

N° 418017

M. P...

3ème et 8ème chambres réunies

Séance du 21 janvier 2019

Lecture du 8 février 2019

CONCLUSIONS

M. Laurent CYTERMANN, rapporteur public

Les procédures disciplinaires dans la fonction publique territoriale donnent souvent lieu à des scénarios à rebondissements. Selon l'article 89 de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, le pouvoir disciplinaire appartient à l'autorité territoriale après avis de la commission administrative paritaire siégeant en conseil de discipline. Pour les sanctions à partir du deuxième groupe, l'article 91 permet aux fonctionnaires sanctionnés de saisir le conseil de discipline de recours. Le second alinéa de cet article dispose que « *l'autorité territoriale ne peut prononcer de sanction plus sévère que celle proposée par le conseil de discipline de recours* ». Lorsque celui-ci propose une sanction moins sévère que celle déjà prononcée par l'autorité territoriale, celle-ci doit donc rapporter la première sanction et en reprendre une autre. Mais elle peut demander au juge administratif l'annulation de l'avis du conseil de discipline de recours. Si elle obtient cette annulation, elle peut alors rapporter la deuxième sanction et en reprendre une troisième, qui sera le cas échéant du même niveau que la première sanction prononcée.

L'affaire qui vient d'être appelée illustre les difficultés suscitées par la rencontre entre ces procédures itératives et le principe d'impartialité objective qui régit la composition des formations de jugement ayant à connaître de ces décisions, difficultés qui ont justifié qu'elle soit portée devant vos chambres réunies.

M. N... P... était adjoint technique territorial de première classe de la communauté de communes Beaucaire Terre d'Argence. Au cours de l'année 2015, il a volé plusieurs cartons contenant des sacs à déchets portant l'inscription « Beaucaire Terre d'Argence » et a tenté au moins une fois de les revendre sur un marché, ce qu'a constaté la gendarmerie qui l'a pris en flagrant délit. Par une décision du 19 novembre 2015, le président de la communauté de communes a révoqué M. P.... Celui-ci a saisi le tribunal administratif de Nîmes et a assorti son recours d'un référé-suspension, rejeté par une ordonnance du 9 décembre 2015. Il a également saisi le conseil de discipline de recours, qui a proposé une exclusion temporaire de six mois par un avis du 13 avril 2016. Le président de la communauté de communes a alors rapporté son premier arrêté et pris un nouvel arrêté le 13 juin 2016 infligeant à M. P... une exclusion temporaire de six mois. Le tribunal administratif de Nîmes, saisi par la communauté de communes, a annulé l'avis du conseil de discipline de recours par un jugement du 5 octobre 2017, au motif qu'une exclusion de six mois n'était pas proportionnée à la gravité des faits. Par un arrêté du 14 novembre 2017, le président de la communauté de communes a rapporté sa seconde décision et prononcé à nouveau la révocation de M. P.... Celui-ci a à nouveau saisi le tribunal administratif de Nîmes et formé un référé-suspension, rejeté par une ordonnance « de tri » du juge des référés du 24 janvier 2018. C'est l'ordonnance attaquée devant vous par M. P....

1. Le premier moyen de cassation du pourvoi est tiré de l'irrégularité de la procédure pour méconnaissance du principe d'impartialité. Il comporte deux branches, qui mettent toutes deux en cause le principe d'impartialité dans sa dimension objective. Pour reprendre les termes d'Emmanuel Glaser dans ses conclusions sur votre avis *Commune de Rogerville* (Sect., 12 mai 2004, n° 265184, Rec.), alors que l'impartialité subjective conduit à rechercher si « *le juge, lorsqu'il s'est prononcé, a été subjectivement animé par des sentiments en faveur ou en défaveur d'une partie* », l'impartialité objective implique d'examiner si « *indépendamment des sentiments personnels du juge, le seul fait qu'il ait exercé auparavant telle ou telle fonction est de nature à peser sur ses convictions* ».

1.1. La première branche ne vous retiendra pas longtemps. Elle se fonde sur la circonstance que les deux ordonnances de référé-suspension successives ont été rendues par le même juge des référés, M. F....

Les grands principes de votre jurisprudence en la matière ont été posés par l'avis contentieux *Commune de Rogerville*, selon lequel « *eu égard à la nature de l'office attribué au juge des référés statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative (...), la seule circonstance qu'un magistrat a statué sur une demande tendant à la suspension de l'exécution d'une décision administrative n'est pas, par elle-même, de nature à faire obstacle à ce qu'il se prononce ultérieurement sur la requête en qualité de juge du principal* ». Dans le sillage de cette première décision, vous avez jugé que le même juge des référés pouvait se prononcer successivement sur des demandes de suspension d'une même décision (2 novembre 2005, *M. et Mme F...*, n° 279660, Rec.) ou de plusieurs décisions rendues sur une même demande (17 avril 2008, *Caisse des dépôts et consignations*, n° 307866, Tab.) ou dans le cadre d'un même litige (18 février 2005, *T...*, n° 268952, Tab.). Nous sommes ici dans cette dernière hypothèse, la configuration du litige étant d'ailleurs assez proche de celle de l'affaire *T...*, dans laquelle un fonctionnaire avait fait l'objet à raison des mêmes faits d'une suspension conservatoire puis d'un déplacement d'office.

Cette jurisprudence procède de l'idée que l'office du juge du référé-suspension ne le conduit pas, en principe, à préjuger de l'issue du litige : il examine seulement, en l'état de l'instruction, s'il y a urgence et si les moyens soulevés par le requérant sont de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision.

M. P... n'ignore pas votre jurisprudence mais soutient que joue ici l'exception énoncée par l'avis *Commune de Rogerville* et reprise par les autres décisions, « *dans le cas où il apparaîtrait, compte tenu notamment des termes mêmes de l'ordonnance, qu'un magistrat statuant comme juge des référés aurait préjugé l'issue du litige, ce magistrat ne pourrait, sans méconnaître le principe d'impartialité, se prononcer ultérieurement comme juge du principal* » (cf. pour une annulation sur ce fondement, 30 janvier 2017, *M. C...*, n° 394206, Tab., le juge des référés ayant dans cette affaire statué sur la recevabilité de la demande). Il n'en est cependant rien en l'espèce : dans les deux ordonnances en cause, le juge des référés s'est borné à énumérer les moyens soulevés et à juger qu'aucun d'entre eux n'était, en l'état de l'instruction, de nature à créer un doute sérieux sur la légalité des décisions attaquées.

1.2. La seconde branche, plus délicate, se rapporte à la circonstance que M. F... était également président de la formation de jugement qui a statué au fond sur le recours de la communauté de communes contre l'avis du conseil de discipline de recours.

Vos chambres réunies se sont déjà prononcées sur un précédent topique dans une affaire *M. E...* (8 avril 2013, n° 364105, Tab.). Le fonctionnaire territorial y avait fait l'objet de la même succession de décisions et vous avez jugé *« qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe, et notamment pas le principe d'impartialité eu égard au fait que l'article 89 de la loi du 26 janvier 1984 permet au maire d'infliger une sanction plus sévère que celle préconisée par le conseil de discipline régional de recours mais distincte de la révocation, ne faisait obstacle à ce que le magistrat qui a présidé la formation de jugement ayant prononcé pour erreur manifeste d'appréciation l'annulation de l'avis du conseil de discipline régional de recours siègeât en qualité de juge des référés pour statuer sur le litige qui lui a été soumis par M. E... et relatif à la décision de révocation prise à la suite de ce jugement »*. Il ressort du fichage de cette décision et des conclusions du rapporteur public Benoît Bonhert qu'elle est justifiée par la circonstance que l'autorité territoriale avait à sa disposition une « palette » de sanctions entre l'exclusion temporaire jugée insuffisante au regard du principe de proportionnalité et la révocation, et que l'issue du second référé-suspension n'était donc pas commandée par le jugement rendu au principal sur l'avis du conseil de discipline de recours. Vous aviez donc écarté le moyen tiré du défaut d'impartialité.

Nous croyons cependant que la réitération de cette solution se concilierait mal avec votre jurisprudence générale sur l'impartialité objective ainsi qu'avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme.

Comme le président Guyomar l'avait exposé dans ses conclusions sur la décision d'Assemblée *D...* (4 juillet 2003, n° 234353, Rec.), le défaut d'impartialité objective n'est avéré que si trois conditions cumulatives sont réunies :

- « - première condition : les fonctions successivement exercées doivent l'avoir été à propos de la même affaire ;*
- deuxième condition : l'exercice de la première fonction doit avoir révélé l'existence d'un parti pris sur l'issue de cette affaire ;*
- troisième et dernière condition : la part prise par le juge, dans l'exercice de sa première fonction, doit légitimement laisser à penser qu'il a personnellement pris position sur l'affaire. »*

Il y a même affaire dès lors que les faits sont identiques et que les questions examinées à partir des mêmes faits sont du même ordre. Le respect de cette première condition n'est ici pas douteux et la circonstance mise en avant par le pourvoi que sont en cause deux décisions différentes (l'avis du conseil de discipline de recours dans le jugement au fond et la sanction de révocation dans le référé-suspension) ne saurait suffire à l'écarter : il s'agit des mêmes faits et de la même question, celle de la proportionnalité de la sanction disciplinaire à ces faits.

Pour l'examen de la troisième condition, vous ne vous arrêtez pas à la circonstance que le jugement au fond a été rendu par une formation collégiale et que l'opinion personnellement émise par M. F... au cours du délibéré n'est pas connue : la « théorie des apparences » vous conduit à considérer que sa participation à ce jugement, qui plus est en tant que président, laisse légitimement à penser qu'il a pris position ou, selon la formule employée par une décision *M. P...*, (3 octobre 2003, n° 182743, Rec.), *« de nature à faire naître un doute sur son impartialité »*.

Reste la seconde condition, celle du pré-jugement. La décision *E...* découle de ce qu'en raison de la gamme de sanctions prévue par l'article 89 de la loi du 26 janvier 1984, la prise de

position exprimée par le jugement au principal n'anticipe pas entièrement sur l'issue du référé-suspension contre la révocation et ne constitue donc pas un pré-jugement. Entre l'exclusion temporaire de six mois proposée par le conseil de discipline de recours et la révocation, la loi permet de prononcer une exclusion temporaire allant jusqu'à deux ans ; en ayant participé à une décision jugeant que l'exclusion de six mois était insuffisante, le magistrat en cause pouvait être vu comme n'ayant pas exclu que la révocation soit excessive.

Votre jurisprudence ne manifeste cependant pas toujours une conception aussi restrictive de la notion de pré-jugement. C'est le cas de la décision *D...* : pour caractériser le défaut d'impartialité, il a suffi à l'Assemblée du contentieux que la Cour de comptes ait pris position dans son rapport public sur la matérialité des faits et sur leur caractère irrégulier, alors que ces éléments ne suffisaient pas à dicter le niveau de l'amende prononcée par la Cour de discipline budgétaire et financière. De même, dans la décision *M. P...*, la section des assurances sociales de l'ordre des médecins avait pris position sur le caractère fautif des faits sur lesquels s'est ensuite prononcée la section disciplinaire du même ordre, sans que cela ne prive cette dernière de toute marge de manœuvre sur le niveau de la sanction prononcée.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 6.1 relatif au droit à un procès équitable se fonde quant à elle sur l'existence d'un « *lien étroit* » entre les questions substantielles examinées par un même juge à différents stades de la procédure (6 juin 2000, *Morel c/ France*, § 47, n° 34130/96 ; 24 juillet 2012, *Toziczka c/ Pologne*, § 36, n° 29995/08). Dans un arrêt plus récent *Liga Portuguesa de Futebol Profissional c/ Portugal* (17 mai 2016, n° 4687/11), la Cour a considéré qu'un tel lien étroit était constitué lorsqu'un même magistrat s'était prononcé, dans une première instance sur la validité de certaines clauses d'une convention collective signée par la requérante et dans une seconde instance sur la question de savoir si l'absence d'audition de la requérante sur ce point avait méconnu le principe du contradictoire. La Cour de Strasbourg ne s'est, semble-t-il, jamais arrêtée à la circonstance que la première décision juridictionnelle à laquelle un magistrat avait participé ne dictait pas entièrement l'issue de la seconde décision.

Poussée jusqu'à son terme, une telle logique pourrait conduire à des conséquences excessives. En effet, parmi les situations dans lesquelles une première décision juridictionnelle détermine entièrement l'issue d'une seconde procédure, il y a notamment celle où elle est revêtue à son égard de l'autorité de la chose jugée. Or, dans une telle hypothèse, vous pourriez considérer que le juge n'est pas conduit à se prononcer sur les mêmes questions mais seulement à faire application de l'autorité de la chose jugée. Si le défaut d'impartialité objective n'est pas constitué dès lors que le juge a à sa disposition au moins deux possibilités, et qu'il ne l'est pas non plus lorsqu'il est tenu par l'autorité d'une précédente décision juridictionnelle, alors les cas de défaut d'impartialité pourraient être fort peu nombreux.

Dans la présente affaire, le jugement du tribunal administratif de Nîmes du 5 octobre 2017 sur l'avis du conseil de discipline de recours prend position par une motivation particulièrement appuyée sur la matérialité des faits et leur gravité : après avoir constaté la durée des vols de cartons de sacs de déchets et l'intention d'en faire commerce, le tribunal a jugé « *qu'en détournant frauduleusement des biens identifiables du service public en vue d'en tirer un profit personnel, M. P... a manqué de façon grave et répétée à son devoir de probité au préjudice de son employeur et a porté atteinte à l'image de la collectivité publique* » et « *qu'en égard au comportement général de l'agent et à l'ensemble des circonstances de l'espèce, la sanction d'exclusion temporaire de fonctions d'une durée de six mois proposée par l'instance de recours n'apparaît pas proportionnée à la gravité des fautes commises* ».

Pour toutes les raisons indiquées précédemment, cette motivation nous paraît avoir placé M. F... dans une situation de pré-jugement.

Vous pourriez être arrêtés par le souci légitime de ne pas perturber le fonctionnement de certains tribunaux administratifs dotés d'un nombre réduit de magistrats, qu'une conception trop stricte de l'impartialité objective pourrait mettre en difficulté lorsqu'il s'agit de se prononcer sur des procédures itératives mettant en cause les mêmes faits à l'occasion de plusieurs décisions. Deux considérations peuvent cependant modérer cette crainte. D'une part, nous ne vous proposons pas de durcir votre jurisprudence mais seulement de faire application des principes que vous avez affirmés il y a plus de quinze ans. D'autre part, il convient de souligner les marges de manœuvre qu'ouvre la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Celle-ci ne retient pas le défaut d'impartialité objective au seul motif qu'un magistrat a participé successivement à deux formations collégiales : elle tient compte de la proportion de magistrats ayant participé aux deux instances et de leur rôle, la présence d'un président de formation étant de nature à renforcer les doutes légitimes du justiciable sur l'impartialité (2 mars 2000, *Garrido Guerrero c. Espagne*, n° 43715/98 ; 4 mars 2014, *Fazli Aslaner c. Turquie*, §§ 36-43, n° 36073/04). Vous ne pourrez faire jouer ici cette souplesse, M. F... ayant été président d'une formation de jugement de trois magistrats puis unique juge des référés. Mais elle est de nature à atténuer les contraintes lorsqu'il s'agit d'examiner plusieurs fois au fond la même affaire.

Nous vous invitons donc à accueillir ce premier moyen.

2. Si vous nous suivez, vous n'aurez pas à examiner le second moyen de cassation, tiré de ce que le tribunal a dénaturé les pièces du dossier en jugeant que la disproportion de la sanction de M. P... n'était pas propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée. Vous retrouverez en revanche cette question de la proportionnalité dans le cadre du règlement au titre de la procédure de référé engagée devant le juge des référés du tribunal administratif de Nîmes.

2.1. Sans aller jusqu'à reconnaître une présomption d'urgence pour les mesures d'éviction des fonctionnaires titulaires, comme Anne Courrèges vous y invitait dans ses conclusions sur une décision *Mme G...* (24 juillet 2009, n° 325638, Inédit), vous avez jugé néanmoins par cette décision qu'un fonctionnaire évincé justifie en principe d'une atteinte grave et immédiate à sa situation « *eu égard à la nature et aux effets de la mesure de radiation des cadres* » et vous avez censuré l'erreur de droit commise par le juge du référé-suspension qui avait exigé que l'intéressée fournisse des précisions sur les ressources et les charges de son foyer (cf. aussi, sur la reconnaissance de l'urgence pour une décision mettant fin à la rémunération d'un fonctionnaire sans affectation, JRCE, 24 novembre 2008, *M. D...*, n° 322192, Inédit). En l'espèce, vous n'aurez pas de difficulté à admettre l'urgence, M. P..., qui a trois enfants à charge, affirmant sans être contredit qu'il n'a pas d'autres revenus que sa rémunération de fonctionnaire.

2.2. Parmi les moyens soulevés par M. P..., figure celui tiré de ce que la sanction prononcée est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation. Depuis votre décision d'Assemblée *M. D...* (13 novembre 2013, n° 347704, Rec.), vous exercez un contrôle normal sur les questions de savoir si les faits reprochés à un agent public constituent des fautes de nature à justifier une sanction et si la sanction retenue est proportionnée à la gravité de ces fautes. C'est à cette aucune que vous devrez examiner si le moyen tiré de la disproportion de la sanction soulève un doute sérieux sur sa légalité.

Le dossier dont vous êtes saisis est mince, dès lors qu'il n'y a pas eu de procédure contradictoire en première instance et que la communauté de communes l'a peu alimenté devant vous quant aux éléments factuels. Il est cependant constant que M. P... a volé des cartons de sacs à déchets appartenant à la communauté de communes et a tenté de les revendre au moins une fois, puisqu'il a été pris en flagrant délit par la gendarmerie. La gravité de cette faute, qui met en cause la probité de l'agent, ne saurait être sous-estimée. Mais la valeur vénale de ces larcins était sans doute fort modeste et le juge pénal a cru bon de s'en tenir à une amende de 200 euros et à une condamnation à réparer le préjudice subi par la communauté de communes à hauteur de 558,96 euros. Votre jurisprudence ne regarde pas la révocation, sanction la plus lourde prévue par le statut général, comme la seule issue adéquate en cas de vol par des agents publics. Selon les conclusions d'Emmanuel Glaser sur une décision *Commune d'Andeville* (15 octobre 2004, n° 266176, Tab.), « *même pour cette faute, particulièrement grave pour un fonctionnaire, votre jurisprudence n'admet la révocation que dans certaines hypothèses, liées à la nature des fonctions, au niveau hiérarchique de l'agent, à l'importance ou au caractère répété des agissements ou à des circonstances particulières* ». Vous avez ainsi regardé comme n'étant pas manifestement disproportionnée une sanction d'exclusion temporaire de fonctions pour une durée de vingt-quatre mois dont dix-neuf avec sursis prononcée à l'encontre d'un agent d'entretien pour un vol de denrées alimentaires dans un hôpital (11 mai 2007, *CHU de Rouen*, n° 289653, Inédit).

Par un mémoire en défense produit deux jours avant l'audience, la communauté de communes fait état de deux éléments nouveaux : d'une part, la cour administrative d'appel de Marseille a confirmé l'annulation de l'avis du conseil de discipline de recours par un arrêt du 26 juin 2018 devenu définitif ; d'autre part, saisi de la seconde mesure de révocation, celle qui fait l'objet du présent référé-suspension, le conseil de discipline de recours a cette fois-ci estimé qu'elle devait être maintenue, dans un avis du 15 octobre 2018. L'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille relève notamment que les faits de vol se sont poursuivis durant deux ans et que M. P... avait fait l'objet en avril 2012, janvier 2013 et juin 2013 d'exclusions temporaires de fonctions de deux et trois jours pour un comportement persistant d'insubordination, de menaces et d'altercations violentes.

Ces éléments pourraient faire pencher la balance en faveur de la communauté de communes. Néanmoins, eu égard à l'office du juge du référé-suspension et compte tenu de la modicité de ces larcins, du faible niveau hiérarchique de l'agent et du niveau limité des sanctions antérieures, qui n'appartenaient qu'au deuxième groupe défini par l'article 89 de la loi du 26 janvier 1984, nous vous invitons à juger que le moyen tiré de la disproportion de la sanction par rapport à la gravité des fautes est de nature à créer un doute sérieux sur sa légalité.

PCMNC :

- **à l'annulation de l'ordonnance attaquée ;**
- **dans le cadre du règlement de l'affaire au titre de la procédure de référé, à la suspension de la décision de révocation du 14 novembre 2017 ;**
- **à ce qu'il soit mis à la charge de la communauté de communes le versement à M. P... d'une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA ;**
- **au rejet des conclusions présentées à ce titre par la communauté de communes.**