

N° 448417

Ministre de la Justice c. M. C...

7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 9 juin 2021

Lecture du 24 juin 2021

## Conclusions

### M. Marc PICHON de VENDEUIL, rapporteur public

1. C'est pour **préciser un point de procédure contentieuse** que l'affaire qui vient d'être appelée a été inscrite au rôle de votre formation de jugement, le fond de l'affaire ne présentant guère de difficultés juridiques.

Les données du litige sont les suivantes : M. C..., informaticien contractuel exerçant depuis 2015 au sein de la mission de modernisation du système d'information des ressources humaines du ministère de la justice, a été licencié pour motif disciplinaire le 23 septembre 2020.

Toutefois, par une ordonnance du 21 décembre 2020 contre laquelle le garde des sceaux se pourvoit en cassation, le juge des référés du tribunal administratif de Montreuil a suspendu l'exécution de cette décision sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative.

2. **Le seul moyen délicat du pourvoi** est tiré de ce que le juge des référés du tribunal administratif de Montreuil n'était pas **territorialement compétent** pour statuer.

2.1. Le doute serait en effet permis dès lors que le premier alinéa de l'article R. 312-12 du code de justice administrative prévoit que : « *Tous les litiges d'ordre individuel (...) intéressant les fonctionnaires ou agents de l'Etat (...) relèvent du tribunal administratif dans le ressort duquel se trouve le lieu d'affectation du fonctionnaire ou agent que la décision attaquée concerne.* ».

Or, le ministre de la justice soutient que, bien que M. C... exerce effectivement ses fonctions dans une antenne localisée à Aubervilliers, une telle modalité d'organisation matérielle du service est sans incidence sur son lieu d'affectation administrative, qui est situé à Paris, siège du secrétariat général du ministère de la justice, dont relève son service.

Et il est vrai que vous jugez que le lieu d'affectation d'un agent public au sens des dispositions de l'article R. 312-12 est le lieu d'affectation administrative de l'agent et non le

lieu où il exerce effectivement ses fonctions : voyez CE 27 avril 2006, *F...*, n° 282377, T. p. 793-933, s'agissant d'un enseignant dispensant ses cours de musique à Meudon mais exerçant dans un collège dont le siège social est à Paris<sup>1</sup>.

**2.2.** Le présent moyen nous paraît donc fondé mais il est soulevé **pour la première fois en cassation**.

En l'absence de texte, vous jugiez de manière prétorienne qu'une telle circonstance ne faisait pas obstacle à ce que vous l'examiniez dès lors qu'il était d'ordre public (Section 31 mai 1963, *Sieur K...*, n° 55600, p. 337, ccl. G. Braibant). C'est ce qu'a ensuite exprimé très clairement l'article R. 47 de l'ancien code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel qui énonçait, dans sa rédaction issue du décret n° 89-641 du 7 septembre 1989, que : « *La compétence territoriale des tribunaux administratifs est d'ordre public ; les règles de compétence lient les tribunaux administratifs qui doivent opposer, même d'office, leur incompétence* ».

Mais cette rédaction n'a pas été reprise dans le code de justice administrative, dont le second alinéa de l'article R. 312-2 prévoit seulement, depuis son entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2002, que : « *Lorsqu'il n'a pas été fait application de la procédure de renvoi prévue à l'article R. 351-3 et que le moyen tiré de l'incompétence territoriale du tribunal administratif n'a pas été invoqué par les parties avant la clôture de l'instruction de première instance, ce moyen ne peut plus être ultérieurement soulevé par les parties ou relevé d'office par le juge d'appel ou de cassation.* »

Un commentateur bien connu du CJA a ainsi observé que la compétence territoriale « n'est plus tout à fait d'ordre public »<sup>2</sup>.

Le ministre n'ayant, apparemment, pas contesté la compétence du JRITA en première instance, il ne serait donc plus susceptible de le faire au stade de la cassation, ainsi que vous l'avez déjà jugé dans votre décision CE 16 juin 2008, *Garde des sceaux c/ association Montjoie*, n° 285385, aux Tables sur un autre point.

Et le fait que nous soyons ici dans le cadre d'un référé ne change rien à ce raisonnement car vous estimez que l'urgence qui caractérise la procédure de référé ne justifie pas qu'il soit dérogé aux règles de compétence territoriale (CE 22 février 2002, *Office national des forêts*, n° 235574, B sur un autre point).

**2.3.** La configuration du présent litige avait toutefois ceci de particulier que l'objection que nous venons de vous exposer n'avait pas initialement été soulevée en défense, ce qui posait la question de votre office pour opposer cette forme de « moyen en défense » : pour le dire sous une forme ramassée, les dispositions de l'article R. 312-2 CJA conduisent-elles à regarder le **moyen soulevé par le ministre comme inopérant ou comme irrecevable ?**

<sup>1</sup> Voir aussi, sous l'empire des anciens textes : CE 10 mai 1972, *Dufond*, n° 80682, p. 352

<sup>2</sup> D. Chabanol, *Code de justice administrative*, Le Moniteur, 9<sup>ème</sup> éd., obs. ss art. R. 312-2

Même si la distinction entre moyen inopérant et moyen irrecevable peut sembler absconse, ce point n'est pas que purement théorique puisque, dans le premier cas, vous pouvez écarter de vous-mêmes le moyen alors que, dans le second, il vous incombe de relever d'office son irrecevabilité et d'en informer les parties avant de statuer (CE 14 février 1997, *Mme W...*, n° 152641, p. 42).

Précisons que, par précaution, votre 7<sup>ème</sup> chambre a adressé aux parties une mesure d'information en ce sens sur le fondement de l'article R. 611-7 du CJA, afin que, quelle que soit la position que vous reteniez, vous puissiez statuer sans nouveau délai.

A la suite de cette information, M. C... a présenté un mémoire en défense par lequel il reprend ce moyen à son compte. La question n'a donc plus d'intérêt pratique immédiat mais nous pensons qu'elle mérite toutefois de vous être posée pour éclairer l'avenir, ne serait-ce que parce que les cours d'appel ont une pratique manifestement fluctuante (dans le sens de l'irrecevabilité : CAA Paris 29 avril 2011, n° 09PA3641 et 9 avril 2015, n° 13PA03574 ; CAA Marseille 16 octobre 2018, n° 17MA03039 ; dans le sens de l'inopérance : CAA Nancy 16 mai 2013, n° 12NC01089 ; CAA Paris 23 septembre 2015, n° 13PA03197).

Certes, la thèse de l'inopérance du moyen pourrait trouver crédit à vos yeux.

Nous ne sommes pas certain qu'elle trouverait son fondement dans votre décision CE 24 novembre 2010, *Commune de Lyon*, n° 325195, T. p. 833-913-922-932, par laquelle vous regardez comme inopérant – et non comme irrecevable – un moyen invoqué pour la première fois devant le juge de cassation, car cette solution ne vaut, comme le souligne expressément son fichage, que lorsque le moyen n'est pas né de l'arrêt ou du jugement attaqué et qu'il n'est pas d'ordre public. Or, nous continuons de penser que, même si le code en a aménagé les effets procéduraux, la question de la compétence territoriale d'une juridiction demeure un moyen d'ordre public – elle l'est en tout cas indubitablement en première instance.

Si nous devons justifier l'inopérance, nous la rattacherions plutôt à la veine de votre jurisprudence qui cherche à ménager au juge une marge de liberté pour opposer les réponses adéquates aux moyens des requérants, quitte, ce faisant, à suppléer aux défendeurs défaillants. Le juge peut ainsi écarter comme inopérant un moyen invoquant un texte inapplicable à l'espèce en cause sans information préalable (CE 14 mars 2001, *Consorts B...*, n° 204073, T. p. 1137) ou lorsqu'une des conditions d'engagement de la responsabilité n'est pas remplie (CE 30 novembre 2005, *Consorts Guitard*, n° 269546, T. p. 1059 ; voir aussi, de manière générale : CE 2 juin 2010, *Fondation de France*, n° 318014, A, concl. N. Escaut).

Si la logique pragmatique, et en tout cas expédiente, de cette jurisprudence ne nous échappe pas, il nous semble toutefois qu'elle ne peut trouver à jouer ici, tant pour des raisons de cohérence que de bon fonctionnement du procès administratif.

2.3.1. Il faut bien avouer que votre jurisprudence sur l'obligation de communiquer les

moyens en défense est subtile et que la distinction entre moyens irrecevables et moyens inopérants est elle-même nimbée d'un voile de mystères que peu de vos exégètes sont parvenus à percer.

Nous ne prétendons pas y arriver seul mais, pour notre part, nous faisons nôtre la distinction qu'opère le professeur Alexandre Ciaudo dans la remarquable thèse qu'il a consacrée à « *L'irrecevabilité en contentieux administratif français* »<sup>3</sup>. Comme il le souligne, par « moyen inopérant », il faut entendre celui qui, même s'il était fondé, ne serait pas susceptible d'influencer la solution du litige et que le juge refuse donc d'apprécier en raison-même de l'absence d'utilité de son examen<sup>4</sup>, alors que le « moyen irrecevable » est simplement celui dont le juge est tenu, en l'état, de refuser d'apprécier le bien-fondé.

De fait, les notions d'inopérance et d'irrecevabilité ne sont pas exclusives l'une de l'autre : un même moyen peut à la fois être inopérant et irrecevable.

En réalité, comme le relève le professeur Ciaudo, avant d'être celle de leur régime contentieux, la différence entre ces deux catégories de moyens réside dans le fait que l'inopérance d'un moyen est contextuelle tandis que son irrecevabilité dépend de facteurs prédéterminés. Nous le citons : « Un moyen inopérant ne l'est jamais dans l'absolu. Ce n'est que compte tenu des considérations de l'espèce qu'un moyen est déclaré inopérant car le même moyen pourrait être déclaré opérant dans une autre affaire. (...) En revanche, le moyen irrecevable l'est indépendamment des caractéristiques propres du litige. »<sup>5</sup>

Or, telle nous paraît bien être la portée des dispositions de l'article R. 312-2 du CJA que d'instituer un régime général d'irrecevabilité du moyen d'incompétence territoriale, dans les conditions qu'elles définissent et en dehors de toute contingence propre à l'espèce.

Nous observons du reste que vous regardiez expressément comme irrecevable le moyen tiré de l'incompétence territoriale du tribunal administratif lorsqu'il était soulevé pour la première fois devant le juge d'appel (cf. CE 23 novembre 2005, *Mme J...*, n° 273101 ; *Garde des sceaux c/ association Montjoie* précitée) ou devant le juge de cassation (CE 28 avril 2004, *Ministre de la santé c. M. Payan*, n° 260286 ; CE 29 avril 2011, *Ministre de l'intérieur c/ M. M...*, n° 339577). Si, plus récemment et dès lors que les configurations contentieuses ne vous forçaient pas à prendre position, vous vous en êtes tenus à des rédactions neutres jugeant que le moyen « ne peut qu'être écarté devant le juge d'appel et de cassation » (CE 20 mai 2011, *Commune du Lavandou et Biver*, n° 328338, 328642, aux Tables sur ce point ; CE 16 novembre 2016, *Mme L...*, n° 397103, C), nous ne pensons pas que vous ayez abandonné cette conception.

2.3.2. Nous croyons au surplus – c'est la seconde série de raisons qui nous fait pencher en faveur de la solution d'irrecevabilité – qu'en procédant ainsi, non seulement vous resterez

<sup>3</sup> A. Ciaudo, *L'irrecevabilité en contentieux administratif français* éd. L'Harmattan, ISBN 978-2-296-10616-1

<sup>4</sup> Voir aussi R. Chapus, *DCA* 13<sup>ème</sup> éd., §921, p. 810 : définissant les moyens inopérants comme ceux « qui, même s'ils sont recevables et fondés, sont *insusceptibles d'exercer une influence* sur la solution du litige.

<sup>5</sup> *Op. préc.*, § 290

cohérents avec vos précédents mais que vous confirmerez aussi la veine jurisprudentielle qui consiste à ne pas faire des questions de recevabilité – déjà suffisamment piégeuses – un chausse-trappe se refermant sur les requérants sans même qu’ils ne puissent en discuter le motif.

Plusieurs de nos prédécesseurs à ce pupitre vous ont ainsi invité ces dernières années à ne pas retenir une conception trop extensive de vos pouvoirs dès lors, en particulier, que vous vous substituez au défendeur pour apporter la contradiction au requérant sur le plan factuel. Comme l’observait Claire Landais<sup>6</sup> sous votre décision CE 30 mai 2007, *Boscher*, n° 274477, T. pp. 791-1018-1034, « il convient de s’en tenir à l’idée que doivent être communiqués tous les moyens de défense relevés d’office qui, parce qu’ils sont importés de façon tout à fait exogène dans le litige par le juge et ne relèvent pas de façon évidente de l’office de ce dernier, méritent d’être discutés par les parties ».

Or, tel nous semble bien être le cas lorsque vous opposez au ministre le fait qu’il n’a pas soulevé le moyen litigieux en première instance : il s’agit là d’une question de fait sur laquelle il doit être mis à même de répondre avant que vous ne lui opposiez l’irrecevabilité prévue par le texte.

Dans le cas d’espèce, il nous paraît ainsi important que, en appel ou en cassation, les parties auxquelles serait opposée l’irrecevabilité de leur moyen sur le fondement de l’article R. 312-2 CJA soient au moins mises en mesure de prouver qu’elles l’avaient préalablement soulevé en première instance. C’est une question d’équité qui ne retardera pas indûment le jugement du litige.

Comme le disaient vos chroniqueurs autorisés commentant votre décision de *Section Chambre de commerce et d’industrie d’Angoulême* du 19 avril 2013 (n°340093), « *C’est bien la préoccupation, très pragmatique et même empirique, de respecter et faire respecter la loyauté des débats qui peut justifier que, au-delà des qualifications théoriques qui peuvent être accolées à telle ou telle question de procédure, on avise les parties de ce que la décision est susceptible d’être fondée sur tel ou tel motif* »<sup>7</sup>.

Dans cette perspective, si le moyen d’incompétence territoriale ne peut plus, aux termes des dispositions de l’article R. 312-2 du CJA, ni être relevé d’office ni même invoqué pour la première fois en appel ou en cassation par les requérants, en revanche, l’irrecevabilité de ce moyen ne peut elle-même être opposée aux requérants que dans les conditions de droit commun posées par l’article R. 611-7 du même code<sup>8</sup>.

Si vous nous suivez, vous écarterez donc **comme irrecevable** le moyen d’incompétence territoriale soulevé pour la première fois devant vous par le ministre.

---

<sup>6</sup> Citant elle-même CE 14 juin 2006, *Société France Telecom Marine*, n° 282317, T. p. 1007-1009, ccl. L. Vallée

<sup>7</sup> Xavier Domino et Aurélie Bretonneau, AJDA 2013, p. 1276

<sup>8</sup> Dont vous savez qu’il vise le cas où la décision « paraît susceptible d’être fondée sur un moyen relevé d’office », notion qui ne se confond pas complètement avec celle de « moyen d’ordre public » (cf. CE 2 octobre 1996, *Département des Yvelines c. K...*, n° 154324).

3. Les deux autres moyens du pourvoi ne vous retiendront pas.

3.1. Sur le terrain de l'urgence, il est soutenu que le JRTA a dénaturé les pièces du dossier en estimant que la condition d'urgence était remplie.

Le ministre fait notamment valoir que rien ne s'opposait à ce que M. C... bénéficie de l'assurance chômage s'il s'était inscrit comme demandeur d'emploi et que l'intéressé ne démontrait pas l'étendue de son préjudice financier.

Toutefois, il ressort des pièces produites devant le TA que le licenciement de M. C..., qui est intervenu sans préavis ni indemnité, avait pour effet de le priver de l'intégralité de sa rémunération de 1.450 euros mensuels, alors que l'intéressé soutenait sans être sérieusement contredit qu'il ne disposait ni de revenu de remplacement ni d'une épargne suffisante pour faire face à ses dépenses contraintes, notamment de logement. Le ministre ne précise au demeurant pas plus devant vous que devant le juge des référés en quoi un intérêt public particulier se serait opposé à ce que sa décision soit suspendue.

Nous ne voyons dès lors aucune dénaturation dans l'appréciation portée par le juge des référés sur l'existence d'une situation d'urgence, votre jurisprudence étant du reste, même si elle ne va pas jusqu'à poser une présomption en la matière, assez encline à reconnaître une telle situation en cas de licenciement (cf. conclusions de G. Pellissier sous CE 7 mars 2018, *Bourse du travail de Paris*, n° 415125, B sur un autre point)<sup>9</sup>.

3.2. En dernier lieu, le ministre soutient que le JRTA a dénaturé les pièces du dossier en considérant qu'était sérieux le moyen tiré de ce que **la sanction infligée était disproportionnée** par rapport aux fautes reprochées à M. C....

Certes, il n'est guère douteux que le comportement de l'intéressé était fautif et justifiait une sanction disciplinaire : assiduité très variable, manque de sérieux dans le traitement de ses tâches, mauvaise volonté manifeste, y compris dans son attitude vis-à-vis de sa hiérarchie, parfois proche de l'insubordination...

Il reste que le licenciement constitue, comme vous le savez, la sanction la plus grave<sup>10</sup> et, qu'en l'espèce, elle est en outre intervenue en l'absence de toute sanction préalable alors que le requérant produisait par ailleurs un compte-rendu d'entretien professionnel relativement flatteur. Au vu du contrôle restreint que vous exercez sur ce point en cassation, *a fortiori* dans le cadre d'un référé, nous pouvons donc admettre – sans que cela préjuge bien sûr de ce qui sera

---

<sup>9</sup> Voir aussi, pour le défaut de versement du traitement d'un fonctionnaire pendant plusieurs mois : JRCE, 22 juin 2001, X..., n° 234434, B ; ou, lorsque les décisions contestées ont pour effet de faire obstacle à ce que soit versé son traitement à un professeur des universités : JRCE, 18 décembre 2001, *Rücklin*, n° 240061, A

<sup>10</sup> Cf. art. 43-2 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'Etat

décidé au fond – que le juge des référés ait éprouvé un doute quant à la légalité de cette mesure, qui, au premier regard, peut en effet paraître disproportionnée.

Le moyen de dénaturation ne nous paraît donc pas fondé.

Enfin, l'argumentation du ministre sur les autres moyens qui étaient invoqués par M. C... (tirés de l'incompétence ou de la partialité de l'auteur de la sanction, de la composition irrégulière du conseil de discipline, ou de ce qu'elle serait entachée d'erreur de fait ou d'erreur manifeste d'appréciation) est inopérante puisque le JRTA ne les a pas retenus pour fonder sa décision de suspension de la décision en litige.

**4. Si vous nous suivez, vous rejetterez donc le pourvoi du ministre de la justice.**

Tel est le sens de nos conclusions.