

N° 369898

Mme B...

6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies

Séance du 4 février 2015

Lecture du 25 février 2015

CONCLUSIONS

M. Xavier de LESQUEN, rapporteur public

I. La situation de Mme B..., magistrat du parquet, ne vous est pas inconnue.

Elle est l'auteur du recours pour excès de pouvoir ayant conduit à la décision de Section du 1er octobre 2010 (Mme B..., n° 311938, au Rec.) par laquelle vous avez décidé de ne pas faire application de votre jurisprudence T... (Assemblée, 26 octobre 2001, n° 197018, p. 497) à la décision de nomination d'un magistrat de l'ordre judiciaire. Il s'en déduit que l'autorité de nomination, c'est-à-dire le Président de la République, ne peut rapporter le décret qu'il avait signé nommant un magistrat, même si cette nomination était illégale et que la décision de retrait avait été prise dans un délai de 4 mois suivant le décret. Le magistrat nommé bénéficie en effet de garanties particulières, qui découlent du principe de séparation des pouvoirs et de celui de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Dès lors, il ne peut être privé de sa qualité que par la modalité prévue par le statut organique, c'est-à-dire par la voie de la procédure disciplinaire régie par les dispositions figurant au chapitre VII de l'ordonnance du 22 décembre 1958, le pouvoir disciplinaire étant exercé, en vertu de son article 48 par le Conseil supérieur de la magistrature (CSM) à l'égard des magistrats du siège et par le garde des sceaux à l'égard des magistrats du parquet, après l'avis du CSM prévu par l'article 59 dans ce dernier cas.

Vous avez donc annulé le retrait du décret du 18 juillet 2007 nommant Mme B... au poste de substitut du Procureur général près la Cour d'appel de Fort-de-France, retrait qui avait été prononcé par un décret du Président de la République du 16 novembre 2007, après qu'il ait été constaté des faits graves à son encontre : entre le 28 juin et le 19 juillet 2007, alors qu'elle effectuait le stage final de sa formation initiale à l'Ecole nationale de la magistrature, elle a dérobé les coordonnées de la carte bancaire d'un magistrat du TGI de Bordeaux pour des achats frauduleux sur des sites de vente par correspondance pour un montant global de 686€.

Entendue par la police judiciaire de Fort-de-France, Mme B... a été mise en garde à vue les 23 et 24 août 2007. Au terme d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, elle a été condamnée le 12 décembre 2008 à une peine de deux mois d'emprisonnement avec sursis.

Votre décision du 1^{er} octobre 2010 a été partiellement exécutée par l'administration : le retrait du décret de nomination ayant été suspendu dès le 1^{er} février 2008 par une ordonnance du

juge des référés du Conseil d'Etat, l'administration avait rétabli le versement d'une rémunération sur la base de celle versée aux auditeurs de justice. Après la décision de section du 1^{er} octobre 2010, tout en maintenant cette rémunération, le garde des sceaux s'est contenté d'engager une procédure disciplinaire, le CSM étant saisi pour avis le 11 janvier 2011. Ce dernier a rendu un avis le 18 septembre 2012 proposant au garde des sceaux de prononcer la sanction de déplacement d'office à l'encontre de Mme B....

Par un arrêté du 18 octobre 2012, le garde des sceaux a prononcé à son encontre cette sanction disciplinaire ce qui a conduit à sa nomination au poste de substitut du Procureur près le TGI de Cayenne par un décret du 12 décembre 2012.

Restait à régler la question de la réparation du préjudice financier : par un arrêté du 29 janvier 2013, le garde des sceaux lui a attribué une indemnité forfaitaire de 49 843 € en réparation de la perte de salaire subie du 1^{er} septembre 2007 au 9 janvier 2013, période pendant laquelle elle aurait dû occuper les fonctions de substitut placée auprès du procureur général près la cour d'appel de Fort-de-France, somme venant s'ajouter aux 109.661 € déjà versés pour cette période, au vu dernier état financier produit par le ministre (mémoire enregistré le 24 décembre 2014), soit un total de 159.504 €.

C'est la décision qu'attaque Mme B... : elle vous demande de mettre à la charge de l'Etat la somme totale de 217. 201 €, couvrant ses droits à rémunération sur la période, augmentée des intérêts légaux, et donc d'annuler la décision attaquée en tant qu'elle limite la somme qui lui reste due à 49 843 €.

II. En application de la décision de Section Mme A... (21 juin 2013, n° 354299, au Rec.), le Conseil d'Etat est compétent pour connaître, en premier et dernier ressort, des litiges concernant la discipline des agents publics nommés par décret du Président de la République, y compris les litiges indemnitaires relatifs à la réparation du préjudice que ces décisions auraient causé. Or le président recours, qui naît d'une mesure administrative annulée du fait que les formes disciplinaires n'ont pas été respectées, suivi ensuite d'une décision disciplinaire prise en bonne et due forme, peut aisément être assimilé à ce type de litige.

Vous pourrez considérer que, par sa décision du 18 février 2013, le garde des sceaux a lié le contentieux indemnitaire, et écarter par suite la fin de non-recevoir tirée du défaut de demande préalable de la requérante.

III. Vous connaissez le cadre du raisonnement conduisant à la réparation des conséquences d'une éviction illégale d'un agent public. L'administration doit procéder à la reconstitution de la carrière de l'intéressé afin de le placer dans la position qu'il occuperait s'il n'avait pas fait l'objet de la mesure annulée : c'est votre fameuse jurisprudence Rodière du 26 déc. 1925 (au Rec. p. 1065), dont a fait application le décret de nomination du 12 décembre 2012, point qui n'est pas dans le litige.

Vient ensuite la question de la réparation du préjudice subi du fait de l'éviction du service, la reconstitution de la carrière devant alors être conciliée avec la règle du versement du

traitement après service fait : c'est l'objet de la jurisprudence Deberles du 7 avril 1933 (n° 4711, au Rec. p. 439) accordant à l'agent évincé, sur le fondement de la réparation pour faute de l'administration, non le droit intégral au traitement échu, mais une indemnité arbitrée par le juge qui est destinée à assurer la réparation du préjudice réellement subi en prenant en compte l'ensemble des circonstances de l'espèce et notamment, pour reprendre les termes de la décision Deberles, l'importance respective des irrégularités entachant les décisions annulées et des fautes relevées à la charge de l'agent écarté du service.

L'administration doit donc procéder, sous le contrôle du juge, à une opération en deux temps : d'abord, évaluer l'intégralité des revenus réellement perdus du fait de l'éviction puis, au regard des irrégularités et des fautes commises, apprécier la part qui doit en être regardée en relation directe avec l'illégalité commise, celle-ci constituant l'intégralité du préjudice qui doit être réparé.

IV. Le premier temps du débat porte donc sur l'ampleur des revenus réellement perdus, qui correspondent donc à ceux que l'agent aurait perçus s'il avait occupé ses fonctions.

Les modalités de prise en compte des traitements, primes et indemnités ont été précisées par votre décision de section Commune d'Ajaccio du 6 décembre 2013 (n° 365155, au Rec.). Elle distingue trois types de revenus :

- le traitement de l'agent, qui doit être pris en compte intégralement ;
- les primes et indemnités, qui sont prises en compte si la chance de les percevoir était sérieuse. Il s'agit là de la principale inflexion apportée à la jurisprudence alors établie. Sont visées les primes et indemnités légalement attachées à l'emploi, alors même qu'elles sont liées à la manière de servir et donc à l'exercice effectif des fonctions, pour autant qu'il est établi que l'agent aurait eu une chance sérieuse de se les voir verser.
- les primes et indemnités « qui, eu égard à leur nature, à leur objet et aux conditions dans lesquelles elles sont versées, sont seulement destinées à compenser les frais, charges ou contraintes liés à l'exercice effectif des fonctions », en demeurent en revanche exclues.

Vous avez admis, dès votre décision Q... du 24 juin 1992 (n° 93895, aux T.), que doit être déduit des sommes ainsi calculées le montant des rémunérations que l'agent a pu se procurer par son travail au cours de la période d'éviction, point qui n'est pas en cause ici.

V. Est en revanche discutée la prise en compte de la prime forfaitaire et la prime modulable prévue par le décret n° 2003-1284 du 26 décembre 2003 modifié¹, pour les magistrats de l'ordre judiciaire exerçant leurs fonctions en juridiction, leur objet étant de rémunérer l'importance et la valeur des services rendus et de tenir compte des sujétions afférentes à l'exercice de leurs fonctions. Le ministre n'en a pas tenu compte, n'incorporant dans son calcul

¹ par le décret n° 2011-913 du 29 juillet 2011 et le décret n° 2011-1713 du 1er décembre 2011.

que le traitement du magistrat au vu de la reconstitution de carrière, soit la somme de 134. 635 €.

Il n'y a pourtant guère de doute que la prime forfaitaire est au nombre de celles qui doivent être intégrées : en vertu de l'article 2 du décret de 2003, elle « est attribuée à raison de la fonction exercée », son taux étant fixé par un arrêté conjoint du garde des sceaux et du ministre du budget. Et il résulte de l'annexe A l'arrêté applicable du 3 mars 2010 que pour les « magistrats placés », fonctions qu'aurait occupées Mme B... pendant sa période d'éviction du service, ce taux est de 39% du traitement brut pendant la période considérée.

Nul doute donc que Mme B... aurait eu une « chance sérieuse » de percevoir la prime dite forfaitaire à un tel taux.

VI. Légèrement plus délicate est la situation de la prime modulable.

En vertu de l'article 3 du décret de 2003, elle est attribuée « en fonction de la contribution du magistrat au bon fonctionnement de l'institution judiciaire, notamment en tenant compte, le cas échéant, des attributions spécifiques qui lui ont été confiées et du surcroît d'activité résultant d'absences prolongées de magistrats ».

Il nous semble que cette prime fait partie de celles que Mme B... aurait eu une « chance sérieuse » de se voir verser si elle était restée en fonctions, à l'exemple de l'indemnité forfaitaire pour travaux supplémentaires que la décision Commune d'Ajaccio accepte d'intégrer au préjudice indemnisable, dès lors qu'elle se différencie nettement des indemnités visant à compenser des frais, charges ou contraintes liés à l'exercice effectif des fonctions. Il s'agit en effet d'une prime que le magistrat nommé peut raisonnablement espérer percevoir, à un taux qui dépend de la qualité de son travail et de la situation de la juridiction.

Il est certes malaisé d'apprécier ce taux, s'agissant d'un agent qui n'a jamais exercé, et pour lequel n'existe donc pas une référence à laquelle se rattacher. Et s'il est légitime de tenir compte du comportement de l'agent et des éventuelles fautes ayant conduit à son éviction, comme le relevait Bertrand Da Costa dans ses conclusions sur l'affaire Commune d'Ajaccio, le critère est de peu d'utilité en l'espèce, les fautes ayant un caractère largement étranger à l'activité professionnelle.

Une solution aurait pu consister à se référer à la moyenne des primes servies aux magistrats nommés à la sortie de l'école pour occuper un poste comparable à celui dont Mme B... a été évincée, mais nous ne disposons d'aucune information de cette nature.

Il est en revanche possible de se référer au taux moyen d'attribution de la prime fixé par arrêté du ministre, qui a varié de 9% du traitement brut jusqu'au 29 juillet 2011 à 12% à compter du 1er janvier 2013, le taux maximal ayant varié de 15% à 18% sur la même période. C'est semble-t-il la référence retenue par la requérante, ainsi que par les simulations chiffrées du ministre.

VI. Reste ensuite la question de la prime servie au titre de l'affectation outre-mer, en vertu de la loi n° 50-407 du 3 avril 1950 concernant les conditions de rémunération et les

avantages divers accordés aux fonctionnaires en service dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe, de la Guyane et de la Réunion. La majoration de traitement qui en résulte, qui est de 40% aux Antilles, a pour objet de compenser l'écart du coût de la vie avec la métropole.

Les compléments de rémunération outre-mer sont liés au service effectif, ce qui est présumé dans le cadre de la reconstitution, mais également à la condition de résidence effective outre-mer (voyez 25 mai 2007, Mme U..., n° 290018, aux T.) : eu égard à leur nature, à leur objet et les conditions dans lesquelles elles sont versées, ils apparaissent comme étant destinés à compenser les frais et charges liés à l'exercice effectif des fonctions outre-mer, qui suppose la résidence locale. Vous pourrez donc les exclure.

VII. Au total, au vu des éléments fournis par le ministre dans un mémoire enregistré le 29 décembre 2014, il nous semble que vous pouvez fixer à 211.152 € le montant des revenus réellement perdus du fait de l'éviction : aux revenus nets de 266.766 € indiqués par le ministre, il convient de retrancher la majoration DOM versée sur la période, soit 65.429€ brut et environ 55.614€ net.

VIII. Reste le deuxième temps du raisonnement Deberles, consistant à apprécier, au regard de l'importance respective des irrégularités entachant les décisions annulées et des fautes relevées à la charge de l'agent écarté du service, la part qui doit être regardée en relation directe avec l'illégalité commise.

Mme B... soutient que l'intégralité des pertes de revenus doit être imputée à l'Etat du fait de la gravité de l'illégalité commise, au regard des garanties particulières dont bénéficie le magistrat. Mais il convient de modérer cette critique. D'une part, est en cause une illégalité externe, même si l'avis du CSM est fortement incitatif, le garde des sceaux devant saisir de nouveau le CSM lorsqu'il entend prendre une sanction plus grave que celle proposée, ce dernier émettant un nouvel avis après avoir entendu les observations du magistrat intéressé (cf. article 66 de l'ordonnance de 1958). D'autre part, votre décision de section de 2010 apporte un infléchissement à la jurisprudence en faisant échapper la nomination des magistrats au régime général de retrait des actes administratifs : il était certes possible d'anticiper une telle solution, mais le choix de la formation montre qu'elle n'était pas d'une évidence manifeste.

Les fautes relevées à la charge de l'agent sont pour leur part d'une gravité certaine.

Mais se pose d'abord une question de principe : la circonstance qu'elle aient finalement conduit à la sanction du déplacement d'office, et non à une révocation, fait-elle obstacle à ce que vous admettiez de ne pas réparer l'intégralité de la période d'éviction ? Il nous semble que non, dès lors que le choix de la sanction intègre le sort réservé à l'agent depuis la survenance des faits reprochés. La situation est particulièrement nette en l'espèce. Le CSM, dans son avis du 18 septembre 2012, relève la gravité des faits reprochés, constitutifs d'un manquement aux devoirs de l'état du magistrat, à la probité, à la dignité et à l'honneur qui s'y attachent, ainsi qu'au devoir de loyauté et de délicatesse à l'égard des magistrats de la juridiction auprès de laquelle elle bénéficiait d'une formation. Mais il constate que Mme B... a, de fait, été suspendue pendant 5 ans de toute activité professionnelle pour en déduire que « dans ces conditions, la sanction de

déplacement d'office apparaît à ce jour et compte tenu des circonstances particulières de l'espèce comme la sanction la plus appropriée ».

L'appréciation de la gravité des fautes reprochées à l'agent au titre de la réparation du préjudice est donc nécessairement autonome de celle ayant conduit au choix de la sanction. Or nous n'avons guère de doute pour considérer que les conséquences pécuniaires de l'éviction illégale ne doivent pas, en l'espèce, peser exclusivement sur l'administration, au vu des fautes commises par le magistrat.

Dans quelle mesure procéder à ce qui s'assimile à une répartition de responsabilité : la décision Deberles a procédé à un abattement de près de 50 % des pertes de revenus du fait des fautes de l'agent. Vous êtes allés jusqu'à 100 %, annihilant ainsi le préjudice et donc le droit à indemnité, dans des cas où le comportement de l'agent, notamment ses insuffisances professionnelles (18 juin 1986, Mme K..., n° 49813, au Rec.) ou les fautes commises (21 avril 1967, Département de la Mayenne c/ M..., n° 69256, au Rec.), justifiaient la mesure annulée pour vice de procédure.

En l'espèce, nous vous proposons de ne retenir que 50% des pertes de revenus (pour mémoire : 211.152 €) pour déterminer le préjudice subi par Mme B..., ce qui conduit à évaluer celui-ci à la somme totale de 105.576 €. Vous pourrez donc rejeter les conclusions de la requête dirigées contre la décision qui a fixé à 49.843 € la somme que l'administration s'est engagée à verser la requérante en complément des 109.661€ déjà payés. Vous devrez également rejeter les conclusions de la requête présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Tel est le sens de nos conclusions.