

**N° 398830**

**Mme C...**

**6<sup>ème</sup> et 1<sup>ère</sup> chambres réunies**

**Séance du 29 mai 2017**

**Lecture du 21 juin 2017**

## **CONCLUSIONS**

**M. Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, rapporteur public**

En mars 2015, Mme C... épouse A..., magistrate au tribunal de grande instance de Grenoble, a fait l'objet d'un rapport de la vice présidente chargée de la direction du tribunal, qui a ensuite entraîné une inspection, elle-même achevée en mai. Il lui était reproché son comportement vis-à-vis des agents du greffe et la mise en place une politique de gestion du service des tutelles conduisant à ne pas auditionner, le plus souvent, les personnes protégées, pour gagner en efficacité. Après avoir recueilli les observations de l'intéressée, le premier président de la cour d'appel de Grenoble l'a convoquée en juin à un entretien au cours duquel, selon les opinions concordantes des parties, celui-ci lui a fait des remontrances orales mais a décidé de ne pas lui infliger d'avertissement au sens de l'article 44 de l'ordonnance organique n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant statut de la magistrature ni d'enclencher une action disciplinaire. De fait, aucune pièce n'a été versée au dossier. Dans l'intérêt du service, Mme A... a été déchargée de ses fonctions au service des tutelles.

Quelques mois plus tard, le nouveau premier président de la cour d'appel a jugé que l'affaire ne pouvait pas en rester là et a convoqué Mme A... à un nouvel entretien le 3 février 2016, à l'issue duquel il lui a adressé, le 10 février 2016, huit mois après la clôture de la première procédure, un avertissement détaillé et longuement motivé.

La particularité de l'affaire est que cet avertissement se fonde exclusivement sur les faits qui avaient donné lieu au signalement, à l'inspection et au premier entretien de 2015. Mme A... l'attaque pour excès de pouvoir. Mme A... soutient que le premier président de la cour d'appel ne pouvait légalement lui infliger un avertissement après que son prédécesseur avait décidé, pour la même procédure et pour les mêmes faits, qu'il n'y avait pas lieu d'en prononcer un. Elle invoque notamment une méconnaissance du principe « non bis in idem ».

La détermination des règles qui s'appliquent à l'avertissement dépend de sa nature juridique. Or l'avertissement, qui constitue une particularité du statut des magistrats, est un objet juridique difficile à cerner. A l'origine, les choses étaient claires, et simples. L'article 49 de la loi du 20 avril 1810 permettait aux présidents des cours et tribunaux « d'avertir tout juge qui compromettrait la dignité de son caractère » et une circulaire du garde des sceaux du 12 décembre 1821, souvent citée, témoigne de ce qu'il ne s'agissait que d'une mesure préventive qui, dans l'intérêt du service comme dans l'intérêt du magistrat averti, signalait à celui-ci que sa conduite était inappropriée, qu'elle avait attiré l'attention de son chef de juridiction et que sa poursuite l'exposerait à une procédure disciplinaire. L'avertissement est alors le contraire

d'une sanction : il vise à éviter la sanction et il est, selon cette circulaire, un « acte secret ». Dans l'intérêt du magistrat, il est même qualifié par le ministre de « paternel ».

Si les avertissements d'aujourd'hui correspondaient à ces principes originels, nous n'aurions pas d'hésitation pour vous proposer de rejeter le moyen. S'il ne s'agit réellement que d'avertir, on peut décider de ne pas le faire, puis de le faire, pour les mêmes faits, et même huit mois après. Cela ne porte pas à conséquence et cela est dans l'intérêt tant du service que du magistrat, pour éviter une véritable sanction.

Mais un étrange dialogue entre la pratique et votre jurisprudence a progressivement modifié la portée de l'avertissement et il est impossible, aujourd'hui, de ne pas en tenir compte. La question de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir a été posée en 1972. S'il ne s'était réellement agi que d'avertir un magistrat, il nous semble que la décision n'aurait pas fait grief. Mais, à l'époque, votre commissaire du Gouvernement Mme Grévisse estimait que « *l'avertissement est destiné à sanctionner les manquements* » et relevait que les conséquences qu'il peut avoir en pratique sur la notation et l'avancement justifiaient l'ouverture du recours. La section du contentieux en a déduit, dans sa décision *Dlle D...* du 1<sup>er</sup> décembre 1972 (CE, n° 80195, Rec.), que cette décision ne constituait pas une sanction mais était tout de même susceptible d'un recours pour excès de pouvoir. Quatre ans plus tard, l'assemblée du contentieux, par une décision *M. E...* (CE, Ass., 16 janvier 1976, N° 92731 92732, Rec.) décidait qu'un avertissement pouvait se trouver effacé par une loi d'amnistie aux termes de laquelle étaient amnistiés certains faits « *passibles de sanctions disciplinaires et professionnelles* ».

Pour justifier l'effet de la loi d'amnistie sur l'avertissement, le même commissaire du Gouvernement estimait que, dans la pratique, l'avertissement était « *sans conteste une mesure à caractère disciplinaire* ». Si l'analyse publiée aux Tables porte la trace de cette opinion, votre décision s'est bien gardée d'affirmer que l'avertissement avait un caractère disciplinaire, donc punitif. Jusqu'à aujourd'hui, vous ne l'avez jamais affirmé. Et pourtant, vous avez continué à appliquer à l'avertissement des raisonnements qui s'appliquent aussi aux sanctions : pris en considération de la personne, il faut avertir le magistrat et lui permettre d'accéder à son dossier et de présenter des observations (CE, 24 juillet 1987, M. F..., n° 53676, Rec. ; CE, 6 avril 2001, M. G..., n° 218264, T.) ; vous avez fait du versement au dossier un élément caractéristique de cette mesure (CE, 16 janvier 2006, Mme H..., n° 272313, Rec.) ; l'avertissement reste d'ailleurs longtemps au dossier : au moins trois ans en application de l'article 44 du statut organique, et davantage en cas de nouvel avertissement ou sanction ; vous avez même été jusqu'à l'assimiler à la discipline des magistrats pour vous reconnaître compétent en premier ressort (CE, 13 juillet 2012, M. I..., n° 342633).

Vous avez pourtant continuellement et régulièrement refusé de le qualifier de « sanction disciplinaire » (CE, 13 juillet 2012, M. J..., n° 257624, T.). La conséquence la plus frappante est que vous acceptez que des faits ayant donné lieu à un avertissement fassent ensuite l'objet d'une sanction disciplinaire (CE, Section, 17 février 1989, M. K..., n° 77234, Rec. ; déc. du même jour, M. L..., n° 77235 ; CE, 21 novembre 1990, n° 101148, inédit), ce qui serait impossible si l'avertissement était lui-même une sanction de même nature. On peut avoir une répartition du pouvoir disciplinaire entre plusieurs autorités : c'est le cas dans certains corps, comme celui des membres du Conseil d'Etat, ou pour les élèves dans les écoles, où le pouvoir disciplinaire est exercé par le directeur et le conseil de discipline. Mais on ne peut pas infliger deux sanctions disciplinaires pour les mêmes faits.

Le caractère réaliste de cette jurisprudence, qui refuse de qualifier l'avertissement de disciplinaire tout en rapprochant son régime de celui d'une mesure disciplinaire, a à son tour éloigné l'avertissement de ce qu'il était à l'origine. L'article 44 du statut organique des magistrats est inséré dans le chapitre du statut relatif à la discipline. La dernière modification de cet article par la loi n° 2016-1090 du 8 août 2016, postérieure aux faits de notre espèce, est particulièrement significative. Le législateur a ainsi prévu :

- la tenue obligatoire d'un entretien préalable ;
- un droit d'être assisté par la personne de son choix, là où vous l'aviez refusé en vous appuyant sur le fait que l'avertissement n'était pas une sanction (CE, 13 juillet 2012, *M. J...*, n° 257624, T.) ;
- et une interdiction de délivrer un avertissement plus de deux ans après avoir eu connaissance des faits, avec interruption de ce délai en cas de poursuite pénales, instituant ainsi une prescription calquée sur le droit de la répression et signifiant que l'avertissement est tourné vers le passé alors que l'avertissement originel était une mesure justifiée par le comportement présent du magistrat, et tournée vers l'avenir.

Et les travaux préparatoires de cette loi de s'appuyer sur la jurisprudence du Conseil d'Etat et d'en déduire que l'avertissement est une action « prédisciplinaire » (v. étude d'impact de la loi n° 2016-1090 du 8 août 2016) ou d'estimer que c'est « une réponse aux manquements les moins graves (v. rap. Mme Cécile Untermaier devant la commission des lois de l'A.N.)

Il nous semble impossible de vous proposer de juger explicitement que l'avertissement a une « nature disciplinaire ». Nous ne voyons pas quelle serait une mesure disciplinaire qui n'aurait pas, au moins en partie, un caractère punitif, que ne lui enlève le fait d'avoir également un caractère préventif, dissuasif ou d'être prise dans l'intérêt du service, caractères qu'on retrouve d'ailleurs dans toute sanction. Or pour les magistrats du siège, ce qui est le cas de l'espèce, l'article 65 de la Constitution réserve l'exercice du pouvoir disciplinaire à une formation du conseil supérieur de la magistrature. L'avertissement doit donc rester un acte qui ne sanctionne pas. Sauf à revenir sur la construction jurisprudentielle, qui nous semble aujourd'hui cristallisée dans le statut organique, il faut en rester à des périphrases : acte à coloration disciplinaire, pouvoir de remontrance, décision hybride, mesure pré-disciplinaire.

L'avertissement demeure une mesure de gestion du service, visant à mettre fin à un comportement inapproprié sans le punir, mais auquel on a donné une forme et un poids tels que ses effets concrets le rapprochent d'une mesure punitive, ce qui justifie à son tour des garanties adaptées.

Faut-il en déduire que, si la décision est prise de ne pas adresser un avertissement pour certains faits, il est ensuite impossible de revenir sur cette décision ? Il nous semble que vous pourrez écarter trois fondements d'une telle interdiction :

-le principe non bis in idem n'a pas vocation à s'appliquer car l'avertissement n'est pas une sanction disciplinaire ;

-le fait que la mesure soit prise « en considération de la personne » n'interdit pas de revenir sur une décision antérieure de ne pas la prononcer, puisque vous jugez que des mesures prises dans l'intérêt du service peuvent être également prises en considération de la personne et donc soumises au respect des droits de la défense (v., pour une radiation des cadres d'un fonctionnaire en disponibilité sans caractère disciplinaire, CE, 18 juillet 1973, *Sieur M...*, n° 85649, T. ; pour une modification des attributions du fait d'un mi-temps thérapeutique, CE, 11 mars 1991, *M. N...*, n° 81697, T.) ; or l'administration peut choisir de ne pas prendre une telle mesure, puis décider de la prendre, si elle est justifiée par l'intérêt du service ;

- enfin, nous ne pensons pas qu'il faille analyser la décision de ne pas prendre un avertissement comme une décision créatrice de droit de ne pas prendre un avertissement. Dès lors qu'il demeure possible d'infliger une sanction, ce droit de ne pas être averti alors qu'on peut être sanctionné aurait une curieuse consistance. En outre, si l'avertissement n'est pas une sanction disciplinaire et que le principe *non bis in idem* ne s'applique pas, un agent n'a en principe pas de droit à ce que ne soit pas prise une mesure de gestion du service, si elle est justifiée.

En revanche, il nous semble qu'il résulte de l'économie du texte de l'article 44, enchâssé dans toutes les garanties qu'a apporté la jurisprudence depuis 1972, que l'avertissement fait l'objet d'une procédure qui, sans être une poursuite au sens du droit répressif, ne peut être recommencée si elle s'est achevée par la décision de ne pas prendre un avertissement. La récente modification de l'article 44, même non applicable à notre litige, y incite également puisqu'elle accentue la formalisation de la procédure d'avertissement, en ajoutant un entretien obligatoire, avec envoi d'une convocation qui fait partir la phase contradictoire de la procédure. Le magistrat a désormais le droit de se faire assister par la personne de son choix et il doit en être informé. L'instauration d'un délai de prescription contribue à faire de l'avertissement une mesure tirant les conséquences d'un comportement passé, jusqu'à deux ans auparavant, autant qu'un acte destiné à préserver et améliorer l'avenir. En outre, pour préserver l'indépendance du magistrat, il est également préférable qu'il sache en fin de procédure s'il fait ou non l'objet d'un avertissement de la part du premier président, sans craindre la reprise de cette procédure ultérieurement. Si vous faites cette interprétation du texte, vous serez conduit à annuler la décision attaquée.

Nous avons hésité à vous proposer de retenir cette interprétation de l'article 44. Elle va contribuer à figer un peu plus la figure de l'avertissement dans les traits de la discipline alors que cette transformation progressive pourrait un jour se trouver en délicatesse avec l'article 65 de la Constitution et qu'on peut penser que les chefs de cours ont besoin de cet outil de gestion, tel qu'il était conçu originellement. En l'espèce, estimant qu'il y avait eu manquement, il était légitime, pour le nouveau premier président, d'avertir Mme A... qu'il jugeait son comportement plus problématique que son prédécesseur et qu'un autre manquement l'exposerait à des poursuites disciplinaires. Et il a un paradoxe à fermer cette voie au nouveau premier président alors qu'il peut engager une véritable procédure disciplinaire.

Ce qui nous a finalement convaincu de vous proposer d'accueillir le moyen, c'est qu'on ne peut plus traiter l'avertissement des années 2010 comme celui des années 1810. L'avertissement fait désormais plus qu'avertir. Celui de l'espèce en est une bonne illustration : il comporte une motivation de six pages avec une description de griefs, un rappel de procédure, des références à des preuves. Il qualifie formellement les manquements au regard des textes applicables. Il nous semble que prendre une telle mesure, qui va rester au dossier de l'intéressé au moins trois ans et aura probablement des conséquences sur les appréciations faites en matière de primes et d'avancement, nécessite le respect d'une certaine procédure, ce qui implique de ne pas la recommencer après qu'il a été décidé de la clore en faveur de la personne. Votre décision *Mme H...* du 16 janvier 2006 (CE, n° 272313, Rec., concl. M. Guyomar) a distingué l'avertissement, systématiquement versé au dossier, de simples observations adressées à un magistrat sur son comportement, qui ne sont pas versées au dossier. Il nous semble que l'avertissement de 1810, cette mesure « préventive » et « secrète » passe désormais par ces observations non versées au dossier. Nous vous proposons donc d'accueillir le moyen et, par ces motifs, nous concluons à l'annulation de la décision d'avertissement du Premier président de la cour d'appel de Grenoble du 10 février 2016 et de la décision du 21 mars 2016 rejetant le recours gracieux.