

N° 463028 – Pole Emploi c/ Mme M...

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 8 mars 2023

Décision du 5 avril 2023

CONCLUSIONS

M. Nicolas LABRUNE, Rapporteur public

Mme M... a été recrutée le 1^{er} mai 2002 par l'ANPE, devenue Pôle emploi, sous le statut de contractuelle à durée indéterminée. A compter du 1^{er} mai 2018, elle a exercé les fonctions de cadre, adjointe titulaire chargée de la conception et de l'intégration de l'offre de service, affectée à la direction régionale Ile-de-France de Pôle emploi.

Après une première procédure disciplinaire qui fait l'objet d'un litige actuellement pendant devant le TA, elle s'est vue infliger, le 1^{er} octobre 2019, une sanction d'exclusion temporaire de deux mois à la suite de propos tenus à l'occasion d'une formation qu'elle avait mission d'animer. Il lui a été reproché d'avoir, lors de cette formation, dénigré son employeur et certains de ses collègues, et d'avoir émaillé son discours de termes insultants, avec, à l'occasion, une coloration raciste, sexiste et homophobe. Relevons d'emblée, puisque ce point est au centre du litige, que la sanction est uniquement fondée sur les témoignages anonymisés de trois des agents ayant participé à la formation ainsi que sur une synthèse, dont l'auteur est anonyme, de quatre témoignages, anonymisés eux aussi, recueillis lors d'une enquête téléphonique.

Cette circonstance n'a pas empêché le tribunal administratif de Montreuil de rejeter la demande d'annulation de la sanction dont Mme M... l'avait saisi. En revanche, au vu de ces éléments anonymisés, la CAA de Paris a considéré que Pole Emploi n'établissait pas la matérialité des faits reprochés à l'intéressée et a donc, par un arrêt du 16 février 2022, annulé la sanction en litige. Pôle emploi se pourvoit en cassation contre cet arrêt en soutenant que le motif ainsi retenu par la cour est entaché d'erreur de droit et de dénaturation.

Cet unique moyen doit donc vous conduire à vous pencher sur la possibilité, dans le cadre d'une procédure disciplinaire, de se fonder sur des témoignages qui ont été préalablement anonymisés.

C'est avec prudence et circonspection que nous abordons cette question, tant votre jurisprudence témoigne de votre réticence devant toute théorisation en matière de dialectique de la preuve. C'est que vous êtes, en la matière, résolument réalistes et pragmatiques : devant le juge administratif, la preuve est libre. Vous l'avez rappelé avec éclat dans votre décision de Section G... du 16 juillet 2014 (n° 355201, au Recueil p. 224) : « *l'autorité investie du pouvoir disciplinaire, à laquelle il incombe d'établir les faits sur le fondement desquels elle inflige une sanction à un agent public, peut apporter la preuve de ces faits devant le juge administratif par tout moyen* ». Tout au plus avez-vous consacré, dans cette même décision, une obligation de loyauté de l'employeur public vis-à-vis de ses agents, qui lui interdit d'utiliser un document obtenu en violation de cette obligation¹. Mais vous avez en revanche, dans le même temps, refusé de suivre votre rapporteur public qui vous invitait à reconnaître l'existence d'un principe de loyauté dans l'administration de la preuve.

Dès lors, et fort logiquement, vous avez déjà admis la recevabilité de témoignages anonymisés pour fonder une sanction. Vous avez ainsi jugé, à propos du licenciement d'un salarié protégé fondé sur un motif disciplinaire que l'employeur et le salarié doivent pouvoir prendre connaissance de tous les éléments de nature à établir la matérialité des faits sauf « lorsque la communication de ces éléments serait de nature à porter gravement préjudice aux personnes qui les ont communiqués », auquel cas « l'inspecteur du travail doit se limiter à informer le salarié protégé et l'employeur, de façon suffisamment circonstanciée, de leur teneur » (CE, 9 juillet 2007, S..., n° 288295, aux Tables pp. 651-1109)². Vous inspirant de ce précédent, vous avez jugé, de façon encore plus proche de notre cas d'espèce, que, lorsqu'une enquête administrative a été diligentée sur le comportement d'un agent public, y compris lorsqu'elle a été confiée à un corps d'inspection, le rapport établi à l'issue de cette enquête ainsi que les procès-verbaux des personnes entendues sur le comportement de l'agent doivent être communiqués à l'agent mais qu'il en va autrement « si la communication de ces procès-verbaux serait de nature à porter gravement préjudice aux personnes qui ont témoigné » (voyez vos décisions du 5 février 2020, M. D..., n° 433130, au Recueil p. 24 et du 28 janvier 2021 M. V..., n° 435946, aux Tables³). Dans d'autres domaines, vous avez admis, en contentieux électoral, la possibilité de sanctionner d'inéligibilité le candidat ayant accompli

¹ Cette obligation de loyauté de l'employeur public vis-à-vis de ses agents n'est pas en cause en l'espèce : les témoignages à la base de la sanction infligée à la requérante n'ont pas été obtenus de façon déloyale, et le débat porte seulement sur leur anonymisation après qu'ils ont été recueillis.

² Dans ce précédent S..., comme dans les décisions D.. et V... citées ensuite, la question du caractère anonyme des témoignages ne se posait pas, comme en l'espèce, à propos de l'établissement de la matérialité des faits, mais, à propos de la régularité de la procédure suivie. Le débat ne portait donc pas tant sur la valeur probante de ces témoignages que sur la possibilité, malgré leur anonymisation, de respecter les exigences résultant des droits de la défense (caractère contradictoire de l'enquête, droit d'accéder au dossier). Mais il n'en reste pas moins que ces décisions témoignent de ce qu'il est admis que des témoignages anonymisés puissent servir dans le cadre d'une procédure disciplinaire.

³ Pour une nouvelle illustration, encore plus récente, de cette veine jurisprudentielle, voir CE, 21 octobre 2022, M. C..., n° 456254, aux Tables

des manœuvres frauduleuses ayant eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à la sincérité du scrutin en se fondant sur des procès-verbaux anonymisés établis par des officiers de police judiciaire (CE, Section, 4 février 2015, *Elections municipales de Vénissieux*, n° 385555 385604 385613, au Recueil p. 43). Et, par votre décision *MO...* du 9 octobre 2020 (n° 425459, aux Tables pp. 770-922-939 sur un autre point) vous avez reconnu que le juge disciplinaire des enseignants-chercheurs pouvait utiliser des témoignages ayant été anonymisés afin de protéger des étudiants de risques de représailles.

Enfin, signalons, dans un champ différent mais voisin, que vous admettez que des « notes blanches » - c'est-à-dire des notes élaborées par les services de renseignement, expurgées des indications qui permettraient d'identifier leur auteur et ses sources - puissent constituer un moyen de preuve devant le juge administratif à la double condition qu'elles aient été versées au débat contradictoire et que les faits qu'elles relatent ne soient pas sérieusement contestés par le requérant (voyez, de façon implicite, CE, Assemblée, 11 octobre 1991, *Ministre de l'intérieur c/ DI...*, n° 128128, aux Tables pp. 939-1092-1126 sur d'autres points ; puis, explicitement CE, 3 mars 2003, *Ministre de l'intérieur c/ R...*, n° 238662, au Recueil p. 74 ; et en dernier lieu CE, Section, 11 décembre 2015, *M. X...*, n° 395009, au Recueil p. 437)⁴.

Il est donc parfaitement établi que des témoignages anonymisés peuvent contribuer, et même contribuer de façon déterminante, à établir des faits de nature à constituer une faute disciplinaire. Vous n'avez en revanche, à notre connaissance, jamais eu l'occasion de valider une sanction fondée exclusivement sur des témoignages anonymisés. Vous avez à chaque fois relevé que la teneur des témoignages anonymisés était « confortée par des éléments non anonymisés versés au dossier » (décision *MO...*), ou encore que l'anonymisation était incomplète (décision *Elections municipales de Vénissieux*). Pour autant, nous ne pensons pas qu'il faille penser qu'une sanction serait par principe illégale du seul fait qu'elle ne reposerait que sur des témoignages anonymisés. On peut certainement imaginer des cas où la protection des témoins exigerait de ne pas faire état de leur identité alors même que leur témoignage constituerait le seul élément pour établir une faute qui devrait être sanctionnée. La rédaction de votre décision *Elections municipales de Vénissieux*, qui ne mentionne le caractère incomplet de l'anonymisation que de façon confortative⁵, semble d'ailleurs aller en ce sens. Et la Cour européenne des droits de l'homme elle-même a admis sous certaines conditions - sur lesquelles nous reviendrons - que des témoignages anonymisés puissent être dans une affaire la « preuve unique ou déterminante » (voyez l'arrêt de Grande chambre du 15 décembre 2011, *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, nos. 26766/05 and 22228/06, § 118, 126 et 147 ; ainsi

⁴ A noter que la CEDH a admis cet usage par le juge administratif des notes blanches : voir par exemple, encore tout récemment, sur l'usage de notes blanches dans le cadre de litiges relatifs à des assignations à résidence pendant l'Etat d'urgence CEDH, 19 janvier 2023, *Pagerie c/ France*, n° 24203/16

⁵ Au point 3 de la décision : « ... pouvaient utilement, malgré l'anonymisation des procès-verbaux, d'ailleurs incomplète pour certains d'entre eux, présenter une défense ... »

que l'arrêt du 25 avril 2012, *Ellis et Simms et Martin c. Royaume-Uni*, n°s 46099/06 et 46699/06).

Pour autant, des témoignages anonymisés ne sauraient être utilisés à la légère, à plus forte raison lorsqu'ils ne sont pas corroborés par d'autres éléments. Si de tels témoignages peuvent être admis, ils emportent, par construction, une restriction des possibilités de contestation par la partie à qui ils sont opposés. Comme le disait Vincent Daumas dans ses conclusions sur l'affaire *Elections municipales de Vénissieux*, « *ne pouvant identifier la personne qui est l'auteur d'une déclaration anonymisée, elle ne peut mettre en cause sa bonne foi, ni questionner sa crédibilité, ni démontrer sa partialité ; elle ne peut pas non plus mettre en évidence une contradiction entre la teneur de sa déclaration et d'autres propos ou comportements qui pourraient lui être attribués. Ses possibilités de contestation ne sont pas inexistantes certes puisqu'elle peut toujours pointer des contradictions internes à cette déclaration. Mais elles se trouvent indubitablement limitées.* ». C'est bien pour cette raison, vous exposait Vincent Daumas, que le juge pénal, les juges européens, ou encore vos homologues britanniques, américains ou allemands n'appréhendent les témoignages anonymisés qu'avec la plus grande prudence⁶.

Et vous faites vous-mêmes, en la matière, preuve de prudence en n'acceptant de prendre en considération des témoignages anonymisés que moyennant certaines garanties. La première, et la plus essentielle, c'est que l'anonymisation ne doit pas priver la partie à laquelle les témoignages sont opposés de toute possibilité de contestation utile. Vous avez ainsi expressément souligné, dans la décision *MO...*, que l'ensemble des pièces et témoignages anonymisés avait été soumis au contradictoire. De même, à chaque fois que vous prenez en considération des « notes blanches », vous prenez soin de relever que celles-ci ont bien été versées au débat contradictoire. Enfin, le point nodal de votre raisonnement, pour écarter le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité des armes dont vous étiez saisis dans l'affaire des *Elections municipales de Vénissieux* a bien été que les personnes sanctionnées avaient pu utilement, malgré l'anonymisation, présenter une défense.

Dans le cadre du débat contradictoire sur les témoignages anonymisés, la personne sanctionnée doit pouvoir contester aussi bien l'authenticité des témoignages que la véracité de leur contenu. Dans le premier cas, il appartiendra à l'administration, en défense, de produire des éléments de nature à garantir que la qualité des témoins non identifiés est bien celle qu'elle allègue, et – pour le dire trivialement – que les témoignages n'ont pas été inventés mais émanent bel et bien de vrais témoins. On peut imaginer, à cet égard, que l'administration détaille davantage les circonstances dans lesquelles les témoignages ont été recueillis ou encore, même, qu'elle fasse attester de l'authenticité des témoignages par une espèce de « tiers de confiance » qui aurait, lui, accès à l'identité des témoins – on pense par exemple à une inspection générale, ou une structure comparable bénéficiant d'une certaine autonomie,

⁶ Nous renvoyons, sur ces éléments de droit comparé, aux conclusions précitées de Vincent Daumas

qui pourrait certifier que l'anonymisation a été loyale. Dans le second cas, si la personne sanctionnée conteste la réalité des faits rapportés par les témoignages, l'administration devra en réponse fournir de quoi corroborer ces faits, en produisant par exemple des éléments plus circonstanciés recoupant les témoignages, des éléments de contexte qui sont susceptibles de les éclairer ou encore, si elle en dispose, des éléments non anonymisés allant dans le même sens.

On perçoit bien là pourquoi l'administration ne saurait faire usage de témoignages anonymisés qu'avec parcimonie et à bon escient : des telles preuves sont moins solides, face au feu de la contestation contentieuse, que des preuves plus classiques non anonymisées. Le juge, qui forge sa conviction au vu des échanges contradictoires et des éventuelles mesures d'instruction qu'il ordonnerait, n'écartera pas des témoignages au seul motif qu'ils ont été anonymisés mais, si l'administration n'apporte pas, face à une requête qui les critique, une défense convaincante, il risque de ne leur reconnaître qu'une faible valeur probante. De la même façon, on voit que si l'administration peut en principe – du moins nous le pensons - fonder une sanction, à titre exclusif, sur des témoignages anonymisés, cette sanction sera bien plus solide si elle utilise également d'autres éléments, qui viendront corroborer ces témoignages. Pour le dire de façon résumée et un peu caricaturale, la valeur probante des éléments fondant une sanction est inversement proportionnelle à la part de ces éléments qui sont anonymisés.

Il nous faut, enfin, vous entretenir d'une dernière garantie qui s'attache à la prise en compte de témoignages anonymisés : la nécessité de l'anonymat. La jurisprudence de la CEDH est à ce propos particulièrement intéressante, même si - vous ne l'ignorez pas - les sanctions disciplinaires infligées aux agents publics échappent au volet pénal de l'article 6 de la convention (CEDH, 9 décembre 1999, *Costa c/ Portugal*, n° 44135/98 ; CEDH, 13 septembre 2007, *MT... c/ France*, n° 27521/04). Il ressort en effet des arrêts *K... et T... c. Royaume-Uni* et *E...s et SS... et MA... c. Royaume-Uni*, que nous avons cités tout à l'heure, que la cour de Strasbourg subordonne l'utilisation de témoignages anonymisés, d'une part, à l'existence de garanties procédurales suffisantes pour permettre à la personne sanctionnée de critiquer la fiabilité de ces témoignages - nous venons d'en parler – et, d'autre part, à ce qu'il existe un motif sérieux de garder secrète l'identité des témoins. Votre propre jurisprudence porte également la trace de l'importance que vous attachez à cette question du bienfondé de l'anonymisation. Votre décision *S...*, déjà citée, précise que ce n'est que si la communication des témoignages « serait de nature à porter gravement préjudice aux personnes qui les ont communiqués » qu'il est possible à l'inspecteur du travail de ne pas les porter à la connaissance du salarié et de l'employeur. De même, dans les décisions *D...* et *V...*, que nous citions également tout à l'heure, vous vous êtes montrés très exigeants quant au droit de l'agent public d'obtenir communication de son dossier et, à ce titre, de toutes les pièces qui doivent y figurer : le principe est que l'agent doit pouvoir accéder aux procès-verbaux des auditions des personnes entendues sur son comportement et il n'en va autrement que « si la

communication de ces procès-verbaux serait de nature à porter gravement préjudice aux personnes qui ont témoigné». Il nous semble donc, au vu de ce panorama, que l'administration ne devrait fonder une sanction sur des témoignages anonymisés que si l'anonymisation est nécessaire pour protéger les témoins⁷.

Mais quelle conséquence le juge devrait-il tirer de cette affirmation lorsqu'il est saisi d'un recours dirigé contre la sanction ? Vincent Daumas vous avait proposé, à propos des *Elections municipales de Vénissieux*, un mode d'emploi procédural : il suggérait que le juge administratif apprécie le caractère sérieux de la justification de l'anonymat, et qu'en l'absence de justification sérieuse, il ordonne la production des éléments de preuve sous une forme non anonymisée, en écartant ensuite les éléments de preuve dont l'anonymat n'aurait pas été levé. Vous avez refusé de le suivre dans cette voie, par souci – pensons-nous – d'en rester à votre pragmatisme habituel en matière d'administration de la preuve. Nous ne vous proposerons bien évidemment pas de reprendre aujourd'hui cette rigidification procédurale que vous avez refusée en 2015. Mais nous pensons toutefois qu'il appartient bel et bien au juge de s'interroger sur le bienfondé de l'anonymisation des éléments de preuves qui lui sont soumis et, lorsqu'il estime que celle-ci n'a pas de justification sérieuse, d'en tirer des conséquences. Il peut le faire, de façon simple et souple, sans complexifier ni la procédure ni le raisonnement, lorsqu'il apprécie la valeur probante des témoignages : moins l'anonymisation est légitime, et moins les éléments rapportés sont susceptibles d'établir les faits ; à l'inverse, si l'anonymisation est absolument indispensable, le caractère anonyme des témoignages n'enlève rien à leur force.

Il est temps d'en revenir à notre affaire et de passer l'arrêt attaqué par Pole Emploi au tamis de la grille d'analyse que nous venons de vous exposer.

La CAA de Paris, pour annuler la sanction dont Mme M... a été l'objet, ne nous semble pas avoir commis l'erreur de droit que le pourvoi lui reproche. La cour n'a pas, en effet, écarté les témoignages anonymisés au motif de leur anonymisation, et nous ne pensons pas non plus qu'elle ait jugé la sanction illégale au motif qu'elle était exclusivement fondée sur des éléments de preuve anonymisés. Elle a simplement estimé, par une appréciation exempte de dénaturation, que les éléments anonymisés produits ne suffisaient pas à apporter la preuve de

⁷ On peut d'ailleurs, à cet égard, s'interroger sur l'intensité de la justification. Dans les précédents *D...* et *V...*, la question du caractère anonyme des témoignages se posait, comme on l'a dit, en termes de régularité de la procédure, de droits de la défense et d'accès au dossier. Il s'agit donc de cas où l'agent n'a absolument aucun accès aux procès-verbaux lorsque la communication de ces procès-verbaux est de nature à porter « gravement » préjudice aux témoins : la restriction opposée à l'agent est très forte, la justification de cette restriction doit l'être tout autant. Mais, au cas d'espèce, la question se pose différemment, en termes d'appréciation par le juge de la valeur probante des témoignages. Et, lorsque, comme en l'espèce, l'agent a bien accès à une version anonymisée des documents, l'exigence quant à la justification de cette anonymisation pourrait être un peu plus légère : on pourrait ne pas exiger que le préjudice pour les témoins qui résulterait de la levée de l'anonymat présente un caractère de gravité.

la réalité des faits fondant la sanction. Rappelons que pour établir la matérialité des faits reprochés à Mme M..., Pole Emploi ne produisait que les témoignages anonymisés de trois des dix agents ayant participé à la formation lors que laquelle Mme ... aurait tenu les propos qui lui sont reprochés ainsi qu'une synthèse, rédigée en des termes très généraux, de quatre témoignages, anonymisés eux aussi, recueillis lors d'une enquête téléphonique par un enquêteur interne dont le nom, lui aussi, a été caviardé. Or l'on peut comprendre – même si le point est discutable - que le nom des témoins ait été occulté, mais il est beaucoup plus surprenant que l'identité de l'auteur de la synthèse de l'enquête soit restée secrète. Il ne nous semble pourtant pas que Mme M... soit si puissante qu'il ne puisse y avoir personne, au sein de la DRH de Pôle Emploi, susceptible d'assumer la responsabilité de cette synthèse. Par ailleurs, face à la contestation argumentée de Mme M..., Pole Emploi n'a pas levé l'anonymat de tout ou partie des éléments qu'il avait déjà versés, et n'a pas non plus produits d'éléments supplémentaires susceptibles de conforter les témoignages anonymisés. Il nous semble donc que le cas d'espèce illustre bien, en réalité, ce que nous vous disions un peu plus tôt : des témoignages anonymisés peuvent servir – et peuvent même suffire - pour fonder une sanction disciplinaire mais leur valeur probante, qui dépend en partie des éléments qui viennent les corroborer et du bienfondé de l'anonymisation, est bien souvent plus faible que celle d'éléments de preuve plus « classiques », et n'est donc pas forcément toujours suffisante pour emporter la conviction du juge.

PCMNC :

- Au rejet du pourvoi
- A ce que Pôle Emploi verse à Mme M... une somme de 3 000 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.