

Ministère des affaires sociales,
du travail et de la solidarité

Direction de l'Administration Générale
et de la Modernisation des Services

Le Ministre des affaires sociales,
du travail et de la solidarité

à

Sous-direction des Ressources Humaines
Bureau du Contentieux Général

**Mission centrale d'appui
et de coordination des
services déconcentrés**

Madame la déléguée générale à l'emploi
et à la formation professionnelle
Messieurs les directeurs
et chefs de service d'administration centrale
Mesdames et Messieurs les préfets de région
(directions régionales du travail de l'emploi
et de la formation professionnelle)
Mesdames et Messieurs les préfets
de département
(directions départementales du travail,
de l'emploi et de la formation professionnelle)
Messieurs les directeurs du travail, de l'emploi
et de la formation professionnelle des
départements d'Outre Mer

Note technique DAGEMO/BCG/MICAPCOR n° 2003 - 8 du 24 septembre 2003 relative au renforcement de la protection fonctionnelle et à l'organisation de l'appui en cas de mise en cause de la responsabilité pénale des fonctionnaires et agents publics à l'occasion de faits n'ayant pas le caractère d'une faute personnelle

Références :

- Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, modifiée, portant droits et obligations des fonctionnaires, notamment ses articles 11 et 11 bis A.
- Article 121-3 du Code pénal.
- Note technique DAGEMO 93/06 du 30 juillet 1993 relative à la protection juridique des agents du ministère du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle.
- Rapport de l'Inspection générale des affaires sociales n° 2003 017, Mission Pic de Bure (février 2003).

La protection fonctionnelle des agents de l'Etat est organisée par l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires. Ses modalités de mise en œuvre ont été fixées par une note technique DAGEMO/MICAPCOR 93/06 du 30 juillet 1993 toujours en vigueur.

Cependant, l'introduction dans la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires, qui constitue le titre 1er du statut général, d'un article 11 bis A résultant de la loi n° 96-1093 du 16 décembre 1996 et modifié par la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, a conduit le législateur à compléter l'article 11 de cette même loi en étendant l'obligation de protection dans le cas où le fonctionnaire ou l'agent public fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle.

L'objet de la présente note technique est limité à la mise en œuvre de la protection fonctionnelle en faveur du fonctionnaire ou de l'agent non titulaire de droit public faisant l'objet de poursuites pénales pour des faits commis dans l'exercice de ses fonctions et qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle. Elle complète et actualise donc sur ce point la note technique de portée générale du 30 juillet 1993 .

Cette note technique comporte donc, d'une part, le rappel des règles relatives à la responsabilité pénale des fonctionnaires et agents publics à l'occasion de faits n'ayant pas le caractère d'une faute personnelle (I) et, d'autre part, les modalités pratiques de mise en œuvre de la protection fonctionnelle et, dans certaines situations particulières, les mesures d'appui spécifiques (II).

I - Règles relatives à la responsabilité pénale des fonctionnaires et agents publics à l'occasion de faits n'ayant pas le caractère d'une faute personnelle

Les règles relatives à la responsabilité pénale des fonctionnaires et agents publics reposent sur la distinction traditionnelle entre faute personnelle et faute de service, cette dernière pouvant être constitutive d'une infraction pénale (1).

De ce point de vue, et dans un souci de prévention, il paraît nécessaire de recenser les infractions susceptibles d'être commises par les fonctionnaires et agents publics dans l'exercice de leurs fonctions et susceptibles de donner lieu à la protection (2).

Restera alors à préciser les conditions dans lesquelles la responsabilité pénale du fonctionnaire ou de l'agent public serait susceptible d'être engagée en raison d'infractions non intentionnelles qui lui seraient imputées (3).

1. Distinction traditionnelle entre faute personnelle et faute de service

La distinction entre faute personnelle et faute de service a été posée par le Tribunal des Conflits dans l'arrêt Pelletier du 30 juillet 1873 (Rec. 1er supplément, p. 117, conclusions David ; Dalloz 1874.3.5 ; Grands arrêts de la jurisprudence administrative, n° 2).

La faute personnelle est ainsi traditionnellement définie « *comme celle qui se détache assez complètement du service pour que le juge judiciaire puisse en faire la constatation sans porter pour autant une appréciation sur la marche du service. La faute de service, en revanche, est le fait de l'agent qui est tellement lié au service que son appréciation par*

le juge judiciaire implique nécessairement une appréciation sur le fonctionnement du service » (Grands arrêts de la jurisprudence administrative, précité).

De cette distinction, il résulte que les fonctionnaires et agents publics doivent personnellement supporter les conséquences « civiles » (condamnation au paiement de dommages-intérêts) de leur faute personnelle alors que, au contraire, la collectivité publique dont ils relèvent doit assumer ces conséquences lorsqu'elles sont liées à une faute de service.

Cependant, jusqu'en 1935, l'infraction pénale commise dans le service était toujours considérée comme une faute personnelle si bien que l'agent public, même dans le cas d'infractions non intentionnelles, devait en supporter les conséquences civiles à l'égard des victimes.

C'est dans l'arrêt Thépaz du 14 janvier 1935 (Rec. p. 224 ; Sirey 1935.3.17 ; Grands arrêts de la jurisprudence administrative, n° 53) que le Tribunal des Conflits pose le principe selon lequel une infraction pénale peut être constitutive d'une faute de service.

Ainsi, « la circonstance que ce fait a été poursuivi devant la juridiction correctionnelle... ne saurait en ce qui concerne les réparations pécuniaires, eu égard aux conditions dans lesquelles il a été commis, justifier la compétence de l'autorité judiciaire, saisie d'une poursuite civile exercée accessoirement à l'action publique. »

Dès lors, il résulte de cet arrêt la distinction suivante : si le fonctionnaire ou l'agent public auteur d'une infraction commise dans l'exercice de ses fonctions et présentant le caractère d'une faute de service demeure seul responsable sur le plan pénal, en revanche, les conséquences civiles, c'est-à-dire l'indemnisation du préjudice subi par la victime, peuvent être supportées par la collectivité publique dont il relève.

La distinction ainsi opérée entre la faute personnelle et la faute de service est importante dans la mesure où seule cette dernière est de nature à justifier que soit accordé le bénéfice de la protection fonctionnelle au fonctionnaire ou à l'agent public pénalement mis en cause.

Toutefois, cette distinction n'est pas appliquée de façon aussi rigoureuse et c'est ainsi que le bénéfice de la protection peut être accordé à l'agent poursuivi pour une prétendue faute personnelle dès lors que les circonstances de l'espèce conduisent à douter de l'existence matérielle des faits qui lui sont imputés.

Dans ces conditions, il apparaît utile de dresser la liste des infractions susceptibles de donner lieu à l'octroi de la protection en précisant, toutefois, que cette liste ne saurait prétendre à l'exhaustivité.

2. Infractions susceptibles d'ouvrir droit au bénéfice de la protection fonctionnelle

Les infractions que les fonctionnaires et les agents publics sont susceptibles de commettre dans l'exercice de leurs fonctions et de nature à justifier l'octroi de la protection fonctionnelle peuvent être regroupées en deux catégories : les délits non spécifiques (2.1) et les délits spécifiques (2.2).

Outre les délits non-intentionnels par définition de la loi ou du règlement, des infractions intentionnelles peuvent être commises sans intention frauduleuse. En effet, la seule

transgression volontaire d'une obligation ou d'une interdiction peut suffire à constituer le délit ou, à tout le moins, permettre la mise en cause pénale de l'agent.

Enfin, les agents peuvent être inquiétés ou poursuivis pour des faits présentant un caractère intentionnel au sujet desquels un doute sérieux est permis quant à leur imputabilité à l'agent.

De façon générale, il demeure essentiel de rappeler que l'ensemble des dispositions du code pénal s'applique aux fonctionnaires et aux agents publics comme à tous les autres citoyens.

2.1. Les délits non spécifiques

Par délits non spécifiques, on entend les délits qui peuvent être commis par des fonctionnaires et des agents publics aussi bien que par n'importe quel autre citoyen, c'est-à-dire sans considération de la nature de la fonction exercée.

Il y a lieu de souligner que le Code pénal prévoit des incriminations non spécifiques qui sont cependant plus sévèrement sanctionnées lorsque leurs auteurs sont des fonctionnaires ou des agents publics.

Il en est ainsi, principalement, des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne (articles 222-1 à 222-3 du Code pénal concernant les actes de torture et de barbarie ; articles 222-7 à 222-15 concernant les violences contre les personnes).

Une liste des délits non spécifiques susceptibles d'ouvrir droit au bénéfice de la protection fonctionnelle est annexée à la présente note technique.

2.2. Les délits spécifiques

Il s'agit des incriminations qui visent exclusivement les activités exercées par les fonctionnaires et les agents publics.

Elles ont pour objet de réprimer soit les abus d'autorité, soit les manquements au devoir de probité, c'est-à-dire le non-respect des règles déontologiques de la fonction publique.

Ces délits présentent donc un caractère intentionnel et, par suite, sont constitutifs d'une faute personnelle qui ne saurait, en principe, ouvrir droit au bénéfice de la protection fonctionnelle.

Il reste, cependant, que pour certains de ces délits, en particulier la prise illégale d'intérêt prévue par l'article 432-12 du Code pénal ou, en matière de marchés publics, le délit de favoritisme prévu par l'article 432-14 du même Code, le caractère intentionnel peut, parfois, susciter de sérieuses interrogations.

Ainsi, en matière de marchés publics notamment, la complexité des procédures et l'intervention, dans le processus de décision, d'une multitude d'acteurs (agents publics ou autres), font que le fonctionnaire ou l'agent public peut se voir poursuivi alors même qu'il n'a ni souhaité ni eu conscience de favoriser tel ou tel cocontractant.

C'est pourquoi, dans le cas où un doute sérieux est permis sur l'existence d'une faute personnelle de l'agent qui serait constituée par sa volonté délibérée d'accorder un avantage

injustifié et sous réserve d'un examen cas par cas, le principe de la présomption d'innocence impose que la protection fonctionnelle soit accordée.

La liste des délits spécifiques est annexée à la présente note technique.

3. Conditions de mise en jeu de la responsabilité pénale en raison d'infractions non intentionnelles

L'article 121-3 du Code pénal, relatif à la responsabilité pénale des personnes physiques, dispose, en son premier alinéa, qu'« *il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* », réaffirmant ainsi le principe général du droit pénal que les crimes et les délits sont des infractions intentionnelles.

Toutefois, le législateur a prévu deux exceptions à ce principe :

- d'une part, que « *lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui* » (alinéa 2) ;
- d'autre part, « *lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement...* » (alinéa 3).

C'est cette dernière notion de « *faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence...* » qui doit tout particulièrement retenir l'attention au regard de l'éventuelle recherche de la responsabilité pénale des fonctionnaires et agents publics.

A cet égard, il importe de souligner que la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels a introduit une distinction selon que l'auteur du dommage est l'auteur direct ou l'auteur indirect, ces deux hypothèses étant successivement envisagées aux alinéas 3 et 4 de l'article 121-3 du Code pénal qui sont ainsi rédigés :

« Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales, compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait. »

Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer. »

L'analyse comparée de ces deux alinéas fait nettement apparaître la distinction opérée entre, d'une part, l'auteur direct pour lequel une faute simple suffit à engager la responsabilité pénale et, d'autre part, l'auteur indirect (« *les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage* ») pour lequel une faute qualifiée est exigée pour pouvoir engager sa responsabilité.

En effet, selon la définition donnée par la loi du 10 juillet 2000, les auteurs indirects sont ceux qui, sans en être directement à l'origine « *ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter* ».

Le contenu des arrêts rendus par la Chambre criminelle de la Cour de cassation depuis l'entrée en vigueur de la loi du 10 juillet 2000 permet de penser qu'en dehors du cas des chefs de service ayant en charge la responsabilité de la santé et de la sécurité de leurs agents, il est relativement peu probable que la responsabilité pénale des fonctionnaires et agents publics et, en particulier, de ceux qui, comme les inspecteurs et les contrôleurs du travail, sont investis d'une mission de contrôle, puisse être engagée en tant qu'auteurs directs, dès lors que leur faute, à la supposer établie, constituera très rarement soit « *un paramètre déterminant dans les causes et les conséquences* » du dommage (Cass. Crim. 25 septembre 2001, Bull. crim. n° 188, p. 605), soit « *la seule et unique cause* » du dommage (Cass. Crim. 23 octobre 2001, Bull. crim. n° 217, p. 689).

C'est donc davantage en leur qualité d'auteurs indirects que pourra être, le cas échéant, recherchée la responsabilité pénale des fonctionnaires et agents publics.

Or, s'agissant des auteurs indirects des infractions non intentionnelles, l'alinéa 4 de l'article 121-3 du Code pénal exige, pour que leur responsabilité pénale puisse être retenue, qu'ils aient commis une faute qualifiée et non une faute simple.

L'alinéa 4 de l'article 121-3 du Code pénal prévoit en effet deux cas de fautes qualifiées susceptibles d'être imputées aux personnes physiques, auteurs indirects d'infractions non intentionnelles :

- soit « *la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement* » (3.1) ;
- soit « *une faute caractérisée qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer* » (3.2).

3.1. La violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement

Cette faute délibérée, pour engager la responsabilité de son auteur indirect, suppose que trois conditions soient remplies :

- il faut, d'abord, que l'obligation particulière de sécurité ou de prudence soit prévue par « *la loi ou le règlement* », c'est-à-dire, s'agissant de cette dernière notion, par « *des actes des autorités administratives à caractère général et impersonnel* » (Cass. Crim. 10 mai 2000, Bull. crim. n° 183, p. 537), tels les décrets et les arrêtés, à l'exclusion des circulaires (Cass. Crim. 15 mai 2002, n° 01-85.808), la Cour de cassation imposant d'ailleurs aux juges du fond de « *préciser la source et la nature de cette obligation* » (Cass. Crim. 18 juin 2002, Bull. crim. n° 138, p. 506) ;
- il faut, ensuite, que la loi ou le règlement impose « *une obligation particulière* », c'est-à-dire non pas des règles générales, mais des règles suffisamment claires et précises ne laissant aucune marge d'appréciation ou d'interprétation à ceux qui sont tenus de les respecter. C'est le cas, par exemple, en matière de sécurité des travailleurs, lorsque le chef d'entreprise a pris la décision de ne pas utiliser « *le matériel de blindage dont*

l'installation était pourtant prescrite par l'article 72 du décret du 8 janvier 1965 » concernant les mesures particulières de protection et de salubrité applicables aux établissements dont le personnel exécute des travaux du bâtiment, des travaux publics et tous autres travaux concernant les immeubles. Un tel comportement constitue « une faute délibérée au sens de l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal dans sa rédaction issue de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 » (Cass. Crim. 12 septembre 2000, Bull. crim. n° 268, p. 791) ;

- il faut, enfin, que la violation de l'obligation particulière soit « *manifestement délibérée* », ce qui suppose que l'auteur indirect de l'infraction ait, « *en connaissance de cause* », c'est-à-dire sciemment, méconnu la réglementation qui s'imposait à lui (Cass. Crim. 24 octobre 2000, n° 00-80.170 : violation par un chef d'entreprise des prescriptions des articles 172 et suivants du décret du 8 janvier 1965, précité).

3.2. La faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité que l'auteur indirect ne pouvait ignorer

Ainsi que le souligne la circulaire du ministre de la Justice du 11 octobre 2000 relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, à la différence de la faute délibérée, la faute caractérisée peut être établie « *même en l'absence de violation manifestement délibérée, même s'il n'existait qu'une réglementation générale et non particulière, même si cette réglementation n'avait pas pour origine la loi ou un règlement au sens administratif, mais qu'elle provenait d'une circulaire ou du règlement intérieur d'une entreprise, et même, le cas échéant, en l'absence de réglementation écrite préexistante.* »

La recherche de la responsabilité pénale de l'auteur indirect d'une faute caractérisée suppose que trois conditions soient réunies :

- il faut, tout d'abord, qu'existe une faute « *caractérisée* », c'est-à-dire, si l'on se réfère aux débats parlementaires, présentant un « *certain degré de gravité* », un caractère « *bien marqué* », un caractère « *affirmé* », une « *particulière évidence* », une « *particulière intensité* », ce qui, selon la circulaire de la Chancellerie, « *exclut donc les fautes ordinaires, simples, bénignes, fugaces, fugitives* » ;
- il faut, ensuite, que cette faute ait exposé autrui « *à un risque d'une particulière gravité* » ; la circulaire précitée du ministre de la Justice précise que « *la gravité du risque résultera de sa nature – risque de mort, de blessures graves... – et de sa plus ou moins grande probabilité de réalisation* » et insiste sur le fait qu'il ne faut « *pas confondre l'exigence de gravité du risque encouru – qui préexiste nécessairement à la faute, ou est concomitant – avec la gravité du dommage – qui par définition se réalise après coup...* » ;
- il faut, enfin, que l'auteur de la faute caractérisée n'ait pu « *ignorer* » le risque auquel autrui était exposé ; s'agissant de cette dernière condition, la circulaire du ministre de la Justice indique qu'elle sera « *remplie non seulement lorsqu'il apparaîtra des faits de l'espèce que la personne connaissait effectivement le risque auquel elle exposait des tiers, mais également lorsque cette personne ne sera pas en mesure de démontrer, malgré les présomptions de fait résultant des circonstances, qu'elle ignorait totalement l'existence d'un tel risque ou qu'elle avait des motifs légitimes de l'ignorer* ».

S'il semble assez peu probable que la responsabilité pénale des fonctionnaires et agents publics, notamment de ceux qui sont investis d'une mission de contrôle comme les inspecteurs et les contrôleurs du travail, puisse être recherchée au titre d'une faute délibérée, compte tenu des conditions requises, il paraît en revanche davantage possible qu'elle puisse être engagée au titre d'une faute caractérisée.

Il reste que, dans les deux cas, il incombe au juge pénal d'adopter une méthode d'appréciation « *in concreto* » de la faute commise, qu'elle soit délibérée ou caractérisée, et que son auteur soit un auteur direct ou un auteur indirect.

En effet, l'alinéa 3 de l'article 121-3 du Code pénal, qui, selon la circulaire du 11 octobre 2000 du ministre de la Justice, « *continue de traiter de la définition de la faute pénale d'imprudence, en ce qu'elle constitue l'élément moral ou intellectuel d'une infraction non intentionnelle, de façon générale et dans toutes les hypothèses, que cette faute ait causé directement ou indirectement un dommage* », impose d'établir « *que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.* »

Il est fondamental de souligner que ces dispositions mettent à la charge exclusive de l'accusation la preuve du comportement fautif et l'apport des éléments susceptibles d'établir l'absence de « *diligences normales* » de la personne publique mise en cause .

Par ailleurs, l'article 11 bis A de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, qui avait été introduit par la loi n° 96-393 du 13 mai 1996 et qui a été modifié par la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, dispose désormais que : *Sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal, les fonctionnaires et les agents non titulaires de droit public ne peuvent être condamnés sur le fondement du troisième alinéa de ce même article pour des faits non intentionnels commis dans l'exercice de leurs fonctions que s'il est établi qu'ils n'ont pas accompli les diligences normales compte tenu de leurs compétences, du pouvoir et des moyens dont ils disposaient ainsi que des difficultés propres aux missions que la loi leur confie.* »

Dès lors que les faits commis par les fonctionnaires et les agents publics dans l'exercice de leurs fonctions n'ont pas le caractère d'une faute personnelle, la collectivité publique a l'obligation d'accorder sa protection en cas de poursuites pénales.

II - Modalités pratiques de mise en oeuvre de la protection fonctionnelle et des mesures d'appui spécifiques.

Il importe, d'une part, de souligner que le législateur a étendu l'obligation de protection incombant à la collectivité publique au cas des poursuites pénales dirigées contre les fonctionnaires et les agents publics pour des faits n'ayant pas le caractère d'une faute personnelle (1) et, d'autre part, de préciser les conditions dans lesquelles seront mises en oeuvre les mesures de protection (2). Enfin, dans certaines situations particulières, des mesures d'appui spécifiques sont susceptibles d'être adoptées (3).

1. Extension de la protection fonctionnelle en cas de poursuites pénales

En corollaire de l'introduction de la responsabilité pénale dans le statut général des fonctionnaires de l'Etat et des collectivités territoriales, le législateur a étendu le bénéfice de la protection fonctionnelle aux poursuites pénales en raison de faits n'ayant pas le caractère d'une faute personnelle.

En effet, l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires a été complété par un article 50-I de la loi n° 96-1093 du 16 décembre 1996 ainsi rédigé :

« La collectivité publique est tenue d'accorder sa protection au fonctionnaire ou à l'ancien fonctionnaire dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle. »

Par ailleurs, l'article 50-II de la loi précitée du 16 décembre 1996 prévoit que les dispositions de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 relatives à la protection "*sont applicables aux agents publics non titulaires*".

En premier lieu, il convient de relever que le nouvel alinéa introduit à l'article 11 pose très clairement le principe de l'obligation de protection incombant à la collectivité publique dont relève l'agent en cas de poursuites pénales dès lors que les faits qui lui sont reprochés n'ont pas le caractère d'une faute personnelle.

Ainsi qu'il a été dit plus haut, lorsqu'un doute sérieux est permis sur l'existence d'une faute personnelle, le principe de la présomption d'innocence dont bénéficie l'agent doit conduire à lui accorder la protection fonctionnelle.

En second lieu, l'obligation de protection vise non seulement les fonctionnaires mais aussi les anciens fonctionnaires, ainsi que les agents publics non titulaires et, nécessairement, les anciens agents publics non titulaires. S'agissant des anciens fonctionnaires et agents publics, l'obligation de protection pèse sur l'Administration dont relève l'agent au moment où il est mis en cause pénalement, éventuellement après concertation avec l'Administration dont il dépendait au moment des faits (C.E. 14 février 1975, n° 87-730 Sieur Teitgen, Rec. p.112).

Cet engagement de garantir pleinement le bénéfice de la protection fonctionnelle à l'ensemble des agents du ministère qui seraient pénalement mis en cause comporte la mise en œuvre de toutes les mesures appropriées de nature à assurer efficacement les droits de la défense.

2. Mise en oeuvre des mesures de protection

Elle suppose impérativement, de la part de l'agent concerné, une information immédiate de son supérieur hiérarchique (2.1) et la présentation d'une demande de protection fonctionnelle (2.2) dont il est indispensable de déterminer, en fonction des situations susceptibles d'être rencontrées, le moment auquel elle doit être présentée (2.3).

2.1. Information immédiate du supérieur hiérarchique

Indépendamment de la demande de protection fonctionnelle, il importe d'insister sur l'intérêt qui s'attache à ce que l'agent mis en cause, quelle que soit la forme que revêt cette mise en cause (convocation par le juge d'instruction ou par les services de police ou de gendarmerie, ou citation directe devant la juridiction de jugement), en informe immédiatement son supérieur hiérarchique (selon le cas, directeur départemental ou

directeur régional du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, directeur ou délégué à l'administration centrale). Ce dernier donne sans délai avis au bureau du contentieux général de la direction de l'administration générale et de la modernisation des services.

Parallèlement, l'agent concerné ou le directeur régional du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle peut demander que soit mis en œuvre le dispositif d'appui prévu par la présente note (*cf. infra* 3).

2.2. Présentation de la demande de protection fonctionnelle

La demande de protection fonctionnelle proprement dite doit être adressée par la voie hiérarchique au bureau du contentieux général de la direction de l'administration générale et de la modernisation des services et être assortie de tous les éléments permettant d'en assurer l'instruction en parfaite connaissance de cause. Cette demande doit être accompagnée de l'avis du supérieur hiérarchique.

Il importe que cette demande soit transmise de toute urgence de telle sorte que les mesures de protection puissent être mises en œuvre suffisamment tôt afin de garantir efficacement la défense de l'agent.

S'agissant des services déconcentrés, la décision relative à la protection est prise après avis de la mission centrale d'appui et de coordination des services déconcentrés (MICAPCOR).

2.3. Détermination du moment auquel la demande de protection doit être présentée

La détermination de ce moment implique de rappeler préalablement et très brièvement les règles relatives à l'initiative des poursuites.

L'initiative des poursuites appartient, d'une part, au Parquet qui reçoit les plaintes et, d'autre part, à la personne qui s'estime lésée (partie civile) et qui dispose de deux moyens d'action : soit la citation directe devant la juridiction de jugement, soit la plainte avec constitution de partie civile devant le doyen des juges d'instruction.

Les modalités de mise en cause pénale sont susceptibles de revêtir plusieurs formes et c'est dès le moment où l'agent en a connaissance qu'il lui incombe d'en informer l'administration et de solliciter, le cas échéant, le bénéfice de la protection fonctionnelle.

- **Citation directe devant la juridiction de jugement**

En cas de citation directe devant la juridiction de jugement, il est impératif que l'agent sollicite le bénéfice de la protection fonctionnelle dès la délivrance de la citation, laquelle est jointe en copie à sa demande.

- **Audition comme simple témoin**

L'article 101 du code de procédure pénale dispose que :

« Le juge d'instruction fait citer devant lui, par un huissier ou par un agent de la force publique, toutes les personnes dont la déposition lui paraît utile. Une copie de cette citation leur est délivrée. »

« Les témoins peuvent ainsi être convoqués par lettre simple, par lettre recommandée ou par la voie administrative ; ils peuvent en outre comparaître volontairement ».

Cette audition comme simple témoin ne peut être regardée comme une mise en cause pénale de nature à justifier d'emblée une demande de protection fonctionnelle.

En effet, il importe de souligner que l'audition comme simple témoin est exclue pour la personne contre laquelle il existe des indices graves et concordants de participation aux faits pénalement répréhensibles, soit comme auteur, soit comme coauteur ou complice.

Le témoin cité sur le fondement de l'article 101 du code de procédure pénale ne peut être assisté d'un avocat.

Il incombe néanmoins à l'agent cité comme simple témoin d'en informer immédiatement le supérieur hiérarchique dont il relève dans les conditions prévues au point 2.1. ci-dessus.

A cette occasion, le bureau du contentieux général de la direction de l'administration générale et de la modernisation des services est susceptible de donner à l'agent, en liaison étroite avec ses supérieurs hiérarchiques, des conseils et un avis sur la conduite à tenir, notamment de déterminer s'il y a lieu d'accompagner l'agent.

- Audition comme « témoin assisté »

Il convient de préciser que le code de procédure pénale envisage deux hypothèses dans lesquelles une personne peut être entendue comme «*témoin assisté*».

- « Témoin assisté » de l'article 104 du code de procédure pénale

Aux termes de l'article 104 du code de procédure pénale :

« Toute personne nommément visée par une plainte avec constitution de partie civile peut sur sa demande, lorsqu'elle est entendue comme témoin, bénéficier des droits reconnus aux personnes mises en examen par les articles 114, 115 et 120. Le juge d'instruction l'en avertit lors de sa première audition, après lui avoir donné connaissance de la plainte. Mention de cet avertissement est faite au procès-verbal. »

Plusieurs conditions sont requises pour que la personne entendue comme témoin puisse se prévaloir des dispositions de cet article.

Sa mise en oeuvre suppose en effet :

- d'abord, le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile contre une personne nommément visée dans la plainte ;

- ensuite, la prise de réquisitions par le procureur de la République contre personne non dénommée, c'est-à-dire contre X. Il en découle, a contrario, que, si dans son réquisitoire introductif, le procureur désigne nommément la personne visée dans la plainte avec constitution de partie civile, le juge d'instruction est tenu de prononcer la mise en examen ;

- enfin, que la personne visée dans la plainte avec constitution de partie civile demande à bénéficier des droits reconnus aux personnes mises en examen. Il va sans dire que le juge d'instruction est tenu, au cours de l'audition, d'avertir la personne ainsi mise en cause de ses droits. En d'autres termes, la personne directement mise en cause dans la plainte avec constitution de partie civile et bien que l'instruction ait été ouverte contre X

par le Parquet peut légitimement souhaiter ne pas être entendue comme simple témoin, mais comme « *témoin assisté* » afin de bénéficier des droits qui lui sont reconnus, notamment celui d'être entendue, interrogée ou confrontée en présence de son avocat.

Dès le moment où la personne fait connaître son intention d'être entendue comme « *témoin assisté* », le juge d'instruction interrompt l'audition en lui précisant qu'elle sera ultérieurement reconvoquée après communication du nom de l'avocat qu'elle aura choisi et qui l'assistera lors des auditions.

C'est donc à l'issue de l'audition au cours de laquelle l'agent a fait connaître qu'il souhaitait être « *témoin assisté* » qu'il lui incombe, si cela n'a pas été déjà fait, de solliciter le bénéfice de la protection fonctionnelle parallèlement à la désignation de son avocat.

- « *Témoin assisté* » de l'article 105 du code de procédure pénale

L'article 105 du code de procédure pénale est ainsi rédigé :

« Les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont le juge d'instruction est saisi ne peuvent être entendues comme témoins. Il en est de même des personnes nommément visées par le réquisitoire du procureur de la République. Toutefois, lorsque le juge d'instruction estime ne pas devoir mettre en examen une personne nommément visée par le réquisitoire, du procureur de la République, il peut l'entendre comme témoin, après lui avoir donné connaissance de ce réquisitoire. Cette personne bénéficie des droits reconnus aux personnes mises en examen. Avis lui en est donné lors de sa première audition au cours de laquelle il est fait application des deuxième à quatrième alinéas de l'article 116. »

Cet article pose le principe selon lequel ne peut être entendue comme simple témoin la personne à l'encontre de laquelle il existe des indices graves et concordants ou qui est nommément désignée par le procureur de la République dans son réquisitoire introductif, ce qui laisse à penser qu'elle est l'auteur des faits.

Toutefois, dans ce dernier cas, le juge d'instruction a la faculté de ne pas prononcer la mise en examen et de faire de la personne un « *témoin assisté* » ; contrairement à l'article 104 du code de procédure pénale où le choix d'être « *témoin assisté* » appartient à la personne mise en cause.

En indiquant à la personne qu'elle sera « *témoin assisté* », le juge d'instruction doit lui préciser qu'elle bénéficiera, à ce titre, de tous les droits reconnus à la personne mise en examen, notamment le droit d'être assisté d'un avocat.

C'est donc à l'issue de cette audition au cours de laquelle l'agent a connaissance du choix du juge d'instruction d'en faire un « *témoin assisté* » qu'il lui incombe, si cela n'a pas été déjà fait, de solliciter le bénéfice de la protection fonctionnelle parallèlement à la désignation de son avocat.

- Mise en examen

En cas de mise en examen, laquelle intervient à la suite d'un réquisitoire introductif du procureur de la République ou à la suite d'une plainte avec constitution de partie civile, la protection fonctionnelle doit être demandée dès l'avis de mise en examen, lequel est joint

en copie à la demande, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la mise en examen est ou non assortie d'une mise en détention provisoire ou d'une mesure de contrôle judiciaire.

Il y a lieu de rappeler que, selon l'article 80-1 du code de procédure pénale :

« Le juge d'instruction a le pouvoir de mettre en examen toute personne à l'encontre de laquelle il existe des indices laissant présumer qu'elle a participé, comme auteur ou complice, aux faits dont il est saisi.

La mise en examen résulte de l'interrogatoire de première comparution prévu par l'article 116 ou la délivrance de l'un des mandats prévus par les articles 122 à 136. Toutefois, la personne à l'encontre de laquelle a été délivré un mandat d'amener ou d'arrêt ne bénéficie des droits reconnus aux personnes mises en examen qu'à compter de sa première comparution.

Le juge d'instruction peut également procéder à la mise en examen d'une personne par l'envoi d'une lettre recommandée. Cette lettre donne connaissance à la personne des faits pour lesquels elle est mise en examen et de la qualification juridique de ces faits. Elle lui précise qu'elle a le droit d'être assistée d'un avocat de son choix ou commis d'office et que le nom de l'avocat choisi ou la demande de désignation d'un avocat commis d'office doit être communiqué au greffe du juge d'instruction. Vaut également mise en examen la notification à une personne,, par un officier de police judiciaire agissant sur les instructions du juge d'instruction, des mentions prévues par le présent alinéa. Cette notification est constatée par un procès-verbal signé par la personne qui en reçoit copie. »

3. Mesures d'appui spécifiques

La protection fonctionnelle se concrétise traditionnellement par la prise en charge par l'administration des honoraires de l'avocat désigné par le fonctionnaire ou l'agent public pour assurer la défense de ses intérêts. C'est notamment le cas lorsque l'agent a été victime, de la part de tiers, de menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages (alinéa 3 de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983), c'est-à-dire lorsqu'il prend l'initiative des poursuites.

Cette forme de protection n'est manifestement pas suffisante lorsque le fonctionnaire ou l'agent public fait l'objet de poursuites pénales.

Dès lors , il y a lieu de renforcer le dispositif de protection en faveur des fonctionnaires et des agents publics de notre Administration dans le cas où leur responsabilité pénale serait recherchée pour des faits susceptibles d'avoir été commis dans l'exercice de leurs fonctions et n'ayant pas le caractère d'une faute personnelle.

En effet, les poursuites pénales dirigées contre un fonctionnaire ou un agent public pour de tels faits, sur le fondement des alinéas 3 et 4 de l'article 121-3 du Code pénal, vont généralement amener le juge à examiner l'organisation et les conditions de fonctionnement du service, les textes qui fondent l'intervention de l'agent et le processus conduisant à la prise de décision.

Pour sa part, dans le cadre de sa défense, il appartiendra à l'agent pénalement poursuivi de démontrer qu'il a parfaitement accompli sa mission.

Cette démonstration implique donc d'analyser dans le détail l'organisation du service afin de situer le niveau d'intervention et de responsabilité de l'agent, ses compétences, ainsi que les moyens et les pouvoirs dont il dispose pour accomplir sa mission au regard de la chaîne hiérarchique qui caractérise l'organisation de l'administration.

Il est donc impératif que l'agent ne se trouve point dans une situation d'isolement pour assurer efficacement la défense de ses intérêts et, à ce niveau, l'intervention de son administration qui se doit de faire preuve d'une capacité de réaction rapide et durable est indispensable pour la réalisation de cet objectif,

Cette capacité de réaction rapide et durable doit se traduire par un soutien interne, immédiat et opératoire.

Aussi, afin de répondre à cet objectif, il est décidé de développer un réseau réactif tant au plan national qu'au plan régional, en exploitant les ressources internes existantes et en faisant appel au concours extérieur d'un réseau d'avocats spécialisés (3.1). Par ailleurs, sont précisées les conditions dans lesquelles l'Administration prend en charge les honoraires et dépenses liés à la défense de l'agent (3.2) et soutient l'agent injustement mis en cause au plan pénal (3.3). Enfin, l'ensemble de ce nouveau dispositif est complété et renforcé par la mise en place d'actions de communication (3.4) et de formation (3.5) ainsi que par la prise en charge d'un soutien psychologique de l'agent concerné (3.6).

3.1. Développement d'un réseau réactif au plan national et au plan régional

Le nouveau dispositif s'appuie sur la mise en place d'une cellule d'urgence et d'appui au plan national (3.1.1) et de cellules d'urgence et d'appui au plan régional (3.1.2) ainsi que sur la constitution d'un réseau national d'avocats (3.1.3).

3.1.1. Cellule d'urgence et d'appui au plan national

Cette cellule est composée des représentants de la Direction des relations du travail et de la Direction de l'administration générale et de la modernisation des services désignés « *intuitu personae* » par le Ministre sur proposition de leurs directeurs respectifs. Elle peut être réunie collectivement à l'initiative d'un seul de ses membres dans des délais très brefs à partir d'une demande formulée par la cellule régionale. Elle peut également, si elle l'estime nécessaire, s'auto-saisir.

Cette cellule a pour mission :

- de suivre au plan national certaines situations et de réaliser la liaison entre les services déconcentrés et les directions de l'administration centrale .
- de veiller à la cohérence, au plan national, des argumentaires développés par les services déconcentrés et les différents bureaux des directions de l'administration centrale, avec le concours préventif des avocats du réseau prévu par la présente note et qu'elle a en charge de constituer.
- d'assurer les liaisons avec les autres ministères intéressés en lien étroit avec les services centraux qui en ont la charge .
- de formuler des propositions pour contribuer, en tant que de besoin, à la défense des agents lorsqu'ils sont mis en cause pour des motifs liés à leurs activités de service, hors le cas de la faute personnelle détachable du service .

- de détecter , au travers des dossiers , les situations pouvant conduire à une mise en cause de fonctionnaires ou agents publics
- de réagir aux demandes formulées par les cellules régionales.

3.1.2. Cellule d'urgence et d'appui au niveau régional

Une cellule doit également être dès maintenant mise en place au niveau régional et à l'initiative de chaque directeur régional du travail , de l'emploi et de la formation professionnelle..

Placée sous la responsabilité du directeur régional du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, cette cellule doit être composée d'une équipe de trois référents désignés en Comité technique régional et interdépartemental (CTRI) par le directeur régional parmi les médecins inspecteurs régionaux du travail et de la main-d'œuvre ou les ingénieurs de prévention, les inspecteurs du travail et les responsables administratifs. Leurs noms sont portés à la connaissance des agents , de leurs organisations syndicales et de la cellule nationale. Chacun des membres de cette cellule recevra , à l'instar des membres de la cellule nationale ,une lettre de mission individuelle signée personnellement par le directeur régional et rappelant le contenu de leur mission.

Cette cellule se réunit à la demande d'un agent ou à l'initiative de l'un de ses membres et dans les meilleurs délais en vue d'examiner la situation du ou des agents concernés et d'apprécier, le cas échéant, la nécessité de saisir la cellule nationale.

Dans ce cadre, elle est chargée d'analyser le cas qui lui est soumis, d'examiner le dossier de l'entreprise , d'apprécier préalablement à tout envoi les documents en relation avec l'affaire et , de façon générale ,de formuler des propositions d'actions concrètes, d'en assurer le suivi en liaison avec les autres acteurs (DDTEFP, préfet, autres administrations concernées telles les DRASS ou les DRIRE, Parquet) et de demander à la cellule nationale de recourir aux services de l'un des avocats du réseau et son concours direct le cas échéant.

3.1.3. Réseau national d'avocats

En complément de la mise en place de ces cellules d'appui au plan national et au plan régional, est constitué un réseau national d'avocats, sélectionnés en fonction de leurs connaissances en matière de responsabilité pénale et civile des fonctionnaires et agents publics de l'Etat, leur expérience dans ces domaines, leur capacité à se mobiliser et à intervenir rapidement, leur implantation géographique, nationale, régionale et locale et auquel il peut être fait appel, y compris de manière préventive en cas de besoin.

Dans tous les cas, il est nécessaire que l'avocat de l'agent dispose des informations, documents et textes nécessaires à la défense de son client.

C'est pourquoi les responsables hiérarchiques sont invités à leur faciliter l'accès à ces éléments en liaison , le cas échéant , avec les cellules régionales ou nationale.

Dans les services déconcentrés, cette collaboration sera conduite par le directeur départemental, sous l'autorité du directeur régional du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle.

Dans les services de l'administration centrale, cette collaboration sera conduite sous l'autorité directe du directeur ou du délégué, ou du chef de service.

3.2. Prise en charge des honoraires et dépenses liées à la défense de l'agent

Outre cette collaboration étroite de l'ensemble de l'administration aux côtés de l'agent concerné, il va sans dire que, dans le cadre de la protection fonctionnelle, le bureau du contentieux général de la direction de l'administration générale et de la modernisation des services, gestionnaire des crédits du chapitre 37-91 (frais de justice et réparations civiles) prendra directement en charge les honoraires de l'avocat librement choisi par l'agent au sein ou en dehors du réseau d'avocats.

Sur ce point, les honoraires de l'avocat seront préalablement négociés par le bureau du contentieux général et donneront lieu à l'établissement d'une convention d'honoraires.

Outre les honoraires d'avocat, seront également pris en charge par l'administration l'ensemble des frais de justice ainsi que les frais de déplacement nécessités par les besoins de la procédure.

Parallèlement à ces mesures, l'engagement est pris, sur l'action civile (action en dommages et intérêts engagée par la personne qui s'estime lésée), d'inviter systématiquement le préfet à élever le conflit et, dans le cas où le conflit d'attribution n'aurait pas été élevé, de couvrir l'agent des éventuelles condamnations civiles qui pourraient être prononcées contre lui, conformément aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, modifiée, portant droits et obligations des fonctionnaires.

3.3. Soutien apporté à l'agent abusivement mis en cause

Le soutien de l'Etat à ses agents mis en cause pénalement et pour lesquels une ordonnance de non-lieu ou une décision de relaxe ou d'acquiescement serait intervenue doit également se manifester au travers des actions en réparation, dénonciation calomnieuse notamment, que lesdits agents auraient la volonté d'engager, .

Dans ce cas, le bénéfice de la protection fonctionnelle pourra, sur nouvelle demande de l'agent, être accordé dans les mêmes conditions que précédemment, le cas échéant, après vérification que les chances sérieuses d'une issue favorable sont réunies.

3.4. Actions de communication

La démarche mise en œuvre par la présente note doit également s'appuyer sur des actions de communication ciblées.

Celles-ci, confiées à l'autorité centrale ou territoriale (préfet, directeur régional ou départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle), prendront la forme d'une communication interne destinée à l'ensemble des agents et de leurs organisations syndicales (CHS, CTP) qui doivent être informés, d'une part, de la démarche initiée par la présente instruction et, d'autre part, des affaires traitées par les cellules mises en place ainsi que des résultats obtenus.

En tant que de besoin, chaque cellule régionale appréciera également l'opportunité d'une action de communication externe, notamment vis-à-vis des médias, visant soit à informer, soit à faire connaître au public la position de l'Administration. La cellule nationale peut, à cette occasion, lui apporter son concours.

3.5. Actions de formation

La prévention des situations pouvant conduire à des mises en cause pénales doit être développée et passe par un professionnalisme accru et responsable s'inscrivant dans le cadre d'une déontologie professionnelle parfaitement maîtrisée et connue de tous.

Cette exigence doit être prise en compte à tous les stades de la formation et c'est ainsi qu'il est nécessaire d'inscrire dès à présent dans les formations initiales et/ou continues :

- Pour les agents de contrôle : les principes de la déontologie professionnelle, de telle sorte que les agents aient une meilleure connaissance de l'étendue de leurs droits et de leurs devoirs, tout particulièrement en matière d'adéquation entre les moyens mis en œuvre et les objectifs poursuivis ;
- Pour les agents de catégorie A occupant des fonctions de même nature (contrôle des aides, de la formation professionnelle) un module de formation sur le thème du principe du contradictoire, des modalités du déroulement d'une instruction judiciaire et des droits de la défense.

3.6. Soutien psychologique de l'agent

Les modalités de mise en place du soutien psychologique souhaité par le ministre feront l'objet d'une instruction particulière qui viendra compléter le dispositif de renforcement et d'appui.

Je vous invite à me rendre compte pour le 31 décembre 2003 de la mise en œuvre des mesures préconisées supra et des initiatives qui auront été prises
Vous pourrez me saisir sous le timbre de la Direction de l'administration générale et de la modernisation des services (bureau du contentieux général) des difficultés susceptibles d'être rencontrées dans l'application de cette note technique.....

Le directeur de l'administration générale
et de la modernisation des services

Dominique LACAMBRE