa vie ou pour sa santé ou s'il constate une défectuosité dans les systèmes de protection, il en avise immédiatement son supérieur hiérarchique. Il peut se retirer d'une telle situation* ».

Le bénéfice de ce droit n'est toutefois pas accordé aux fonctionnaires exerçant des missions de sécurité des personnes et des biens, à l'image des sapeurs-pompiers, policiers, douaniers, agents de l'administration pénitentiaire).

Par ailleurs, les conditions d'exercice de ce droit s'avèrent restrictives et portent à dire que l'usage de ce droit doit être exceptionnel.

Le danger, à la fois grave et imminent, s'apparente à « *une menace directe pour la vie ou la santé du fonctionnaire ou de l'agent, c'est à dire une situation de fait pouvant provoquer un dommage à l'intégrité physique ou à la santé de la personne* » (circulaire du 8 août 2011 sur l'application des dispositions du décret n°82-453 susvisé). La charge de la preuve pèse sur l'agent qui s'en prévaut.

Il n'est pas exigé une cause réelle de danger. L'apparence de ce danger et la bonne foi de celui qui s'en prévaut peuvent suffire, le juge contrôlant le caractère raisonnable du motif de danger invoqué.

La gravité du danger s'apprécie en fonction des conséquences en termes d'importance et de durée, que le danger pourrait engendrer pour l'agent (au delà du simple inconfort)

L'imminence du danger implique qu'il soit susceptible de se réaliser brutalement dans un délai rapproché.

Enfin, la jurisprudence a précisé que le droit de retrait doit s'exercer de telle manière qu'il ne crée pas pour autrui (usagers du service public, collègues...) une nouvelle situation de danger grave et imminent (CAA Paris, 21 mars 2007, M. X).

L'exercice du droit de retrait impose donc la mise en œuvre d'une alerte préalable déclenchée en général par l'agent.

L'autorité administrative doit alors immédiatement procéder à une enquête qui va la conduire, ou non, à prendre les mesures propres à faire cesser le danger. Deux solutions sont alors possibles :

- ⇒ Soit l'agent avait des raisons de croire en l'existence d'un danger grave et imminent, peu importe qu'il se soit finalement réalisé, il pouvait alors légitimement se retirer de son poste. Aucune sanction ni retenue de salaire ne peut lui être infligée.
- ⇒ Soit les conditions du droit de retrait ne sont pas réunies et l'agent s'expose donc à :
  - une retenue sur traitement pour absence de service fait,
  - l'engagement de sa responsabilité civile en cas de faute personnelle ayant causé un dommage aux tiers,
  - l'engagement de sa responsabilité pénale en cas d'infraction caractérisée (délit de non assistance à personne en danger, délits d'imprudence...)

La voie tracée par les juridictions administratives apparaît donc éminemment restrictive. En ce sens, le juge a considéré que l'agression d'un conducteur de bus ne justifie pas l'exercice du droit de retrait par un autre conducteur dès lors que l'employeur a pris immédiatement les mesures pour assurer la sécurité de la ligne (CAA Paris, 26 avril 2001).

Quant à la reprise du travail après l'exercice du droit de retrait, le Conseil d'État en a précisé les conditions (CE, 2 juin 2010, Melle Fuentes) : la disparition du danger grave et imminent normalise la situation de l'agent et la reprise du service s'impose à lui sans qu'il ne soit besoin que l'administration lui en donne l'ordre.

En l'absence de reprise du travail : il s'expose à des sanctions disciplinaires, à une retenue sur traitement pour absence de service fait, voire à une procédure d'abandon de poste si après mise en demeure de rejoindre son poste, l'agent ne donne aucune excuse permettant de déduire sa volonté de ne pas rompre le lien avec son administration.

### ***B – L'obligation de loyauté et de respect de la hiérarchie***

La loyauté, synonyme de fidélité dans l'engagement, d'attachement sincère à ses obligations, est une obligation qui s'impose à tous les fonctionnaires toutes branches de fonctions publiques confondues. Le principe ne figure pas explicitement dans le statut Général de la fonction publique.

Il découle de la nature même des fonctions exercées et de la fonction « instrumentale » de la fonction publique au service des autorités politiques légitimes.

La loyauté, *au sens large*, recoupe différentes obligations :

- le devoir d'obéissance, (loyauté à l'égard de l'autorité hiérarchique);
- la discrétion professionnelle (loyauté à l'égard de l'administration) ;
- l'obligation de neutralité, d'impartialité et de respect du secret professionnel (loyauté à l'égard des administrés).

*Mais au sens strict*, la loyauté imposée au fonctionnaire concerne à tout le moins l'obligation d'être fidèle aux institutions politiques établies, envisagées de nos jours sous trois angles : la loyauté à l'égard des institutions, des autorités politiques et des supérieurs hiérarchiques.

## 1-La loyauté à l'égard des institutions :

Etre loyal aux institutions signifie respecter le caractère républicain des institutions et le caractère démocratique de l'Etat. Ce principe s'impose à l'ensemble des fonctionnaires, en particuliers ceux dépositaires de l'autorité publique. C'est une obligation jurisprudentielle issue de l'arrêt DeFrance du Conseil d'Etat de 1935 selon lequel constitue un manquement à l'obligation de loyauté l'affirmation d'un fonctionnaire de la Défense Nationale selon laquelle « le drapeau rouge abattra l'ignoble drapeau tricolore ».

## 2- Loyauté et loyalisme à l'égard des autorités politiques :

Les autorités politiques sont, en vertu de ce principe, en droit d'attendre une certaine solidarité du fonctionnaire à leur égard. Il s'agit notamment pour le fonctionnaire de mettre en œuvre les orientations politiques en toute neutralité, intégrité et acceptation fidèle de l'autorité hiérarchique, quel que soit son point de vue personnel sur la politique mise en œuvre et traduite en instructions administratives. Le Conseil d'Etat fait relever la loyauté du fonctionnaire d'une « obligation déontologique » (CE 15 mars 2004, Pinon).

Il arrive également que cette obligation de loyauté soit renforcée à l'égard des agents occupant un emploi supérieur et les hauts fonctionnaires, que l'on peut qualifier d'obligation de « loyalisme ». Ce loyalisme peut être défini comme « *le lien de fidélité et d'obéissance absolue qui peut exister entre l'agent public et l'Etat ou celui qui l'incarne* » (expression du professeur O. Dord).

Les emplois supérieurs concernés sont ceux occupés par des personnes dont la nomination est laissée à la décision du gouvernement. Ces emplois sont déterminés pour chaque service et pour chaque administration, par décret en Conseil d'Etat. Ce sont traditionnellement les emplois de directeur de ministère, d'ambassadeur, de recteur, de préfet ou encore de directeur de grands établissements publics nationaux (ex du CNRS, CE Ass. 13 mars 1953, Teissier). Leur nomination est à tout moment révocable, compte tenu de l'importance de la position occupée au sein de l'administration de l'Etat et aussi du lien de dépendance directe avec le gouvernement en place. Dans la fonction publique territoriale, certains emplois peuvent être assimilés aux emplois supérieurs, comme celui de directeur général des services. La même exigence de loyalisme envers l'autorité territoriale leur est alors opposable. Il est également accru à l'encontre des militaires (CE 13 juillet 1961 Rime Bruneau, qui sanctionne un officier supérieur ayant envoyé une lettre d'injures au Président de l'Assemblée Nationale<sup>1</sup>).

En ce sens, le loyalisme s'entend comme un devoir d'obéissance hiérarchique extraordinaire, de fidélité et d'adhésion au régime politique établi, doublé d'une obligation de réserve exceptionnelle. Ainsi, dans une décision du 24 septembre 2010, le Conseil d'Etat a pu juger que les propos polémiques et virulents tenus par un préfet à l'égard du ministre de l'intérieur constituent un manquement aux « obligations particulières de réserve et de loyauté auxquelles il était tenu en sa qualité de préfet » (CE 24 sept. 2010, Girot de Langlade).

### 3-La loyauté à l'égard des supérieurs hiérarchiques :

Cette loyauté requise de l'ensemble des agents publics inclut, au-delà de l'obligation d'obéissance formelle, trois éléments substantiels<sup>2</sup> :

- **une loyauté d'information** : le subordonné doit toujours mettre son supérieur en situation de disposer de tous les éléments pour décider en connaissance de cause et en temps utile ; il doit se refuser toute forme d'obséquiosité et faire preuve d'esprit critique constructif pour éclairer le supérieur au nom d'un devoir de vérité ;
- **une loyauté de respect** : le subordonné ne doit pas créer les conditions d'influences ou de pression du milieu environnant sur son supérieur, aux fins de le manipuler ; il ne doit pas porter atteinte à la crédibilité de son supérieur et le desservir par des actes de dénigrement ou des mises en causes publiques ;
- **une loyauté de mise en œuvre** : il doit appliquer les instructions reçues avec honnêteté intellectuelle, détermination et bon sens, en y apportant en tant que de besoin les inflexions permettant son application la plus fidèle possible à l'intention du donneur d'ordre

**Légalité de la sanction infligée à un gendarme au titre de propos tenus sur Facebook, attestant d'un manque de loyauté à l'égard de sa hiérarchie  
CAA Nancy, 3e ch. 22 septembre 2016, n°15NC00771**

**L'essentiel** - La requérante, qui exerce les fonctions de gendarme, s'est vu infliger une sanction de dix jours d'arrêts au titre de propos injurieux proférés à l'endroit de sa hiérarchie à l'occasion d'une discussion sur la page Facebook d'une collègue. Elle en obtient l'annulation en première instance. Revenant sur ce jugement, la cour administrative d'appel estime que la faute est avérée, la sanction proportionnée, et que le fait pour l'autorité disciplinaire de s'appuyer sur des propos tenus dans le cadre d'un échange sur Facebook ne méconnaît pas, en l'espèce, le droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances de l'agent.

A contrario, la perte de confiance peut rendre impossible le bon fonctionnement du service et peut motiver la sanction du fonctionnaire et ce, d'autant plus, que le poste occupé est lourd de responsabilités (CE 1988 Cierge). A ainsi été jugé légal le retrait d'agrément d'un policier municipal pour perte de confiance (CE 2005 Commune de Cagny) ou la révocation d'un fonctionnaire ayant fraudé pour obtenir un classement hiérarchique supérieur (CE 1982 Baillet).

<sup>2</sup> Pour approfondir : voir C.Vigouroux, De la loyauté de l'agent public, in Les cahiers de la fonction publique, mai 2009.

## De l'obligation pour tout agent public de respecter sa hiérarchie

Frédéric Colin, Maître de conférences HDR de droit public à l'Université Paul-Cézanne, Aix-Marseille III, Centre de recherches administratives (CRA)

L'essentiel

***Le statut général ne mentionne pas explicitement l'obligation de respecter ses supérieurs hiérarchiques. Néanmoins, cette obligation déontologique résulte clairement de la jurisprudence administrative, qui l'impose à tout agent public. Un manquement à cette obligation spécifique expose l'agent fautif à une sanction disciplinaire, sous le contrôle du juge.***

Curieusement, aucune disposition du statut général de la fonction publique ne s'intéresse explicitement à l'obligation faite à tout agent public de respecter sa hiérarchie. Or, parmi les différentes obligations professionnelles, et compte tenu de la rigueur dans l'exécution des ordres qui est nécessaire à un bon fonctionnement des services publics, l'obligation de respect de la hiérarchie doit être considérée comme se trouvant au coeur de la relation de subordination impliquée par la relation professionnelle de droit public. L'organisation hiérarchique de la fonction publique, pyramidale, et inspirée directement par le mécanisme rationnel de hiérarchie des normes, s'en fait toutefois l'écho, même si elle s'intéresse plus directement à l'accomplissement de la fonction, telle qu'elle ressort de l'obligation faite à tout agent de respecter les ordres qui lui sont donnés par sa hiérarchie. Ainsi, l'article 28 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (Titre I) dispose que « (tout fonctionnaire) ... doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public (...) ». À défaut, conformément aux termes de l'article 29 de cette même loi, l'agent commet une faute. Or, cette dernière n'est d'ailleurs pas non plus définie par le statut, qui indique seulement à l'article 29 du Titre I qu'une faute commise par un fonctionnaire « dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire ».

C'est donc sous le prisme de la défaillance relative à l'obligation d'obéissance que les sanctions sont généralement prises à l'encontre des agents. Or, parmi l'ensemble des manquements justiciables d'une sanction, le manque de respect d'un agent vis-à-vis de sa hiérarchie constitue aussi une faute, distincte de celle tenant à l'obéissance, même si les deux sont souvent liées par l'administration, lorsqu'elle poursuit l'un de ses agents disciplinairement(1).

Comme les textes sont muets, c'est la jurisprudence administrative qui donne son contour à la « notion » de respect dans la fonction publique, par le prisme du contentieux disciplinaire. Les contentieux sont peu nombreux, et ne permettent pour l'instant pas de cerner avec une extrême précision l'étendue des mécanismes mis en jeu. Nous tenterons toutefois de circonscrire le champ de cette obligation, sa notion, et d'en décrire brièvement les effets.

### **Identification de l'obligation de respect de la hiérarchie**

La juridiction administrative marque là encore son laconisme. Le Conseil d'Etat, lorsqu'il intervient, souvent en tant que juge de cassation, n'est pas d'un grand secours, car il statue alors au vu des pièces du dossier, sans précisions explicites pour le lecteur en ce qui concerne les faits concrets menant à la décision de l'administration. Ce sont plutôt les arrêts de cours administratives d'appel qui permettent de donner un contour à la notion de respect dû par le subordonné à ses supérieurs(2).

### **Une obligation généralisée**

Bien que le statut ne soit pas explicite, le Conseil d'Etat consacre quant à lui explicitement l'obligation de respect des supérieurs et lie directement l'obligation de respect due à l'autorité hiérarchique aux « obligations statutaires et déontologiques » des agents publics(3). Il s'agit d'une obligation qui s'applique tant à la fonction représentée par le supérieur qu'à sa personne, et qui est intrinsèque à toute relation professionnelle de droit public(4).

Contrairement à d'autres obligations du fonctionnaire, qui peuvent paraître pourtant proches, comme l'obligation de moralité(5) ou le devoir de réserve(6), et qui sont variables en fonction de la place de l'agent dans la hiérarchie administrative comme des fonctions qu'il exerce, l'obligation de respect s'impose à tous les agents de la même manière : dans ce sens, on peut considérer qu'elle est objective.

Par ailleurs, cette obligation s'applique évidemment dans les différentes branches de la fonction publique : d'Etat, territoriale, hospitalière, pour n'évoquer ici « que » le statut général. Dans la fonction publique territoriale, le respect de la « hiérarchie » peut s'entendre au sens large, compte tenu de la politisation particulière de cette branche de la fonction publique. Cela signifie que l'agent territorial doit le respect, au-delà de l'obligation de loyalisme applicable par ailleurs, non seulement à ses supérieurs administratifs (et/ou techniques), mais aussi aux élus locaux, c'est-à-dire envers l'autorité politique locale largement entendue (p. ex. maire(7), adjoint(8), conseiller de l'assemblée délibérante locale(9)). Ainsi, une mise en cause de la moralité d'un élu municipal, même formulée de manière interrogative, peut être considérée comme fautive de la part d'un fonctionnaire municipal(10). Il en est de même de la mise en cause de l'autorité d'un exécutif local(11).

L'obligation de respect s'applique tant en service qu'en dehors du service, du moment qu'elle est alors dotée d'un certain caractère de publicité. Ainsi, la manifestation, devant le public, d'une attitude irrespectueuse envers un supérieur, est susceptible d'alourdir la sanction encourue(12). Elle peut justifier une sanction dès la première « infraction » : point n'est besoin de récidive, même si cette dernière va faciliter la preuve pour l'administration(13), ou va pouvoir justifier une sanction plus lourde(14).

Elle concerne aussi tout supérieur hiérarchique : direct ou non (c'est-à-dire tout agent d'un rang supérieur dans la ligne hiérarchique). Notons par ailleurs que si nous envisageons ici le respect dans sa dimension « verticale », envers les supérieurs, il est évident (même s'il n'existe pas de contentieux vraiment explicite sur cette question), que l'obligation s'apprécie aussi dans une dimension « horizontale », c'est-à-dire envers les collègues de même grade que l'agent en cause(15).

### **Une obligation spécifique**

Comme nous l'avons évoqué, l'obligation de respecter les supérieurs hiérarchiques est spécifique, même si elle peut être rapprochée d'autres obligations, en fonction des circonstances des différentes espèces rencontrées. L'obligation implique aussi, au-delà du respect de la personne du supérieur, le respect des « règles hiérarchiques » au sens large(16).

Il en est ainsi de l'obligation de réserve, distincte de l'obligation de respect(17), puisque destinée à protéger l'administration, y compris les collègues de travail, et donc les supérieurs de l'agent en cause. L'expression de l'opinion de l'agent poursuivi, avec un manque de mesure, peut constituer une violation de l'obligation de réserve. C'est notamment le cas si sont utilisés des termes injurieux, ou si l'agent dépasse le strict cadre de la polémique justifiée (mais sans impliquer la hiérarchie pour autant). Plusieurs contentieux impliquant des représentants syndicaux se font l'écho de cette obligation, rappelant que, même titulaire d'un mandat syndical, tout agent public est tenu par une obligation de réserve(18). L'administration peut toutefois éprouver des difficultés à distinguer, dans les actes du fonctionnaire faisant l'objet de poursuites disciplinaires, le manquement au respect de celui relatif à l'obligation de réserve. Et c'est souvent ce dernier qui est invoqué, de manière globale. Le juge peut toutefois considérer la sanction légale, retenant que dans les deux cas, c'est bien un «

comportement excessif » de l'agent qui est mis en cause(19) : l'appréciation portée comportera donc dans tous les cas un élément de subjectivité, fonction des circonstances de l'affaire, non pas particulièrement de la place de l'agent dans la hiérarchie, mais plutôt du contexte professionnel, voire personnel du développement du litige(20).

L'obligation de respect s'impose, on l'a dit, dans tous les cas, et on peut donc envisager une violation de l'obligation de réserve sans que soit constituée de violation de l'obligation de respect ; notamment si l'agent incriminé n'attaque pas de façon personnelle ses supérieurs hiérarchiques : l'attaque peut impliquer un corps dans son ensemble, et non certains agents du corps, auquel cas, le manquement à l'obligation de respect ne sera pas toujours constitué(21). On peut s'interroger alors sur le lien entre l'agent incriminé et les autres agents du corps, qui seraient dans un grade plus élevé sans toutefois pouvoir être qualifiés de « supérieurs »(22). En tout état de cause, dans la relation qui nous intéresse ici à la notion de respect, la relation au supérieur est, dans la majorité des contentieux, individualisée : c'est nommément que l'agent en cause attaque son (ou ses) supérieur(s)(23).

Comme on l'a évoqué, l'administration évoque aussi le manquement à d'autres obligations lorsqu'elle mène une action disciplinaire contre l'un de ses agents. Il en est souvent ainsi de l'obligation d'obéissance. Cela étant, la méconnaissance des instructions données par les supérieurs se rattache bien à la désobéissance, et non au manque de respect(24). Et les conséquences liées aux défaillances relatives aux deux obligations sont différentes : l'agent n'encourt de retenue sur traitement pour absence de service fait selon les circonstances de l'affaire que dans certaines hypothèses de refus d'obéissance (impliquant exécution des obligations de service), mais pas en cas de manque de respect, qui ne sera qualifiable que sous l'angle de la faute disciplinaire.

On pourrait aussi mentionner l'obligation d'information de la hiérarchie de tout élément nécessaire à sa fonction. Le fait de « court-circuiter » un supérieur constitue donc par certains aspects une violation de l'obligation du respect plus largement dû à la hiérarchie(25).

On pourrait enfin évoquer l'obligation de loyauté des agents publics(26), consacrée tant par les juridictions internes qu'européenne(27), au bénéfice du service(28).

Retenons néanmoins l'essentiel : le manque de respect constitue bien une faute et non une insuffisance professionnelle ; dès lors, même s'il intègre une défaillance du comportement, il se caractérise bien par un élément impliquant la volonté de l'agent, ainsi que par l'individualisation de faits fautifs(29), précisément identifiés dans la décision prise à l'encontre de l'agent(30). Cela explique que dans certains contentieux, ce manquement soit associé à d'autres faits fautifs conduisant à une sanction lourde(31).

### **Effets d'un comportement irrespectueux**

Le fait pour l'agent public de ne pas satisfaire à son obligation de respecter les membres de sa hiérarchie constitue une faute professionnelle, susceptible de donner lieu à des poursuites, sous le contrôle du juge.

### **La mise en jeu de la procédure disciplinaire**

Les manifestations concrètes du manquement à l'obligation sont très variées : paroles (adressées directement au supérieur, ou indirectement), écrits (par ex. un rapport(32)), gestes. La défaillance dans la manière de servir au titre du manquement à l'obligation de respect peut résulter de propos irrespectueux(33), discourtois(34) ou irrévérencieux(35) ; mais aussi de gestes, d'un comportement incorrect(36), impertinent(37) ou insolent(38), d'une « attitude généralement effrontée et arrogante »(39).

Ceci s'applique quel que soit le support utilisé, par exemple par téléphone(40). Les nouvelles technologies vont d'ailleurs sans doute, à l'avenir, constituer, comme pour les autres obligations du fonctionnaire tenant à son expression, un nouveau support à contrôler(41).

Autrement dit, tout comportement irrespectueux d'un agent envers sa hiérarchie est passible de sanction disciplinaire. Plus largement, il s'agit d'actions mettant en cause la hiérarchie, tant directement qu'indirectement(42). La mise en cause de la hiérarchie concerne non seulement le supérieur direct, mais aussi les chefs de service situés à des niveaux encore supérieurs(43).

Comme dans le reste du domaine disciplinaire, l'administration reste libre de l'opportunité des poursuites. Il lui revient donc d'apprécier l'étendue de la remise en cause du supérieur, et si l'acte nécessite d'être sanctionné. C'est essentiellement en tant que le manque de respect conduit à une perturbation du bon fonctionnement du service qu'il est susceptible de sanction, et sera effectivement poursuivi(44).

Ce n'est pas parce que l'obligation de respecter s'applique indifféremment à tout agent public que l'échelle des sanctions encourues par sa violation ne variera pas en fonction des circonstances. Bien évidemment, la violation peut être plus ou moins grave, et toutes les sanctions, de la moins grave à la plus grave (on observe de nombreuses révocations, mais les contentieux sont souvent, comme on l'a déjà évoqué, imbriqués : plusieurs fautes graves sont souvent reprochées à l'agent qui fait l'objet d'une révocation(45)), sont envisageables.

Ainsi, le fait pour un agent de frapper intentionnellement son supérieur hiérarchique constitue un manquement grave à ses obligations professionnelles. Le juge considère dans l'espèce ici évoquée que cet acte traduit par ailleurs la persistance d'un « comportement d'hostilité incompatible avec le devoir de respect de la hiérarchie qui s'impose à un fonctionnaire »(46). Notons que le caractère objectif de l'obligation est confirmé dans cette affaire, et qu'il résulte implicitement de la formulation retenue, impersonnelle (faisant référence à « un fonctionnaire »), et du fait que la juridiction n'évoque pas du tout la fonction occupée par l'agent incriminé.

Comme dans les autres contentieux liés à l'appréciation du comportement des agents publics, la question de la preuve est centrale. Elle peut être apportée par tous moyens ; les témoignages prendront donc généralement une place prépondérante dans le contentieux(47).

En ce qui concerne les formalités substantielles, on retiendra que la sanction consécutive à la faute que constitue le manquement à l'obligation de respect doit faire l'objet d'une motivation conforme aux exigences de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public. Les faits reprochés à l'agent doivent donc être mentionnés avec précision dans la décision de sanction : une simple mention à une « attitude irrespectueuse » à l'égard de certains supérieurs ne satisfait pas à l'obligation de précision exigée par la loi : les termes précis utilisés par l'agent ou ses actes irrespectueux doivent figurer dans le rapport du conseil de discipline de manière circonstanciée, et être incorporés ou au moins joints à la décision(48).

### **Le contrôle du juge**

Le manquement à l'obligation de respect de la hiérarchie ne se distingue pas spécifiquement des autres fautes disciplinaires liées au comportement de l'agent public.

Le juge administratif contrôle de façon classique le vice de forme, le détournement de pouvoir (même si celui-ci n'aboutit pas en pratique), l'erreur de droit(49), l'erreur de fait (par ex. l'exactitude matérielle des faits(50)), le contrôle de la qualification juridique des faits(51). Dans ce dernier cas, le juge confirme une jurisprudence bien établie, concernant la relation d'indépendance au droit pénal : ce n'est pas parce que le procureur de la République a procédé à un classement sans suite de la plainte déposée à l'encontre de l'agent par l'administration que le manquement ne constitue pas pour autant une faute passible de sanction disciplinaire(52).

Par ailleurs, là encore de façon traditionnelle, le juge administratif n'exerce qu'un contrôle minimum de l'erreur manifeste d'appréciation (ou de « disproportion ») quant à la gravité de la sanction retenue par l'administration par rapport à celle de la faute invoquée(53). Ainsi, sera annulée une révocation disciplinaire pour, notamment, manquement à l'obligation de respect, alors que l'agent a bénéficié par la suite d'un avancement de grade(54).

L'agent peut invoquer plusieurs arguments afin de s'exonérer de la responsabilité disciplinaire ainsi encourue. Parmi eux, l'état de santé, psychologique, du requérant est souvent invoqué. Le moyen n'est susceptible d'aboutir, de façon tout à fait classique, que si l'intéressé parvient à établir qu'au moment des faits il était privé de son discernement(55).

D'autres « stratégies » de défense sont envisageables, parfois imbriquées dans d'autres difficultés liées à l'inexécution du service. Il peut en être ainsi en matière d'exercice du droit de retrait. Nous ne reviendrons pas ici sur les conditions relatives à ce dernier, mais indiquerons simplement que ses conditions restrictives ne permettent qu'exceptionnellement à l'agent de s'exonérer de l'accomplissement de sa fonction. Mais les conditions de son exercice révèlent souvent une tension forte, au moment de l'invocation de ce droit par l'agent. C'est donc à cette occasion que le manquement à l'obligation de respect se concrétise, par exemple lorsqu'un agent déclare à son supérieur hiérarchique « qu'il pouvait penser ce qu'il voulait de son attitude »(56).

A priori, le manque de respect, en tout cas dans les cas d'espèce jugés jusqu'ici, ne constitue pas un manquement contraire à l'honneur, à la probité ou aux bonnes moeurs ; il peut donc bénéficier de l'amnistie(57).

\*\*\*

L'obligation pour tout agent de respecter sa hiérarchie est intrinsèque à la relation professionnelle. Elle se justifie sans doute encore plus en droit de la fonction publique qu'en droit privé, dans la mesure de l'accomplissement de la mission d'intérêt général confiée à tout agent public. En effet, cette mission induit le nécessaire rehaussement du supérieur, qui doit être obéi, sans que la contestation de sa personne ne vienne obscurcir la chaîne de décision.

Rappelons par ailleurs que tout agent public bénéficie du droit à une protection fonctionnelle, qui le garantit contre toutes les attaques subies à l'occasion de l'exercice de ses fonctions (art. 11 du Titre I du statut général). Cette protection est consacrée principalement dans le but de protéger les agents d'attaques en provenance des administrés ; mais elle constitue aussi, pour les subordonnés, une obligation qui leur est faite de respecter tous leurs supérieurs. Il s'agit d'une garantie essentielle du bon fonctionnement du service, en des temps où la relation à l'autorité semble contestée dans la société.

Le respect des fonctionnaires, dans leur fonction mais aussi dans leur personne, doit donc être promu dans l'opinion publique, en provenance des administrés(58), mais aussi en premier lieu entre agents publics eux-mêmes ; la déontologie n'en ressortira que renforcée, tant il est vrai que si « la discipline exige que le subordonné respecte le chef, elle exige aussi que le chef soit digne d'être respecté, et que lui-même respecte les lois » (Études littéraires, André Maurois).

(1) V., par ex., CAA Bordeaux, 3 nov. 2009, n° 09BX00691.

(2) Bien que parfois, la référence soit aussi utilisée par les CAA, ce qui complique l'analyse... V. CAA Bordeaux, 10 févr. 2009, n° 08BX01158.

(3) CE 31 mai 2006, n° 255390 ; le Conseil d'Etat lie en l'espèce l'obligation de respect à celles de dignité dans les fonctions et d'exemplarité.

(4) On peut dès lors s'interroger sur la pertinence de la rédaction d'offres d'emploi, dans la fonction publique territoriale, mentionnant expressément l'exigence de « respect de la hiérarchie » au sein des éléments du profil recherché.

(5) CE, Sect., 20 juin 1958, Louis.

(6) C.E., Ass, 13 mars 1953, Teissier : directeur du CNRS.

(7) CAA Bordeaux, 10 févr. 2009, n° 08BX01158.

(8) CAA Bordeaux, 21 févr. 2008, Commune de Saujon, n° 05BX00763.

(9) CAA Nantes, 13 juin 2008, n° 07NT02298, AJFP 2009. 133.

(10) CAA Marseille, 15 juin 2010, n° 07MA01489 ; l'arrêt évoque de façon intéressante que le litige trouve vraisemblablement sa source dans un « conflit à caractère personnel évident » ; sans toutefois que le détournement de pouvoir ne soit évoqué. Plus largement, une étude approfondie du contentieux de la fonction publique laisse souvent planer, en filigrane, la fixation de tels conflits personnels, qui n'auraient pas dû conduire à la saisine du juge. La généralisation du recours administratif préalable obligatoire, doublé d'une obligation d'examen réel de la réclamation (avec

obligation de motivation), serait peut-être à même d'améliorer la situation. Rappelons que le statut oblige à motiver toute sanction disciplinaire, dans le but d'obliger l'autorité qui prononce une sanction à préciser elle-même, dans sa décision, les griefs qu'elle entend retenir à l'encontre du fonctionnaire intéressé, de sorte que ce dernier puisse, à la seule lecture de la décision qui lui est notifiée, connaître les motifs de la sanction qui le frappe (par ex. CAA Nancy, 27 mai 2010, n° 09NC01387).

(11) CAA Bordeaux, 10 févr. 2009, n° 08BX01158, préc.

(12) CAA Douai, 28 janv. 2010, n° 08DA01083.

(13) CAA Bordeaux, 21 févr. 2008, Commune de Saujon, n° 05BX00763, préc.

(14) CAA Paris, 11 juin 2008, n° 06DA01674 ; F. Colin, La récidive administrative, AJDA 2009. 2148.

(15) CAA Nantes, 13 juin 2008, n° 07NT02298, préc.

(16) CAA Paris, 29 sept. 2003, n° 01PA00365,

(17) Par ex. CE, 10 juin 1992, n° 97304 : la sanction est bien justifiée au regard du manquement consécutif à des propos insolents prononcés envers un supérieur, mais aucun manquement à l'obligation de réserve n'est retenu.

(18) Par ex. CE, Sect., 8 juin 1962, Prischmann.

(19) CAA Versailles, 11 mars 2008, n° 06VE00698 : agent qui a tenu à de multiples reprises des propos violents, insultants et menaçants à l'encontre de ses supérieurs hiérarchiques. On remarquera que l'administration avait également invoqué dans les motifs de la sanction le manquement à l'obligation de respect à l'encontre des collègues de l'intéressée, mention non mentionnée par la Cour.

(20) Par ex. changement de supérieur (particulièrement dans le cas de la politisation de la fonction publique territoriale), avec nouvelles méthodes de « management », ou évolution des relations personnelles, « climat » qui règnerait au sein des services.

(21) CAA Nantes, 2 juill. 2010, n° 10NT00319, Riou, AJFP 2011. 100.

(22) Si l'agent s'attaquait à ces collègues, on pourrait sans doute aussi rattacher dans ce cas un manquement à l'obligation de dignité.

(23) CAA Marseille, 20 avr. 2010, n° 08MA02645.

(24) CAA Bordeaux, 3 nov. 2009, n° 09BX00691.

(25) Sauf si l'agent a déjà informé en vain son supérieur : CAA Versailles, 22 janv. 2009, n° 07VE03295.

(26) Obligation généralisée elle aussi, quelle que soit la fonction publique. R. Hernu, Le devoir de loyauté du fonctionnaire des Communautés Européennes, RTD eur. 2002. 685. L'Union européenne consacre ainsi dans son guide sur les obligations des fonctionnaires et agents du parlement européen (Code de bonne conduite ; PV BUR 11.03.2002/Annexe) un devoir de respect à l'égard des collègues formulé de la manière suivante (point II-D) :

« 1. Dans le service, le fonctionnaire ou agent ne doit en aucun cas porter atteinte à la dignité de ses collègues de tout grade par un comportement déplacé ou des propos agressifs ou diffamatoires. De tels comportements ou propos sont passibles de sanctions disciplinaires.

2. Le fonctionnaire ou agent doit par ailleurs se montrer respectueux des personnes, tant à l'égard de ses chefs que de ses collègues ou de ses subordonnés. Ne peuvent être en aucun cas tolérées des attitudes montrant un manque total de respect tel que le refus d'exécuter les instructions reçues, d'apporter sa collaboration ou son assistance à un collègue surchargé de travail, de se présenter dans son service dans un état non compatible avec la dignité liée à l'exercice des fonctions ».

(27) CEDH 8 déc. 1999, n° 28591/95, Pellegrin c/ France, AJDA 2000. 526, chron. J.-F. Flauss ; AJFP 2000. 52 ; RFDA 2000. 1268, étude J. Kissangoula, qui évoque le « lien spécial de confiance et de loyauté » entre l'intéressé et l'État employeur.

(28) CE 10 avr. 2009, M. Petit, n° 312092, AJDA 2009. 1334.

(29) CAA Bordeaux, 21 févr. 2008, Commune de Saujon, n° 05BX00763, préc.

(30) Par ex. CAA Nantes, 11 mai 2000, n° 96NT02081.

(31) Par ex. CAA Paris, 4 mars 2004, Ministre de l'Education nationale, n° 99PA04025.

(32) CAA Paris, 4 mars 2008, n° 06PA01830.

(33) CAA Nantes, 28 juin 2002, n° 00NT00186.

(34) CAA Nancy, 1er juin 2006, Commune de Carignan, n° 04NC00679.

(35) CAA Marseille, 20 avr. 2010, n° 08MA02645, préc. ; CAA Bordeaux, 3 juill. 1995, n° 94BX01230.

(36) CAA Bordeaux, 3 nov. 2009, n° 09BX00691.

(37) CE 15 mai 2009, Centre de long séjour - Maison de retraite de Vallauris, n° 311151. C'est donc bien la manifestation de la subordination hiérarchique qui est au coeur de l'obligation de respect, puisque l'impertinence consiste justement à choquer par un comportement trop libre.

(38) CAA Paris, 10 juin 2008, n° 06PA03101 ; CE 17 oct. 1990, Bureau d'Aide sociale de la ville d'Hem, n° 61260.

(39) CE 3 oct. 1994, n° 141961.

(40) CAA Bordeaux, 10 févr. 2009, n° 08BX01158, préc.

(41) On pense notamment au développement de sites internet, blogs d'agents publics, ou encore de pages « Facebook ».

(42) CAA Lyon, 5 mai 2010, n° 09LY00665 : en l'espèce, la Cour retient notamment que le requérant, brigadier-major de la police nationale, avait fait immatriculer ses véhicules à l'adresse du commissariat central.

(43) CAA Bordeaux, 3 nov. 2009, n° 09BX00691.

(44) CAA Douai, 19 mars 2008, Banque de France, n° 06DA00843 ; CAA Douai, 28 déc. 2007, Centre hospitalier de Loos, n° 06DA00835.

- (45) La lecture de l'ensemble du contentieux relatif à l'obligation de respect de la hiérarchie laisse supposer que le manquement à l'obligation de respect ne soit pas suffisant à lui seul pour justifier une révocation.
- (46) CAA Nancy, 27 mai 2010, n° 09NC01387, préc.
- (47) D'où la difficulté, parfois, de dégager la vérité dans des litiges inspirés par des motifs d'opposition personnelle entre supérieur et subordonné.
- (48) CAA Nancy, 2 mars 2006, Commune de Champagnole, n° 03NC00916.
- (49) CAA Versailles, 11 mars 2008, n° 06VE00698, préc.
- (50) CAA Nancy, 1er juin 2006, Commune de Carignan, n° 04NC00679, préc.
- (51) CE, 16 juin 1989, Ministre de la culture, n° 95401 ; cité in J.-Cl. Fonctions Publiques, fasc. 310, § 91.
- (52) CAA Douai, 28 déc. 2007, Centre hospitalier de Loos, n° 06DA00834 : affaire liant notamment respect et négligences.
- (53) CAA Nantes, 28 juin 2002, n° 00NT00186, préc.
- (54) CAA Bordeaux, 3 juill. 1995, n° 94BX01230, préc.
- (55) CAA Lyon, 5 mai 2010, n° 09LY00665, préc.
- (56) CAA Bordeaux, 3 nov. 2009, n° 09BX00691, préc.
- (57) CAA Bordeaux, 19 déc. 2005, n° 03BX00190 ; CE, 16 juin 1978, n° 04743, Dubourdieu.
- (58) Rappelons que lors de l'apparition du mot « fonctionnaire », le dictionnaire de l'Académie française, en l'an X, indiquait : « le peuple doit respecter et honorer les fonctionnaires ». Ponctuellement, cette obligation de respect ressurgit ; p. ex. dans la réflexion qui a été menée par la commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature, qui a évoqué le « respect que l'on doit à la fonction de magistrat » (cité in J.Cl. Fonctions publiques, fasc. 790, § 81).

## Sous-section 2 – Le fonctionnaire doit se dévouer au service

### A – L'obligation de désintéressement et de probité

#### 1 – Principes généraux : une obligation à la fois administrative et pénale

La jurisprudence administrative a posé, de longue date, un ensemble de prescriptions visant à garantir le désintéressement et la probité du fonctionnaire :

- Tout fonctionnaire doit conserver son indépendance à l'égard de ceux qu'il est chargé de contrôler pour le compte de l'administration (CE, 19 mars 1997, C., T.) ;
- Il doit toujours refuser de recevoir une rémunération directe et personnelle des usagers (CE, Sect., 21 févr. 1936, *SA Les Armateurs français*, Rec. p. 226) ;
- Il ne peut accepter d'être nommé dans une fonction où il serait en situation de prise illégale d'intérêts (CE, Ass., 6 déc. 1996, *Société Lambda*, au GAJA).

Ainsi, les fonctionnaires ne peuvent prendre, par eux-mêmes ou par personnes interposées, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent ou en relation avec cette dernière, des intérêts de nature à compromettre leur indépendance.

Tout manquement à cette interdiction constitue une faute de nature à entraîner une sanction disciplinaire. Un tel manquement peut constituer, en outre, une infraction pénale. Ainsi, aux termes de l'article 432-12 du code pénal, le fait, par un fonctionnaire, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont il a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement constitue une infraction pénale punie de 5 ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende.

Le fonctionnaire qui a cessé définitivement ses fonctions ou qui est placé en disponibilité, en détachement, qui est mis à disposition ou qui est exclu temporairement de fonctions ne peut exercer, pendant un délai de 3 ans à compter de la cessation des fonctions :

- une activité professionnelle dans une entreprise privée ou recevoir une participation par conseil ou capitaux lorsqu'il a été, au cours des trois dernières années précédant

sa cessation d'activité, chargé, à raison même de sa fonction, soit de surveiller ou contrôler cette entreprise, soit de passer des marchés ou contrats avec cette entreprise ou d'exprimer un avis sur de tels marchés ou contrats, soit de proposer à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par cette entreprise ou de formuler un avis sur de telles décisions ;

- une activité lucrative, salariée ou non, dans un organisme ou une entreprise privée ou une activité libérale si, par sa nature ou ses conditions d'exercice et eu égard aux fonctions précédemment exercées par l'intéressé, cette activité porte atteinte à la dignité desdites fonctions ou risque de compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service.

Ces dispositions s'appliquent également aux agents non titulaires, pendant un délai de 3 ans à compter de la cessation de leurs fonctions.

Le fonctionnaire ou agent non titulaire qui cesse définitivement ses fonctions ou demande à être placé dans l'une des positions ou situations mentionnées ci-dessus (ou congé sans rémunération) et qui se propose d'exercer une activité privée doit en informer l'autorité dont il relève. Cette autorité consulte alors une commission, instituée à cet effet, chargée d'apprécier la compatibilité, avec les fonctions précédentes de l'intéressé, de l'activité qu'il souhaite exercer (et qui est désormais unique et commune aux trois fonctions publiques).

En cas de violation de l'interdiction ainsi prévue, le fonctionnaire retraité peut faire l'objet de retenues sur pension et éventuellement, être déchu de ses droits à pension.

En outre, le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que fonctionnaire ou agent public, à raison même de sa fonction, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure avec elle des contrats de toute nature, soit d'exprimer son avis sur les opérations effectuées par cette entreprise, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans cette entreprise avant un délai de 3 ans constitue une infraction pénale punie de 2 ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende.

Toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément au droit privé est assimilée à une entreprise privée pour l'application de ces règles de déontologie. Les interdictions déontologiques s'étendent aux sociétés mères et aux sociétés filles et sœurs de l'entreprise qui recrute l'agent public.

## 2 – Le cas particulier des cadeaux

Le statut général de la fonction publique ne traite pas de la question des cadeaux et se limite à l'énoncé de grandes règles déontologiques. Afin d'examiner la régularité d'un cadeau, en l'absence de droit écrit, il convient de s'appuyer sur la jurisprudence existante qui retient les critères suivants

pour évaluer la régularité du cadeau<sup>3</sup> :

---

<sup>3</sup> Pour approfondir : voir F.COLIN, l'encadrement par le droit de la fonction publique des cadeaux faits aux agents, AJFP, décembre 2011.

- ⇒ L'expression de la volonté
  - de l'administré dont l'intention ne doit pas être de peser sur la décision de l'agent public dans le cadre de sa fonction;
  - de l'agent public qui ne doit pas demander un cadeau, en contre partie d'un service.
- ⇒ Le caractère indu du cadeau : il est plus facile à mettre en évidence lorsque des orientations de l'administration proscrivent clairement la réception de cadeaux. Le juge apprécie la proportion de la sanction en tenant compte de la nature des fonctions exercées par l'agent et de la gravité de ses agissements.
- ⇒ L'avantage direct ou indirect procuré à l'agent ou à ses proches.
- ⇒ Le moment : lorsqu'il est antérieur à la prise de décision de l'agent public concernant l'administré, il est réputé illégal, car il place l'agent public en position de débiteur.
- ⇒ La valeur symbolique : le cadeau qui est connu de tous, et qui est fait dans la transparence, est en principe accepté (par ex. chocolat).

Il convient de préciser que le caractère individuel ou collectif du cadeau n'importe pas. Dès lors que le cadeau compromet la probité des agents qui en bénéficient, il est illégal. C'est notamment le cas lorsque le service perçoit en contrepartie d'une décision « une rente de situation » (ex un dîner pour le service ou des tarifs spéciaux sur un produit de l'entreprise qui a remporté le marché).

Les agents publics sont soumis à une obligation générale de moralité qui leur interdit d'accepter tout cadeau susceptible de mettre en doute leur impartialité, leur probité, dans l'accomplissement de leur fonction d'intérêt général. L'application de ce principe implique la plus grande vigilance du fonctionnaire dans la relation avec les tiers, notamment concernant les cadeaux.

Accepter un cadeau de l'utilisateur peut ainsi constituer un manquement au devoir de probité du fonctionnaire passible de sanction et cela quelle que soit la forme du don (biens en nature, sommes d'argent...).

De même, recevoir à plusieurs reprises des cadeaux, avantages ou sommes d'argent en contrepartie d'interventions ou de promesses d'intervention dépourvues de lien avec ses obligations de service porte « atteinte à la considération de l'ensemble de son administration et en particulier du corps de fonctionnaires » auquel l'agent appartient.

A noter que l'interdiction de recevoir des cadeaux ne se limite pas aux agissements commis à l'intérieur de l'administration ou pendant le service, dès lors qu'il y a contrepartie attendue de la part de l'utilisateur.

### ***B – Le respect de l'exclusivité des fonctions principales***

Les agents publics doivent consacrer l'ensemble de leur temps de travail à leurs fonctions principales et ne peuvent, en principe, exercer à titre professionnel une activité privée lucrative.

Le principe de l'interdiction du cumul d'activité est posé par l'article 25- I de la loi du 13 juillet 1983 qui dispose que : « *les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public consacrent l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées. Ils ne peuvent exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit.* »

Il est applicable aux fonctionnaires et aux agents non titulaires, à temps partiel ou à temps plein, occupant un emploi à temps complet ou à temps non complet, aux agents placés en congé de maladie ou en congé annuel. Le régime de cumul ne s'applique pas aux agents en position de congé parental.

La loi interdit l'exercice des activités privées suivantes y compris si elles sont à but non lucratif :

- la participation aux organes de direction de sociétés ou d'associations, hormis celles qui présentent le caractère d'une œuvre sociale ou philanthropique qui n'ont pas de but lucratif et dont la gestion est désintéressée (et qui sont donc exonérées de TVA) ;
- le fait de donner des consultations, de procéder à des expertises et de plaider en justice dans les litiges intéressant toute personne publique (même devant une juridiction étrangère ou internationale), sauf au profit d'une personne publique ;
- la prise, directement ou par personnes interposées, d'intérêts de nature à compromettre l'indépendance de l'agent, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle il appartient ou en relation avec cette dernière ;
- la création ou la reprise d'une entreprise si le fonctionnaire occupe un emploi à temps complet et qu'il exerce ses fonctions à temps plein ;
- le cumul d'un emploi permanent à temps complet avec un ou plusieurs autres emplois à temps complet.

La violation des dispositions relatives au cumul donne lieu au reversement des sommes indûment perçues, par voie de retenue sur le traitement et engage la responsabilité disciplinaire de l'agent voire pénale en cas de prise illégale d'intérêts.

Ce principe général est assorti de certaines dérogations et aménagements, synthétisées dans le tableau ci-dessous :

Catégories de dérogations	Règles applicables
<b>Dérogations liées à diverses activités</b>	<p>Les fonctionnaires et agents non titulaires peuvent</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- détenir des parts sociales et percevoir les bénéfices afférents ; ils gèrent librement leur patrimoine familial et personnel. Cette liberté a pour limite l'acquisition de la qualité de dirigeant, de gérant ou de commerçant ;</li> <li>- produire des œuvres de l'esprit (au sens des articles L. 112- 1, L. 112-2 et L. 112-3 du code de la propriété intellectuelle) dans le respect des dispositions relatives aux droits d'auteur des agents publics, et des obligations de secret professionnel et de discrétion professionnelle qui leur incombent ;</li> <li>- exercer à titre accessoire les fonctions d'agent recenseur, par dérogation aux règles de droit commun en matière de cumul (art. 156 V loi n°2002-276 du 27 février 2002) ;</li> <li>- bénéficier d'un contrat "vendanges" de droit privé à durée déterminée (art. L. 718-6 C. rural) ;</li> <li>- remplir les fonctions de syndic de la copropriété au sein de laquelle ils sont eux-mêmes propriétaires ; cette activité n'est pas considérée comme activité privée lucrative, à condition qu'elle ait un caractère occasionnel et qu'elle soit compatible avec l'exercice de l'emploi.</li> </ul>
<b>Dérogations liées à l'exercice d'activités accessoires</b>	<p>Les fonctionnaires et agents non titulaires peuvent être autorisés à exercer à titre accessoire une ou plusieurs activités, lucratives ou non, auprès d'une personne ou d'un organisme public ou privé, dès lors que cette activité est compatible avec leurs fonctions, n'affecte pas leur exercice, et ne porte pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service. L'activité accessoire ne peut être exercée qu'en dehors des heures de service de l'agent. L'activité est dite " accessoire " si elle s'inscrit dans le cadre d'un cumul et si elle ne constitue pas une modalité d'exercice de l'activité principale de l'agent, inhérente à sa fonction et exercée dans le cadre de son service.</p>
<b>Dérogation liée à la création ou à la reprise d'une entreprise</b>	<p>Cette dérogation peut être ouverte pendant une durée maximale de deux ans à compter de cette création ou reprise et peut être prolongée pour une durée maximale d'un an.</p>
<b>Dérogations spécifiques aux agents occupant un emploi à temps non complet</b>	<p>Les agents occupant un emploi à temps non complet dont la durée de service hebdomadaire n'excède pas 70% de la durée légale du travail peuvent :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- exercer, auprès d'une personne ou d'un organisme public ou privé, des activités accessoires ;</li> <li>- exercer une ou plusieurs activités privées lucratives, sans qu'il y ait de liste limitative des activités possibles.</li> </ul>

Par ailleurs, les agents publics sont libres de produire des œuvres scientifiques, littéraires ou artistiques, « œuvres de l'esprit » au sens des articles L. 112-1, L. 112-2 et L. 112-3 du code de la propriété intellectuelle, dans le respect des dispositions relatives au droit d'auteur des agents publics.

Ont notamment été considérées comme des activités de création intellectuelle librement cumulables avec une fonction publique : la peinture (CE, 23 novembre 1992, M. ROCHE, n° 89148), l'interprétation d'une œuvre musicale (CE, 8 novembre 2000, THEVENET, n° 200 835) ; la rédaction d'articles de journaux... En revanche le cumul n'a pas été admis pour la

présentation d'émissions radiophoniques ou télévisées, ou l'édition d'ouvrages à caractère publicitaire.

**Enfin, deux dérogations traditionnelles perdurent sous réserve d'autorisation :**

- ✓ Les enseignements ou formations ;
- ✓ L'exercice des professions libérales découlant de la nature des fonctions des membres du personnel enseignant, technique ou scientifique des établissements d'enseignement et des membres des professions artistiques [tel est le cas des professeurs de droit qui peuvent parallèlement exercer la fonction d'avocat].

Ces différents cumuls sont subordonnés à une autorisation hiérarchique délivrée à la condition que les activités privées ne portent pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service.

### *C – L'obligation de prévenir tout conflit d'intérêt*

L'article 2 de la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires crée un article 25 bis au sein du titre 1 du statut général de la fonction publique, qui définit la notion de conflit d'intérêts dans la fonction publique.

Un conflit d'intérêts est constitué par « *toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions* » du fonctionnaire. Ce dernier doit prévenir ou faire cesser immédiatement toute situation de conflit d'intérêts dans lequel il se trouve ou pourrait se trouver.

Pour cela, les nouvelles dispositions de l'article 25 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 précitée prévoient une démarche de prévention que le fonctionnaire doit impérativement suivre lorsqu'il estime se trouver –ou risquer de se trouver- en situation de conflit d'intérêts:

- ➡ prévenir, lorsqu'il est en position hiérarchique, son supérieur, qui appréciera s'il convient de confier le dossier à une autre personne ;
- ➡ s'abstenir d'user d'une délégation de signature ;
- ➡ s'abstenir de siéger ou le cas échéant, de délibérer au sein d'une instance collégiale, se faire suppléer si cela est nécessaire ;
- ➡ dans l'hypothèse où il exerce des compétences qui lui ont été dévolues en propre, les confier à un délégataire auquel il devra s'abstenir d'adresser des instructions.

La loi impose également des obligations procédurales à l'égard des catégories de fonctionnaires les plus élevées dans la hiérarchie administrative :

- obligation de déclaration d'intérêts pour certains emplois de responsabilité ;
- obligation de gestion déléguée des instruments financiers d'un fonctionnaire assumant des responsabilités en matière économique et financière ;

- obligation de déclaration de situation patrimoniale pour certaines catégories de hauts fonctionnaires.

Les fonctionnaires ne peuvent prendre, par eux-mêmes ou par personnes interposées, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent ou en relation avec cette dernière, des intérêts de nature à compromettre leur indépendance.

Tout manquement à cette interdiction constitue une faute de nature à entraîner une sanction disciplinaire. Un tel manquement peut constituer, en outre, une infraction pénale.

Code pénal, art. 432-12 : Le fait, par un fonctionnaire, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont il a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement constitue une infraction pénale punie de 5 ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende.

Le fonctionnaire qui a cessé définitivement ses fonctions ou qui est placé en disponibilité, en détachement, en position hors cadre, qui est mis à disposition ou qui est exclu temporairement de fonctions ne peut, pendant un délai de 3 ans à compter de la cessation des fonctions :

- une activité professionnelle dans une entreprise privée ou recevoir une participation par conseil ou capitaux lorsqu'il a été, au cours des trois dernières années précédant sa cessation d'activité, chargé, à raison même de sa fonction, soit de surveiller ou contrôler cette entreprise, soit de passer des marchés ou contrats avec cette entreprise ou d'exprimer un avis sur de tels marchés ou contrats, soit de proposer à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par cette entreprise ou de formuler un avis sur de telles décisions ;
- une activité lucrative, salariée ou non, dans un organisme ou une entreprise privée ou une activité libérale si, par sa nature ou ses conditions d'exercice et eu égard aux fonctions précédemment exercées par l'intéressé, cette activité porte atteinte à la dignité desdites fonctions ou risque de compromettre ou mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service.

Ces dispositions s'appliquent également aux agents non titulaires, pendant un délai de 3 ans à compter de la cessation de leurs fonctions.

Le fonctionnaire ou agent non titulaire qui cesse définitivement ses fonctions ou demande à être placé dans l'une des positions ou situations mentionnées ci-dessus (ou congé sans rémunération) et qui se propose d'exercer une activité privée doit en informer l'autorité dont il relève. Cette autorité consulte alors une commission, instituée à cet effet, chargée d'apprécier la compatibilité, avec les fonctions précédentes de l'intéressé, de l'activité qu'il souhaite exercer (et qui est désormais unique et commune aux trois fonctions publiques).

En cas de violation de l'interdiction ainsi prévue, le fonctionnaire retraité peut faire l'objet de retenues sur pension et éventuellement, être déchu de ses droits à pension.

En outre, le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que fonctionnaire ou agent public, à raison même de sa fonction, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure avec elle des contrats de toute nature, soit d'exprimer son avis sur les opérations effectuées par cette entreprise, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans cette entreprise avant un délai de 3 ans constitue une infraction pénale punie de 2 ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende.

Toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément au droit privé est assimilée à une entreprise privée pour l'application des règles de déontologie ;

Les interdictions déontologiques s'étendent aux sociétés mères et aux sociétés filles et sœurs de l'entreprise qui recrute l'agent public.

*La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 10-11, 9 Mars 2015, 2086*

### **Conflits d'intérêts et responsabilisation des fonctionnaires**

Etude rédigée par : Didier Jean-Pierre  
professeur agrégé de droit public  
université d'Aix-Marseille  
avocat, CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon

Sommaire

***La question des conflits d'intérêts dans la fonction publique connaît un regain de jeunesse depuis quelques années. Pendant longtemps le choix des pouvoirs publics a été celui de la répression de certains comportements intéressés. Le projet de loi relatif à la « déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires » opte clairement pour la prévention. La tendance est à la responsabilisation des agents et non à l'engagement de responsabilité. Néanmoins l'utilité des dispositions envisagées peut être débattue et replacée dans un contexte plus général.***

1. - En 1845, Vivien, dans ses fameuses « Études administratives » écrivait judicieusement « à des administrateurs impartiaux, équitables et vigilants, la confiance et la sympathie ne font jamais défaut... Par une heureuse nécessité, pour les Gouvernements comme pour les individus, la vertu ne constitue pas seulement une obligation morale, elle est encore un calcul bien entendu ». Probablement est-ce ainsi que l'on pourrait résumer l'interdiction des conflits d'intérêts dans la fonction publique que les pouvoirs publics souhaitent insérer au sein de la déontologie statutaire.

2. - En effet, le premier chapitre du premier titre du projet de loi de Marylise Lebranchu du 17 juillet 2013 intitulé « De la déontologie et de la prévention des conflits d'intérêts » Note 1 propose une définition du conflit d'intérêts dans la fonction publique qui fait écho à la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. Pour éviter que ne pèsent sur les seuls élus de la République le soupçon du conflit d'intérêts, la fonction publique serait, elle aussi, dotée de règles et de nouveaux impératifs destinés à décourager les comportements intéressés. Comme le pressentait Vivien, la lutte contre les conflits d'intérêts est autant une action politique destinée à rassurer l'opinion publique qu'à renforcer la déontologie des fonctionnaires. Cette dernière n'a pas dû apparaître trop en danger si l'on en croit les délais pour adopter le texte, le projet de loi ayant été déposé devant l'Assemblée nationale en juillet 2013 et n'étant toujours pas adopté à ce jour.

3. - Le texte gouvernemental pourrait néanmoins être salué pour son courage et sa nouveauté. Il est vrai que le thème de l'action publique et des conflits d'intérêts est régulièrement sous le feu de l'actualité sans d'ailleurs que les élus et fonctionnaires cités dans la presse soient convaincus des faits reprochés et condamnés. Il est bien sûr inévitable de songer aux affaires du Médiateur, de l'hippodrome de Compiègne, de ministres empêtrés dans des histoires de marchés publics et de famille ou de conseillers politiques et fonctionnaires liés à des laboratoires pharmaceutiques.

4. - Pourtant, l'observation historique incline à tempérer l'enthousiasme par rapport au caractère novateur de l'approche gouvernementale. On constate ainsi que les politiques de lutte contre les conflits d'intérêts s'inscrivent en réaction face à trois types de situations qui peuvent d'ailleurs se rencontrer parfois simultanément.

5. - En premier lieu, il peut s'agir d'intervenir dans un contexte de crise économique. Ce fut le cas par exemple du décret du 3 septembre 1793 qui imposait à « tout fonctionnaire et tous percepteurs de deniers publics » de faire état de la fortune qu'ils avaient acquise depuis le début de la Révolution. On peut citer également la loi du 24 vendémiaire an III qui disposait qu' « aucun citoyen ne peut exercer ni concourir à l'exercice d'une autorité, chargée de la surveillance médiate ou immédiate des fonctions qu'il exerce dans une autre qualité ». En revanche, les périodes de prospérité économique ne sont guère favorables à l'affermissement des vertus de la fonction publique qui ne semblent plus faire partie des priorités politiques. Ainsi, la période 1820-1865 voit se « forger la légende dorée de riches fonctionnaires qui voulaient être considérés comme des fonctionnaires banquiers »<sup>Note 2</sup>.

6. - En deuxième lieu, des mesures de lutte contre les conflits d'intérêts sont mises en oeuvre en réaction à des scandales qui éclaboussent politiques et/ou fonctionnaires. Tel était le cas du décret-loi du 4 avril 1934 qui interdisait la participation des fonctionnaires aux organismes de direction des sociétés commerciales à la suite de l'affaire Stavisky. On pense aussi à la loi du 4 juillet 1889 qui crée le délit de trafic d'influence à la suite du scandale des décorations accordées par le gendre du président de la République Jules Grévy.

7. - En dernier lieu, la lutte contre les conflits d'intérêts s'inscrit dans une vision vertueuse de la fonction publique et s'inscrit dans le cadre d'une véritable politique de la fonction publique menée par les pouvoirs publics. L'on songe à l'article 10 de la loi du 6 octobre 1919<sup>Note 3</sup> selon lequel les fonctionnaires doivent respecter un délai minimum de cinq ans à compter de leur cessation de fonctions, avant de pouvoir prendre des participations dans des entreprises dont ils ont eu à exercer la surveillance durant l'exercice de leurs fonctions. Un peu plus tard, l'avènement du Front populaire avait entraîné l'adoption de la loi du 20 juin 1936 suivi de celle du décret du 29 octobre 1936 dont les dispositions restreignaient les possibilités de cumuls d'emplois et de rémunérations pour les fonctionnaires. L'abrogation de ce texte en 2007 correspondait aux nouvelles préoccupations gouvernementales de permettre aux agents publics de cumuler plus facilement leurs fonctions avec l'exercice d'une activité privée lucrative ou d'aller pantoufler dans le secteur privé. Les motifs qui sous-tendaient l'esprit de 2007 étaient de permettre la mobilité et le départ, peut-être définitif, de fonctionnaires vers le secteur privé, soulageant ainsi les finances publiques, mais aussi d'autoriser le cumul de rémunérations rendant ainsi moins douloureux le gel du point d'indice.

8. - Pour résumer notre propos, la lutte contre les conflits d'intérêts témoigne d'une époque, correspond souvent à une période de tension, participe d'une recherche active d'un nouveau lien social entre fonctionnaires et citoyens. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que le législateur d'aujourd'hui soit à nouveau saisi de ce sujet.

9. - Les conflits d'intérêts des fonctionnaires sont essentiellement envisagés sous l'angle des rapports avec les intérêts privés, peu avec les intérêts publics. En s'inspirant de la définition donnée par le Code de conduite des agents publics du Conseil de l'Europe, le conflit d'intérêt pourrait être présenté comme la confrontation de l'intérêt général que le fonctionnaire doit servir avec son intérêt personnel, celui de sa famille ou d'organismes privés avec lesquels il a des relations d'affaires ou politiques. Mais le conflit d'intérêts publics ne fait guère l'objet de réflexions abouties. La commission Sauvé ne retenait d'ailleurs pas une telle hypothèse. Le sujet est évidemment délicat et même parfois politiquement sensible. Il concerne la question du cumul des mandats, des cours administratives suprêmes qui exercent une fonction de conseil du Gouvernement, des coopérations institutionnelles et des tutelles<sup>Note 4</sup>, ou encore les cas dans lesquels l'autorité administrative poursuit et sanctionne les auteurs de manquements à des obligations.

10. - Jusqu'au début des années 1990 la lutte contre les conflits d'intérêts s'était résumée à une politique essentiellement répressive par la voie de l'action pénale ou disciplinaire. Mais les pouvoirs publics ont entamé un nouveau cycle de réflexion et ont fait le choix d'une responsabilisation des fonctionnaires par la prévention plutôt que par la répression, autrement dit le choix de la responsabilisation plutôt que celui de l'engagement de responsabilité. C'est avec cette clé de lecture qu'il faut parcourir le projet de loi « Déontologie » qui ferait de l'interdiction d'être en situation de conflit d'intérêts une nouvelle obligation déontologique relevant de la « hard law » mais qui ne rompt pas avec la politique de prévention privilégiée ces dernières années.

### **1. Une nouvelle obligation déontologique**

11. - L'introduction dans le statut général de la fonction publique d'une nouvelle obligation déontologique rend indispensable la réflexion sur le contenu de la notion de conflit d'intérêts et le constat de son dualisme mais amène aussi à s'interroger sur l'utilité réelle de cette nouvelle obligation.

#### A. - Le dualisme de la notion de conflits d'intérêts

12. - Il est indéniable que, depuis 2010, « le chantier des conflits d'intérêts » Note 5 aura connu une nette accélération et donné lieu à la réunion de plusieurs groupes de travail et à la remise de rapports. Celui de la commission présidée par Jean-Marc Sauvé « pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique », remis le 26 janvier 2011 au président de la République, proposait une définition très proche de celle retenue finalement par la loi du 11 octobre 2013 mais écartait la possibilité de conflits d'intérêts publics, d'ordre institutionnel ou structurel. Peu après, le rapport rendu en novembre 2012, par la Commission Jospin, pour un renouveau démocratique, a finalement intégré dans sa définition les conflits d'intérêts entre intérêts publics et cette hypothèse a finalement été reprise à son compte par les rédacteurs du projet de loi sur la déontologie de la fonction publique.

13. - Le projet de loi du 17 juillet 2013 propose en effet la définition suivante : « constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à compromettre l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions ». Sans être parfaitement identique, cette définition est inspirée par la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique qui identifie dans le conflit d'intérêts une situation d'interférence « qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ». Une harmonisation des rédactions serait souhaitable dans la mesure où mieux vaudrait éviter s'agissant d'une notion nouvelle introduite dans notre droit les multiples interprétations justifiées par les divergences de rédaction. L'interprétation de la notion de conflit d'intérêts posera sans nul doute à elle seule certaines difficultés. Si l'on peut admettre le caractère relativement objectif de la notion de conflit qui s'appréciera à l'aune de comportements standards, la notion d'intérêts sera sujette à plus de subjectivité et dépendra davantage de la situation personnelle de l'agent public.

14. - Dans l'esprit du législateur, la notion de conflit d'intérêts semble s'analyser prioritairement comme une obligation de ne pas faire ou bien comme une obligation d'abstention. Il convient néanmoins de nuancer la force de cette affirmation car l'interdiction d'être en situation de conflit d'intérêts peut requérir également une intervention active du fonctionnaire en l'obligeant à garantir son indépendance à l'égard de ses intérêts familiaux ainsi que son indépendance financière.

15. - Pourtant, à ce jour, le droit français est loin d'être totalement démuné face aux situations « d'interférence » dans lesquelles peuvent se trouver les fonctionnaires et agents publics. La nécessité d'ajouter une nouvelle notion juridique peut donc se discuter.

#### B. - Une notion dont l'utilité peut être discutée

16. - Lorsque l'on évoque la question des conflits d'intérêts, il est impossible de ne pas songer au dispositif normatif déjà existant constitué principalement du délit de prise illégale d'intérêts et de l'interdiction statutaire qui a le même objet rappelée par l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

17. - Le délit de prise illégale d'intérêt est envisagé par les articles 432-12 et 432-13 du Code pénal.

L'article 432-12 du Code pénal prohibe « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement ». Le manquement à cette obligation est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 euros d'amende avec en plus la possibilité de peines complémentaires d'inéligibilité et l'interdiction d'exercer une fonction publique en application de l'article 432-17 du Code pénal.

18. - La Cour de cassation a eu l'occasion d'apporter quelques précisions quant à l'interprétation de ce délit. L'intérêt peut être de nature matérielle ou morale, direct ou indirect. Ce délit se consomme par le seul abus de la fonction indépendamment de la recherche d'un gain ou de tout autre avantage personnel Note 6. Un intérêt moral de nature familiale est suffisant pour caractériser l'infraction et il est indifférent que pour des raisons indépendantes de la volonté de l'agent l'opération en cause n'ait pu aboutir Note 7.

19. - Les réflexions sur le conflit d'intérêts ne cachent pas qu'elles aboutissent à remettre en cause l'article 432-12 du Code pénal comme l'ont d'ailleurs relevé certains auteurs pénalistes Note 8. Les travaux de la commission Sauvé ont été l'occasion de reprocher à cette disposition de prévoir des peines très sévères et d'avoir un champ d'application trop large, les notions de « surveillance » et « d'intérêt quelconque » autorisant une multitude d'interprétations. Comme l'exprimait Guy Carcassonne, ce délit peut être qualifié de « délit de caractère stalinien en ce que la prise illégale d'intérêts n'est pas vraiment définie : le juge apprécie au regard du dossier qui lui est soumis si l'intéressé s'est bien ou mal comporté ». En conséquence, le projet de loi sur la

transparence de la vie publique souhaitait modifier l'article 432-12 du Code pénal en remplaçant « un intérêt quelconque » par les mots « un intérêt personnel distinct de l'intérêt général », ce qui aurait eu pour effet d'en réduire la portée et de mettre fin à une jurisprudence de la Cour de cassation<sup>Note 9</sup>. Comme l'ont déjà relevé certains auteurs, il est tout de même étonnant « d'oeuvrer à une lutte plus efficace contre les conflits d'intérêts tout en réduisant la portée d'un instrument dont l'inefficacité n'est pas établie »<sup>Note 10</sup>. Pour éviter de prêter le flanc à cette critique parfaitement fondée, le Gouvernement a finalement renoncé à modifier le délit de prise illégale d'intérêts.

20. - Ce délit se conjugue à l'interdiction formulée par le statut général de la fonction publique (à l'article 25 3° de la loi du 13 juillet 1983) qui défend aux fonctionnaires « la prise, par eux-mêmes ou par personnes interposées, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent ou en relation avec cette dernière, d'intérêts de nature à compromettre leur indépendance. » Sur le fondement de ce texte a été prononcée, par exemple, la mise à la retraite d'office d'un officier sapeur-pompier au motif qu'il avait fait recruter son épouse dans une société vendant des extincteurs, aider son épouse à conclure des transactions et recommander aux personnes dont il vérifiait les installations de s'approvisionner auprès de cette société<sup>Note 11</sup>. De même, un ancien président d'université a été mis à la retraite d'office pour avoir fait recruter sa soeur comme fonctionnaire dans les services de l'université sans n'avoir respecté aucune procédure d'engagement. Il convient néanmoins d'observer que l'article 25 3° de la loi du 13 juillet 1983 ne brille pas par ses qualités rédactionnelles : il fait référence à des « intérêts » sans autre précision, il recourt à la notion d'indépendance sans la définir et la notion d'entreprise n'est pas des plus claires. Pour autant, cette disposition ne devrait pas être abrogée et remplacée par la notion de conflits d'intérêts. Une forme de concurrence entre ces dispositions statutaires pourrait donc s'installer.

21. - Le doute sur l'utilité de la notion de conflit d'intérêts est d'autant plus renforcé par le fait que d'autres règles et principes existent déjà et donnent un fondement à d'éventuelles poursuites disciplinaires. Il suffit d'évoquer les dispositions sur les cumuls d'activités et l'exercice d'activités privées par les agents publics ou de faire appel au principe général du droit relatif à l'impartialité de l'action administrative ou bien encore de mentionner l'obligation de neutralité des services publics ou le régime des incompatibilités en matière électorale<sup>Note 12</sup>. Toutes ces notions concourent chacune en fonction de leur champ d'application à la lutte contre les conflits d'intérêts.

22. - Il faut enfin souligner que la faute disciplinaire n'ayant pas de définition, tout comportement jugé fautif est punissable disciplinairement. Le besoin d'une incrimination légale serait certes indispensable en matière pénale mais précisément le manquement au dispositif prévu en matière de lutte contre les conflits d'intérêts n'est pas assorti de sanctions pénales, ce qui témoigne bien des intentions réelles du législateur qui sont de mettre davantage l'accent sur la prévention que sur la répression.

## **2. Le choix du législateur en faveur de la prévention des conflits d'intérêts**

23. - Une politique de prévention des conflits d'intérêts exige de surmonter un certain nombre d'obstacles et d'instaurer des mécanismes préventifs de nature à aider les fonctionnaires qui seraient potentiellement en situation de conflits d'intérêts.

### **A. - Les difficultés liées à la prévention des conflits d'intérêts**

24. - Comme l'écrit le conseiller d'État Christian Vigouroux, « le principe absolu est que le chargé de fonctions publiques devra éviter d'être en situation de conflit d'intérêts c'est-à-dire d'être en situation de choisir ou d'être soupçonné de choisir son intérêt propre, direct ou indirect plutôt que l'intérêt public qu'il est censé servir »<sup>Note 13</sup>. Lors de sa réflexion sur les conflits d'intérêts, la commission Sauvé avait identifié deux écueils lors de l'élaboration d'une politique de prévention, d'une part, « le parti pris de soupçon et d'une quête absolutiste de transparence, peu soucieuse de la vie privée des acteurs publics, qui ne pourrait que déboucher sur des procès d'intention permanents » (Rapport p. 9) et, d'autre part, le fait d'en rester au domaine des « simples recommandations de comportement souvent qualifiées de « soft law », laissant aux personnes concernées le soin de déterminer, par elles-mêmes, les situations à éviter et donnant toutes les apparences de la vertu sans garantir effectivement l'indépendance, l'impartialité et la probité des acteurs publics ».

25. - On peut ajouter une troisième difficulté qui réside en ce que la notion de conflit d'intérêts, qui n'existe pas officiellement dans le droit de la fonction publique, du moins aujourd'hui, a pris le pas dans l'opinion publique, la vie politique et même en doctrine sur la notion de prise illégale d'intérêts. Or, non seulement les deux notions ne sont pas identiques, tant dans leur définition ou tentative de définition, que dans leurs conséquences pénales ou disciplinaires. Mais le plus étonnant réside en ce que la notion de conflit d'intérêts

apparaît comme une mise en cause explicite ou implicite du délit de prise illégale d'intérêts et de la répression pénale au profit de la prévention.

#### B. - Les mécanismes pour prévenir les conflits d'intérêts

26. - La politique de prévention des conflits d'intérêts dans la fonction publique est envisagée selon deux axes : le recours à des institutions spécialisées et l'instauration de nouvelles normes.

Déjà à l'occasion du rapport qu'elle avait déposé auprès du Premier ministre en 1992, la commission présidée par Robert Bouchery avait proposé de créer au niveau national une institution dénommée Haut Comité de la déontologie. Son rôle aurait été d'assurer un minimum de cohérence à l'ensemble des propositions faites dans le domaine de la déontologie de la fonction publique pour « éviter que ne surgissent des approches trop contrastées de la morale publique »<sup>Note 14</sup>. Cet organe n'a jamais vu le jour mais d'autres initiatives ont été concrétisées durant la même période. Ainsi, la loi du 29 janvier 1993 a instauré le service central de prévention de la corruption et, peu de temps auparavant, le Gouvernement Rocard avait créé en 1991 une commission de déontologie chargé de rendre des avis s'agissant du pantouflage des fonctionnaires de l'État. Sous l'impulsion d'Edouard Balladur, alors Premier ministre, la loi du 25 juin 1994 de moralisation de la fonction publique vint créer une commission pour chacune des trois fonctions publiques. Enfin, la loi du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique est venue donner sa forme actuelle à la commission de déontologie qui, désormais redevenue unique, est placée auprès du Premier ministre. Selon le type d'activité envisagée par les agents publics concernés, la saisine de la commission de déontologie est obligatoire ou facultative. La commission doit examiner principalement si cette activité constitue une situation de prise illégale d'intérêts, porte atteinte à la dignité des fonctions précédemment exercées, ou risque de compromettre le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service. La « jurisprudence » de la commission semble plus indulgente à propos des départs vers les sociétés d'économie mixte ou les sociétés publiques locales que vers le secteur privé. Elle est aussi plus permissive à l'égard des agents relevant des catégories B et C de la fonction publique. La lecture des rapports annuels de la commission de déontologie met en évidence que les avis d'incompatibilité sont finalement rares<sup>Note 15</sup>. Mais une lacune peut être remarquée : la commission ne peut pas contrôler le départ d'un fonctionnaire dans un organisme public qu'il a auparavant surveillé ou contrôlé et se trouver non en situation de prise illégale d'intérêts au sens pénal mais en situation de conflit d'intérêts au sens déontologique. Le projet de loi « Lebranchu » serait bien inspiré de répondre à cette hypothèse d'autant qu'il a pour ambition de faire de la commission la déontologue de l'Administration. Si le projet de loi était adopté, celle-ci pourrait émettre des recommandations de sa propre initiative en matière de valeurs et de déontologie. Sa compétence n'empêcherait pas par ailleurs que se développent au niveau local ou institutionnel des collèges de déontologie ou des déontologues chargés au sein de leur service ou de leur collectivité de répondre aux interrogations de leurs collègues ou de rendre des avis sur certaines situations<sup>Note 16</sup>.

27. - A côté de ces aspects structurels pourraient intervenir de nouvelles règles tendant à prévenir ou faire cesser immédiatement des situations de conflits d'intérêts et obliger le fonctionnaire qui estime se trouver dans une situation de conflit d'intérêts à réagir selon les situations : en saisissant son supérieur hiérarchique qui doit apprécier la situation et le cas échéant confier le dossier ou la décision à prendre à un autre agent ; en n'utilisant pas une délégation de signature s'il en détient une ; en s'abstenant de siéger dans une instance collégiale ; en se déportant s'il exerce des fonctions juridictionnelles ; en déléguant une partie de ses fonctions et en s'abstenant d'adresser des instructions au délégataire. Ces injonctions seraient complétées par des obligations de déclarations d'intérêts, de gestion du patrimoine par un mandataire financier et par une déclaration de situation patrimoniale à la commission de déontologie. L'ensemble de ce dispositif devra évidemment être précisé.

28. - Ce nouvel arsenal normatif sera probablement de nature à assagir et éclairer les fonctionnaires en mal de repères. Il est évidemment difficile d'anticiper l'impact réel sur la fonction publique des mesures envisagées mais l'essentiel semble avant tout de renforcer la confiance des citoyens dans leurs administrations.

Egalement dans ce dossier : articles 2074, 2075, 2076, 2077, 2078, 2079, 2080, 2081, 2082, 2083, 2084, 2085, 2087

Note 1 Proj. L. AN n° 1278, 17 juill. 2013, relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

Note 2 P.-F. Pinaud, L'âge d'or des receveurs généraux : les fonctionnaires banquiers et les débuts du capitalisme, 1830-1870 : Revue du Trésor 1996, n° 2, p. 96.

Note 3 L'article est ainsi rédigé : sera puni d'un emprisonnement de six mois au moins et de deux ans au plus et d'une amende « tout fonctionnaire public, tout agent ou préposé d'une administration publique, chargé, à raison même de sa fonction, de la surveillance ou du contrôle direct d'une entreprise privée et qui, soit en

position de congé ou de disponibilité, soit après admission à la retraite, soit après démission, destitution ou révocation, et pendant un délai de cinq ans à compter de la cessation de la fonction, prendra ou recevra une participation par travail, conseils ou capitaux (sauf par dévolution héréditaire en ce qui concerne les capitaux), dans les concessions, entreprises ou régies qui étaient directement soumises à sa surveillance ou à son contrôle ».

Note 4 C'est dans cette optique qu'il est possible de lire le rapport de l'Inspection générale des affaires sociales rendu public en janv. 2011 à propos de l'affaire du Médiateur. Il indique que l'Agence française des produits de santé est bien dans une telle situation du fait d'une coopération institutionnelle avec l'industrie pharmaceutique qui aboutit à une forme de coproduction des expertises et des décisions qui en découlent.

Note 5 J.-B. Auby, *Conflits d'intérêts en droit public* : Dr. adm. 2010, p. 17 ; *Le chantier des conflits d'intérêts* : Dr. adm. 2011, repère 3 ; H. Qazbir, *Le conflit d'intérêts dans le droit de la fonction publique* : AJFP 5/2014, p. 277.

Note 6 Cass. crim., 25 juin 1996, n° 95-80.592 ; Cass. crim., 21 juin 2000, n° 99-86.871 ; Cass. crim., 23 juill. 2014, n° 13-82.193.

Note 7 Voir R. Salomon, *La rigueur du droit pénal de la probité publique* : Dr. pén. 2012, étude 2.

Note 8 J.-M. Brigant, *Affaires, conflits d'intérêts, probité... Cachez cette prise illégale d'intérêts que je ne saurais voir* : Dr. pén. 2012, étude 3.

Note 9 La Cour de cassation n'a pas jugé utile de transmettre au Conseil constitutionnel la question de la conformité à la Constitution du délit de prise illégale d'intérêts : Cass. crim., 19 mars 2014, n° 14-90.001.

Note 10 M. Mekki, *Les conflits d'intérêts : prévenir et guérir* : JCP G 2011, act. 669.

Note 11 CE, 26 oct. 2001, n° 193306, SDIS du Nord.

Note 12 Cons. const., 28 nov. 2014, n° 2014-432 QPC, Dominique de L. : JurisData n° 2014-029305 : « eu égard aux modalités de l'élection des conseillers généraux et aux exigences inhérentes à l'exercice de leur mandat, en prévoyant une incompatibilité entre les fonctions de militaire de carrière ou assimilé et ce mandat, les dispositions contestées ont institué, au regard des obligations particulières attachées à l'état militaire ci-dessus rappelées, une interdiction qui, par sa portée, n'excède pas manifestement ce qui est nécessaire pour protéger la liberté de choix de l'électeur ou l'indépendance de l' élu contre les risques de confusion ou de conflits d'intérêts ».

Note 13 C. Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques*, Praxis Dalloz, 2006, p. 86.

Note 14 R. Bouchery, *Rapport au Premier ministre de la commission de prévention de la corruption*, Doc. fr. 1993, p. 26.

Note 15 1,26 % dans la FPE ; 3 % dans la FPT ; 0,4 % dans la FPH.

Note 16 Voir en ce sens : J.-L. Silicani, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, Doc. fr., 2008. Voir également l'installation d'un déontologue à l'Assemblée nationale ou bien l'instauration d'un collège de déontologie de la juridiction administrative. En 1993 avait été instauré un Haut Conseil de déontologie de la police nationale.

## Prévention des conflits d'intérêts : la culture administrative en question

Antony Taillefait, Professeur de droit public à la faculté de droit d'Angers

La déontologie du fonctionnaire a quelque chose à voir avec un savoir-être dans l'administration. Le législateur a dû estimer que la conscience professionnelle s'étiolait ou se renouvelait puisqu'il a jugé bon de préciser dès l'article 1er de la loi du 20 avril 2016 qu'un fonctionnaire doit exercer ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité, et qu'il est tenu à l'obligation de neutralité et au respect du principe de laïcité. Ces obligations étaient-elles oubliées au point que le législateur a souhaité inciter administrations et juge administratif à les rappeler pour mieux les sanctionner ? Chacune d'elles a pourtant donné lieu à des solutions jurisprudentielles constantes. On peut douter que la nouvelle valeur législative de ces principes modifie leur portée.

Mais peut-être le législateur a-t-il voulu parfaire ce que l'on pourrait nommer le « droit public de la méfiance » en faisant du statut général des fonctionnaires un vecteur supplémentaire d'une communication destinée aux citoyens. Cela dit, le devoir de réserve n'a pas été enchâssé dans la loi. L'usage extensif de cette notion que pourraient en faire certains pouvoirs exécutifs a fait craindre une restriction excessive de la liberté d'opinion et d'expression des fonctionnaires. Cette consécration aurait aussi été paradoxale au moment où la loi du 20 avril demande au fonctionnaire de faire preuve le cas échéant de jugement critique, de dénoncer des actes répréhensibles ou des situations délicates, tels des conflits d'intérêts préjudiciables au service public. Le juge administratif continuera donc d'apprécier au cas par cas la portée des manquements à leur devoir de réserve par les agents publics.

La prévention des conflits d'intérêts inscrite à l'article 2 de la loi est précisément placée dans la même séquence. Elle a cependant des caractères supplémentaires. Elle fait figure d'une « extension du domaine du soupçon ». Un conflit d'intérêts interdit serait celui qui placerait l'agent public en situation d'agir dans le but d'avantager une autre personne, physique ou morale, ou de s'avantager lui-même. Il proscrie le fait de détenir un intérêt personnel de nature à faire prendre une décision au mépris de son impartialité et de son objectivité. Il ne faut pas imaginer que ces conflits d'intérêts constituent l'antichambre de la corruption au sens du code pénal. Ils se situent plutôt en amont des risques de compromission. Or il faut bien avouer que jusqu'à présent, dans la fonction publique, on s'est peu interrogé sur la confusion des intérêts qui sculpte une décision publique ou sur le « favoritisme » et la « connivence » qui motivent certains choix de recrutement, de promotion, d'affectation, etc. Des sanctions étaient jusqu'à maintenant prévues pour condamner les collusions les plus pathologiques : prise illégale d'intérêts, corruption, etc. Une prévention est aujourd'hui envisagée. La loi d'avril 2016 doit permettre d'excaver la conscience des liens d'intérêts du tabou social dans laquelle elle est enfouie. Y parviendra-t-elle ? Rien n'est moins sûr. La conscience des conflits d'intérêts doit pénétrer l'esprit de fonction publique afin que sa prévention soit un tant soit peu efficace. Il faut faire de manière à ce que le conflit d'intérêts soit un questionnement constant et global, que se pose tout agent public. Le régime de prévention des conflits d'intérêts ne peut donc prétendre à suffisamment d'effectivité que s'il s'inscrit dans une transformation de la culture administrative ; une culture portée à l'autorégulation à partir de standards de comportement qui ne sont pas seulement juridiques.

Cette nouvelle configuration mentale exige une formation initiale et continue des agents publics pour assurer l'effectivité des régimes de prévention des conflits d'intérêts prohibés. Or cette formation butte sur les coupes claires opérées dans les budgets publics. Au surplus, lorsqu'elle subsiste, elle a un contenu trop souvent techniciste alors qu'elle devrait être une formation culturelle.

## Sous-section 3 – Le fonctionnaire doit faire preuve de réserve

### A – Le secret professionnel

Les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel dans le cadre des règles instituées dans le code pénal.

Les articles 226-13 et 226-14 du code pénal s'appliquent à tous ceux auxquels leur état ou leur profession impose l'obligation de ne pas livrer à un « tiers » un secret concernant un « particulier » :

- ⇒ soit que l'information ait été connue sous le sceau du secret ou confié par des particuliers.
- ⇒ soit que l'information ait été acquise dans l'exercice des fonctions et que la loi en impose le caractère confidentiel.

Le fonctionnaire ne peut livrer à une personne étrangère à l'administration ou à un autre fonctionnaire un secret concernant un administré ou un autre fonctionnaire.

Les renseignements protégés par le secret professionnel sont multiples. Quelques exemples :

- ⇒ pour les fonctionnaires : le dossier individuel, le dossier médical, les notes, les adresses, l'affectation, la rémunération, les sanctions...
- ⇒ pour les correspondances : l'existence d'une correspondance, les noms et adresses des correspondants, le contenu, les télégrammes, les écoutes téléphoniques...
- ⇒ le secret médical (y compris pour le personnel).

Le degré de l'obligation peut être différent selon qu'il s'agit d'un secret confié ou d'un secret acquis. L'obligation de garder des secrets confiés est absolue. Aucune condamnation ne peut intervenir à la suite d'un refus de divulgation (Cassation 8 mai 1947).

Par contre l'obligation de garder un secret acquis peut être atténué ; le secret confié est opposable au supérieur hiérarchique, mais non le secret acquis.

Il est permis de révéler le secret :

1. pour prouver son innocence,
2. lorsque le « particulier » a autorisé le « tiers » à en prendre connaissance (exemple : le « défenseur » d'un fonctionnaire lors d'une procédure disciplinaire peut accéder au dossier).
3. pour donner à une affaire administrative la suite qu'elle doit comporter.

La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire, soit par état ou par procuration, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire constitue une infraction pénale punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende (article L. 226-13 et 226-14 du code pénal).

L'atteinte au secret des correspondances (Code pénal, art. 226-15 et 432-9) : Le fait, commis de mauvaise foi, d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances, arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance constitue une infraction pénale punie d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende.

Par ailleurs, le fait, pour un fonctionnaire agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'ordonner, de commettre ou de faciliter, hors des cas prévus par la loi, le détournement, la suppression ou l'ouverture de correspondances ou la révélation du contenu de ces correspondances constitue une infraction pénale spécifique, punie de 3 ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende. Ces dispositions concernent également les correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications.

### **Les atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques : Code pénal art. 226-16 à 226-24**

Constituent des infractions pénales punies de 5 ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende, notamment :

- ❑ le fait, y compris par négligence, de procéder ou de faire procéder à des traitements de données à caractère personnel sans qu'aient été respectées les formalités préalables à leur mise en oeuvre prévues par la loi ;
- ❑ lorsqu'il a été procédé ou fait procéder à un traitement de données à caractère personnel dans les conditions prévues par la loi, le fait de ne pas respecter, y compris par négligence, les normes simplifiées ou d'exonération établies à cet effet par la CNIL ;
- ❑ le fait, hors les cas où le traitement a été autorisé dans les conditions prévues par la loi, de procéder ou faire procéder à un traitement de données à caractère personnel incluant parmi les données sur lesquelles il porte le numéro d'inscription des personnes au répertoire national d'identification des personnes physiques ;
- ❑ le fait de procéder ou de faire procéder à un traitement de données à caractère personnel sans mettre en oeuvre les mesures de précaution prescrites par la loi pour préserver la sécurité des données et, notamment, empêcher qu'elles ne soient déformées, endommagées ou que des tiers non autorisés y aient accès ;
- ❑ le fait de collecter des données à caractère personnel par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite ;
- ❑ le fait, hors les cas prévus par la loi, de mettre ou de conserver en mémoire informatisée, sans le consentement exprès de l'intéressé, des données à caractère personnel qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses, ou les appartenances syndicales des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à l'orientation sexuelle de celles-ci ;
- ❑ le fait de procéder au traitement de données à caractère personnel ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé : sans avoir préalablement informé individuellement les personnes sur le compte desquelles les données à caractère personnel sont recueillies ou transmises de leur droit d'accès, de rectification et

d'opposition, de la nature des données transmises et des destinataires de ces données, ou malgré l'opposition de la personne concernée ;

- ❑ le fait de conserver des données à caractère personnel au-delà de la durée prévue par la loi ou le règlement, la demande d'autorisation ou d'avis, ou à la déclaration préalable adressée à la CNIL, sauf si cette conservation est effectuée à des fins historiques, statistiques ou scientifiques ;
- ❑ le fait, par toute personne détentrice de données à caractère personnel à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou de toute autre forme de traitement, de détourner ces informations de leur finalité ;
- ❑ le fait, par toute personne qui a recueilli, à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou d'une autre forme de traitement, des données à caractère personnel dont la divulgation aurait pour effet de porter atteinte à la considération de l'intéressé ou à l'intimité de sa vie privée, de porter, sans autorisation de l'intéressé, ces informations à la connaissance d'un tiers qui n'a pas qualité pour les recevoir (peine limitée à 3 ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsque la divulgation a été commise par imprudence ou négligence).

## ***B - La discrétion professionnelle***

### **1 – Le principe**

L'obligation de discrétion professionnelle est prévue au deuxième alinéa de l'article 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : « *Les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. En dehors des cas expressément prévus par la réglementation en vigueur, notamment en matière de liberté d'accès aux documents administratifs, les fonctionnaires ne peuvent être déliés de cette obligation de discrétion professionnelle que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent.* »

La discrétion professionnelle est un devoir qui prescrit de faire un usage conforme de l'ensemble des informations acquises à l'occasion du service. Ce devoir interdit à tous les fonctionnaires de divulguer des informations ou des documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. Toute diffusion doit répondre à un impératif de protection des intérêts de l'administration.

Le respect de la discrétion professionnelle s'impose à tout agent public et concerne notamment :

- les représentants d'un syndicat (CE 6 mars 1953 Dlle Fauchoux, L. p.124) ;
- les membres des commissions administratives paritaires (CAP) à raison des informations dont ils ont eu connaissance en cette qualité (CE 2007 Syndicat CFDT du MAE, L. p.909) ;
- de manière renforcée, les fonctionnaires à l'étranger.

Elle vise notamment à l'intérieur de l'administration, les services ou autorité qui ne sont pas concernés par les affaires en cause. Ainsi, commet un manquement à la discrétion le fonctionnaire qui communique des instructions à un autre fonctionnaire de rang plus élevé

mais dont les attributions ne lui permettaient pas d'en connaître (CE 5 octobre 1960 CNC c./Gautier, L. p.1038).

## 2 – Les nouvelles formes de l'obligation de discrétion professionnelle

L'obligation de discrétion professionnelle s'exprime sous de nouvelles formes face à l'obligation de transparence dans l'attribution des contrats et face au développement des technologies de l'information et de communication.

**L'obligation de discrétion professionnelle et l'obligation de transparence dans l'attribution des contrats :** L'obligation de transparence dans l'attribution des contrats implique notamment une obligation de publicité et une obligation d'informer de façon appropriée tous les candidats. Cependant, les fonctionnaires sollicités par des candidats doivent veiller à ne pas communiquer des informations sur le détail des offres des autres concurrents sauf à méconnaître leur devoir de discrétion professionnelle (CE 4 juillet 2005).

**La discrétion du fonctionnaire internaute :** Le principe de la protection de la vie privée, ayant pour corollaire le secret des correspondances, s'applique également au fonctionnaire dans le cadre de son travail. Néanmoins l'obligation de discrétion impose au fonctionnaire de s'abstenir de diffuser des informations qui préjudicient à son administration par l'intermédiaire d'internet ou sur des réseaux sociaux.

## 3 - Les limites de l'obligation de discrétion professionnelle

Elle doit être conciliée avec :

**Les impératifs du fonctionnement du service :** La communication d'information et de documents de service à service est souvent indispensable au bon fonctionnement de l'administration. L'obligation de discrétion n'existe plus lorsqu'il s'agit de communiquer à une autre administration des informations qui la concerne pour exécuter sa mission. Face à une éventuelle résistance de la part de certains services, la loi peut dans certains cas prévoir une obligation de communication (cf. p. ex : en procédure fiscale, obligation pour les administrations publiques de communiquer certains documents à l'administration fiscale).

**Le devoir de satisfaire aux demandes d'information du public (art 26, loi du 13 juillet 1983, précitée) :** La discrétion professionnelle ne doit pas faire obstacle aux demandes d'information du public. Elle ne saurait justifier ni l'interdiction de la motivation des décisions, ni le refus de communication des documents administratifs prévues par le code des relations entre le public et l'administration. En principe, face à une demande de communication d'un document ou d'une information, le fonctionnaire doit se conformer aux instructions de sa hiérarchie qui peut seule décider des informations susceptibles d'être divulguées aux personnes privées qui les demandent (CAA Lyon, 27 janvier 2004).

**L'obligation pour tous les agents publics de signaler les crimes ou les délits dont ils ont connaissance (article 40 du code pénal) :** L'obligation de discrétion professionnelle peut être écartée lorsque les informations dont le fonctionnaire a acquis la connaissance à l'occasion ou au cours de l'exercice de ses fonctions sont susceptibles d'être qualifiées de crime ou de délit. En pratique, il appartient au fonctionnaire de signaler à son supérieur hiérarchique direct (ou éventuellement de rang supérieur) les faits en cause, à charge pour ce dernier d'effectuer le signalement ou d'en informer son propre supérieur hiérarchique.

**Le témoignage de bonne foi sur des faits de conflit d'intérêt** : un dispositif de protection des fonctionnaires « lanceurs d'alerte » est introduit dans le statut général des fonctionnaires par l'article 4 de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires qui modifie l'article 6 ter A de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

Le fonctionnaire qui relate ou témoigne de bonne foi des faits susceptibles d'être qualifiés de conflit d'intérêts ne pourra pas être sanctionné, ni discriminé dans sa carrière.

Cette protection concerne également les agents contractuels (article 32 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, un décret en Conseil d'État venant préciser les garanties dont bénéficie l'agent contractuel « lanceur d'alerte ») ainsi que les militaires (article L. 4122-4 du code de la défense).

### *C - La réserve dans l'expression publique des opinions*

Cette obligation d'origine jurisprudentielle (CE 11 janvier 1935 Bouzanquet), limite la liberté d'expression du fonctionnaire **en-dehors du service**.

Certes, la liberté d'expression, comme liberté fondamentale, est reconnue aux fonctionnaires en leur qualité de citoyen. Aussi, les opinions du fonctionnaire peuvent être exprimées librement dans des ouvrages, des articles ou des interventions dans les médias alors même « que les sujets abordés touchent aux fonctions qu'il exerce ou qu'il risque de manifester son opposition ou ses critiques à l'égard du gouvernement » sans être au préalable soumises au supérieur hiérarchique (CE 29 décembre 2000, Syndicat SUD Travail).

Mais il doit ainsi s'exprimer avec « *une certaine retenue de ton, éviter toute expression outrancière d'opinion, de critique injurieuse ou erroné* » ou toute manifestation d'opinion de nature à jeter le discrédit sur l'administration.

L'intensité de l'obligation est variable. Elle sera d'autant plus forte :

- lorsque le fonctionnaire est considéré comme représentant l'Etat : fonctionnaires en poste à l'étranger (ambassadeurs, ...), emplois à la discrétion du Gouvernement, fonctionnaires en uniforme (militaires, policiers, préfets, magistrats) ;
- lorsque le fonctionnaire a une position hiérarchique élevée ;
- en fonction des propos tenus (fonds et forme) et de leur caractère public.

Il n'y a pas d'exception à cette obligation même si les enseignants de l'enseignement supérieur ont une plus grande liberté d'expression.

Les agents investis de fonctions syndicales ne sont pas déliés de cette obligation de réserve, même si celle-ci est "atténuée" de manière à leur permettre d'exercer librement lesdites fonctions (CE 1956 Boddaert). Ainsi, a pu être jugé que manque à l'obligation de réserve un policier exerçant à temps plein une activité syndicale et ayant critiqué violemment la politique gouvernementale et mis en cause, en termes injurieux, des autorités de l'Etat (CE 1997 Bitault).

Par ailleurs, si un fonctionnaire peut être inscrit à un parti politique et, par exemple, militer activement dans un parti ou un groupement d'opposition, il ne doit pas pour autant, dans la manifestation (orale ou écrite) de ses opinions, excéder la réserve qui s'impose à lui. Cette obligation s'apprécie à la mesure des responsabilités qu'il assume dans la vie sociale, de son rang dans la hiérarchie et de la nature de ses fonctions.

La réserve s'applique quel que soit le mode d'expression : article publié dans un journal ou sur internet, livre, blog, e-mail, ...

- exemple relatif à internet => CE 2009 M. Guigue : le Conseil d'Etat confirme la révocation d'un sous-préfet ayant critiqué, sur internet, la politique israélienne alors même que le sujet est sans lien avec ses fonctions ;
- cas des blogs => bien que le blog constitue un journal personnel destiné aux proches, le fonctionnaire doit s'y exprimer en respectant l'obligation de réserve dès lors qu'il est accessible au public.

## ***D – L'obligation d'impartialité, de neutralité et de laïcité***

### **1 – L'impartialité du fonctionnaire**

Selon le Littré, l'impartialité désigne la qualité ou le comportement de celui qui « *s'abstient de prendre parti pour l'un plutôt que pour l'autre* ». C'est une obligation des fonctionnaires longtemps demeurée implicite. L'impartialité est un principe général du droit (CE S. 29 avril 1949 Bourdeaux) qui s'impose tout d'abord aux magistrats et caractérise plus largement les fonctionnaires. Subjective ou objective, elle impose au fonctionnaire de s'entourer de précautions lui permettant de garantir tout à la fois la confiance des usagers et celle de la hiérarchie. Elle participe directement du respect du principe d'égalité devant le service public. La loi du 20 avril 2016 l'a explicité pour la première fois comme obligation statutaire.

L'impartialité administrative est un équilibre entre des intérêts légitimes divergents, et aussi entre l'objectivité, l'absence de préjugés et la distanciation. L'accès à la magistrature peut ainsi être refusé à une personne qui au cours des années précédentes, s'est signalée par une correspondance avec de nombreuses autorités, dont la Chancellerie, qui « *dénotait une absence de mesure, de jugement et un manque d'objectivité incompatibles avec l'exercice de fonctions judiciaires* » (CE 25 novembre 1987 Bertin).

L'impartialité suppose d'une part de ne pas « faire une affaire personnelle » des dossiers que l'on traite et d'autre part de ne pas être suspecté de préjugé ou de pré-jugement.

**Le fonctionnaire doit servir la loi et non ses propres convictions ou préférences.** Ses convictions, ses impressions, ses intérêts ou ses habitudes ne doivent pas le guider dans ses fonctions. Une solution inverse autoriserait les agents publics littéralement à « faire la loi » en transformant leurs convictions propres ou intimes en impératifs d'intérêt général. Ainsi, pour justifier son refus de prêter le concours de la force publique à l'exécution d'un jugement d'expulsion, l'administration « ne saurait invoquer des considérations d'humanité,

dont l'appréciation relevait exclusivement de l'appréciation du juge judiciaire » (CE 19 novembre 1948, époux Girard).

Suivant cette décision importante et significative, les bons sentiments ne font pas l'administration.

En effet, l'agent public ne doit pas opposer ses propres sentiments et sa propre morale aux décisions de justice. Le règne de la loi reste la meilleure protection des droits et la meilleure garantie pour vivre en commun.

**Il s'agit de ne pas plaquer sur la décision à prendre, des automatismes, des apriori et des idées toutes faites.** L'impartialité se construit en mettant en garde sur les postures et les décisions qui cherchent l'approbation avant la justice et le bien public. Quand un nouveau collaborateur arrive, il faut lui laisser ses chances et non le condamner avant même qu'il ne prenne ses fonctions : ce qu'a jugé la CAA de Marseille, dans un arrêt du 25 mai 2004, M. Borgne, en annulant un licenciement professionnel prononcé pour insuffisance professionnelle d'un conducteur de véhicule de collecte de dons du sang, qui n'est pas établie par l'Administration.

Plus largement, l'impartialité doit conduire le fonctionnaire à ne pas participer à une prise de décision ou à l'instruction d'un dossier à l'égard desquels :

- il a déjà émis publiquement une opinion tranchée ou une prise de position médiatisée ;
- il a des intérêts directs affectés par le sens ou l'orientation qui sera pris à l'issue ;
- il serait susceptible de ne pas rester objectif compte tenu de la matière traitée ou des personnes qui en sont l'objet ou les décideurs (liens d'amitié, hostilité, animosité...) ;
- il serait susceptible d'être influencé en raison d'un rapport de hiérarchie ou de dépendance ;

Il convient de distinguer suivant les situations. Justifient l'abstention, les seules situations où pourrait apparaître un pré-jugement positif ou négatif sur le dossier rompant l'égalité que peuvent attendre les administrés.

## 2 – La neutralité et la laïcité du fonctionnaire

Le principe de neutralité des services publics justifie que des restrictions soient apportées à la liberté d'expression religieuse des agents publics dans l'exercice des fonctions.

Il est ainsi fait interdiction aux agents de manifester leur religion dans leurs fonctions.

Le Conseil d'État a précisé que le principe de laïcité fait obstacle à ce que les agents disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses (CE avis, 3 mai 2000, Mme Marteau).

Le Conseil d'État a ainsi confirmé la sanction prise à l'encontre d'un agent public qui faisait apparaître son adresse électronique professionnelle sur le site d'une association culturelle (CE, 15 octobre 2003, M. O.) ou encore qui avait distribué aux usagers des documents à caractère religieux à l'occasion de son service (CE, 19 février 2009, M. B.).

Le service public de l'enseignement fait l'objet d'une attention toute particulière compte tenu des risques de prosélytisme (CE, 8 décembre 1948, Demoiselle Pasteau, rec. p. 463 ; CE 3 mai 1950, Demoiselle Jamet, Rec. p. 247 ; CE Ass., Avis, 21 septembre 1972).

A l'occasion du service, il n'est pas possible pour l'agent d'exprimer ces opinions pendant l'exercice des fonctions. Il perturberait le fonctionnement du service et commettrait une faute disciplinaire en vertu de l'obligation de réserve (CE, 11 janvier 1935, Bouzanquet).

Cette interdiction, au-delà du domaine religieux, vaut pour tout acte de propagande politique, par exemple :

- ✓ « campagne négationniste » sanctionnée par le Conseil d'Etat, dans une affaire du 28 septembre 1998 ;
- ✓ des propos racistes tenus dans un bulletin d'informations diffusé dans le service (CAA Lyon, 12 février 2002, Seurot ; Cour EDH, 18 mai 2004, Seurot) ;
- ✓ un article critique à l'encontre d'un collègue, comportant un calembour antisémite, publié dans une revue syndicale (CE, 18 octobre 2000, Terrail) ;
- ✓ le cas d'un magistrat judiciaire ayant signé une protestation critiquant une mesure d'administration judiciaire d'un président d'un tribunal et d'avoir participé à la diffusion de cette protestation (CE, 1er décembre 1972, Dlle Obrego).

La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 43, 26 Octobre 2015, 2308

### **Le principe de laïcité des agents publics**

Etude rédigée par : Didier Jean-Pierre  
professeur agrégé de droit public, Aix-Marseille Université  
avocat, CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon

Sommaire

**La question de la laïcité des agents publics dans le service et en dehors du service fait régulièrement l'objet de décisions jurisprudentielles et de débats. Pour la première fois, les principes de neutralité et de laïcité des agents publics pourraient faire leur entrée dans le statut général de la fonction publique. C'est l'occasion de présenter l'application du principe de laïcité aux agents publics qui limite leur liberté d'expression mais protège leur liberté de conscience. Le renouveau du fait religieux conduit néanmoins à s'interroger sur la pertinence du système actuel des autorisations d'absence dans la fonction publique.**

1. - « Comment n'être pas frappé du grave inconvénient de conserver des instituteurs qui ont deux supérieurs, dont l'un commande au nom de Dieu et l'autre au nom de l'État, et qui, en cas de conflit entre ces deux autorités, sont naturellement portés à se soumettre à leur supérieur religieux plutôt

qu'à leur supérieur civil ? »<sup>Note 1</sup> Un an après la tenue de ces propos au Sénat était adoptée la loi du 9 décembre 1905 de séparation des Églises et de l'État qui définit le régime juridique des relations entre l'État et les cultes sans toutefois faire une référence explicite à la laïcité bien qu'elle en constitue incontestablement la clé de voûte. Si l'article 1er de la loi garantit que « La république assure la liberté de conscience », le principe de séparation est quant à lui affirmé à l'article 2 selon lequel la République « ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte ». La mise en oeuvre de la loi a conduit le juge administratif à trouver des solutions équilibrées notamment dans les périodes où le dialogue entre les différents acteurs paraissait difficile.

La consécration constitutionnelle du principe de laïcité est venue plus tard avec l'article 1er de la Constitution de 1946 puis l'article 1er de la Constitution de 1958 aux termes duquel : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances ». La notion de laïcité figure également à propos de l'enseignement dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958 : « l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État ». C'est d'ailleurs au sujet de l'enseignement public que le terme de laïcité est apparu en 1871.

Les évolutions profondes de la société française ont fait renaître le débat que l'on croyait assagi sur la laïcité des services publics et de leurs agents même si la question des liens entre éducation, enseignement et religion a toujours été sensible. Le développement de l'islam, sous l'effet de l'immigration, devenu depuis trente ans la seconde religion de France avec ses pratiques rituelles propres (tenue vestimentaire, prières, ramadan) et ses diverses variantes ont suscité des problématiques plus ou moins inédites dans la fonction publique. À un degré moindre, le développement du christianisme évangélique et des nouvelles religions ont contribué au phénomène que beaucoup désignent sous le nom de « retour au religieux ». Ce mouvement n'est d'ailleurs pas circonscrit à la France mais concerne le monde entier en suscitant des jurisprudences rendues par les plus hautes juridictions<sup>Note 2</sup>. À défaut de réforme d'un droit écrit au siècle dernier, la laïcité, qui désigne selon le Littré ce « qui n'est ni ecclésiastique ni religieux », a été appelée à évoluer. Ont été évoquées tour à tour la « nouvelle » laïcité, la laïcité « plurielle », « ouverte », « aménagée », « positive », « négative »<sup>Note 3</sup>.

De tout temps, la fonction publique n'est jamais restée à l'écart de ces débats même si elle n'est pas la seule concernée amenant aujourd'hui la Cour de cassation à devoir se prononcer sur des questions jusque-là inédites dans sa jurisprudence<sup>Note 4</sup>. Sans remonter très loin dans l'histoire, il suffit d'évoquer par exemple « l'affaire des fiches » en 1904 qui éclata après que le journal Le Figaro eut révélé que la rapidité de l'avancement d'officiers militaires dépendait de leur engagement républicain et anticlérical<sup>Note 5</sup>. On peut aussi rappeler le triste précédent du régime de Vichy qui évinça de la fonction publique les juifs et les francs-maçons<sup>Note 6</sup>. Sous la IIIe République, la jurisprudence administrative avait aussi eu l'occasion de se pencher sur la question de l'accès de candidats religieux à la fonction publique<sup>Note 7</sup>.

Suite à l'attentat à Charlie-Hebdo en janvier 2015, le Gouvernement avait indiqué à l'occasion du projet de loi relatif à la déontologie, aux droits et obligations des fonctionnaires que les dispositions sur la laïcité seraient renforcées et que les employeurs publics seraient incités à organiser des formations sur la pratique de la laïcité et sur la rédaction de guides de déontologie<sup>Note 8</sup>. Le sujet est évidemment important puisqu'il renvoie aux droits fondamentaux du fonctionnaire citoyen et à la place des religions dans et en dehors du service.

La présente étude a pour objet de présenter le principe de laïcité à la fois en ce qu'il contraint et encadre la liberté d'expression religieuse des agents publics mais aussi en ce qu'il protège leur liberté de conscience<sup>Note 9</sup>.

## **1. La laïcité, fondement d'une neutralité absolue des agents publics dans l'exercice de leurs fonctions**

2. - Le principe de neutralité est une obligation d'abord dégagée par la jurisprudence mais qui est en passe de connaître une véritable consécration statutaire. Le manquement à une telle obligation expose son auteur à des sanctions. Mais si la jurisprudence s'est montrée intraitable quant au principe elle s'est néanmoins opposée à une conception maximaliste de la neutralité en exigeant une appréciation circonstanciée du manquement commis.

#### A. - Les fondements de l'obligation de stricte neutralité des agents publics

3. - L'obligation de neutralité des agents publics a historiquement d'abord été celle de la « neutralité scolaire » imposée aux enseignants<sup>Note 10</sup>. Elle a ensuite été étendue par la jurisprudence administrative à partir des années 1948-1950 à l'ensemble des agents publics auxquels s'impose « un strict devoir de neutralité » dans l'exercice de leurs fonctions<sup>Note 11</sup>. Cette neutralité des agents publics n'est pas dissociable du principe de neutralité des services publics qualifié de principe fondamental par le Conseil constitutionnel<sup>Note 12</sup>. Si tous les agents publics disposent de la liberté de conscience, « le principe de laïcité fait obstacle à ce qu'ils disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses » ainsi que l'a réaffirmé le Conseil d'État dans son avis *Marteaux* du 3 mai 2000<sup>Note 13</sup>.

Les fondements jurisprudentiels de cette obligation de neutralité des agents publics pourraient très prochainement faire l'objet d'une consécration textuelle puisque le projet de loi « déontologie, droits et obligations des fonctionnaires » en cours d'examen au Parlement propose la rédaction d'un nouveau article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 déjà approuvé par l'Assemblée nationale dans les termes suivants :

« Dans l'exercice de ses fonctions, il est tenu à l'obligation de neutralité. Le fonctionnaire exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité. À ce titre, il doit notamment s'abstenir de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses. Le fonctionnaire traite de façon égale toutes les personnes et respecte leur liberté de conscience et leur dignité »<sup>Note 14</sup>.

Suivant l'avis du Conseil d'État du 11 juin 2015, l'assemblée nationale a abandonné la rédaction initiale de cet article précisant que « le fait pour un fonctionnaire de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses croyances religieuses, constitue un manquement à ses obligations professionnelles », ce qui aurait pour conséquence de créer une sorte de nouvelle incrimination disciplinaire spécifique.

En renvoyant à la liberté de conscience des personnes auxquelles l'agent public est confronté, le législateur semble implicitement confirmer que l'obligation de neutralité ne s'impose pas aux usagers du service public, sauf disposition législative contraire, et dès lors que le fonctionnement normal du service n'est pas perturbé. Il ne règle pas pour autant les difficultés liées à la situation des usagers qui sont collaborateurs occasionnels du service public et qui sont amenés par exemple à encadrer les sorties scolaires<sup>Note 15</sup>.

Le législateur s'apprête par ailleurs à codifier en quelque sorte la jurisprudence en réaffirmant une obligation de neutralité négative à l'égard des personnels publics, c'est-à-dire celle de s'abstenir de manifester leurs opinions religieuses dans l'exercice de leurs fonctions. Le principe de neutralité suppose que le fonctionnaire ne commette, à l'égard de ses collègues ou envers les usagers, aucune discrimination de nature politique, philosophique ou religieuse. Cette « neutralisation des convictions »<sup>Note 16</sup> du fonctionnaire protège l'utilisateur des risques de discriminations et contribue à la paix sociale. Ainsi que l'écrivait Georges Burdeau, « la neutralité du service public signifie que ce service doit fonctionner uniquement en tenant compte des exigences de l'intérêt général »<sup>Note 17</sup>.

Si le principe de laïcité instaure une obligation absolue, le manquement à celle-ci fait plutôt l'objet d'une appréciation nuancée par les administrations et la jurisprudence.

#### B. - L'appréciation nuancée du manquement à l'obligation de neutralité

4. - Le fait pour un agent public de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses pourrait éventuellement être un délit pénal s'il aboutissait à commettre un délit de

discrimination prohibé par l'article 225-1 du Code pénal et sanctionné par l'article 432-7 du même code de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Il est néanmoins plus courant de considérer que la violation du principe de neutralité par les agents publics constitue avant tout une faute disciplinaire, celle-ci étant établie notamment par la manifestation par l'agent public de ses opinions religieuses dans le cadre de ses fonctions. Mais en quoi consiste une telle manifestation ?

L'on songe évidemment en tout premier lieu à la tenue vestimentaire tant la question du port du foulard dit « islamique » alimente les réflexions et la jurisprudence. Ainsi, le fait pour un agent du service de l'enseignement public de porter un signe destiné à marquer son appartenance à une religion constitue un manquement à ses obligations. Il n'est donc pas possible à une surveillante d'externat contractuelle de porter le foulard islamique dans le cadre de son service effectué dans un collège<sup>Note 18</sup>. De même peut être sanctionnée une fonctionnaire, contrôleur du travail, pour ne pas avoir retiré son foulard en service après des demandes répétées de son supérieur hiérarchique<sup>Note 19</sup>.

En deuxième lieu, un comportement prosélyte tel que le fait d'utiliser une adresse électronique professionnelle du service au profit de l'Association pour l'unification du christianisme mondial, et celui d'apparaître, dans ces conditions, sur le site de celle-ci en qualité de membre constituent un manquement au principe de laïcité et à l'obligation de neutralité<sup>Note 20</sup>. Pareillement, le fait pour un agent public d'utiliser ses fonctions pour remettre aux usagers du service public de La Poste des imprimés à caractère religieux dans le cadre de son activité de guichetier constitue un manquement à l'honneur et la sanction ne peut donc être amnistiée<sup>Note 21</sup>. Mérite également une sanction disciplinaire un enseignant ayant « distribué à plusieurs classes de seconde des tracts émanant d'une association contre l'avortement dénonçant l'interruption volontaire de grossesse ainsi que plusieurs moyens de contraception présentés comme abortifs et mettant en cause le rôle protecteur du préservatif à l'égard des maladies sexuellement transmissibles » et ayant « projeté, à l'occasion d'un cours consacré à l'éducation civique, juridique et sociale, un film dénonçant l'avortement »<sup>Note 22</sup>.

En troisième lieu, peuvent être sanctionnés une pratique religieuse ou un comportement troublant le fonctionnement du service public de nature par exemple à compromettre la sécurité et la santé<sup>Note 23</sup> des autres agents publics et/ou des usagers ou à jeter le discrédit sur le service. Cette hypothèse doit être appréciée avec discernement par l'administration. Ainsi, la pratique du ramadan durant l'été 2015 en pleine période caniculaire par certains agents les conduisant à ne pas boire durant la journée a légitimement inquiété des chefs de service quant à la santé des agents sous leur responsabilité. Nul n'a songé à faire usage du pouvoir disciplinaire mais le comportement de certains agents faisant craindre des évanouissements et des défaillances aurait pu non seulement être considéré comme de nature à troubler le fonctionnement du service<sup>Note 24</sup> mais surtout à mettre en danger la santé des intéressés alors que les chefs de service ont une obligation de sécurité de résultat en la matière susceptible en cas de manquement d'engager leur responsabilité pénale.

De manière générale, l'existence de la faute disciplinaire ainsi commise ne dépend pas des fonctions exercées par l'agent public et de son appartenance à tel ou tel service. Comme l'écrivait Rémy Schwartz dans ses conclusions sur l'affaire Marteaux, s'agissant d'une éventuelle distinction entre les agents en contact avec le public et les autres : « ceux qui ne sont pas en contact avec le public, les usagers à un moment donné, peuvent l'être à un autre moment. L'interdiction d'une expression politique ou religieuse ne peut être variable selon les moments. Cela serait d'ailleurs impraticable ». Le Conseil d'État a donc choisi de ne pas se lancer dans une approche fonctionnelle du principe de laïcité et de neutralité ou dans la distinction entre les signes religieux qui aurait conduit inévitablement à une réelle complexité en matière d'affectation des agents. Cette voie n'a cependant pas été fermée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>Note 25</sup> qui a justifié l'interdiction faite à une institutrice de porter le foulard islamique par la vulnérabilité des enfants en raison de leur jeune âge et par le message que véhiculerait le foulard en matière d'égalité des sexes.

Si la marge d'appréciation pour constater la faute disciplinaire semble limitée, elle s'avère cependant plus importante en ce qui concerne le choix du degré de la sanction disciplinaire même si depuis 2013 le juge administratif exerce un contrôle entier sur cette décision. Pour apprécier la gravité du

manquement à l'obligation de neutralité, l'administration doit tenir compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce et, notamment, de la nature et du degré du caractère ostentatoire de la manifestation de ses croyances religieuses, ainsi que de la nature des fonctions confiées. La réitération du comportement par l'agent malgré des mises en demeure adressées par son supérieur hiérarchique de cesser ses agissements est évidemment une circonstance aggravante<sup>Note 26</sup>. Il en va de même du fait d'être au contact des usagers<sup>Note 27</sup>.

La laïcité ne doit cependant pas être comprise comme une seule atteinte à la liberté d'expression des agents publics. C'est aussi grâce à elle que les agents publics bénéficient de la liberté de conscience et d'expression de leurs convictions religieuses en dehors du service.

## **2. La laïcité, garantie de la liberté de conscience des agents publics**

5. - Le principe de laïcité garantit la liberté de conscience. Toutefois, l'expression des convictions religieuses même en dehors du service est placée sous surveillance même si les exemples d'abus sont extrêmement rares. La laïcité autorise aussi les agents publics à vivre leur foi en dehors du calendrier légal des jours fériés et chômés même si les règles mises en place apparaissent cependant fragiles et peu sécurisantes pour les acteurs.

### A. - Le droit limité à l'expression des convictions religieuses en dehors du service

6. - La liberté de conscience est garantie par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme<sup>Note 28</sup> tandis que l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires protège la liberté d'opinion des agents publics. Ce corpus normatif auquel s'ajoutent des textes à portée internationale (Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) permet aux agents publics de librement adhérer ou non à la religion de leur choix, la liberté de croyance supposant aussi celle de ne pas croire<sup>Note 29</sup>.

Il s'avère donc difficile de sanctionner un agent public pour des actes relevant du prosélytisme s'ils sont accomplis en dehors du service et dès lors qu'ils ne portent pas atteinte à la réputation du service. Ainsi, ne manque pas à son obligation de neutralité une institutrice invitant dans un courrier privé un collègue à assister à des conférences à caractère religieux pendant les vacances<sup>Note 30</sup>. Même si l'hypothèse paraît plus délicate, le seul fait pour un agent public d'appartenir à une secte ne justifie pas une sanction disciplinaire dès lors qu'aucun trouble à l'ordre public n'a été constaté<sup>Note 31</sup>. Une autre difficulté est à signaler dans le cas où la frontière entre vie privée et vie professionnelle apparaît ténue, ce qui sera par exemple le cas des assistantes maternelles exerçant leur activité professionnelle essentiellement à leur domicile<sup>Note 32</sup>.

Toutefois, la liberté d'expression religieuse des agents publics en dehors du service n'est pas absolue. Une obligation de réserve est exigée selon les principes et critères établis par la jurisprudence. Pourrait ainsi être considérée comme un manquement à l'obligation de réserve l'expression d'un fonctionnaire de l'Éducation nationale prônant la déscolarisation des enfants, le refus de recourir aux médicaments et de se soumettre aux vaccinations obligatoires conformément à la doctrine défendue par certaines sectes<sup>Note 33</sup>.

Force est néanmoins de constater que les cas de manquement au devoir de réserve religieuse commis en dehors du service sont extrêmement rares. Cependant, le développement de nouveaux modes de communication tels que la tenue de blogs sur Internet et l'expression de fonctionnaires sur les réseaux sociaux font apparaître de nouvelles problématiques en matière de liberté d'expression non seulement politique mais également religieuse, les deux étant parfois intimement mêlés<sup>Note 34</sup>. Même en dehors du service, la liberté d'expression des opinions religieuses des agents publics n'est pas absolue. Elle bénéficie cependant d'aménagements destinés à concilier, vie privée, exercice de la foi et bon fonctionnement du service.

### B. - Les autorisations d'absence pour motifs religieux

7. - Le principe de laïcité et de neutralité n'empêche pas que l'agent soit mis en mesure d'exercer sa religion en étant autorisé à s'absenter les jours où ses convictions religieuses lui recommandent de ne pas travailler. La plupart des jours chômés étant déterminés en fonction du calendrier chrétien, une circulaire ministérielle bien connue du 23 septembre 1967 précise que les chefs de service ont la possibilité d'accorder aux agents qui désirent participer aux fêtes religieuses propres à leur confession des autorisations d'absence dans la mesure où leur absence demeure compatible avec le fonctionnement normal du serviceNote 35. Cette compétence reconnue au chef de service, même dans la fonction publique territorialeNote 36, ne lui permet pas de refuser par principe toute autorisation d'absence pour participer à une fête religieuse autre que l'une des fêtes religieuses légales en FranceNote 37.

Des autorisations d'absence sont également demandées sur le fondement de la liberté de culte par des agents sans qu'il s'agisse pour autant de fêtes religieuses mais de simples pratiques religieuses hebdomadaires. Les mêmes principes sont applicables laissant au chef de service le soin d'apprécier la demande au regard des exigences liées au fonctionnement normal du service. Ainsi, « en estimant que les nécessités du fonctionnement normal du service public faisaient obstacle à ce que M. X soit autorisé à se rendre à la mosquée chaque vendredi de 14 heures à 15 heures, alors que le règlement horaire applicable aux gardiens d'immeubles de l'Office dont il relève prescrit, en ce qui concerne ce jour de la semaine, une présence obligatoire de 5 heures à 8 heures, de 9 heures à 11 heures et de 14 heures à 16 heures 30, la présidente de l'Office municipal d'habitations à loyer modéré de Saint-Dizier n'a pas porté une atteinte manifestement illégale à la liberté de M. X de pratiquer la confession de son choix »Note 38. Le refus d'assurer le service pour des motifs religieux et l'atteinte au principe de continuité des services peuvent justifier une révocationNote 39.

Le système mis en place n'apparaît au final pas très satisfaisant. Il fait peser une pression parfois importante sur le chef de service qui peut paraître bien isolé pour prendre des décisions aux répercussions importantes parfois en matière de paix sociale et ce d'autant plus que les chefs de service ne savent pas toujours quelle est leur marge de manoeuvre et si les fonctionnaires ne disposent pas d'un véritable droit à l'absence pour motifs religieuxNote 40. Il repose à la fois sur la confiance parce qu'il n'est pas demandé à l'agent qui sollicite une autorisation spéciale d'absence de prouver son appartenance à un mouvement religieux et sur une bienveillante tolérance qui peut varier selon les sensibilités du chef de service. Il s'avère discriminatoire entre croyants et non croyants. Aussi bon nombre de collectivités territoriales ont adopté leur propre système d'autorisations d'absence afin de limiter les risques d'atteinte au principe d'égalité entre les agents et de ne pas avoir à connaître les convictions religieuses de leurs agents. Il n'est pas certain que tous les systèmes mis en place soient légaux au regard de la durée annuelle du temps de travail puisque sont souvent accordés des journées de « congé » supplémentaires. Il n'est pas normal que les employeurs publics soient abandonnés en la matière aux recommandations d'une simple circulaire. C'est le droit des autorisations d'absence dans la fonction publique qui devrait être revu de manière générale en veillant à ne pas fâcher « Celui qui croyait au ciel, celui qui n'y croyait pas » (Aragon, La Rose et le Réséda).

Note 1 Rapport de la commission sénatoriale chargée d'examiner le projet de loi sur l'enseignement congréganiste : JO Sénat Débats, 2 févr. 1904, p. 83.

Note 2 La Cour suprême américaine, dans un arrêt du 1er juin 2015, « Equal Employment Opportunity Commission Petitioner v. Abercrombie et Fitch Stores, Inc. » a été saisie d'un refus d'embauche par une entreprise d'une candidate voilée. La Cour suprême a jugé qu'un tel refus viole la loi fédérale de 1964 sur les droits civiques qui interdit les discriminations à l'embauche motivées par la pratique religieuse du candidat quand cette pratique ne fait pas peser une contrainte excessive sur l'employeur. Voir également : CEDH, 15 janv. 2013, n° 48420/10, Eweida c/ Royaume-Uni : JCP G 2013, act. 180, obs. K. Blay-Grabarczyk : agent d'escalade d'une compagnie aérienne sommée de retirer la croix qu'il portait au-dessus de son uniforme.

Note 3 Conseil d'État, Rapport public 2004, Un siècle de laïcité, EDCE n° 55, Doc.fr. 2004.

Note 4 Le secteur privé, celui des entreprises, n'est pas exonéré de la question de l'expression des convictions religieuses dans le cadre professionnel : Cass. soc., 9 avr. 2015, n° 13-19.855, FS-P+B+I, Mme B. c/ Sté Micropole Univers : JurisData n° 2015-007514 ; JCP G 2015, 591 ; JCP E 2015, act. 332 : la Cour de cassation a saisi la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle afin de savoir si le souhait d'un client d'une société de conseils informatiques de ne plus voir les prestations de services informatiques de cette société assurées par une salariée portant un foulard islamique peut être considéré comme une condition essentielle et déterminante tenant à la nature de l'emploi légitimant la restriction à la liberté du salarié.

Note 5 G. Thuillier, Autour d'Anatole France : le capitaine Mollin et l'affaire des fiches en 1904 : Rev. adm. 1986, p. 549.

Note 6 Art. 25 de l'acte dit loi du 14 septembre 1941 portant statut général des fonctionnaires civils de l'État et des établissements publics de l'État selon lequel le fonctionnaire doit « jouir de ses droits civiques, compte tenu des lois portant statut des juifs » et « satisfaire aux prescriptions des lois sur les sociétés secrètes » : Journal Officiel 1er Octobre 1941. Également L. 3 oct. 1940, portant statut des juifs : Journal Officiel 18 Octobre 1940.

Note 7 CE, 10 mai 1912, n° 46027, Abbé Bouteyre : Rec. CE 1912, p. 553.

Note 8 Circ. ministre de la Décentralisation et de la Fonction publique, 9 avr. 2015, relative aux priorités interministérielles fixées à la formation professionnelle tout au long de la vie des agents de l'État.

Note 9 La question des convictions religieuses des candidats aux emplois publics et de l'accès à la fonction publique ne sera pas abordée dans la présente étude, le sujet méritant d'amples développements spécifiques.

Note 10 T. confl., 2 juin 1908, Girodet c/ Morizot : Sirey 1908, III, 81 ; CE, 4 mai 1948, Connet : Sirey 1949, III, 41.

Note 11 CE, 8 déc. 1948, Dlle Pasteau ; CE, 3 mai 1950, Dlle Jamet : Rec. CE 1950, p. 247.

Note 12 Cons. const., 18 sept. 1986, n° 86-217 DC, Loi relative à la liberté de communication.

Note 13 CE, avis, 3 mai 2000, n° 217017, Mlle Marteaux : JurisData n° 2000-060465 ; Rec. CE 2000, p. 169, concl. R. Schwartz ; D. 2000, jurispr. p. 747, note G. Koubi.

Note 14 Projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 7 octobre 2015 ; JCP A 2015, act. 861..

Note 15 Généralement les parents d'élèves sont considérés comme des usagers du service public : TA Nice, 9 juin 2015, n° 1305386 : à propos d'un parent d'élève accompagnant une sortie scolaire considéré comme un usager du service public de l'éducation ne justifiant donc pas de restrictions à la liberté religieuse en l'absence de considérations liées à l'ordre public ou au bon fonctionnement du service. Pourtant il est arrivé au Conseil d'État de qualifier les parents d'élèves encadrant les sorties scolaires de collaborateurs occasionnels et bénévoles du service public : CE, sect., 13 janv. 1993, n° 63044 et n° 66929, Galtié : Rec. CE 1993, p. 11 : « Considérant que le concours de Mme X avait été sollicité par le proviseur du lycée franco-hellénique d'Athènes pour encadrer une sortie à Delphes organisée dans le cadre des activités scolaires pour des élèves de cet établissement ; qu'ainsi la requérante avait la qualité de collaborateur occasionnel du service public français ». Cela peut expliquer la jurisprudence du tribunal administratif de Montreuil estimant que le principe de neutralité s'applique aux parents d'élèves, accompagnateurs de sorties scolaires : TA Montreuil, 22 nov. 2011, n° 1012015 : JurisData n° 2011-025646 ; JCP A 2011, 2384, concl. Virginie Restino ; Dr. adm. 2012, comm. 16, note A. Taillefait.

Note 16 Pour reprendre l'expression de Charles Eisenmann dans la préface de la thèse de Ch. Fourrier, La liberté d'opinion du fonctionnaire, LGDJ, 1957.

Note 17 G. Burdeau, Traité de science politique, t. VIII, LGDJ, 1974, 2e éd., p. 231.

Note 18 CE, avis, 3 mai 2000, n° 217017, Mlle Marteaux, préc.

Note 19 CAA Lyon, 27 nov. 2003, n° 03LY01392, Mlle Ben Abdallah : JCP A 2003, 2026, note A. Taillefait ; AJDA 2004, p. 154, note F. Melleray.

Note 20 CE, 15 oct. 2003, n° 244428, Odent : JurisData n° 2003-065984 ; Rec. CE 2003, p. 402 ; JCP A 2003, 2003, note D. Jean-Pierre ; JCP G 2003, IV, 1429, obs. M.-C. Rouault.

Note 21 CE, 19 févr. 2009, n° 311633, Bouvier : JurisData n° 2009-074974 ; JCP A 2009, act. 267 ; AJFP 5/2009, p. 253, concl. B. Bourgeois-Machureau.

Note 22 CAA Marseille, 5 mai 2015, n° 14MA02048.

Note 23 CAA Versailles, 14 avr. 2008, n° 06VE01149, Mme H : aide-soignante refusant à plusieurs reprises d'ôter le couvre-chef qu'elle portait sur son lieu de travail.

Note 24 L'on peut songer au cas d'animateurs encadrant de jeunes enfants par exemple.

Note 25 CEDH, 15 févr. 2001, Dalhab c/ Suisse : RFD adm. 2003, p. 536, comm. N. Chauvin.

Note 26 CAA Lyon, 27 nov. 2003, n° 03LY01392, préc. - CAA Versailles, 6 oct. 2011, n° 09VE02048 : JurisData n° 2011-023929.

Note 27 CE, 19 févr. 2009, n° 311633, préc.

Note 28 Voir également : Cons. const., 23 nov. 1977, n° 77-87 DC, Liberté d'enseignement : JurisData n° 1977-300018 ; Rec. Cons. const. 1997, p. 42.

Note 29 CEDH, 24 févr. 1998, Larissis c/ Grèce : Rec. CEDH 1998, I, § 45.

Note 30 CE, 28 avr. 1938, Weiss : Rec. CE 1938, p. 379.

Note 31 L. Helmlinger, L'appartenance d'un fonctionnaire de l'Éducation nationale à un mouvement réputé sectaire est-il constitutif d'une faute susceptible de poursuites disciplinaires ? : Lettre d'information juridique du ministère de l'Éducation nationale, 45/2000, p. 36. - G. Klein, La neutralité de la fonction publique à l'épreuve du sectarisme : AJFP 6/2004, p. 310.

Note 32 CAA Versailles, 23 févr. 2006, n° 04VE03227, Rachida E. c/ Cne Guyancourt : JCP A 2006, 1165.

Note 33 TA Grenoble, 28 déc. 1998, n° 962921, Tribu.

Note 34 Voir par exemple le cas de Mme Farida Belghoul, enseignante, sanctionnée le 30 octobre 2014 d'un blâme pour avoir critiqué la ministre de l'Éducation. Le 26 août, dans un article intitulé « Belgacem versus Belghoul » sur le site jre2014.fr, elle avait comparé la nomination de la ministre « chouchoute du lobby trans, bi et cie » à « une déclaration de guerre aux familles de France », information donnée par le journal Le Monde, 5 mars 2015.

Note 35 Circ. min. n° 901 FP, 23 sept. 1967 relative aux congés pouvant être accordés aux fonctionnaires pour participation à des cérémonies religieuses.

Note 36 CE, 20 déc. 2013, n° 351682, Fédération autonome de la fonction publique territoriale : JurisData n° 2013-030000 : Rec. CE 2013, tables.

Note 37 CE, 12 févr. 1997, n° 125893, Henny : JurisData n° 1997-050060 ; Rec. CE 1997, p. 891. - CAA Paris, 22 mars 2001, n° 99PA02621, Mme Crouzat : JurisData n° 2001-151671, annulation du refus d'autorisation d'absence opposé à un adhérent du mouvement raélien. - CE, 26 oct. 2012, n° 346648, Lliboutry : JurisData n° 2012-023956 ; Rec. CE 2012 ; JCP A 2012, act. 739 ; Dr. adm. 2013, comm. 7, note L. Dechâtre.

Note 38 CE, 16 févr. 2004, n° 264314, Benaïssa : JurisData n° 2004-066485 ; Rec. CE 2004, p. 826 ; JCP A 2004, 1357, note E. Tawil. Voir également dans le même sens : CEDH, 12 mars 1981, n° 8160/78, Ahmad c/ Royaume-Uni.

Note 39 CE, 16 déc. 1992, n° 96459, Gilot : JurisData n° 1992-049675 : « Considérant, d'autre part, qu'il ressort de la décision attaquée et de l'ensemble des pièces du dossier, que le motif de la révocation de Mme X de son emploi de téléphoniste à l'hôpital de Gonesse résulte, non pas de son appartenance à l'église adventiste du 7e jour, mais de sa volonté persistante de ne pas assurer son service le samedi même si elle ne peut être remplacée ». Voir également : TA Fort-de-France, 19 juin 1976, Mlle Coralie : Rec. CE 1976, p. 653.

Note 40 En faveur de la reconnaissance d'un tel droit, voir la note de F. Dieu, sous CE, 23 déc. 2011, n° 323309, Halfon et a. : JurisData n° 2011-029058 ; Rec. CE 2011 ; JCP A 2012, 2281. La circulaire du 23 sept. 1967 fait référence à l'instruction n° 7 du 23 mars 1950 qui ne fait pas mention d'un droit mais d'une simple « mesure de bienveillance ».

## ***E – L'obligation de dignité dans le comportement et la prohibition des actes de harcèlement***

La liberté de conscience est garantie aux fonctionnaires. En revanche, leur liberté d'expression, bien que reconnue, peut faire l'objet de limites.

Les fonctionnaires doivent adopter, tant dans le service qu'à l'extérieur du service un comportement compatible avec la dignité qui s'attache à l'exercice d'une fonction publique.

### **1 – La substance de l'obligation de dignité**

L'obligation de dignité est distincte du devoir de désintéressement, de réserve, de neutralité et d'impartialité. Cette obligation, de source purement prétorienne, astreint tout fonctionnaire à représenter dignement l'administration, et à vivre ses valeurs éthiques, tant à l'occasion de ses activités professionnelles que dans les divers actes de sa vie privée [surtout s'ils sont susceptibles d'une certaine médiatisation dans la sphère publique].

Cette obligation de dignité a fait l'objet de deux décisions de principe déjà anciennes : par un arrêt pris en pleine guerre (CE 16 juillet 1943, *Sieur Bourdelat*) le juge administratif confirme une décision de révocation, l'instituteur mis en cause ayant eu « *un genre de vie incompatible avec le caractère de son emploi* ». Le second arrêt est plus précis (CE 20 juin 1958, *Sieur Louis*) : l'intéressé, professeur, avait eu avec une de ses élèves des relations « *constituant un manquement aux bonnes mœurs, ayant porté atteinte à l'honneur de l'université et compromis la dignité et l'autorité de la fonction professorale* ».

Autrement dit, le fonctionnaire « indigne » de sa fonction en raison de son attitude, de son immoralité, de son mode de vie, de ses fréquentations, de son intempérance, peut être sanctionné. Cette indignité peut ressortir :

- **soit d'agissements incompatibles par nature avec un modèle de comportement éthique attendu du fonctionnaire en toute circonstance**, lequel est réputé détenteur d'une parcelle de la puissance publique (vertu d'exemplarité, de modération, d'intégrité). Peu importe alors qu'il y ait eu ou non médiatisation. « *La circonstance que des agissements ont été commis par un agent public en dehors de son service et n'ont pas porté atteinte à la réputation de l'administration, faute d'avoir été divulgués, ne suffit pas à les rendre insusceptibles de justifier une sanction disciplinaire si leur gravité les rend incompatibles avec les fonctions effectivement exercées par l'intéressé* » (CE, 27 juill. 2006, Agglomération région de Compiègne).
- **soit d'un comportement ternissant l'image de l'administration, sa crédibilité, sa réputation**. Cette circonstance joue alors souvent le rôle de facteur aggravant de la faute commise.

En tout état de cause, la dignité professionnelle attendue d'un fonctionnaire est intimement liée aux caractéristiques propres de son emploi, à la nature de ses attributions, et à son rang hiérarchique :

- ⇒ Le fait de porter un bermuda pour un enseignant (TA Cayenne 3 juin 2003, Onno c/ Recteur de l'académie de Guyane), une tenue négligée et une coupe de cheveux extravagante pour un agent forestier assermenté (TA Amiens 3 juin 1986, Seckel, L. T. 589) sont autant d'exemples de violation de l'obligation de dignité professionnelle.
- ⇒ Le fait pour un agent public d'envoyer à son ex-épouse des courriels «injurieux et outrageants», par le biais de sa messagerie professionnelle, pendant les heures de son service, a été jugé comme «une pratique contraire à la dignité professionnelle des fonctionnaires» (TA Nîmes 5 juin 2008, M. G.).
- ⇒ Le fait pour un proviseur d'envoyer « nuitamment des courriels à forte tonalité affective à un mineur en seconde » couplé aux nombreuses remarques émises en public sur l'aspect physique des mineurs a été jugé comme nuisant à la dignité de la fonction (TA Versailles 6 décembre 2002, M. P.).

C'est d'ailleurs encore au nom de la dignité de la profession qu'une sanction infligée à un commissaire de police, pour avoir consulté des sites internet à connotations sexuelles, a été confirmée par le juge. En l'espèce, le fonctionnaire utilisait plus de 20 % de son temps de connexion à cette activité.

L'obligation de dignité professionnelle est désormais codifiée au sein du statut général de la fonction publique, par la loi du 20 avril 2016.

**Violation de la dignité professionnelle attendue d'un policier  
par un comportement agressif et irrespectueux à l'égard d'usagers et de collègues  
CAA Lyon, 3e ch., 29 mars 2016, n° 15LY03112**

**L'essentiel** – en appel, invalidant le jugement de première instance, la cour estime qu'en dépit de bons états de service de l'intéressé, la sanction litigieuse prononcée par le ministre de l'intérieur n'est pas disproportionnée eu égard à la nature des propos tenus par l'agent et à ses gestes (reproches faits à des plaignants quant à leur orientation politique supposée, propos racistes, conseil donné à l'un d'eux d'attenter à la sécurité physique de sa voisine pour régler le litige qui les oppose, insultes proférées à des collègues, etc.).

## 2 – La prohibition des actes de harcèlement, acception moderne de la dignité du fonctionnaire

### a – L'interdiction d'actes de harcèlement moral

Le harcèlement moral est une conduite abusive qui par des gestes, paroles, comportements, attitudes répétés ou systématiques vise à dégrader les conditions de vie et/ou conditions de travail d'une personne (la victime du harceleur). Ces pratiques peuvent causer des troubles psychiques ou physiques mettant en danger la santé de la victime (homme ou femme).

La loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale a introduit dans le titre I du statut général un article 6 quinquies qui condamne le harcèlement moral.

Il dispose ainsi qu' « *aucun fonctionnaire ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel (...) Est passible d'une sanction disciplinaire tout agent ayant procédé aux agissements définis ci-dessus (...).* »

Le champ d'application de la loi est relativement large. Elle s'applique tant dans la relation hiérarchique qu'entre collègues voire entre un subordonné et sa hiérarchie (forme ascendante) et protège tant la victime de harcèlement moral, que les personnes de l'entourage professionnel proche qui auront témoigné en faveur de la victime.

Outre l'existence d'une faute administrative de nature à engager des poursuites disciplinaires contre l'intéressé, le harcèlement moral constitue un délit pénal. En effet aux termes de l'article 222-33-2 [du](#) code pénal « *Le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.* »

Il n'est pas aisé de caractériser les agissements constitutifs d'un harcèlement moral, les situations de travail humiliantes ou dégradantes ne relevant pas toutes du harcèlement moral. Face à la complexité du phénomène de harcèlement moral, il est difficile de « *modéliser un idéal-type, qu'il s'agisse des procédés employés, des conséquences endurées par la victime, ou encore de la part que celle-ci peut avoir prise dans la dégradation de la situation dont elle se plaint* »<sup>4</sup>.

Toutefois, doivent être stigmatisés les comportements suivants :

- empêcher la victime de s'exprimer (éviction des réunions de travail, privation du téléphone);
- isoler la victime (par un confinement dans un local à l'écart) ;
- déconsidérer la victime auprès de ses collègues ou de tiers ;
- discréditer la victime dans son travail et notamment pousser l'intéressé à la faute puis l'écarter de la structure pour cela ;
- compromettre la santé physique ou psychique de la victime ce qui peut déboucher sur un suicide ;
- établir une surveillance tatillonne du travail.

Le harcèlement moral se manifeste par :

- des dégradations de relations interprofessionnelles entre collègues de même rang hiérarchique, de supérieur hiérarchique à subalterne, plus rarement de subordonné à supérieur hiérarchique, souvent d'un groupe de dirigeants sur un agent en particulier, par omission, abstention, complicité, indifférence;

---

<sup>4</sup> Pour approfondir, voir « *Le harcèlement moral dans la fonction publique : l'état du droit* », de Maxime Tourbe, in Cahier de la fonction publique et de l'administration n°314.

- un acharnement verbal et/ou comportemental répété entraînant la désorganisation du travail de la victime. L'agent est poussé à la faute, son agresseur lui ôtant toute initiative.

Il se caractérise par sa durée, pendant des semaines, des mois, parfois des années. Le juge administratif, apprécie la situation, au regard des comportements respectifs de l'agent auquel le harcèlement est reproché et de l'agent qui estime en avoir été victime. A cette fin, le juge administratif s'appuie sur les critères cumulatifs suivants :

- des agissements qui doivent présenter un caractère répétitif. Le harcèlement moral repose sur une « *succession d'agissements qui, envisagés isolément, ne présenteraient pas nécessairement un caractère de gravité mais qui participent d'un processus de déstabilisation* » ;
- une dégradation des conditions de travail qui peut porter tant sur les moyens matériels nécessaires à l'exercice des fonctions que sur les locaux voire sur la diminution voire la privation des tâches ;
- une atteinte à la personne ; l'article 6 quinquies de la loi du 13 juillet 1983 fait état de quatre types d'atteintes<sup>221</sup>, l'existence d'une seule d'entre elles étant suffisante pour caractériser avec les deux faisceaux d'indices évoqués ci-dessus un harcèlement moral :
  - *Les atteintes aux droits de l'agent*, comme la présence d'un écrit calomnieux au sein de son dossier administratif ou la privation de rémunération consécutive à une « mise au placard » ;
  - *les atteintes à la santé mentale ou physique de l'agent*, correspondant le plus souvent à l'apparition de troubles psychiques pouvant même dans certains cas mener au suicide ;
  - *les atteintes à la dignité*, telles que le placement volontaire de l'agent dans des locaux insalubres ou encore les manœuvres visant à lui imputer à tort un comportement d'alcoolisme ;
  - *les atteintes à l'avenir professionnel de l'agent*, qui peuvent par exemple prendre la forme d'un refus de promotion ou de mutation.

Il convient de souligner que si le harcèlement moral est établi, il ne peut pas être tenu compte du comportement de l'agent qui en a été victime pour atténuer les conséquences dommageables qui en ont résulté pour lui (CE 11 juil. 2011 n°321225).

#### **b- L'interdiction d'actes de harcèlement sexuel**

C'est la situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Termes définis par la Directive européenne 2002/73/CE, modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail : Journal Officiel des communautés européennes 5 Octobre 2002.

Le harcèlement sexuel suppose une connotation sexuelle, mais pas obligatoirement une relation sexuelle ou un viol. Les agissements peuvent être non verbaux (des regards, l'exhibition du sexe), physiques (frôlements, attouchements, baisers) ou verbaux (invitations, remarques, questions ou confidences sur la vie sexuelle de la victime ou de l'agresseur, propositions sexuelles).

La loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel définit le harcèlement comme

- le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante.
- est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers.

Les faits susmentionnés sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende. Ces peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende lorsque les faits sont commis, en particulier « 1-Par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ; (...) ».

## SECTION 6 – LA RESPONSABILITE DISCIPLINAIRE DU FONCTIONNAIRE

Toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire.

La faute disciplinaire est constituée par un manquement du fonctionnaire, à raison d'un acte précis ou d'une omission, à une obligation qui lui est imposée par le statut général ou son statut particulier (CE, 20 juillet 1996, M. Koch). Aux termes de l'article 29 du statut général de la fonction publique : « *Toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale* ».

Au préalable, il convient de préciser que le fonctionnaire ne peut se voir imputer qu'une **faute individualisée** (CE, 6 juillet 1960, préfet de police), la responsabilité disciplinaire collective n'ayant pas d'existence juridique.

### Sous-section 1 - Preuve des faits reprochés et qualification disciplinaire des faits établis

#### A – La charge de la preuve des faits fautifs repose sur l'administration

Un fonctionnaire ne peut faire l'objet d'une sanction disciplinaire que pour des faits qui sont établis. Une faute seulement "présumée" ne peut donner lieu à une sanction. Cela n'interdit évidemment pas l'administration d'engager une procédure disciplinaire à l'encontre d'un fonctionnaire suspecté d'avoir commis des agissements fautifs, procédure qui permettra, le cas échéant, d'établir la faute.

Le Conseil d'Etat a jugé que, si l'autorité disciplinaire peut apporter la preuve des faits sur le fondement desquels elle inflige une sanction à un agent public devant le juge administratif par tout moyen, elle ne saurait toutefois, tout employeur public étant tenu, vis-à-vis de ses agents, à une obligation de loyauté, fonder une sanction sur des éléments qui auraient été obtenus en méconnaissance de cette obligation, sauf si un intérêt public majeur le justifie. (CE, Section, 16 juillet 2014, M. Ganem).

#### ILLUSTRATION

**Fonctionnaires et agents publics : o La Section du contentieux juge que, si l'autorité disciplinaire peut apporter la preuve des faits sur le fondement desquels elle inflige une sanction à un agent public devant le juge administratif par tout moyen, elle ne saurait toutefois, tout employeur public étant tenu, vis-à-vis de ses agents, à une obligation de loyauté, fonder une sanction sur des éléments qui auraient été obtenus en méconnaissance de cette obligation, sauf si un intérêt public majeur le justifie. CE, Section, 16 juillet 2014, M. Ganem, n° 355201, A. o**

### *B - Nécessité d'une qualification disciplinaire des faits ainsi établis*

Une fois établies la matérialité et la consistance de faits ou comportements rattachables à un acte, une omission ou une décision d'un agent public déterminé, se pose la question de la *compatibilité* de ces faits ou comportements avec les obligations professionnelles prévues par le statut de la fonction publique.

Tout manquement à l'une de ces obligations professionnelles est ainsi qualifiable de **faute**, et susceptible de conduire, à l'engagement d'une procédure disciplinaire destinée à sanctionner ce manquement.

### *C - Un périmètre des actes fautifs très large*

La notion de faute est extrêmement large car elle recouvre :

- **L'attitude générale de l'intéressé tant au sein du service qu'en dehors du service** ou hors de l'exercice des fonctions (en congés maladie [CE 11 mai 1979] ou dans sa vie privée par exemple), dès lors qu'ils sont contraires à l'éthique du fonctionnaire et/ou susceptibles de nuire à l'image et à la réputation de l'administration.
- **Les actions commises par l'agent** mais également **ses tentatives d'action** voire **ses omissions**, l'inertie ou le refus d'action d'un agent pouvant être constitutif d'une faute (CAA Marseille 24 juin 2003).
- **Les fautes délibérées comme les fautes non intentionnelles. La bonne foi apparente de l'agent public est ici indifférente** à l'éventuelle qualification disciplinaire de l'acte ou du comportement reproché. La faute est appréciée objectivement. La bonne foi démontrée de l'agent pourra en revanche constituer un motif d'atténuation de la sanction proposée.

Plusieurs faits de nature différente sont susceptibles d'être pris en compte globalement pour caractériser un manquement.

## *D - L'absence d'une liste de fautes*

La particularité fondamentale de la répression disciplinaire, au regard de la répression pénale, est de ne pas se fonder sur une liste préétablie et explicite d'infractions, qui seraient énumérées ou définies par un texte spécial. La faute disciplinaire procède toujours d'un raisonnement déductif « a contrario », réalisé à partir de la typologie des obligations statutaires que doivent respecter tous les agents publics.

Autrement dit, les fautes disciplinaires ne peuvent être limitativement énumérées et distinguées. La faute disciplinaire peut procéder tant d'un manquement constaté à des obligations explicitement mentionnées dans le statut général de la fonction publique, que d'une violation de principes déontologiques non écrits énoncés par voie jurisprudentielle.

## *E - Les circonstances exonératoires*

Certains actes et comportements, a priori irréguliers, ne peuvent donner lieu à une qualification disciplinaire, lorsqu'ils ont été commis dans les circonstances suivantes :

### *1 - Les actes irréguliers pris sur instruction hiérarchique ou bénéficiant d'une validation hiérarchique*

Il n'y a pas de faute sanctionnable, lorsque le fait ou le comportement, bien que n'apparaissant pas conforme à une obligation statutaire, répond à la stricte conformation de l'agent à un ordre reçu de son autorité hiérarchique légitime (art. 122-4 du code pénal) ; le cas échéant, c'est la responsabilité propre du supérieur hiérarchique qui pourra être engagée.

Il en est de même si l'agent mis en cause peut établir que ses décisions, actes ou comportement ont été régularisés par une autorisation hiérarchique claire et explicite ; en revanche le seul constat d'une certaine passivité ou absence de réactivité de l'autorité hiérarchique face à des pratiques contraires à la déontologie du fonctionnaire –mêmes anciennes- ne peut valoir validation tacite de celles-ci.

### *2 - La mise en œuvre du devoir statutaire de désobéissance*

L'article 28 de la loi du 13 juillet 1983 impose à tout fonctionnaire de refuser d'exécuter un ordre manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public.

### *3 - Les « manquements » directement consécutifs à l'exercice légitime du droit de retrait*

Tout agent a le droit de se retirer d'une situation de travail présentant un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé (art. 5-1 du décret 85-603 du 10 juin 1985).

### *4 - Les « manquements » directement consécutifs au souci de se protéger d'agissements de harcèlement moral ou sexuel*

Les articles 6 ter et 6 quinquies de la loi du 13 juillet 1983 prévoient qu'aucune mesure concernant la discipline ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire en prenant en considération le fait qu'il a refusé de subir des agissements de harcèlement.

## 5 - Les actes irréguliers imputables à une insuffisance professionnelle

Il n'y a pas de faute sanctionnable lorsque le fait ou le comportement a priori irrégulier de l'agent relève exclusivement d'une situation d'insuffisance professionnelle. Autrement dit, les faits à prendre en compte pour établir l'existence d'une faute doivent être liés **au comportement de l'agent et non à sa valeur professionnelle intrinsèque**.

L'insuffisance professionnelle se distingue du manquement fautif à ses obligations d'exécution consciencieuse des tâches (telle une exécution négligente ou une désinvolture systématique), par le constat de l'incapacité objective de l'agent à assumer des fonctions pour lesquelles il est notoirement incompetent et à assurer normalement son service. On est ici dans une situation d'inaptitude professionnelle.

## 6 - Les actes irréguliers imputables à un état mental pathologique de l'agent

L'action disciplinaire doit être écartée lorsque les agissements présumés fautifs sont liés à l'état mental pathologique de l'agent (CE, 6 nov. 1961, Rivals<sup>1</sup>). Un agent présentant des troubles mentaux peut néanmoins se voir infliger une sanction disciplinaire dès lors qu'il est responsable de ses actes (CE, 21 janv. 1994, Robin).

### Sous-section 2 - Un choix de sanction limitativement énuméré par la loi et qui doit être adapté aux circonstances de fait

#### A - Une liste graduée et limitative de sanction prévue par la loi

Aucune sanction autre que celles énumérées par la loi ne peut être infligée à un fonctionnaire (CE, 8 octobre 1990, ville de Toulouse c/ Mirguet).

L'autorité disciplinaire détermine la sanction applicable parmi les quatre groupes de sanctions existants, classés par ordre croissant de gravité. Seules les sanctions du premier groupe ne requièrent pas l'avis du conseil de discipline (article 19 du statut général). A l'exception de l'avertissement, l'ensemble des sanctions sont inscrites au dossier de l'agent.

### 1 - Les sanctions de premier groupe

#### a-L'avertissement

L'avertissement est une mise en garde qui prend la forme d'observations orales ou écrites. L'administration demande à l'agent de faire cesser un comportement fautif de peu de gravité. L'avertissement diffère du rappel à l'ordre qui constitue une des manifestations du pouvoir hiérarchique.

Il s'agit d'une sanction mineure qui ne figure pas dans le dossier de l'agent et est sans incidence sur sa carrière.

Peuvent ainsi donner lieu à un avertissement :

- une absence injustifiée d'une journée (CAA Marseille 17 fév. 2004);
- l'utilisation exagérée du téléphone à des fins personnelles et l'assoupissement pendant les heures de travail (CAA Paris 21 déc. 2006);

- le refus d'assurer le remplacement d'un collègue en congé annuel (CAA Nantes 28 juin 2002).

#### **b-Le blâme**

Sans influence sur le déroulement de carrière, le blâme prend la forme d'observations. Il s'agit pour l'administration d'inscrire dans le dossier de l'agent des faits suffisamment graves pour être conservés dans ce dossier. L'inscription au dossier demeure 3 ans si aucune sanction n'est intervenue pendant cette période.

Ont notamment été sanctionnés par un blâme :

- le refus par un agent d'entretien d'exécuter les tâches définies par sa fiche de travail (CAA Marseille 1er avr. 2003);
- le fait d'avoir tenu des propos injurieux à l'égard d'un supérieur hiérarchique (CAA Paris 1er juin 2004);
- la prise répétée de congés sans en informer au préalable la hiérarchie et le refus, à plusieurs reprises, de rendre compte de son activité (CAA Versailles 13 nov. 2008).

## 2 - les sanctions de deuxième groupe

#### **a-La radiation du tableau d'avancement**

Cette sanction peut être prononcée seule ou à titre complémentaire d'une sanction du deuxième et du troisième groupe. Elle est limitée à l'année de validité du tableau. Concrètement, l'agent ainsi sanctionné perd sa vocation à bénéficier de la promotion de grade pour laquelle il était pressenti au titre de l'année considérée.

#### **b-L'abaissement d'échelon**

Avec cette sanction, l'administration décide de freiner la carrière d'un agent en le plaçant à un échelon inférieur à celui qu'il détenait et lui faisant perdre la possibilité d'un avancement d'échelon. L'abaissement d'échelon se traduit par une baisse de sa rémunération. Cette sanction peut également faire perdre le bénéfice d'un avancement de grade, si celui-ci suppose d'avoir atteint un échelon précis pour figurer sur le tableau d'avancement. A noter que l'abaissement peut porter sur un ou plusieurs échelons(CE 19 juin 1989).

Ont notamment été sanctionnés par un abaissement d'échelon :

- le fait pour un attaché d'avoir tenté de dissimuler une faute à ses supérieurs alors que celle-ci pouvait avoir des conséquences importantes au plan pécuniaire et sur l'image des services municipaux (CAA Nantes 22 nov. 2002) ;
- le fait de s'être rendu coupable de plusieurs vols ayant motivé une condamnation pénale (CE 13 janv. 1995).

#### **c-L'exclusion temporaire de fonctions pour une durée maximale de quinze jours**

L'administration décide d'écarter temporairement l'agent de son poste de travail. Le fonctionnaire est exclu de ses fonctions pendant une période déterminée par l'autorité disciplinaire. Il est privé de la rémunération afférente à son emploi.

Elle peut être assortie d'un sursis total ou partiel. L'intervention d'une sanction disciplinaire

du deuxième ou troisième groupe pendant une période de cinq ans après le prononcé de l'exclusion temporaire entraîne la révocation du sursis. En revanche, si aucune sanction disciplinaire, autre que l'avertissement ou le blâme, n'a été prononcée durant cette même période à l'encontre de l'intéressé, ce dernier est dispensé définitivement de l'accomplissement de la partie de la sanction pour laquelle il a bénéficié du sursis (Art 66 loi n°84-16 du 11 janvier 1984).

Ont été sanctionnés d'une exclusion temporaire du deuxième groupe :

- un agent qui, ayant demandé à prendre des congés annuels, a refusé d'assurer la formation de l'agent qui devait le remplacer et a fait preuve d'une attitude insolente et agressive envers son supérieur hiérarchique (CAA Bordeaux 2 déc. 2008) ;
- un ouvrier professionnel s'étant présenté sur son lieu de travail en état d'imprégnation alcoolique, et qui a déjà été sanctionné plusieurs fois pour des faits identiques (CE 20 déc 1985).

#### **d-Le déplacement d'office**

Il s'agit d'un changement d'affectation imposé à l'agent qui peut induire une perte de responsabilité, une réduction de ses attributions, un changement de résidence administrative.

Le juge administratif a notamment considéré qu'était justifié le déplacement d'office d'un professeur qui avait usé de sa qualité d'enseignant pour obtenir des prêts des différents partenaires de l'établissement public local où il exerçait ses fonctions, chefs d'entreprises, hôtels, ou tiers, qui n'ont pas toujours été remboursés (TA Nice, 3 janv. 1998).

### **3 - les sanctions de troisième groupe**

#### **a-La rétrogradation**

La rétrogradation a pour effet de placer le fonctionnaire concerné dans le grade immédiatement inférieur au sien. L'agent rétrogradé peut être reclassé dans l'un des échelons de ce grade et non pas nécessairement à l'échelon équivalent à celui qu'il détenait.

Le juge a toutefois encadré cette sanction en estimant qu'elle ne pouvait avoir pour conséquence d'évincer l'agent du corps auquel il appartient (CE 18 oct. 1995). Elle ne peut donc être prononcée à l'encontre d'un fonctionnaire titulaire du premier grade de son corps.

Avec la rétrogradation, l'administration estime que l'agent n'est plus en mesure d'exercer les fonctions prévues par son grade. La rétrogradation peut dès lors se traduire par un changement d'affectation (CAA Nancy 27 mai 2004).

Ont notamment fait l'objet d'une rétrogradation :

- un agent des services techniques qui a emporté des matériaux de récupération à son domicile au moyen d'un véhicule de service afin de les vendre à son profit (CE 12 mai 1997) ;
- un agent ayant à plusieurs reprises refusé d'ouvrir son guichet pendant les heures d'ouverture au public, malgré des mises en demeure (CAA Nancy 27 mai 2004) ;

- un agent ayant délibérément violé les dispositions du code des marchés publics (CAA Nantes 27 mai 2004).

#### **b-L'exclusion temporaire de fonctions pour une durée de trois mois à deux ans**

Au niveau de la carrière de l'agent, elle produit les mêmes effets que l'exclusion temporaire de fonctions pour une durée maximale de 15 jours. Le fonctionnaire est exclu de ses fonctions pendant la durée choisie par l'autorité disciplinaire. Il peut toutefois exercer une activité pendant cette période dans les conditions du droit commun du cumul d'activités (Art 25 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983).

L'exclusion temporaire de fonctions d'une durée de trois mois à 2 ans peut être assortie d'un sursis partiel. Contrairement aux exclusions temporaires de fonctions des 1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup> groupes, le sursis ne peut être total. En effet, celui-ci ne peut avoir pour effet de ramener la durée de cette exclusion à moins d'un mois. En revanche, si aucune sanction disciplinaire, autre que l'avertissement ou le blâme, n'a été prononcée durant cinq ans à l'encontre de l'intéressé, ce dernier est dispensé définitivement de l'accomplissement de la partie de la sanction pour laquelle il a bénéficié du sursis.

Ont été sanctionnés d'une exclusion temporaire du troisième groupe :

- pour une durée de deux ans : un agent ayant fait preuve de refus répétés d'obéissance hiérarchique, de négligences et retards dans ses tâches et d'un mauvais comportement général, et ayant fait l'objet de plusieurs avertissements écrits et oraux (CE 28 nov. 2003) ;
- pour une durée d'un mois : un agent ayant refusé, malgré une mise en demeure, d'exercer les nouvelles fonctions qui lui avaient été attribuées (CAA Bordeaux 28 juin 2007) ;
- pour une durée de trois mois, dont deux avec sursis : un agent ayant sollicité et obtenu d'une société privée la mise à disposition de matériel informatique à des fins exclusivement personnelles (CAA Nantes 16 mars 2001) ;
- pour une durée de trois mois dont un avec sursis : un agent sorti à de multiples reprises de ses fonctions, en violation de l'obligation de discrétion professionnelle, pour intervenir dans le traitement de dossiers de personnes de sa connaissance, confiés à d'autres services (CAA Paris 26 mai 2004).

#### **4 - les sanctions de quatrième groupe**

##### **a-La mise à la retraite d'office**

Cette sanction conduit à la radiation des cadres de la fonction publique ainsi qu'à la perte de qualité de fonctionnaire. Une telle sanction ne pourra être prononcée que si l'agent satisfait à la condition de services pour avoir droit à pension.

Ont été à titre d'exemple mis d'office à la retraite :

- un policier municipal ayant fait exécuter dans sa villa, pendant les heures de service, des travaux par un agent placé sous ses ordres (CE 16 juin 1995) ;

- un agent qui a commis pendant plus d'un an des actes de harcèlement sexuel sur deux collègues féminines, et qui avait déjà fait l'objet d'un avertissement dans le passé pour des faits de même nature (CAA Paris 31 janv. 2006).

#### **b-La révocation**

C'est la sanction la plus grave. Elle entraîne la perte de qualité de fonctionnaire et la radiation des cadres. Le fonctionnaire révoqué est considéré comme involontairement privé d'emploi, et peut donc prétendre au bénéfice d'allocations d'aide au retour à l'emploi (CE 9 oct. 1992).

Ont été révoqués :

- un agent affecté à la caisse de la recette des régies qui s'est rendu coupable de détournement de fonds publics et de faux en écriture (CE 22 nov. 1995) ;
- un agent ayant commis des vols dans l'exercice de ses fonctions (CAA Marseille 14 oct. 2003) ;
- un commissaire de police qui a eu recours à des fonctionnaires de police pour effectuer des travaux personnels dans ses propriétés, travaux qui ont été à plusieurs reprises accomplis pendant les heures de service (CE 6 avril 1998) ;
- un responsable des services techniques ayant tenté d'obtenir la réalisation de travaux à son domicile en contrepartie de la promesse d'obtention de marchés (CAA Nancy 10 avr. 2006) ;
- un agent qui a commis des actes de harcèlement sexuel (CAA Paris 29 déc. 2004).

### ***B – L'obligation d'adapter la gravité de la sanction choisie à la gravité des faits reprochés pris dans leur contexte***

Afin d'apprécier le degré de responsabilité propre de l'agent dans les manquements reprochés, la jurisprudence tend à s'attacher à trois séries de considérations.

#### **1 - Le positionnement de l'agent dans le service**

Il convient de tenir compte :

- **du niveau hiérarchique des fonctions exercées et du grade de l'agent** (simple exécutant ou décideur - CE 8 juillet 1991) : il convient d'évaluer notamment la proportion de la sanction au regard des responsabilités exercées par l'agent. Ainsi un technicien territorial ne peut être sanctionné pour une erreur juridique sur des marchés publics, l'organisation des structures administratives de la commune ne pouvant laisser à la charge d'un technicien territorial, la responsabilité de la passation des marchés (CE, 16 novembre 1999) ;
- **de la nature particulière des fonctions exercées** : il a ainsi été considéré que le fait que le fonctionnaire sanctionné pour conduite en état d'ivresse exerçait les fonctions de conducteur d'automobile constituait une circonstance aggravante (CE 4 mars 1992).

## 2 - Le comportement professionnel de l'agent

Au-delà des faits fautifs compris stricto sensu, l'administration doit faire référence à **l'ensemble du comportement professionnel de l'agent** (CE, 8 juin 1956, Dardenne) et prendre en considération :

- **sa manière de servir** ;
- **son passé** notamment les faits ayant donné lieu à de précédentes sanctions (CE 25 juin 1982) et le caractère répétitif ou non du manquement (CE 29 mars 1996).

## 3 - Le contexte personnel de l'agent

L'administration doit aussi prendre en compte l'éventuel contexte personnel de l'agent, celui-ci étant susceptible d'atténuer ou d'aggraver la faute, et donc influencer le choix de la sanction. Il peut s'agir :

- **de l'existence de motifs familiaux ou de santé**, à condition qu'ils aient un caractère «impérieux» (CE 23 avril 1997) ;
- de l'âge de l'agent, **la jeunesse** pouvant constituer une circonstance atténuante (CAA Paris 9 nov. 2004).

## 4 - Le contexte professionnel de l'agent

**Enfin, la gravité de la faute et le choix de la sanction doit s'apprécier au regard de son contexte professionnel** (CAA Douai, 28 mai 2009, *Ministre de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables Mme Mehl-Schouder*). Les circonstances dans lesquelles se sont produits les faits reprochés à l'agent doivent ainsi obligatoirement figurer dans le rapport transmis par l'administration au conseil de discipline (Article 2 du décret 84-961 du 25 octobre 1984 sur la procédure disciplinaire). L'environnement de travail de l'agent doit donc toujours être pris en compte.

En effet, il ressort des analyses des jurisprudences que pour déterminer la gravité de la faute et le choix de la sanction, le juge administratif est notamment attentif :

- **aux incidences de la faute sur le service** : il a notamment estimé concernant un policier en état d'ivresse que son comportement portait la déconsidération sur le corps auquel il appartient (CE 11 mai 1977) ;
- **au fait que les manquements reprochés à l'agent soient liés à sa charge excessive de travail**, sur laquelle il avait attiré l'attention de ses supérieurs hiérarchiques, et qui le mettait dans l'impossibilité de mener à bien l'ensemble des missions qui lui étaient confiées (CE 9 juillet 1997) ;
- à la circonstance que **l'agent devait assumer seul et sans encadrement suffisant de lourdes tâches** (CAA Nantes 21 fév. 2003) ;
- **à l'absence, à l'inadéquation ou à la contradiction manifeste des directives hiérarchiques ayant pu favoriser la faute.**

### Sous-section 3 - Certaines mesures défavorables ne constituent pas des sanctions disciplinaires

#### A - La suspension

En cas de faute grave imputée à un fonctionnaire, qu'il s'agisse d'un manquement à ses obligations professionnelles ou d'une infraction de droit commun, l'auteur de cette faute peut être suspendu par l'autorité ayant pouvoir disciplinaire qui saisit, sans délai, le conseil de discipline.

La suspension ne constitue pas une sanction mais une mesure conservatoire. Son objet est de permettre l'éloignement du service du fonctionnaire concerné, en attendant le résultat de la procédure disciplinaire, voire de la procédure pénale.

Le fonctionnaire suspendu conserve son traitement, son indemnité de résidence, son supplément familial de traitement et ses prestations familiales.

Sa situation doit être définitivement réglée dans un délai de 4 mois. Si, à l'expiration de ce délai, aucune décision n'a encore été prise par l'autorité disciplinaire, il est rétabli dans ses fonctions. Cela n'empêche pas l'autorité disciplinaire de lui infliger, au-delà de ce délai, une sanction.

Le fonctionnaire qui est l'objet de poursuites pénales (mise en examen, audition en qualité de témoin « assisté ») peut, toutefois, rester suspendu au-delà du délai de 4 mois. Il peut alors subir une retenue sur son traitement, dans la limite de la moitié de la rémunération précitée. Il conserve néanmoins la totalité des suppléments pour charges de famille et ses droits à congé maladie (CE, 22 février 2006, ministre de l'agriculture, de l'alimentation, de la pêche et de la ruralité c/ M. Tesquet).

La loi du 20 avril 2016 est venue clarifier la situation administrative du fonctionnaire suspendu pour faute grave et faisant l'objet de poursuites pénales, à l'issue de l'expiration du délai de quatre mois de suspension :

- le fonctionnaire est rétabli dans ses fonctions : s'il fait l'objet de poursuites pénales mais que les mesures décidées par l'autorité judiciaire ou l'intérêt du service le permettent ;
- le fonctionnaire, poursuivi pénalement, n'est pas rétabli dans ses fonctions, sur décision motivée : il peut alors être affecté ou détaché provisoirement.

L'affectation provisoire, sous réserve de l'intérêt du service, est opérée dans un emploi compatible avec les obligations de son contrôle judiciaire. A défaut, il peut être détaché d'office, à titre provisoire, dans un autre corps ou cadre d'emplois pour occuper un emploi compatible avec les obligations de son contrôle judiciaire. Cette situation prend fin lorsque la situation du fonctionnaire est définitivement réglée par l'administration ou lorsque l'évolution des poursuites pénales rend impossible sa prolongation.

## *B - La mutation d'office dans l'intérêt du service*

Une mutation peut être imposée à un fonctionnaire, dans l'intérêt du service, dans deux circonstances :

- ⇒ lorsqu'il y a eu lieu, en dehors de toute faute commise par l'intéressé, de l'éloigner du service ;
- ⇒ lorsqu'il y a nécessité de pourvoir à un emploi vacant pour lequel aucun candidat ne s'est déclaré et dont la vacance est susceptible de porter préjudice au fonctionnement du service.

Une telle mesure ne doit pas être confondue avec la sanction disciplinaire de "déplacement d'office". Mais il est vrai que la frontière entre les deux est parfois ténue, la mutation d'office pouvant légalement sur le comportement de l'agent et la nécessité de redonner de la sérénité à un service perturbé. Le juge administratif, s'il est saisi, vérifiera si la mesure de mutation d'office ne constitue pas, en réalité, une sanction déguisée.

## *C - La retenue sur traitement pour absence de service fait*

Tout service non fait entraîne une retenue sur le traitement selon la règle du 1/30ème indivisible. Une telle retenue ne constitue pas une sanction mais n'est que la conséquence du service non fait (le non-accomplissement du service pouvant résulter aussi bien d'une absence irrégulière du fonctionnaire que d'une absence régulière, en cas de grève par exemple).

Il convient de noter, cependant, que – en cas de service fait- aucune retenue sur traitement ne peut être effectuée à raison d'une mauvaise exécution de ce service, la sanction de cette mauvaise exécution passant par l'application de l'une des mesures disciplinaires mentionnées plus haut (au nombre desquelles ne figurent ni retenue sur traitement, ni amende).

## **Sous-section 4 – La procédure et la décision disciplinaires**

### *A - Le déclenchement de la procédure et le respect des droits de la défense*

La procédure disciplinaire est déclenchée par l'autorité investie du pouvoir de nomination. Le fonctionnaire concerné doit être informé, de manière non équivoque, de ce qu'une procédure disciplinaire est engagée à son encontre. L'administration doit indiquer clairement au fonctionnaire la nature et la formulation des griefs retenus contre lui. Elle doit l'informer des droits dont il dispose pour présenter sa défense.

**La communication du dossier** : le fonctionnaire qui est l'objet d'une procédure disciplinaire a le droit d'obtenir la communication intégrale de son dossier individuel (pas seulement de son dossier disciplinaire) et de tous les documents annexes. L'administration doit informer l'intéressé de ce droit. Cette garantie est l'une des plus anciennes accordées aux fonctionnaires, puisqu'elle remonte à la loi du 22 avril 1905.

**L'assistance d'un défenseur** : le fonctionnaire a le droit de se faire assister, à tout moment de la procédure, par un ou plusieurs défenseurs de son choix (avocat, responsable syndical, collègue, personne extérieure, etc...). L'administration doit informer l'intéressé de ce droit.

**La possibilité de présenter des observations** : le fonctionnaire peut présenter des observations écrites ou orales. Il use généralement de cette faculté devant le conseil de discipline, mais il peut également en user à un autre moment (notamment lorsque la sanction envisagée ne nécessite pas la réunion du conseil de discipline).

**Le délai dans lequel peut être déclenchée une poursuite disciplinaire** : L'action disciplinaire engagée à l'encontre d'un fonctionnaire n'était jusqu'en 2016 enfermée dans aucun délai de « prescription ». L'article 19 de la loi 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, modifié par l'article 36 de la loi du 20 avril 2016 prévoit désormais que la procédure disciplinaire engagée contre un fonctionnaire est prescrite dans un délai de trois ans à compter du jour où l'administration a eu une connaissance effective des faits passibles de sanction. Ce délai de trois ans est suspendu en cas de poursuites pénales.

## *B - La consultation du conseil de discipline*

En dehors de l'avertissement et du blâme, toute sanction disciplinaire ne peut être prononcée qu'après consultation préalable du conseil de discipline. Dans la fonction publique de l'État, c'est la Commission Administrative Paritaire (C.A.P.) qui fait office de conseil de discipline. Le conseil doit être saisi par un rapport émanant de l'autorité disciplinaire, rapport indiquant clairement les faits reprochés au fonctionnaire et les circonstances dans lesquelles ils se sont produits.

Le conseil de discipline doit se prononcer dans le délai d'un mois à compter du jour où il a été saisi par le rapport de l'autorité ayant pouvoir disciplinaire. Ce délai est porté à deux mois lorsqu'il est procédé à une enquête.

Le conseil de discipline est présidé par le président de la C.A.P. Rien ne fait obstacle à ce que le supérieur hiérarchique du fonctionnaire, qui a déclenché la procédure disciplinaire, préside le conseil dès lorsqu'il ne manifeste aucune animosité particulière à l'égard du fonctionnaire. Ne siègent au conseil de discipline que les membres de la C.A.P. ayant un grade supérieur ou le même grade que le fonctionnaire concerné.

Le fonctionnaire doit être convoqué devant le conseil de discipline 15 jours au moins avant la date de la réunion. Il peut présenter devant le conseil, toutes observations orales ou écrites, lui-même ou par l'intermédiaire de son ou ses défenseurs. Sa présence n'est pas obligatoire, dès lors qu'il a été régulièrement convoqué et qu'il est représenté.

Le fonctionnaire, de même que l'administration, peuvent faire citer des témoins et des experts. Les débats ne sont pas publics.

Au terme de ces débats, le conseil de discipline délibère à huis clos hors de la présence du fonctionnaire poursuivi, de son ou de ses défenseurs et des témoins. Au vu des observations écrites produites devant lui et compte tenu, le cas échéant, des déclarations orales de l'intéressé et des témoins ainsi que des résultats de l'enquête à laquelle il a pu être procédé, il émet un avis motivé sur les suites qui lui paraissent devoir être réservées à la procédure

disciplinaire engagée.

A cette fin, le président du conseil de discipline met aux voix la proposition de sanction la plus sévère parmi celles qui ont été exprimées lors du délibéré. Si cette proposition ne recueille pas l'accord de la majorité des membres présents, le président met aux voix les autres sanctions figurant dans l'échelle des sanctions disciplinaires en commençant par la plus sévère après la sanction proposée, jusqu'à ce que l'une d'elles recueille un tel accord. Le président ne dispose pas d'une voix prépondérante.

La proposition ayant recueilli l'accord de la majorité des membres présents doit être motivée et être transmise par le président du conseil de discipline à l'autorité ayant pouvoir disciplinaire. Lorsque cette autorité prend une décision autre que celle proposée par le conseil, elle doit informer celui-ci des motifs qui l'ont conduite à ne pas suivre sa proposition.

Dans l'hypothèse où aucune des propositions soumises au conseil de discipline, y compris celle consistant à ne pas prononcer de sanction, n'obtient l'accord de la majorité des membres présents, le conseil est considéré comme ayant été consulté et ne s'étant prononcé en faveur d'aucune de ces propositions. Son président informe alors de cette situation l'autorité ayant pouvoir disciplinaire. Si cette autorité prononce une sanction, elle doit informer le conseil des motifs qui l'ont conduite à prononcer celle-ci.

Le conseil adresse son avis motivé à l'autorité disciplinaire et au fonctionnaire.

### *C - La décision disciplinaire et les voies de recours ouvertes à son encontre*

La décision revient, dans tous les cas, à l'autorité disciplinaire, qui n'est pas tenu de suivre l'avis émis par le conseil de discipline. Cette décision doit être motivée de manière circonstanciée (CE, 15 juin 2005, M. Perget). Elle est notifiée au fonctionnaire. L'autorité disciplinaire peut, par ailleurs, après avis du conseil de discipline, décider de rendre public la sanction et ses motifs. La sanction est immédiatement exécutoire, nonobstant toute procédure de recours utilisée par le fonctionnaire.

**Le recours administratif de droit commun** : le fonctionnaire qui fait l'objet d'une sanction dispose de la possibilité de présenter un recours administratif de droit commun. Ce recours administratif prend la forme :

- ⇒ soit d'un recours gracieux, auprès de l'autorité qui a pris la décision de sanction ; cette autorité peut alors, le cas échéant, atténuer ou rapporter la sanction, elle peut aussi la confirmer ;
- ⇒ soit d'un recours hiérarchique, auprès du supérieur hiérarchique de l'autorité qui a pris la sanction ; le supérieur hiérarchique peut alors annuler la décision prise par son subordonné, la maintenir en modifiant ses motifs ou la réformer ; il peut aussi la confirmer ; la jurisprudence considère que, en revanche, il ne peut aggraver la sanction.

**Le recours devant le conseil supérieur de la fonction publique de l'État** : le fonctionnaire a la possibilité, dans le délai d'1 mois à compter de la notification de la sanction, de présenter un recours devant la commission de recours du conseil supérieur de la fonction publique de l'État. Ce recours n'est cependant possible que dans deux cas :

- ⇒ lorsque l'autorité disciplinaire a prononcé une sanction de mise à la retraite d'office ou de révocation alors que le conseil de discipline n'avait pas proposé ces sanctions ou l'avait fait à une majorité inférieure aux 2/3 ;
- ⇒ lorsque l'autorité disciplinaire a prononcé une sanction d'abaissement d'échelon, de déplacement d'office, de rétrogradation ou d'exclusion temporaire de fonctions de plus de 8 jours alors que le conseil de discipline avait proposé une sanction moins sévère ou qu'aucune proposition n'avait obtenu la majorité au sein du conseil.

La commission de recours se prononce dans un délai de 2 mois. Elle émet :

- ⇒ soit un avis, déclarant qu'il n'y a pas lieu de faire droit au recours ;
- ⇒ soit une recommandation, tendant à faire lever ou modifier la sanction infligée.

Cet avis ou cette recommandation est transmis au ministre intéressé. La recommandation ne lie pas l'autorité disciplinaire, qui peut décider de maintenir la sanction. Si elle décide de tenir compte de la recommandation, la nouvelle décision se substitue rétroactivement à la précédente.

**Le recours contentieux** : le fonctionnaire peut présenter, devant le tribunal administratif dans le ressort duquel il est affecté (devant le Conseil d'État pour les fonctionnaires nommés par décret du Président de la République), un recours pour excès de pouvoir tendant à l'annulation de la sanction dont il a fait l'objet. Ce recours doit être présenté dans le délai de deux mois suivant la date de notification de la décision. Il n'a pas à être obligatoirement précédé d'un recours administratif ou d'un recours devant la commission des recours du conseil supérieur de la fonction publique de l'État. Toutefois, si de tels recours sont exercés, ils ont pour effet de proroger le délai de 2 mois précité.

Le juge administratif n'a le pouvoir que d'annuler la décision contestée ou de rejeter la requête. Il n'a pas le pouvoir de réformer la décision.

## Sous-section 5 - Le cumul de responsabilité disciplinaire et pénale du fonctionnaire

**Un même fait commis par un agent public peut conduire à des poursuites aussi bien pénales que disciplinaires** (CE 16 avril 1936 Bonny), sans que les infractions pénales et les manquements disciplinaires ne se recoupent nécessairement.

## *A - Une forte autonomie de la procédure disciplinaire vis-à-vis du déroulement de la procédure pénale*

Lorsque les faits commis par un agent public donnent lieu à la fois à une action pénale et à des poursuites disciplinaires, **l'administration peut se prononcer sur l'action disciplinaire sans attendre l'issue de la procédure pénale** (CE 27 juillet 2009, Ministère de l'Éducation nationale).

Inversement, l'administration peut décider de différer sa décision en matière disciplinaire dans l'attente de la décision du juge pénal. Dans ce cas, elle n'est pas liée par le jugement pénal mais elle devra nécessairement tenir compte de l'autorité de la chose jugée, notamment quant à l'exactitude matérielle des faits constatés.

On ne peut pas déduire mécaniquement de l'existence d'une faute pénale la preuve de l'existence simultanée d'une faute professionnelle, et réciproquement. Toutefois lorsque les deux fautes coexistent, plusieurs cas de figure doivent être distingués :

**Hypothèse n°1** : Si les manquements professionnels déplorés sont également constitutifs d'un délit, l'administration **doit alors informer le procureur conformément à l'article 40 du code de procédure pénale**.

**Hypothèse n°2** : **une enquête judiciaire est en cours sur les mêmes faits** : l'autorité disciplinaire peut dans ce cas de figure prendre en compte des informations révélées par la procédure pénale (CE, 9 juin 1982, Cherqui). Inversement, le magistrat dans le cadre de son enquête peut solliciter l'administration. Il **peut exiger la communication du rapport d'enquête administrative, mais uniquement dans la mesure où le rapport est achevé**.

**Hypothèse n°3** : **les faits ont déjà fait l'objet d'une décision rendue par l'autorité judiciaire**. Le respect de l'autorité de la chose jugée n'a d'effet sur les procédures administratives que pour ce qui concerne l'exactitude matérielle des faits. Une sanction ne peut donc être infligée à un agent sur la base de faits jugés matériellement inexacts ou inexistantes par le juge pénal (CAA Nantes, 3 mai 2001).

Dans tous les autres cas, l'administration pourra sanctionner l'agent et cela quand bien même il aurait fait l'objet au pénal :

- d'une relaxe pour vice de procédure (CE 4 mars 1992) ;
- d'un classement sans suite (CE 4 novembre 1949, Patrolin) ;
- d'un acquittement (CE 19 novembre 1955, Dupoux).

Par ailleurs, il convient de souligner que la constatation par le juge pénal de l'existence ou de l'inexistence des faits ne préjuge pas de la qualification disciplinaire de ces faits. Il appartient à l'autorité disciplinaire seule, d'en apprécier la gravité (CE, 15 janv. 1943, Meyer-Eberhardt).

## ***B – Un cumul possible de sanctions disciplinaires et pénales à raison de mêmes faits***

En vertu du principe « *non bis in idem* », une personne déjà jugée pour un fait délictueux, ne peut être poursuivie à nouveau pour le même fait. Donc, une même infraction pénale ne peut pas donner lieu à plusieurs poursuites. Cette règle mentionnée à l'article 4 du protocole 7 de la CEDH et 50 de la charte des droits fondamentaux de l'UE a fait l'objet d'une réserve de l'Etat français qui considère que le principe du *non bis in idem* ne peut s'appliquer qu'aux infractions relevant des juridictions pénales.

Dès lors, le principe d'un cumul possible de poursuites disciplinaires et pénales est admis depuis un arrêt du TC Thépaz du 14 janvier 1935. Le comportement du fonctionnaire peut tout à la fois constituer une faute pénale et une faute de service sans que l'autorité administrative ne soit contrainte de faire un choix entre porter plainte contre son agent ou engager directement des poursuites disciplinaires à son encontre. Cette position est confirmée par le Conseil Constitutionnel dans une décision COB de 1989 qui considère que le principe « *ne reçoit pas application au cas de cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives* ».

Dans une décision n°2016-550 QPC du 1er juillet 2016 le Conseil constitutionnel rappelle que « *Le principe de nécessité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature différente en application de corps de règles distincts. Si l'éventualité que deux procédures soient engagées peut conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues* ».

Enfin le Conseil d'Etat, dans une décision du 14 sept 2016, considère que « *les sanctions disciplinaires visent à assurer le respect par les fonctionnaires de leurs obligations statutaires, tandis que les sanctions prononcées par la Cour de discipline budgétaire et financière ont pour objet d'assurer le respect des règles applicables à la dépense publique et de protéger les deniers publics ; qu'ainsi, les sanctions en cause ne sont pas prises en application de corps de règles visant à protéger les mêmes intérêts sociaux, mais répondent à des intérêts sociaux distincts* ».

## ***C – Une responsabilité pénale du fonctionnaire alourdie***

Le fonctionnaire est susceptible, à l'occasion et à raison de ses fonctions, de voir sa responsabilité pénale engagée. Le code pénal vise en effet les agents publics à plusieurs titres distincts :

- soit dans le cadre des infractions de droit commun, pour prévoir que la qualité d'agent public est une circonstance aggravante du délit (violences volontaires, vol, etc.) ;
- soit dans le cadre d'infractions autonome mais dont les éléments constitutifs sont analogues à ceux d'infractions de droit commun (discrimination) ;
- soit comme complices d'infractions susceptibles d'être reprochées à l'administration en tant que personne morale (violation de règles d'hygiène et de sécurité en cas d'accident du travail, harcèlement moral, etc.) ;

- soit dans le cadre d'infractions spécifiques applicables aux seules personnes ayant la qualité d'agent public.

## 1 – Le code pénal prévoit des incriminations pénales spécifiques à l'exercice de fonctions publiques

### a- Trafic d'influence (article 435-3 du code pénal)

**Trafic d'influence actif** : le fait, par quiconque, de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat.

**Trafic d'influence passif** : le fait, par quiconque, de céder à une personne qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte visé audit alinéa.

Dans les deux cas, la peine encourue est de 10 ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende.

### b-Prise illégale d'intérêt (articles 432-12 et 432-13 du code pénal)

Conformément à l'article 432-12 du code pénal, relève d'un délit de prise illégale d'intérêt le fait pour un agent public de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement. La peine encourue est de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

L'article 432-13 du code pénal vise également la situation des personnes ayant été chargées, en tant que fonctionnaires ou agents d'une administration publique, dans le cadre des fonctions qu'elles ont effectivement exercées, d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, et qui se rendraient coupables des faits suivants :

- soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats ;
- soit de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions ;

Toute participation par travail, conseil ou capitaux dans une entreprise privée qui possède au moins 30 % de capital commun ou a conclu un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait avec l'une des entreprises mentionnées ci dessus (c'est-à-dire sur lesquelles il a été amené à travailler dans le cadre de ses fonctions dans l'administration).

A noter que l'infraction n'est pas constituée par la seule participation au capital de sociétés cotées en bourse ou lorsque les capitaux sont reçus par dévolution successorale.  
La peine encourue est de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

#### **b- Concussion (Article 432-10 Code pénal)**

**Constituent des faits de concussion, le fait :**

- ✓ de recevoir, exiger ou ordonner, de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû,
- ✓ d'accorder sous une forme quelconque et pour quelque motif que ce soit une exonération ou franchise des droits, contributions, impôts ou taxes publics en violation des textes légaux ou réglementaires.

**La peine encourue est alors de** cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende.

#### **c-Corruption (Article 432-11 du code pénal)**

Est réprimé pénalement le fait pour un agent public de solliciter ou agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui :

- ✓ Soit pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ( corruption passive).
- ✓ Soit pour abuser ou avoir abusé de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable (corruption active).

La peine encourue est de dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende.

#### **d-Favoritisme (article 432-14 du code pénal)**

Le code pénal réprime sous l'expression « atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les concessions de service publics », le délit qualifié dans le langage commun de « favoritisme ». Tout fonctionnaire qui tente de procurer ou procure à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les concessions de service public, encoure une peine de 2 ans de prison et de 30 000 euros d'amende.

## **2 – Les fonctionnaires sont susceptibles de commettre des infractions non intentionnelles**

Si l'article 121-3 du code pénal pose le principe général en vertu duquel il n'y a pas de faute pénale sans intention de la commettre, il organise par exception un régime de responsabilité en cas de délit non intentionnel, en distinguant selon que l'auteur a commis une faute directe ou indirecte :

**Soit l'intervention directe dans la réalisation du dommage** est constituée par : une faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement. Dans cette hypothèse, le juge tient compte de « la nature des missions ou des fonctions du prévenu, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ».

<p><b>Hypothèse ou l'atteinte à l'intégrité d'une personne résulte de la faute directe, unique, immédiate ou déterminante de l'agent public</b></p>	<p><b>Faute simple suffisante :</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b><u>Imprudence</u></b> <i>[Acte positif relevant que l'auteur n'a pas vérifié toutes les règles applicables ou que l'auteur n'a pas pris toutes les précautions convenables]</i></li> <li>• <b><u>Négligence</u></b> <i>[Omission dans la vérification ou la prise d'acte]</i></li> <li>• <b><u>Manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement</u></b> <i>[Omission d'agir alors même que l'obligation d'agir est inscrite dans un texte. Ce texte doit commander d'agir pour remédier à un risque]</i></li> </ul>
---	---

**Soit l'intervention indirecte dans la réalisation du dommage** est constituée par : « la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi » ou « une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elle ne pouvait ignorer ».

<p><b>Hypothèse ou l'atteinte à l'intégrité d'une personne résulte de la faute indirecte de l'agent public, qui est celui qui a créé ou contribué à créer la situation permettant la réalisation du dommage ou qui n'a pas pris les mesures pour l'éviter.</b></p>	<p><b>Faute qualifiée exigée:</b></p> <p><b>« <u>Violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement</u>»</b> <i>[dispositions d'un texte posant une obligation de faire, réputé connu, et délibérément ignoré ou violé par son destinataire]</i></p> <p><b>« <u>Faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité et qu'elle ne pouvait ignorer</u> »</b> <i>[1-il faut un acte positif, prise de décision ou abstention volontaire, évident à relever et présentant un caractère blâmable, inadmissible ; 2-la faute doit exposer autrui à un dommage mortel ou corporel grave dont probabilité de survenance est élevée ; 3-l'agent ne peut ignorer ce danger et est resté passif.]</i></p>
--	--