

N° 462455

Ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports  
c/ M. V...

Section du contentieux

Séance du 8 décembre 2023

Décision du 22 décembre 2023

## CONCLUSIONS

Mme Dorothée PRADINES, Rapporteur public

« Un texte qui consacre un régime de franchise, de loyauté, qui fait prendre à chacun la responsabilité de ses actes et de ses appréciations, peut laisser à désirer dans la façon dont il a été rédigé, mais dans son principe il est bon. »

Telle était, en 1933, l'appréciation portée sur l'article 65 de la loi du 22 avril 1905<sup>1</sup> par Jean Debry, dans la thèse de doctorat qu'il soutenait sur le thème de la communication du dossier des fonctionnaires<sup>2</sup>. Et s'il avait quelques reproches à formuler quant à la façon dont cette « règle de franchise et de dignité » avait été rédigée<sup>3</sup>, l'universitaire concluait son propos par un éloge de « la manière très souple, très compréhensive dont [l'article 65] fut appliqué par la jurisprudence si finement nuancée du Conseil d'État », s'agissant tout particulièrement des exceptions au principe de communication du dossier.

C'est de ces subtilités qu'il nous revient aujourd'hui de vous entretenir, et notamment de celles qui, nonobstant le principe d'une communication intégrale du dossier, permettent, voire imposent, à l'administration, de garder par devers elle certains éléments relatifs au comportement du fonctionnaire. Plus particulièrement, et pour paraphraser Jean Debry, nous

---

<sup>1</sup> portant fixation du budget des dépenses et des recettes de l'exercice 1905

<sup>2</sup> *La communication du dossier des fonctionnaires*, thèse de Jean Debry, *Les presses modernes*, 1933.

<sup>3</sup> « L'article 65 est en effet mal rédigé, parce que le législateur a cédé à cette habitude de plus en plus répandue de nos jours, d'insérer des règles de droit dans des lois de finances. Habitude évidemment déplorable parce que pressé par le temps, il n'a recours qu'à une improvisation hâtive qui ne permet pas de mettre bien au point un texte de loi. »

vous entretiendrons d'une jurisprudence récente qui, tout en laissant à désirer dans la façon dont elle a été rédigée, nous paraît bonne dans son principe **(I)**.

Nous vous entretiendrons également d'une question inédite de mise en œuvre d'une autre garantie dont bénéficient les fonctionnaires faisant l'objet de poursuites disciplinaires, dont la consécration par votre décision *M...* a fait entrer au Lebon, dès 1936<sup>4</sup>, la locution latine « *non bis in idem* », signifiant que nul ne peut être sanctionné deux fois pour les mêmes faits **(II)**.

\*

**I.** Les questions qui se présentent à juger s'agissant de la communication du dossier des fonctionnaires sont celles de la portée de la garantie que constitue la communication de l'intégralité du dossier disciplinaire et des éléments qui doivent y figurer **(1)**, des considérations pouvant faire obstacle au versement au dossier du fonctionnaire de certaines pièces, plus particulièrement dans le cas de témoignages **(3)** recueillis par une mission d'inspection **(2)** et, enfin, de l'office du juge dans le contrôle du respect des droits de la défense du fonctionnaire poursuivi **(4)**.

**1.** L'origine de la communication du dossier du fonctionnaire reflète sa fonction dans la protection des droits de la défense de l'agent public **(1.1)**, et la jurisprudence pragmatique du Conseil d'État sur cette garantie, qui veille à ce que l'intéressé soit mis à même de présenter utilement sa défense, en révèle la dimension plastique **(1.2)**.

**1.1.1.** Alors que l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen a reconnu dès 1789 l'égalité admissibilité de tous les citoyens « *à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* », premier « rempart contre l'arbitraire »<sup>5</sup>, l'affaire des fiches révèle en 1904 que l'avancement des officiers de l'armée française a été décidé à la lumière de fiches officieuses comportant des appréciations souvent colorées quant à leurs convictions politiques et religieuses.

Juridiquement, la réponse qui fut apportée à cette affaire a pris la forme de la reconnaissance du droit à la communication du dossier d'un fonctionnaire avant toute mesure défavorable. À la loi du 22 avril 1905 portant fixation du budget des dépenses et des recettes de l'exercice 1905 a été inséré un article 65 disposant que « *Tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employés et ouvriers de toutes administrations publiques ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les notes, feuilles signalétiques et tous*

---

<sup>4</sup> CE, Section, 24 janvier 1936, *M...*, p. 107.

<sup>5</sup> « Le principe d'égalité dans le droit de la fonction publique et de la haute fonction publique », Olivia Bui-Xuan, *Titre VII*, n° 4, avril 2020.

*autres documents composant leur dossier, soit avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardé dans leur avancement à l'ancienneté. »*

Cet article a traversé le XX<sup>e</sup> siècle sans qu'un mot n'en soit modifié jusqu'à l'adoption du code général de la fonction publique en 2021<sup>6</sup>, pas même à l'occasion de l'adoption du statut général de la fonction publique, même si l'article 19 de la loi du 13 juillet 1983 disposait que « *Le fonctionnaire à l'encontre duquel une procédure disciplinaire est engagée a droit à la communication de l'intégralité de son dossier individuel et de tous les documents annexes et à l'assistance de défenseurs de son choix. (...) »*<sup>7</sup> ».

La mise en œuvre de cette « garantie fondamentale de la fonction publique » s'est certes heurtée aux circonstances exceptionnelles de la Première guerre mondiale, ainsi que l'admet votre célèbre décision *H...* de 1918<sup>8</sup>. Mais elle s'est imposée dans la durée, et c'est en vous inspirant des termes de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905<sup>9</sup> que vous avez étendu l'obligation du respect des droits de la défense à la plupart des mesures prises en considération de la personne des intéressés<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Article 9 de l'ordonnance n° 2021-1574 du 24 novembre 2021 portant partie législative du code général de la fonction publique, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2022 ; l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 sera modifié, avec la suppression de la mention des « fonctionnaires civils », dont le sort est réglé dans les dispositions du code qui leurs sont applicables ; voir pour les militaires l'article R. 4137-15, 3<sup>e</sup> alinéa, du code de la défense dispose : « *Avant d'être reçu par l'autorité militaire de premier niveau dont il relève, le militaire a connaissance de l'ensemble des pièces et documents au vu desquels il est envisagé de le sanctionner. »*

<sup>7</sup> L'article 18 précisant que « *le dossier du fonctionnaire doit comporter toutes les pièces intéressant [sa] situation administrative (...) enregistrées, numérotées et classées sans discontinuité »* et qu'il « *ne peut être fait état dans le dossier d'un fonctionnaire (...) des opinions ou des activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques de l'intéressé. »*

<sup>8</sup> CE, 28 juin 1918, *H...*, n°63412, Recueil p. 651 : « *Considérant que, par l'art. 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le président de la République est placé à la tête de l'administration française et chargé de l'exécution des lois; qu'il lui incombe, dès lors, de veiller à ce qu'à toute époque, les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner, et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche; qu'il lui appartenait, à la date du 10 septembre 1914, à laquelle est intervenu le décret dont la légalité est contestée, d'apprécier que la communication, prescrite par l'art. 65 de la loi du 22 avril 1905, à tout fonctionnaire, de son dossier préalablement à toute sanction disciplinaire était, pendant la période des hostilités, de nature à empêcher dans un grand nombre de cas l'action disciplinaire de s'exercer et à entraver le fonctionnement des diverses administrations nécessaires à la vie nationale; qu'à raison des conditions dans lesquelles s'exerçaient, en fait, à cette époque, les pouvoirs publics, il avait la mission d'édicter lui-même les mesures indispensables pour l'exécution des services publics placés sous son autorité. »*

Voir aussi pour les faits de grève qualifiés d' « *acte collectif par lequel les intéressés se placent eux-mêmes en dehors de l'application des lois et règlements édictés dans le but de garantir l'exercice des droits résultant pour chacun d'eux du contrat de droit public qui les lie à l'administration »* (CE, 7 août 1909, *W...*, n°37317, au Recueil p. 826, T. p. 1293, p. 1294) ou pour un « *acte collectif d'indiscipline caractérisée et (...) une cessation concertée du service »*, CE, 10 mars 1972, *Ministre de l'intérieur c/ Sieur S...*, n°76065, au Recueil.

<sup>9</sup> Voir commentaire au GAJA de l'arrêt *Dame veuve TG...* (*Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Marceau Long, Bruno Genevois, Pierre Delvolvé, Prosper Weil, Guy Braibant, 24<sup>e</sup> édition, Lefebvre-Dalloz, 2023, pp. 324 et suivantes).

**1.1.2.** Les droits de la défense sont l'un des premiers principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'État, dans sa décision *Dame Veuve TG...* de 1944<sup>11</sup>, puis, s'agissant plus particulièrement de la procédure disciplinaire engagée à l'encontre d'un agent public, dans sa décision d'Assemblée du 26 octobre 1945, *Sieur A...*<sup>12</sup>.

Les droits de la défense ont aussi été consacrés par le Conseil constitutionnel « principe fondamental reconnu par les lois de la République »<sup>13</sup>, précisant qu'il résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789<sup>14,15</sup>. Ces droits de la défense concernent largement les sanctions administratives, et non pas les seules sanctions disciplinaires ; ils supposent que la personne concernée « puisse avoir accès aux pièces au vu desquelles les manquements ont été retenus, à tout le moins lorsqu'elle en fait la demande »<sup>16</sup>.

S'agissant plus particulièrement des mesures prises à l'encontre d'un agent public, les garanties dont il bénéficie incluent, outre la communication de son dossier, le droit d'être informé qu'une procédure est engagée à son encontre, de façon suffisamment précise quant aux griefs fondant les poursuites, ainsi que le droit d'être assisté. Justifiées par la répercussion d'une procédure disciplinaire sur la carrière d'un fonctionnaire, ces garanties « aboutissent à une sorte de juridictionnalisation de la procédure disciplinaire »<sup>17</sup>, dont le droit à communication du dossier est la pierre d'angle.

---

<sup>10</sup> Voyez par exemple votre décision de section du 20 janvier 1956, *Nègre* (Recueil p. 24) s'agissant de la décision mettant fin aux fonctions de titulaire d'un emploi à la discrétion du gouvernement ou une autre décision de section du 26 octobre 1984, *Centre hospitalier général de Firminy*, (n° 54263, A) s'agissant du licenciement d'un agent public pour inaptitude physique. Pour divers autres exemples : Ass 23 octobre 1964 *O...* ; 14 mai 1986, *R... et autre*, n° 60852, 60853, 61573, B ; CE, 26 avril 1967, *P...*, n° 59416, 60921, A ; CE, Section, 23 juin 1967, *MM...*, n° 55068, A ; CE, 26 janvier 1968, *ministre de l'éducation nationale c/ Mlle X...*, n° 69715, B - Recueil Lebon T. p. 980, p. 986, p. 1064 ; CE, 27 mars 1968, *AA...*, n° 67346, B - Recueil Lebon T. p. 861, p. 982, p. 995, p. 1107 ; Section, 26 octobre 1984, *Centre hospitalier général de Firminy*, n° 54263, A ; CE, 20 avril 1988, *G...*, n° 63771, B)

<sup>11</sup> Section, 5 mai 1944, *Dame veuve TG...*, Rec.

<sup>12</sup> Assemblée, 26 octobre 1945, *Sieur A...*, Rec.

<sup>13</sup> Conseil constitutionnel, n° 76-70 DC, 2 décembre 1976, cons. 2, Journal officiel du 7 décembre 1976, page 7052, Rec. p. 39.

<sup>14</sup> Cons. const., n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, cons. 24, Journal officiel du 2 avril 2006, page 4964, texte n° 2, Rec. p. 50.

<sup>15</sup> Ainsi que l'indiquait le président Odent, « *Les droits de la défense sont, dans les procédures administratives non contentieuses où la jurisprudence en impose le respect, l'équivalent de ce que le caractère contradictoire de l'instruction est dans la procédure contentieuse administrative : ils sont destinés à éviter que certaines mesures puissent léser des intéressés sans que ceux-ci aient pu, au préalable, se défendre utilement et discuter les motifs que l'administration croit avoir contre eux.* » R. Odent, *Contentieux administratif*, Dalloz 2007, tome II, p. 472, et, sur les droits de la défense en général, pp 472-486.

<sup>16</sup> CE, 19 juin 2020, *Société Google LLC*, n°430810, A - Rec. p. 229

<sup>17</sup> Fabrice Melleray, *Droit de la fonction publique*, 4<sup>e</sup> édition, 2016, § 388.

Il s'agit d'une condition de la légalité externe de la mesure prise à l'issue de la procédure, et dès lors que vous qualifiez de longue date cette « formalité » de « garantie »<sup>18</sup>, et l'avez même comptée au nombre des « *garanties essentielles des droits des intéressés* » par une décision de Section de 1976, *Z...*<sup>19</sup>, vous avez jugé que le défaut de communication du dossier au fonctionnaire n'était pas « DA...sable »<sup>20</sup> par une décision *Mme PGR...*<sup>21</sup> de 2014.

**1.2.** Mais à quoi tient, concrètement, cette garantie ? Il s'agit d'abord d'une obligation d'information de l'intéressé sur son droit à communication de son dossier, qui est quérable et non portable<sup>22</sup> (**1.2.1.**). Lorsque cette communication intervient, elle doit concerner le dossier dans son intégralité, notion interprétée par votre jurisprudence de façon pragmatique (**1.2.2.**). Dans les deux cas, ce qui importe est « l'utilité » pour la défense de l'intéressé de la communication.

**1.2.1.** Chronologiquement, il s'agit d'abord d'être « mis à même » ou « mis en mesure » de demander communication de son dossier pour être en mesure de présenter *utilement* sa défense.

La garantie n'est pas méconnue si une sanction est prononcée sans que l'intéressé n'ait consulté son dossier, si cela lui est imputable<sup>23</sup>. Vous jugez de façon ancienne et constante qu'il appartient à l'intéressé de procéder aux « diligences nécessaires »<sup>24</sup> pour obtenir la communication de son dossier. Ainsi, vous estimiez dès 1935, dans une décision *Dame RR...*, que dès lors que la requérante « ne pouvait ignorer qu'elle était sous le coup d'une mesure disciplinaire, elle se trouvait en mesure de demander communication de son dossier ; que, n'ayant pas usé de cette faculté, [elle] n'est pas fondée à se prévaloir de ce qu'elle a été privée des garanties instituées par l'article 65 de loi du 22 avril 1905 »<sup>25</sup>. Les réitérations ultérieures sont légions et nous vous en épargnerons l'énumération<sup>26</sup>. Signalons seulement, sur le terrain

<sup>18</sup> Voir par exemple CE, 23 octobre 1935, *Dame RR...*, n° 45273, p. 970

<sup>19</sup> n° 98949, A, à propos de la décision radiant un magistrat d'une liste d'aptitude, dépourvue de caractère disciplinaire mais prise en considération de sa personne ; pour la qualification de garantie, voir aussi la décision CE, Section, 30 décembre 2003, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme T...*, n°234270, A, qui la juge distincte de celle s'attachant à la consultation de la commission administrative paritaire compétente préalablement à la mutation d'office d'un fonctionnaire dans l'intérêt du service.

<sup>20</sup> CE, Assemblée, 23 décembre 2011, *DA... et autres*, n° 335033, p. 649.

<sup>21</sup> CE, 31 janvier 2014, *Mme PGR...*, n°369718, B

<sup>22</sup> « **B.** – [Corresp. à *porter*<sup>1</sup>1<sup>re</sup>section II] / **1. DR.** [En parlant d'une créance, d'une redevance, d'une rente; p.oppo. à *quérable*] „Que le débiteur doit spontanément acquitter au domicile du créancier ou dans le lieu fixé par la convention`` (*Jur.* 1981). » (TLFi, CNRTL) »

<sup>23</sup> Voir aussi CE, 3 juillet 2009, *Syndicat mixte de gestion du parc naturel régional du Verdon*, n° 300098, C, pour un agent qui n'a demandé cette communication qu'après notification de la décision défavorable.

<sup>24</sup> CE, 16 mai 2012, *M. J...*, n° 350049, T. sur un autre point

<sup>25</sup> n° 45273, p. 970 ; retenant la même formule : CE, 10 juillet 1936, *Sieur PE...*, n° 45649, p. 793.

<sup>26</sup> CE, Section, 23 juin 1967, *MM...*, n° 55068, A ; CE, Assemblée, 9 juin 1972, *Sieur RE...*, n° 69024, A ; CE, 17 janvier 1973, *Sieur CA...*, n° 81441, A.

indemnitaire, une décision *TT...* de 1982 qui juge que l'administration qui n'a pas communiqué un document alors que l'intéressé, mis à même de le demander, n'a pas usé de cette faculté, ne commet pas de faute<sup>27</sup>, ainsi qu'une illustration récente portant précisément sur le cas qui nous intéresse aujourd'hui, celui de la communication des témoignages recueillis par une mission d'inspection. Vous avez jugé par une décision de 2022, *M. C...*<sup>28</sup>, qu'informé de la liste des personnes auditionnées par la mission, l'intéressé ne pouvait se prévaloir utilement de la méconnaissance de l'obligation de lui communiquer les procès-verbaux des auditions menées que s'il en avait sollicité la communication.

S'agissant des diligences incombant à l'administration, nous retenons que le respect des droits de la défense implique de mettre en mesure<sup>29</sup> l'intéressé de demander la communication de son dossier en temps *utile*<sup>30</sup>, de lui permettre d'en prendre copie, sauf demande abusive<sup>31</sup>, et de répondre positivement à la demande de communication de pièces complémentaires qui auraient dû s'y trouver<sup>32</sup>.

**1.2.2.** Ce dernier point appelle trois remarques, sous l'angle du caractère complet du dossier, ou de sa communication « intégrale ».

En premier lieu, le dossier disciplinaire se distingue de l'ensemble du dossier du fonctionnaire. En atteste la nomenclature fixée par l'annexe de l'arrêté du 21 décembre 2012 relatif à la composition du dossier individuel des agents publics géré sur support électronique. Le dossier disciplinaire fait l'objet d'une seule rubrique sur la trentaine que prévoit la nomenclature. Par ailleurs, les documents listés dans cette rubrique<sup>33</sup> ne sont qu'une typologie indicative<sup>34</sup> ayant pour objet de guider la tenue des dossiers et la gestion des archives<sup>35</sup>.

<sup>27</sup> CE, 10 mars 1982, *TT...*, n° 24010, aux T.

<sup>28</sup> CE, 21 octobre 2022, *M. C...*, n° 456254, aux T.

<sup>29</sup> « Mettre en mesure » l'intéressé de demander la communication du dossier pouvait même, sur le fondement de l'article 65 de la loi de 1905, résulter de la seule information de l'intéressé quant à l'intention de l'administration d'édicter une sanction ou de prononcer une mesure en considération de la personne. En revanche, le statut général de la fonction publique de 1983 (art. 19) précise que l'administration doit informer spécifiquement le fonctionnaire de son droit à communication du dossier.

<sup>30</sup> CE, 13 juillet 1963, *Hôpital hospice Georges-Renon*, p. 422 : « le respect des droits de la défense nécessite seulement que l'agent inculpé reçoive, en temps utile pour pouvoir présenter à ce sujet des observations écrites ou orales au conseil de discipline, communication du rapport relatant l'audition des personnes entendues par l'enquêteur » ; CE, 30 décembre 2009, *Institut de France*, n° 304379, B - Rec. T. pp. 801-805 ; CE, 27 juin 1986, *Mme L...*, n° 63219, inédite.

<sup>31</sup> CE, 29 octobre 2012, *Mme CC...*, n° 354802, B - Rec. T. pp. 579-580 ; mais l'administration n'est pas tenue d'informer l'agent de ce qu'il a le droit de prendre copie de son dossier, CE, 2 avril 2015, *Commune de Villecerf*, n° 370242, B - Rec. T. pp. 723-729-733.

<sup>32</sup> CE, 30 octobre 1995, *M. S...*, n° 126121, inédite.

<sup>33</sup> Cette rubrique liste les documents suivants : le « dossier d'enquête et pièces annexes », le rapport au conseil de discipline, l'arrêté portant sanction (sauf avertissement), la notification, le recours. Mais cette liste n'est au fond pas très utile : il s'agit de « cases » qui peuvent correspondre à des ensembles vides pour certains agents (par exemple pour une sanction ne requérant pas le passage en conseil de discipline ; par construction la sanction ne

En deuxième lieu, si l'article 65 de la loi de finances du 22 avril 1905 mentionne le droit à la communication de « toutes les notes, feuilles signalétiques et tous autres documents composant leur dossier », le statut général de la fonction publique présente une liste « négative » : fixant un principe d'exhaustivité et des modalités censées l'assurer (enregistrement, numérotation, classement sans discontinuité de toutes les pièces « *intéressant la situation administrative de l'intéressé* »<sup>36</sup>), la loi liste ensuite ce que le dossier *ne doit pas contenir* : ainsi, « *Il ne peut être fait état dans le dossier d'un fonctionnaire (...) des opinions ou des activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques de l'intéressé.* »<sup>37</sup>

En troisième lieu, ainsi que le soulignait Marc Firoud dans un article paru en 2018, intitulé « Les transformations silencieuses du dossier »<sup>38</sup>, « si le dossier existe en « puissance » dans le statut général des fonctionnaires, il ne se matérialise en « acte » qu'à l'occasion d'une demande ponctuelle, notamment lors d'une procédure disciplinaire, à partir de pièces conservées dans le SIRH qui sont alors imprimées et classées pour assurer l'effectivité du droit à communication. »

Il résulte de ces trois considérations un certain flou entre ce qui peut et ce qui doit figurer au dossier disciplinaire<sup>39</sup>. Il est très difficile de définir *a priori* quelles devront être toutes les pièces versées au dossier disciplinaire ou à quelles demandes de pièces complémentaires il reviendra à l'administration de donner une suite favorable. Le caractère « intégral » de la communication ne peut donc être sanctionné *ab initio* (et ne fait d'ailleurs pas l'objet d'un contentieux distinct de celui dirigé contre la mesure finale). Il est en revanche apprécié de façon dynamique, puisque l'intéressé peut faire évoluer les contours de son dossier disciplinaire<sup>40</sup>, et le temps utile laissé à l'intéressé pour demander communication de

---

figurera en général pas encore au dossier à la date où l'agent poursuivi le consultera, et encore moins le recours contre la sanction, que la consultation *a posteriori* du dossier aurait pour seul objet de permettre...

<sup>34</sup> Il s'agit de la nomenclature « *des documents pouvant figurer au dossier individuel géré sur support électronique* », il ne s'agit ni de la nomenclature des pièces devant y figurer, ni une liste fermée qui exclurait que d'autres documents y figurent.

<sup>35</sup> Dans chaque rubrique, chaque type de document est associé à une durée maximale de conservation en gestion courante et à un « sort à réserver au terme de la durée de conservation en gestion courante », à savoir l'archivage ou la destruction.

<sup>36</sup> Désormais article L. 137-1 du code général de la fonction publique.

<sup>37</sup> Ex-article 18 de la loi de 1983, désormais article L. 137-2 du code général de la fonction publique.

<sup>38</sup> Marc Firoud, « Les transformations silencieuses du dossier », AJFP 2018 p. 71

<sup>39</sup> Voyez par exemple les termes employés dans une décision du 29 juillet 1994, *Mme LL...*, n° 89011, aux Tables : « *pouvaient légalement figurer au dossier* » d'un professeur une lettre adressée par un parent d'élève au directeur et une lettre du proviseur à ce professeur, qui « sont au nombre des pièces intéressant la situation administrative » de ce professeur, alors qu'aux termes de la loi, dûment cités, de telles pièces *doivent* – et non peuvent – figurer au dossier. Et nous noterons de façon incidente que la nomenclature de 2012 ne comporte aucune rubrique, pas même une rubrique « autres documents », qui permettrait le classement d'un tel élément

<sup>40</sup> Ce qui permet de relativiser l'intérêt, en matière disciplinaire, de la règle de numérotation des pièces « sans discontinuité », censée permettre de vérifier le caractère complet d'un dossier. Faute de liste, il sera parfois

son dossier doit tenir compte de ce qu'il est susceptible d'en contester le caractère complet en demandant l'adjonction de documents n'y figurant d'abord pas.

Par ailleurs, votre jurisprudence s'attache non à une complétude « formelle »<sup>41</sup> mais à ce que le dossier comporte les pièces étayant les griefs formulés par l'administration à son encontre pour que l'intéressé puisse s'en défendre<sup>42</sup>. Ainsi que le relève Fabrice Melleray dans son manuel *Droit de la fonction publique*, « contrairement à ce qu'une lecture littérale de la loi impliquerait, le juge considère que la communication est intégrale dès lors qu'elle a porté sur l'ensemble des éléments utiles à la défense du fonctionnaire. »<sup>43</sup> L'intégralité dont il s'agit est donc relative : elle ne se conçoit que par rapport à la mesure envisagée contre l'agent en cause. Aussi avez-vous jugé à plusieurs reprises, en vous référant à cette « utilité », que faisait partie du dossier du fonctionnaire un rapport comportant une appréciation sur l'attitude du fonctionnaire en cause<sup>44</sup>, ou des éléments qui ne ressortaient pas des autres pièces du dossier<sup>45</sup>, ou encore des éléments nouveaux et déterminants<sup>46</sup>. Cette approche a nécessairement des *a contrario*, s'agissant des éléments sans relation avec les motifs de la sanction prononcée<sup>47</sup>, s'agissant de faits différents de ceux finalement retenus contre l'agent public<sup>48</sup>, de documents ne contenant la mention d'aucun fait ni d'aucun élément de l'affaire dont il n'ait eu connaissance par les autres pièces communiquées<sup>49</sup>, d'un rapport ne comportant aucun élément nouveau<sup>50</sup> ou rédigé à l'issue d'une enquête qui n'a fait apparaître

---

difficile à l'agent ou au juge de vérifier la complétude du dossier, nonobstant la règle de numérotation des pièces « sans discontinuité », plus adapté au classement d'actes de gestion qu'à celui de témoignages, par exemple. En outre, vous avez déjà jugé, bien que par une décision inédite, « que la circonstance que les pièces de son dossier individuel n'aient pas été numérotées et classées sans discontinuité, ni paraphées, ne constitue pas un vice de procédure de nature à entraîner l'annulation de la mesure disciplinaire dès lors qu'il n'est pas établi que des documents pouvant exercer une influence aient été soustraits du dossier » (CE, 9 novembre 1990, *Mlle D...*, n° 57520, C).

<sup>41</sup> Dans ses conclusions sous *DE...*, Louis Dutheillet de Lamothe indiquait également que « Vous n'avez en effet jamais eu une conception formelle du « dossier » pour l'application des garanties des droits de la défense. Il ne s'agit pas d'une règle de classement administrative, il s'agit de mettre à disposition de l'intéressé tous les documents qui préparent et justifient la mesure envisagée. »

<sup>42</sup> CE, 8 décembre 1999, *M. Pinte*, n° 204270 ; CE, 30 octobre 1981, *Centre interdépartemental de psychiatrie infantile*, n° 22452, qui précise que c'est notamment le rapport du chef de service sur la faute retenue à la charge de l'intéressée qui aurait dû lui être communiqué.

<sup>43</sup> Fabrice Melleray, *ibid.*

<sup>44</sup> CE, 23 février 1968, *Ministre de l'Intérieur c/ B...*, n° 72893, B - Recueil Lebon T. p. 991 ; 14 octobre 1983, *M. Jean Roudaut*, n° 28563, inédite.

<sup>45</sup> CE, 20 février 1970, *Ministre de l'Intérieur c/ DD...*, n° 76727, B - Recueil T. p. 1083, 1087 et p.1088

<sup>46</sup> CE, 7 novembre 1994, *G CO...*, n°111424, inédite.

<sup>47</sup> Section, 8 mars 1968, *Pl...*, n° 66407, A - Recueil Lebon p. 168, T. p. 821, p. 897, p. 961, p. 980, p. 984, p. 985, p. 987, p. 990

<sup>48</sup> CE, 12 juillet 1969, *LB...*, n° 72648, A

<sup>49</sup> CE, 6 octobre 1982, *Navas*, n° 23311, B ; CE, 22 novembre 1989, *M. JJ...*, n° 104714, inédite.

<sup>50</sup> CE, 16 octobre 1970, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/ BE...*, n° 79924, B - Recueil T. p. 1083, p. 1087, p. 1088, p. 1089.

aucun grief particulier dont il n'aurait eu connaissance<sup>51</sup>, ou encore d'un document que l'autorité disciplinaire ne détenait pas – par exemple un rapport d'expertise qui, en raison du secret médical, avait été communiqué non à l'administration mais au médecin qui lui était attaché<sup>52</sup>.

Nous en déduisons que l'*utilité à la défense* n'englobe pas l'intégralité des éléments que l'administration détiendrait sur l'intéressé et sur lesquels elle n'aurait pas décidé de se fonder, et encore moins, par construction, des documents qu'elle ne détient pas. L'utilité, comme l'intégralité, sont donc appréciées en partie rétrospectivement par le juge lorsqu'il est saisi de la question à l'occasion d'un recours contre la mesure prise. Si la jurisprudence et la doctrine insistent également sur le fait que pour le prononcé d'une sanction il y a lieu de tenir compte de « l'ensemble du comportement professionnel de l'agent »<sup>53,54</sup>, il reste que l'utilité doit être appréciée concrètement et non de façon purement hypothétique<sup>55</sup>.

L'utilité est donc elle aussi relative. Ainsi, ce qui serait utile « dans l'absolu » devient inutile si c'est redondant<sup>56</sup>. Il faut donc bien admettre que votre jurisprudence laisse place au débat sur l'incidence qu'a eue l'absence d'une pièce sur la procédure. Si vous avez refusé de *DA...ser* une absence totale de communication du dossier, qu'en est-il de la zone grise où la communication est seulement critiquée sous l'angle de son caractère possiblement lacunaire ?

Pour résumer, alors que le dossier n'est pas une réalité matérielle mais d'abord une construction de l'esprit correspondant à l'ensemble des éléments pris en compte par l'administration pour prononcer une mesure défavorable à l'agent, le critère de l'utilité tel qu'il est compris et mis en œuvre dans votre jurisprudence tend à rendre effectif et concret le respect des droits de la défense. Doivent figurer au dossier, donc être communiqués – c'est au

---

<sup>51</sup> CE, Assemblée, 5 avril 1946, *RL...*, p. 105.

<sup>52</sup> CE, 9 novembre 1990, *Mlle D...*, n° 57520, inédite : « qu'enfin si [la requérante] prétend qu'il y manquait notamment le rapport de l'expertise médicale de caractère neuro-psychiatrique à laquelle elle s'était soumise à la demande de l'administration, il ne ressort pas des pièces du dossier que la sanction intervenue à son encontre ait été prise au vu de pièces autres que celles qui figuraient au dossier dont elle a pris connaissance ; que ne figurait pas à ce dossier le rapport d'expertise neuro-psychiatrique invoqué qui, couvert par le secret médical, avait été communiqué, non pas directement à l'administration, mais au médecin qui lui était attaché en qualité de conseiller médical ; que, pour prendre sa décision, l'autorité administrative s'est, de ce fait, uniquement fondée sur les conclusions écrites que ce conseiller médical a tirées du rapport d'expertise et qui ont été régulièrement portées à la connaissance de Mlle D... ; »

<sup>53</sup> CE, Section, 8 juin 1956, *XX...*, p. 239 ; CE, Section, 20 juin 1948, *LO...*, p. 368.

<sup>54</sup> Pascale Idoux, « La procédure disciplinaire », in *AFDA, Les procédures administratives*, 2015, Dalloz, p. 184.

<sup>55</sup> Il nous semble au demeurant que l'instauration en 2016 (loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires) d'une règle de prescription en matière de poursuites disciplinaires à l'encontre des fonctionnaires pourrait tempérer les effets de la saisine *in personam* et non *in rem*.

<sup>56</sup> Qui nous paraît en partie discutable car la redondance peut être confortative, notamment lorsque les reproches concernent la façon de servir de l'intéressé et prennent la forme de témoignages.

fond la même chose – les éléments qui fondent la sanction. Si un élément ne figure pas au dossier, donc n'est pas communiqué, alors il ne peut fonder la sanction.

2. En quoi la décision *DE...*<sup>57</sup> du 5 janvier 2020 se démarque-t-elle de cette jurisprudence traditionnelle, et qu'est-ce qui lui vaut d'être aujourd'hui placée sous les feux de la rampe ?

2.1. Cette décision aborde frontalement la question des exceptions qui pourraient être consenties au principe de la communication intégrale du dossier du fonctionnaire, s'agissant d'une demande de communication de témoignages.

Elle retient tout d'abord une conception large du contenu du dossier disciplinaire, incluant le rapport établi à l'issue de l'enquête administrative diligentée sur le comportement d'un agent public, « y compris lorsqu'elle a été confiée à des corps d'inspection », « ainsi que, lorsqu'ils existent, les procès-verbaux des personnes entendues sur le comportement de l'agent faisant l'objet de l'enquête ».

Cette conception large est ensuite tempérée par une réserve pour les cas où cette communication serait « de nature à porter gravement préjudice aux personnes qui ont témoigné ». Les conclusions du rapporteur public, Louis Dutheillet de Lamothe, permettent cependant de comprendre que cette « soupape de sécurité » ne devait être mise en œuvre que de façon « rarissime »<sup>58</sup>, indiquant toutefois déjà que, dans une telle hypothèse, « l'administration doit informer l'agent public, de façon suffisamment circonstanciée, de [la] teneur [des témoignages], de telle sorte qu'il puisse se défendre utilement ». C'est la précision qu'a entérinée votre décision du 28 avril 2023, *M. P...*<sup>59</sup>.

Par ailleurs, par une décision du 28 janvier 2021, *M. VV...*, vous avez précisé le considérant de principe *DE...* pour inclure l'enquête administrative qui « porte sur des faits qui, s'ils sont établis, sont susceptibles de recevoir une qualification disciplinaire ou de justifier que soit prise une mesure en considération de la personne » d'un agent public<sup>60</sup>.

Deux particularités de cette ligne de jurisprudence méritent d'être relevées : la première tient au recueil des témoignages par une mission d'inspection, dont le rapport a été déterminant dans la décision d'engager des poursuites disciplinaires ; la deuxième tient à ce

---

<sup>57</sup> CE, 5 janvier 2020, *M. DE...*, n° 433130, Rec.

<sup>58</sup> Conformément à l'esprit tant de l'article L. 311-3 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA), aux termes duquel « toute personne a le droit de connaître les informations contenues dans un document administratif dont les conclusions lui sont opposées », et, « surtout, [par] la loi du 22 avril 1905 [qui] institue une règle spéciale, et fondamentale au respect des droits de la défense ».

<sup>59</sup> n° 443749, B

<sup>60</sup> Étant au demeurant précisé qu'eu égard à la situation d'espèce, le considérant fait référence à l'article 19 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 et non à la loi de 1905.

qu'*a contrario* rien n'est dit du caractère déterminant ou non des témoignages dans l'engagement des poursuites, et donc de leur utilité à la défense de l'intéressé.

**2.2.** L'intervention d'une mission d'inspection n'est pourtant pas toujours facile à articuler avec la procédure disciplinaire. La jurisprudence *DE...* a été critiquée pour les difficultés qu'elle pose à cet égard. Nous en évoquerons quatre.

En premier lieu, s'il est prévu que, durant la procédure disciplinaire, le conseil de discipline, lorsqu'il doit être réuni, peut ordonner une enquête « *s'il ne se juge pas suffisamment éclairé sur les circonstances dans lesquelles [les] faits se sont produits* »<sup>61</sup>, rien n'encadre l'éventuelle enquête administrative pré-disciplinaire<sup>62</sup>. *A fortiori*, rien n'est dit de la possibilité de confier cette enquête à un corps d'inspection. Il ne ressort pas non plus des textes que les inspections ministérielles et interministérielles aient systématiquement une compétence en la matière<sup>63</sup>, qui n'est qu'une possibilité, ainsi qu'il ressort de l'article 8 du décret du 9 mars 2022, fixant un statut d'emploi commun aux neuf grands corps d'inspection générale<sup>64</sup>.

Toutefois, il existe un continuum entre le contrôle et l'enquête, ou entre différentes formes de mission, quelle qu'en soient les dénominations. Ainsi, des missions d'inspection ou de contrôle d'un service ou d'un établissement, qui ne sont pas forcément identifiées comme des « enquêtes »<sup>65</sup>, peuvent prendre de façon inopinée un tour qui sera rétrospectivement qualifiable de « pré-disciplinaire », eu égard notamment aux témoignages recueillis, avec des conséquences sur le sort des documents réunis ou produits durant la mission. La jurisprudence

---

<sup>61</sup> Article 7 du décret no 84-961 du 25 octobre 1984 pour les fonctionnaires d'État ; article 11 du décret no 89-677 du 18 septembre 1989 pour les fonctionnaires territoriaux ; article 8 du décret no 89-822 du 7 novembre 1989 pour les fonctionnaires relevant de la fonction publique hospitalière.

<sup>62</sup> L'élément qui fait courir le délai de prescription des poursuites disciplinaires à l'encontre d'un agent public est la « *connaissance effective de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits passibles de sanction* » (article L. 532-2 du code général de la fonction publique), et il nous semble donc que c'est bien à partir de ce moment que l'administration est vraiment en mesure de déclencher une procédure disciplinaire.

<sup>63</sup> Alors au contraire qu'elles ont tendance à se détourner de leurs missions traditionnelles de contrôle et d'inspection pour s'orienter de plus en plus vers l'évaluation des politiques publiques, voir « Réflexions prospectives sur les inspections générales ministérielles et l'évaluation des politiques publiques », Jean-Luc Pissaloux, *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Marcou*, p. 967, IRJS Editions, 2017

<sup>64</sup> Décret n° 2022-335 du 9 mars 2022 relatif aux services d'inspection générale ou de contrôle et aux emplois au sein de ces services ; l'article 8 dispose que « *Sans préjudice des dispositions législatives et réglementaires concernant chaque service d'inspection générale ou de contrôle, les personnes nommées pour occuper des emplois d'inspection générale ou de contrôle (...) exercent des missions d'inspection, de contrôle ou d'évaluation. Elles peuvent également exercer des missions de conseil, d'appui, d'audit, d'enquête et d'expertise.* »

<sup>65</sup> S'agissant de l'usage de ce mot comme synonyme d'« étude », plutôt que d'inspection pré-disciplinaire, et plus généralement sur les fonctions des inspections générales bien plus portées sur le fonctionnement des services que sur des agents en particulier, voir *Les inspections générales ministérielles dans l'administration française*, Pierre Milloz, éd. Economica, 1983.

*DE...*, en ce qu'elle ne cible que les enquêtes administratives, peut s'avérer d'un maniement difficile eu égard à la plasticité des missions des inspections.

En deuxième lieu, si les types de missions sont divers, les pratiques des différentes inspections le sont également. Chacune a sa culture et ses usages. Toutes ne formalisent pas, ou pas au même degré, les entretiens qu'elles conduisent dans le cadre de leurs missions. La pratique du procès-verbal, notamment, paraît tout sauf systématique. La décision *DE...* ne méconnaît pas cette réalité puisqu'elle précise que les procès-verbaux doivent être communiqués « s'ils existent » ; mais ce faisant, elle autorise – involontairement, croyons-nous – une stratégie d'évitement consistant à ne pas du tout formaliser le contenu de l'audition, ou à lui donner une autre forme qu'un procès-verbal, pour ne pas avoir à établir le risque d'un préjudice grave en cas de transmission. Cela pose en outre la question de la démonstration de l'existence d'un tel risque, alors que l'autorité disciplinaire peut ne pas en avoir connaissance. Or vous avez jugé, postérieurement,<sup>66</sup> qu'il appartenait à l'autorité disciplinaire d'établir ce risque d'un préjudice grave. Pourtant, l'autorité disciplinaire ne semble pas la mieux placée pour l'apprécier, n'ayant pas elle-même procédé aux auditions.

Cela nous conduit, en troisième lieu, à une difficulté encore plus substantielle. Si les inspections sont armées pour procéder à des enquêtes, ce qui explique que les ministres y aient recours, elles ne se confondent toutefois pas avec l'autorité disciplinaire<sup>67</sup>, dont elles sont non seulement distinctes – ce n'est pas à elle que revient la décision d'engager des poursuites<sup>68</sup> – mais encore indépendantes. En effet, même si le Conseil constitutionnel a estimé que l'indépendance des membres des services d'inspection générale de l'État n'était pas un principe constitutionnel<sup>69</sup>, l'ordonnance du 2 juin 2021 portant réforme de l'encadrement supérieur de la fonction publique de l'État réaffirmait, dans le cadre de la

---

<sup>66</sup> CE, 12 février 2021, *M. ZZ...*, n° 435352, aux T. sur un autre point.

<sup>67</sup> Ainsi que le relevait Louis Dutheil de Lamothe dans ses conclusions sous la décision de Section du 23 mars 2018, *Syndicat Force ouvrière magistrats et autres* « l'inspection ne décide de rien, mais ses rapports peuvent alimenter des procédures disciplinaires ou peser sur des décisions de carrière. » Voir CE, Section, 23 mars 2018, *Syndicat Force ouvrière magistrats et autres*, n° 406066, 406497, 406498, 407474, A, dans un cas où les textes prévoyaient expressément la possibilité d'une enquête administrative sur un agent, « qui, en pratique, constitue une enquête pré-disciplinaire » (conclusions). Précisons que, s'agissant des magistrats judiciaires, l'article 51 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature prévoit expressément en cas de saisine du Conseil supérieur de la magistrature, outre la communication du dossier, celle « des pièces de l'enquête préliminaire, s'il y a été procédé ». Il est permis d'en déduire que la communication de ces dernières est une garantie supplémentaire pour les intéressés, et par *a contrario* d'estimer qu'elles n'ont pas à figurer au dossier des autres agents publics.

<sup>68</sup> « *Les conclusions remises par les inspecteurs à l'autorité dont ils relèvent n'engagent qu'eux, et pour qu'il en résulte des suites il faut tout d'abord que cette autorité accepte et partage ces conclusions (...), puis qu'elle juge opportun d'y donner suite. L'inspection est donc bien un instrument du pouvoir hiérarchique (...) mais elle ne participe pas à l'exercice de ce pouvoir* » (« Les inspections générales et le contrôle de l'administration », rapport général par G. Marcou, in *Le contrôle de l'administration par elle-même*, éd. du CNRS 1983. 26)

<sup>69</sup> Cons. const. 14 janv. 2022, n° 2021-961 QPC, Union syndicale des magistrats administratifs

fonctionnalisation de ces corps, que ces fonctions doivent être exercées « avec indépendance et impartialité » ; cette précision, qui a été jugée de nature réglementaire, figure finalement à l'article 9 du décret n° 2022-335 du 9 mars 2022 relatif aux services d'inspection générale ou de contrôle et aux emplois au sein de ces services<sup>70</sup>. Juridiquement, donc, le ministre commanditaire ne peut interférer avec la mission ni imposer aux inspections de modifier leurs rapports ou de transmettre des pièces qui ne l'ont pas été. Une telle pièce ne peut donc être réputée connue ou détenue par l'autorité disciplinaire<sup>71</sup>.

En quatrième et dernier lieu, nous voulons précisément vous dire un mot du statut des documents détenus par les services d'inspection. Ils sont soumis aux dispositions du CRPA relatives à la communication des documents administratifs. Sur ce fondement<sup>72</sup>, vous avez jugé, par une décision de Section 1992, *Ministre de l'agriculture et de la forêt c/ TO...*<sup>73</sup>, que le ministre était légalement tenu de refuser la communication à des personnes autres que celles concernées des comptes rendus des entretiens menés par une mission d'inspection et de ne communiquer un tel document, de caractère nominatif, qu'après suppression des noms de ces personnes et des éléments susceptibles de permettre leur identification<sup>74</sup>. Il y a toutefois un écart, la *lex generalis* de la communication des documents administratifs étant plus protectrice des témoins que la *lex specialis* de la communication du dossier du fonctionnaire applicable durant la procédure disciplinaire, la première exigeant le risque d'un préjudice, alors que vous avez requis pour l'autre le risque d'un préjudice grave.

Une commentatrice critique<sup>75</sup> a ainsi souligné que la jurisprudence *DE...* générerait le « risque [d'une] vulnérabilité accrue des témoins que les corps de contrôle cherchaient jusqu'alors à protéger par la confidentialité de leur témoignage »<sup>76</sup> mais aussi celui de

---

<sup>70</sup> Article 6 de l'ordonnance n° 2021-702 du 2 juin 2021 portant réforme de l'encadrement supérieur de la fonction publique de l'État.

<sup>71</sup> Une conséquence de cette indépendance est que, lorsque les témoignages recueillis par une mission d'inspection ne figurent pas au dossier de la procédure disciplinaire, vous jugez que le refus du chef de l'inspection de les communiquer à la personne qui fait l'objet d'une telle procédure et estime que ces témoignages sont utiles à sa défense ne peut être regardé comme opposé au requérant « dans le cadre » de cette procédure disciplinaire : CE, 10 avril 2009, *M. BB...*, n° 320314, B - Rec. T. pp. 673-677-752.

<sup>72</sup> Or, aux termes du 3° de l'article L. 311-6 du CRPA (anciennement l'article 6 *bis* de la loi du 17 juillet 1978), ne sont pas communicables les documents administratifs « *faisant apparaître le comportement d'une personne, dès lors que la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice* ».

<sup>73</sup> n° 120047, p. 296

<sup>74</sup> Et vous avez jugé que le droit pour une personne d'accéder à un document dont les conclusions lui sont opposées (article L. 311-3 du CRPA) n'a ni pour objet, ni pour effet de déroger à ces mêmes dispositions : CE, 21 septembre 2015, *M. RS...*, n° 369808, A - Rec. p. 315, rendue sur l'article 3 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978. Ces dispositions (telles que codifiées au CRPA) étaient pourtant invoquées par Louis Dutheillet de Lamothe comme l'un des arguments justifiant la solution large retenue dans *DE...*

<sup>75</sup> Elisabeth Landros-Fournalès, « L'extension de la communication du dossier aux rapports d'enquête - La tentation du fétichisme procédural », RFDA 2021 p. 535.

<sup>76</sup> Ce qui témoignerait d'une absence de prise en compte des thématiques des risques psycho-sociaux, de la

« facilit[er] des annulations « artificielles » pour vice de procédure ». Vous êtes accusés d’avoir cédé à la « tentation du fétichisme procédural » et « reni[é] la finalité de rétablissement d'une égalité des armes concrète entre les parties » en abandonnant « l'exigence que les éventuelles pièces manquant au dossier fourni à l'agent public répondent à une condition d'utilité pour l'exercice des droits de la défense »<sup>77</sup>.

Outre ce procès en déconnexion<sup>78,79</sup>, certaines modifications des textes applicables aux corps d’inspection permettent de mesurer les craintes suscitées par la jurisprudence *DE*... L’article 13 du décret du 27 décembre 2022 relatif à l'inspection générale des affaires sociales est ainsi venu préciser, s’agissant des témoignages recueillis, que lorsqu’ils « *ne sont pas communiqués à la personne contrôlée, ils ne sont pas non plus communiqués à l'autorité administrative* » et que « *les inspecteurs ne peuvent faire l'objet de poursuites disciplinaires sur le fondement de [leur] transmission ou de [leur] non-transmission.* » L’article 10 du décret du 23 décembre 2022 relatif à l'inspection générale de l'administration témoigne lui aussi de la préoccupation de garantir la protection des témoins : « *Les membres du service veillent à recueillir les témoignages dans des conditions qui ne soient pas de nature à exposer leurs auteurs à un préjudice* », et non à un préjudice grave, précisant que les témoignages pouvaient être « *recueillis sous couvert d'anonymat* », et néanmoins revêtus d’une présomption d’authenticité dès lors qu’ils sont signés par deux inspecteurs<sup>80</sup>.

---

prévention des situations de violences et de harcèlement au travail et du souci de l’administration de protéger les témoins qui osent dénoncer des dysfonctionnements internes.

<sup>77</sup> « On ne peut (...) que regretter l'approche dogmatique et désincarnée qui semble avoir prévalu à cette innovation de jurisprudence, rendue à l'occasion d'affaires où rien dans la motivation retenue par le juge ne permet de suggérer que la communication des témoignages manquants aurait pu avoir la moindre influence sur le principe ou la portée d'évictions prononcées à bon droit. Il est par suite aléatoire d'affirmer qu'elles auront apporté une contribution positive à l'état de droit et à l'intérêt général. » Elisabeth Landros-Fournalès, *ibid*.

<sup>78</sup> « La Haute juridiction, de manière sous-jacente, semble minorer l'étendue des risques encourus par ceux qui dénoncent les turpitudes de leur encadrement, au profit d'une vision déconnectée des relations professionnelles au sein de l'administration. Paradoxalement, cette nouvelle jurisprudence pourrait être de nature à adresser un signal régressif aux témoins potentiels dont les droits propres ne mériteraient qu'une protection résiduelle. », Elisabeth Landros-Fournalès, *ibid*.

<sup>79</sup> La lecture des conclusions du rapporteur public sur l’affaire *DE*... permet de présumer que la formation de jugement avait bien connaissance de l’autonomie des inspections générales et du statut particulier des pièces, notamment des témoignages, recueillis et parfois conservés sans être annexés au rapport de mission : « La particularité de l’affaire tient à ce que les pièces en question ont été recueillies dans le cadre de l’élaboration d’un rapport confié à des organismes, l’IGAS et le CGEDD, auxquels les textes d’organisation de l’administration confèrent une certaine autonomie pour la conduite de leurs missions, afin de garantir une expertise indépendante et de qualité. Dans cet exercice, les inspecteurs sont libres de leurs méthodes, et souhaitent généralement garder les pièces recueillies et les éventuels procès-verbaux d’audition confidentiels, ce qui permet d’ailleurs des échanges plus libres avec leurs interlocuteurs. Ces documents, qui sont souvent insusceptibles d’être communiqués à des tiers en vertu des règles sur la communication des documents administratifs, ne le sont souvent pas non plus aux autres administrations. »

<sup>80</sup> « *Les procès-verbaux d'enquête administrative [...] signés par deux membres au moins du service font foi jusqu'à preuve contraire des faits qu'ils relatent et de l'authenticité des témoignages qu'ils rapportent, y compris*

3. Ces éléments tendent à confirmer que les inspections ont réagi à la décision *DE...* en verrouillant les possibilités d'accès aux témoignages qu'elles recueillent. Pourtant, l'esprit de cette décision était d'en imposer la communication à l'agent poursuivi, en s'inspirant de la jurisprudence applicable en matière de licenciement des salariés protégés (3.1.) pour tenter de fixer des modalités de mise en œuvre de la garantie des droits de la défense que constitue la communication à l'agent de l'intégralité de son dossier notamment en présence de griefs qu'il est difficile de caractériser autrement que par des témoignages (3.2.).

3.1. La Section du contentieux a en effet répondu dès 2006, en matière de salariés protégés, à « *la délicate question de l'équilibre entre, d'une part, les droits de la défense et, d'autre part, la protection des intérêts des personnes dont émanent les attestations ou les témoignages* », pour reprendre les mots d'Yves Struillou, dans ses conclusions sur l'affaire *Mme RO...*<sup>81</sup>. Par cette décision, précisée un an plus tard par la décision *SA...*<sup>82</sup>, vous avez instauré deux règles :

– d'une part, s'agissant de l'enquête conduite par l'inspecteur du travail dans le cadre de l'instruction de la demande de licenciement pour faute que lui adresse l'employeur, son « caractère contradictoire [...] impose à l'inspecteur du travail [...] de mettre à même l'employeur et le salarié de prendre connaissance de l'ensemble des éléments déterminants qu'il a pu recueillir, y compris les témoignages, et qui sont de nature à établir ou non la matérialité des faits allégués à l'appui de la demande d'autorisation. » ;

– d'autre part, s'agissant des pièces produites par l'employeur à l'appui de sa demande, le salarié protégé doit « être mis à même de prendre connaissance de l'ensemble des pièces produites par l'employeur à l'appui de sa demande, notamment des témoignages et attestations » ;

Dans les deux cas, lorsque l'accès à ces éléments ou à ces témoignages et attestations serait de nature à porter gravement préjudice aux personnes qui les ont communiqués ou à leurs auteurs, l'inspecteur du travail doit se limiter à informer le salarié protégé et, le cas échéant, l'employeur, de façon suffisamment circonstanciée, de leur teneur.

La terminologie de cette jurisprudence *RS...* a été reprise dans le « considérant » *DE...*, tel que complété par la décision *P...*, déjà mentionnée, reprenant l'information des intéressés quant à la « teneur » des témoignages ou éléments déterminants dont dispose l'inspection du travail. Cette précision atténue l'entorse à la communication de l'intégralité du dossier que pouvait constituer *DE...*, dont la rédaction sèche pouvait laisser entendre qu'en cas de risque

---

*lorsqu'ils sont recueillis sous couvert d'anonymat* »

<sup>81</sup> CE, Section, 24 novembre 2006, *Mme RO...*, n° 284208, au Rec. p. 481.

<sup>82</sup> CE, 9 juillet 2007, *SA...*, n° 288295, B - Rec. T. pp. 651-1109.

de préjudice grave pour un témoin, le fonctionnaire ne pouvait pas du tout avoir connaissance du témoignage.

Toutefois, le parallèle entre les deux procédures a ses limites : d'abord, l'inspection du travail et l'employeur ne sont, respectivement, pas dans la même position qu'une inspection générale saisie par un ministre : chronologiquement, l'ordre est inversé, et juridiquement, les rôles le sont également, puisque, dans un cas, l'inspection ne fait que dresser des constats et, éventuellement, formuler des préconisations, sans avoir aucun pouvoir de décision, tandis que dans l'autre, c'est à l'inspection du travail d'autoriser ou non le licenciement du salarié protégé.

Ensuite, la transposition est incomplète : elle ne reprend pas le critère des éléments déterminants et qui sont de nature à établir les faits qui fonderaient le licenciement. Vous avez probablement été influencés par la décision *RI...e*<sup>83</sup>, jugeant en 2016 que devaient figurer au dossier les témoignages écrits sollicités par l'autorité militaire afin d'apprécier les conséquences du comportement de son agent, en retenant une conception des pièces « utiles à la défense » assez éloignée de la ligne traditionnelle que nous avons évoquée puisqu'il était bien clair, dans cette affaire, que les témoignages n'étaient pas à charge et n'avaient pas fondé les poursuites par l'autorité militaire<sup>84</sup>.

Enfin, et peut-être surtout, la décision *RO...* comme la décision *SA...* font état de la « protection exceptionnelle » dont bénéficient les salariés investis de fonctions représentatives « dans l'intérêt de l'ensemble des salariés qu'ils représentent ». Yves Struillou soulignait à cet égard que la solution valait « uniquement pour ce type de contentieux », dans lequel « aucune considération tirée de l'intérêt public ne joue », considérations qui pourraient, à l'inverse, « justifier [...] que soient protégées les personnes ayant eu le courage de porter à la connaissance de l'administration certains comportements, en étant certaines que leur identité ne serait pas révélée ».

**3.2.** C'est bel et bien cet équilibre entre les droits de la défense et la protection des témoins qui était en jeu dans la décision *DE...*

Le sort à réserver aux témoignages soulève en effet des enjeux touchant à la fois aux droits de la défense, aux moyens de preuve d'un dysfonctionnement ou d'un comportement inadapté du fonctionnaire et aux dispositifs de protection prévus par la loi.

---

<sup>83</sup> CE, 23 novembre 2016, *RI...e*, n° 397733, B

<sup>84</sup> Conclusions d'Olivier Henrard : « Le ministre soutient que ces pièces n'ont pas été prises en compte dans l'appréciation des faits ayant donné lieu à sanction. Selon lui, les témoignages en question « s'inscrivaient hors du conflit qui a opposé le requérant à son adjointe ». Et il est exact que la motivation de la décision, pourtant très substantielle, ne fait pas mention du contenu de ces attestations. Formellement, la défense du ministre est recevable : les pièces n'avaient pas à être jointes au dossier de la procédure dans la mesure où elles n'ont pas fondé sa décision. »

*L'anonymat* peut générer un sentiment d'impunité. Mais *l'anonymisation*, qui permet de dissimuler l'identité du témoin à la seule personne mise en cause, et non à celui qui recueille le témoignage, est une protection, notamment face aux représailles. Pour le dire en termes actuels, l'anonymisation « libère la parole ». De fait, c'est souvent lorsqu'est en cause le comportement, ou les méthodes managériales, d'un cadre dirigeant<sup>85</sup>, d'une part que les entretiens et témoignages apparaissent les mieux à même de caractériser les griefs, et d'autre part que l'enquête est confiée à inspection ministérielle : comme l'indiquait Louis Dutheillet de Lamothe dans ses conclusions sur *DE...*, le recours à une inspection « apparaît évidemment plus réaliste et opportun qu'une enquête interne lorsque le mis en cause est le directeur lui-même... ».

Dans un contexte de prise de conscience croissante des problématiques de harcèlement au travail, qui n'épargnent pas la fonction publique<sup>86</sup>, tant s'en faut<sup>87</sup>, la question des risques qu'encourent les témoins mérite donc toute votre attention.

Le législateur a d'ailleurs instauré des dispositifs qui garantissent la confidentialité de certaines dénonciations, que votre jurisprudence ne peut ignorer<sup>88</sup>. Nous pensons en premier lieu à la protection accordée par la loi en 2016<sup>89</sup> aux lanceurs d'alerte, laquelle leur garantit « une stricte confidentialité » et dispose que « les éléments de nature à identifier le lanceur d'alerte ne peuvent être divulgués qu'avec le consentement de celui-ci. » Cette notion de « stricte confidentialité », à la fois des identités et des informations communiquées, se retrouve en deuxième lieu dans le cadre du dispositif ayant pour objet de recueillir les signalements des agents qui s'estiment victimes d'actes de violence, de discrimination, de harcèlement et d'agissements sexistes dans la fonction publique, ainsi qu'aux témoins de tels agissements<sup>90</sup>. En troisième lieu et par analogie, cette confidentialité semble pouvoir s'étendre aux témoins ayant obtenu la protection fonctionnelle à raison des faits imputés à l'agent public.

---

<sup>85</sup> *DE...*, *VV...* : directeurs d'un établissement public ; *C...* : sous-préfet ; *P...* : directeur académique des services déconcentrés de l'Education Nationale.

<sup>86</sup> Emmanuel Aubin, « Contentieux de la fonction publique, management agressif et harcèlement moral », in *Le contentieux du harcèlement moral dans la fonction publique*, Fabien Hoffmann (dir.), 2018.

<sup>87</sup> Marie-Françoise Hirigoyen, *Le harcèlement moral. La violence perverse au quotidien*, 1999 : « la fonction publique est très représentée et on y voit que le harcèlement moral dure en moyenne plus longtemps ».

<sup>88</sup> Gwendoline Lardeux, « La conciliation entre secrets juridiques et vérité judiciaire : méthodes et sources du droit en question », *Recueil Dalloz* 2023 p. 898 : « l'impératif de vérité doit compter avec le respect dû aux secrets que le système juridique a jugés dignes de protection ».

<sup>89</sup> Articles 6 et 9 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

<sup>90</sup> Prévu à l'article L. 135-6 du code général de la fonction publique, précisé par le décret n° 2020-256 du 13 mars 2020 relatif au dispositif de signalement des actes de violence, de discrimination, de harcèlement et d'agissements sexistes dans la fonction publique (articles 3 et 6).

Par ailleurs, il paraît raisonnable de considérer qu'en principe, et sous réserve de l'existence de circonstances particulières, une personne se trouvant sous l'autorité de l'agent mis en cause puisse être protégée. Il en va évidemment ainsi en présence d'un lien de subordination, par exemple lorsque le témoin est placé sous l'autorité hiérarchique directe de l'agent en cause<sup>91</sup>. Il nous semble qu'il en va en principe de même s'agissant des élèves vis-à-vis de leurs professeurs<sup>92</sup> : en effet, l'article L. 912-1 du code de l'éducation les place sous la responsabilité de leurs enseignants pour l'ensemble de leurs activités scolaires, ces derniers « *apport[ant] une aide au travail personnel des élèves et en assur[ant] le suivi* », « *proc[édant] à leur évaluation* » et « *les conseil[ant] dans le choix de leur projet d'orientation en collaboration avec les personnels d'éducation et d'orientation* ». Il leur serait ainsi possible d'exercer des représailles sur leurs élèves. Vous avez d'ailleurs retenu que ce risque justifiait l'anonymisation de certains témoignages produits à l'encontre d'un enseignant-chercheur par une décision *MB...* du 9 octobre 2020<sup>93</sup>.

Pour ces différentes catégories de témoins, en principe, leur témoignage pourrait être anonymisé ou synthétisé pour n'en communiquer à l'intéressé que la teneur – sous réserve, comme nous l'avons indiqué, de circonstances particulières qui feraient que le risque de représailles paraîtrait en l'espèce suffisamment faible pour ne pas justifier que soit écorné le respect des droits de la défense. Ce ne sont toutefois que des exemples et la liste n'est pas limitative. Il nous semble notamment que, dans d'autres cas, il appartiendra aux inspecteurs qui auditionnent une personne de mettre en évidence le risque de préjudice qu'elle encourt en cas de diffusion de son témoignage et de le porter à l'attention de l'autorité commanditaire qui pourra ainsi en justifier devant le juge. En dernier recours, il restera possible de procéder à un « *contradictoire asymétrique* » tel qu'il est pratiqué notamment en contentieux *CADA*<sup>94</sup>, mais il nous semble préférable de retenir une position qui le rende inutile dans la majorité des cas.

De façon liée, il nous semble que le critère d'un préjudice « grave » retenu dans *DE...*, s'il présente le mérite de souligner qu'on ne déroge pas à la légère aux droits de la défense, était compris comme réservant des cas rarissimes, ce qui n'est pas tout-à-fait aligné avec l'étendue des quasi-présomptions que nous vous proposons de retenir. En outre, dans le contentieux du licenciement des salariés protégés, cette notion ne semble pas avoir donné lieu à un contrôle particulier<sup>95</sup> – et il ne nous paraît pas utile de faire du juge l'arbitre de la gravité

---

<sup>91</sup> Voir décision *RO...* ; l'inspiration de la jurisprudence sur les salariés protégés paraît, sur ce point, pouvoir être assumée sans réserve.

<sup>92</sup> Au-delà des témoignages spontanés, le fait même que leur témoignage puisse être sollicité par une inspection nous semble ne pouvoir être admis qu'avec les plus grandes précautions, notamment s'ils sont mineurs. Le recueil de l'accord des parents et la possibilité pour eux d'être accompagnés lors de leur entretien avec les inspecteurs nous semblent indispensables. Rappelons que devant le juge judiciaire, le principe est l'incapacité du mineur à témoigner, même s'il existe des exceptions.

<sup>93</sup> n° 425459, aux Tables pp. 770-922-939 sur un autre point.

<sup>94</sup> CE, Section, 23 décembre 1988, *Banque de France*, n° 95310, A - p. 464

du préjudice potentiel. Notez aussi que le préjudice simple est retenu pour la communication des documents administratifs (3° de l'article L. 311-6 du CRPA) et dans le nouveau décret relatif à l'IGA. Vous avez vous-mêmes gardé le risque d'un préjudice en supprimant l'adverbe « gravement » dans votre décision *Pôle emploi* du 5 avril 2023<sup>96</sup>, à propos de la possibilité de fonder une sanction sur des témoignages anonymisés à la demande des témoins. Certes, il s'agit d'une décision relative à la légalité interne de la mesure, mais conserver une solution différenciée pour la communication du dossier n'aurait guère de sens : l'accès au dossier a pour utilité de renseigner l'agent sur les motifs qui *fondent* les poursuites et de s'en défendre. Elle n'est qu'un moyen au service de cette fin.

4. La réserve des circonstances particulières, l'évocation du contradictoire asymétrique tout comme la question de l'existence d'un préjudice renvoient au contrôle qu'il revient au juge d'opérer sur la régularité de la communication du dossier au fonctionnaire.

4.1. L'on peut s'étonner qu'une étape procédurale, aussi fondamentale soit-elle pour les droits de la défense, emporte des effets aussi systématiques sur les sanctions en cause. La jurisprudence *DE...* semble s'articuler assez mal avec une tendance jurisprudentielle de fond<sup>97</sup> laissant au juge une palette croissante d'outils pour neutraliser des irrégularités, régulariser des vices, ou encore apprécier *in concreto* l'incidence de l'atteinte à une garantie<sup>98</sup>, à la manière de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>99</sup>.

Dans différentes matières, le juge dispose en effet de moyens d'éviter des annulations « aveugles ». Ainsi, pour n'en mentionner qu'un, de la décision *Société Ocreal* de 2011<sup>100</sup>, qui, comme la décision contemporaine *DA...*, a donné naissance à un verbe : le juge peut « ocréaliser » des inexactitudes, omissions ou insuffisances d'une étude d'impact, c'est-à-dire estimer qu'elles ne sont pas susceptibles de vicier la procédure, et donc d'entraîner l'illégalité de la décision prise au vu de cette étude, si elles n'ont pas pu avoir pour effet de nuire à l'information complète de la population ou ni été de nature à exercer une influence sur la décision de l'autorité administrative.

---

<sup>95</sup> Voir par exemple, dans un autre contentieux où la jurisprudence *RO.../SA...* a été transposé, le glissement entre « porter gravement préjudice » et « porter préjudice » entre le considérant de principe et le considérant d'espèce : CE, 29 juin 2022, *Société Châlon OPCO*, n° 442190, inédite.

<sup>96</sup> n° 463028, B

<sup>97</sup> Par exemple T. Mulier, « Le déclin partiel du contrôle de légalité externe des actes administratifs unilatéraux », RD publ. 2019. 579 ; F. Melleray, « Requiem pour le vice de procédure ? », AJDA 2018. 1241.

<sup>98</sup> Vous avez jugé, dans l'avis de Section *OO...* (CE, Section, avis, 30 décembre 2013, n° 367615, A), que même en cas d'irrégularité entachant une procédure constitutive d'une garantie, il appartenait au juge de rechercher si, en l'espèce, l'intéressé avait été privé de cette garantie.

<sup>99</sup> Gwendoline Lardeux, *ibid.*

<sup>100</sup> CE, 14 octobre 2011, *Société Ocreal*, n° 323257, B - Rec. T. pp. 734-966-1028-1033-1108

*A contrario*, en ne faisant aucune référence à l'utilité pour la défense, critère qui fait un pont avec la possibilité pour l'intéressé de contester le bien-fondé de la mesure prise à son encontre, la jurisprudence *DE...* encourage les moyens de procédure « hors-sol », et fragilise mécaniquement la légalité externe de ces mesures sans bénéfice manifeste au titre de l'appréciation de la légalité interne. En effet, quelle est l'*utilité* de la communication de témoignages sur lesquels l'administration ne s'est pas fondée<sup>101</sup> ? C'est une utilité purement hypothétique qui, potentiellement, repousse les limites du dossier disciplinaire bien au-delà des éléments retenus par l'administration contre l'agent, les seuls qui devraient être en débat au titre de la légalité interne de la mesure prise. *A fortiori*, un témoignage dont l'administration n'a pas disposé ne peut avoir été déterminant de sa décision.

**4.2.** Il nous semble donc que votre décision devra réintroduire expressément le rôle du juge dans l'appréciation du respect des droits de la défense de l'intéressé, pour sauvegarder l'effectivité de la garantie s'attachant à la communication intégrale du dossier du fonctionnaire sans encourir le reproche d'un procès en déconnexion face aux réalités des contentieux disciplinaires. Or le contentieux n'est pas celui de la communicabilité de tel ou tel document en particulier, mais celui de la légalité d'une mesure défavorable.

C'est donc au prisme de la possibilité qu'a eue l'intéressé de se défendre utilement lors de la procédure ayant conduit à cette mesure que le juge doit examiner le moyen tiré de la méconnaissance des droits de la défense. Il nous paraît raisonnable, et au demeurant tout à fait conforme avec votre jurisprudence traditionnelle, de considérer que dans le cas où l'intéressé a été mis à même de consulter son dossier, qu'il a exercé cette faculté et sollicité la communication de pièces supplémentaires, y compris des témoignages, le refus d'accéder à sa demande ne vicie la procédure que si, faute de ces pièces, il n'a pu utilement se défendre.

En outre, si le dossier est ce qui fonde la sanction, alors retenir une appréciation globale du respect de cette garantie procédurale rejoindrait la souplesse du mode de la preuve du bien-fondé de la sanction. Dans le contentieux d'excès de pouvoir, dont relève le contentieux disciplinaire<sup>102</sup>, le juge administratif est compétent pour apprécier la matérialité des faits<sup>103</sup> et la preuve est libre, sous réserve de sa loyauté<sup>104</sup>. L'enjeu est avant tout que les faits que l'administration sanctionne soient suffisamment établis pour justifier la sanction, et qu'ils le soient par les pièces dont l'intéressé a pu prendre connaissance, le cas échéant selon des modalités préservant l'anonymat de témoins.

---

<sup>101</sup> Il n'est pas indifférent de rappeler que, tant dans l'affaire *RI...e* que dans l'affaire *DE...*, l'administration ne s'était pas fondée sur les témoignages dont le défaut de communication a permis de faire tomber les sanctions en litige.

<sup>102</sup> CE, Assemblée, 13 novembre 2013, *M. DDA...*, n° 347704, A - Rec. p. 279 ; pour la mise à la retraite d'office d'un enseignant : CE, 18 juillet 2018, *MEN c/ TH...*, n° 401527, 401629, B - Rec. T. pp. 748- 867.

<sup>103</sup> CE, 14 janvier 1916, *WW...*, p. 15.

<sup>104</sup> CE, Section, 16 juillet 2014, *M. GG...*, n° 355201, p. 224.

Or vous admettez dans divers contextes des preuves anonymes ou anonymisées<sup>105</sup>, ainsi que le relevait Nicolas Labrune dans ses conclusions sur l'affaire précitée *Pôle emploi* : il estimait « parfaitement établi que des témoignages anonymisés [puissent] contribuer, et même contribuer de façon déterminante, à établir des faits de nature à constituer une faute disciplinaire »<sup>106</sup>.

Si, pour une raison ou une autre, l'administration estime ne pas pouvoir verser au dossier certaines pièces, alors il lui appartiendra d'apprécier la possibilité pour elle d'établir la matérialité des faits justifiant sa décision sur les seuls éléments figurant au dossier, dont le juge appréciera la suffisance lorsqu'il contrôlera le bien-fondé de la sanction.

**5.1.** Au terme de cet exposé, et pour synthétiser notre position, nous vous proposons de conserver de *DE...* la nécessité de garantir le respect des droits de la défense du fonctionnaire mis en cause, en lui donnant accès largement aux éléments recueillis sur son comportement et sur lesquels l'autorité disciplinaire fonde sa mesure. De ce point de vue, vous étendez même le champ de cette jurisprudence : elle doit concerner tout rapport établi par une mission d'inspection, peu important qu'elle ait ou non été qualifiée d'enquête, pourvu que l'autorité disciplinaire ait décidé de se fonder sur le contenu du rapport ou de ses annexes pour adopter une mesure à l'encontre d'un agent public. De même, peu importe que les témoignages prennent la forme de procès-verbaux, de simples compte-rendu, d'un enregistrement, d'une attestation ou encore d'un courrier : dès lors que l'administration aura disposé du témoignage, sous une forme ou une autre<sup>107</sup>, et qu'il aura contribué à fonder la mesure défavorable, il devra être versé au dossier du fonctionnaire et pourra lui être communiqué.

En revanche, pour remédier aux légitimes critiques formulées à l'encontre de la décision *DE...* et à ses conséquences excessives, vous recentrez cette solution sur le cœur des droits de la défense. D'une part, vous reviendrez à votre conception séculaire de l'utilité aux droits de la défense, qui s'attache aux pièces sur lesquelles se fonde l'administration pour sanctionner l'agent, que celui-ci doit être « mis à même » de consulter. D'autre part, vous

---

<sup>105</sup> Citant notamment, en matière électorale : CE, Section, 4 février 2015, *Elections municipales de Vénissieux*, n° 385555 385604 385613, p. 43 ; s'agissant des notes blanches des services de renseignement, CE, Section, 11 décembre 2015, *M. DO...*, n° 395009, p. 437.

<sup>106</sup> Précisant qu'il ne pensait pas « qu'une sanction serait par principe illégale du seul fait qu'elle ne reposerait que sur des témoignages anonymisés », même si la Cour de cassation et certaines de vos décisions semblent exclure une telle configuration. Voir par exemple Cass. com. 11 mai 2022, n° 19.22-242, jugeant « qu'au regard des exigences du procès équitable, le juge ne peut fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des déclarations anonymes » ; CE, décision *MB...* du 9 octobre 2020, précitée : « dès lors que l'ensemble des pièces et témoignages ainsi anonymisés ont été soumis au débat contradictoire et que leur teneur était confortée par des éléments non anonymisés versés au dossier ».

<sup>107</sup> Mais formaliser il doit y avoir, ce qui exclut les notes personnelles des inspecteurs ; mais il ne paraît pas utile de le préciser car, par construction, si ces notes sont personnelles, les commanditaires du rapport n'en disposeront pas.

admettez que, s'agissant des témoignages, les modalités de mise en œuvre du principe de communication intégrale du dossier puissent être aménagées lorsque leur communication serait de nature à porter préjudice aux témoins, afin de préserver leur anonymat. À cet égard, vous pourrez préciser que cette hypothèse couvre, en principe, certaines catégories de témoins dont nous avons déjà parlé, tout en réservant le cas de circonstances particulières.

Enfin, vous remettrez le juge au cœur de l'appréciation du respect des droits de la défense de l'intéressé. Afin d'éviter les débats contentieux secondaires sur les questions d'intensité du préjudice ou de dates de recueil des témoignages pour apprécier ledit préjudice, vous pourrez retenir un contrôle global de ce que l'agent public aura été mis à même de présenter utilement sa défense.

## 5.2. Il est temps d'appliquer cette grille au pourvoi dont vous êtes saisis.

À la suite de plaintes d'une élève et d'un signalement du chef de l'établissement où exerçait M. V..., professeur de philosophie en classe de terminale, le ministre chargé de l'éducation nationale a diligenté en mai 2016 une mission conjointe de l'inspection générale de l'éducation nationale (IGEN) et de l'inspection générale de l'administration de l'éducation nationale et de la recherche (IGAENR). Cette mission a notamment auditionné des élèves de M. V... à la toute fin de leur année scolaire – et même durant leurs épreuves de baccalauréat, en juin 2017. Elle a rendu en octobre son rapport sur la « manière de servir » du professeur, comportant en annexe la liste des personnes auditionnées.

Début 2018, le ministre a informé M. V... de l'engagement d'une procédure disciplinaire, durant laquelle un autre rapport, du proviseur du lycée, a également été rédigé. Par un arrêté du 30 juillet 2018, le ministre a pris à l'encontre du professeur la sanction de mise à la retraite d'office, en raison de manquements à ses obligations déontologiques ainsi qu'à son devoir de neutralité et d'obéissance hiérarchique. Cette première sanction ayant été suspendue par le juge des référés du tribunal administratif de Paris, le ministre a, par un arrêté du 10 novembre 2018, réintégré l'intéressé et pris à son encontre la sanction d'exclusion temporaire, pour une durée de dix-huit mois assortie d'un sursis de douze mois. Par un jugement du 13 juin 2019, le tribunal administratif de Paris a annulé la sanction de mise à la retraite d'office et rejeté la demande de M. V... tendant à l'annulation de la sanction d'exclusion temporaire. L'annulation de la première sanction est devenue définitive, mais, sur appel de l'intéressé, la cour administrative d'appel de Paris a annulé la deuxième sanction.

Elle a constaté que le rapport de la mission d'inspection et celui du proviseur ont été communiqués à M. V... mais non les « “témoignages concordants” répondant aux caractéristiques décrites dans l'arrêté en litige », c'est-à-dire les éléments sur lesquels la sanction a été fondée. Elle relève que les extraits d'un (unique) témoignage antérieur à la mission d'inspection et ne portant que sur une partie des faits reprochés à l'intéressé ne saurait

« tenir lieu » de communication des « témoignages concordants » fondant la décision du ministre. Elle relève aussi l'absence de réponse de l'administration s'agissant d'autres pièces qui n'auraient pas été portées à la connaissance de M. V.... Elle écarte ensuite, dans les circonstances de l'espèce et à la lumière de la chronologie de la procédure de sanction, « intervenue seulement le 10 décembre 2018 » après que le rapport s'appuyant sur les témoignages en question a été remis en octobre 2017, l'argumentation par laquelle le ministre « se born[ait] à faire valoir (...), d'une part, que de façon générale la communication à un enseignant de l'identité des élèves ayant témoigné à son encontre serait par principe de nature à leur porter préjudice, et, d'autre part, qu'à la date de leur audition par les membres de la mission [d'inspection] l'année scolaire 2016-2017 n'était pas encore achevée ».

Il nous semble que la cour a bien, ce faisant, procédé à une appréciation globale de l'utilité à sa défense des éléments qui ont été communiqués à l'intéressé, relevant d'abord que les témoignages fondaient la sanction – c'est effectivement ce qui ressort de l'arrêté du ministre – et que les faits pour lesquels M. V... avait été sanctionné ne ressortaient pas des autres pièces lui ayant été communiquées. Elle a ainsi souverainement apprécié, sans que nous y voyions une dénaturation des pièces du dossier, que les extraits de témoignages reproduits dans le rapport d'inspection communiqué à M. V... ne suffisaient pas à garantir les droits de la défense de l'intéressé. Est en l'espèce inopérant le débat sur les modalités de communication des témoignages des élèves, c'est-à-dire la question de savoir s'il fallait les transmettre intégralement, les anonymiser ou n'en communiquer que la teneur, dès lors qu'ils n'ont, dans tous les cas, été communiqués sous aucune de ces formes.

La cour ne nous semble donc pas avoir commis d'erreur de droit ni dénaturé les pièces du dossier en déduisant de ses constatations que, faute pour ces témoignages d'avoir été communiqués à M. V..., celui-ci a été privé, dans les circonstances de l'espèce, de la garantie d'assurer utilement sa défense.

Enfin, si le ministre soutient que M. V... n'établissait pas avoir demandé communication des témoignages de ses élèves mentionnés dans le rapport d'inspection avant la réunion du conseil de discipline, le moyen est nouveau en cassation. Or les moyens soulevant des vices de procédure ne sont pas d'ordre public : il appartient au requérant de soulever, par exemple, le défaut de communication du dossier lors d'une procédure disciplinaire<sup>108</sup> et, à l'inverse, à l'administration de faire valoir que l'intéressé n'a pas sollicité la communication du dossier alors qu'il a été mis à même de la demander. S'agissant d'une question de faits, imposer au juge d'aller vérifier, lorsqu'il est saisi d'un moyen tiré du défaut de communication de tout ou partie du dossier, que l'intéressé en avait bien sollicité la communication reviendrait, sauf à ce

---

<sup>108</sup> CE, 23 avril 1965, *Dame V<sup>ve</sup> DU...*, conclusions expresses sur ce point du commissaire du gouvernement ; CE, 12 novembre 1975, *Placé dit Alexander*, p. 567, en lien avec la jurisprudence Section, 20 février 1953, *Société Intercopie*, p. 88.

que l'existence ou l'absence d'une demande ressorte des pièces du dossier, à lui imposer de diligenter une mesure supplémentaire d'instruction, à peine d'erreur de droit. Cela ne nous paraît pas justifié alors que le caractère quérable du dossier est reconnu de longue date et réputé connu de l'administration. Le moyen, inopérant, pourra donc être écarté.

**II.** Le moment est venu de vous entretenir de la deuxième question importante soulevée par cette affaire. Rassurez-vous, nous y consacrerons moins de temps, non en raison d'un moindre intérêt mais parce que les tenants et les aboutissants en sont moins complexes.

Si vous avez à vous prononcer sur cette deuxième question, c'est parce que la cour, renonçant à l'économie de moyens, a jugé qu'un deuxième moyen était fondé. En général, accueillir plusieurs moyens est une façon pour le juge qui annule une sanction pour un motif de légalité interne de signaler à l'administration que, si elle souhaite infliger une nouvelle sanction à l'intéressé, elle devra également reprendre la procédure disciplinaire, et inversement<sup>109</sup>.

En l'espèce, la cour s'est prononcée sur ce qui était déjà une nouvelle sanction, plus douce, infligée à raison des mêmes faits. Cette sanction indiquait intervenir « en exécution » de l'ordonnance de référé ayant suspendu la première sanction au motif du doute sérieux quant à sa proportionnalité. La cour a considéré que, la première sanction n'ayant pas été annulée, son exécution seule ayant été suspendue, elle « demeurait dans l'ordonnancement juridique ». Par suite, la nouvelle sanction avait été infligée en méconnaissance du principe *non bis in idem*.

Cela pose manifestement un problème au ministre et il faut bien admettre que l'articulation entre le référé-suspension et ce principe a des enjeux pratiques importants pour les autorités disciplinaires, qui ont justifié l'inscription de l'affaire devant vos chambres réunies en juin dernier, aux conclusions alors de Philippe Ranquet.

L'impossibilité de prendre une nouvelle sanction en cas de suspension de l'exécution de la première place en effet l'administration devant trois options insatisfaisantes :

- Première option : elle retire la sanction dont l'exécution est suspendue afin de prononcer une nouvelle sanction tenant compte des motifs de la suspension, mais alors elle renonce à

---

<sup>109</sup> Pour autant que les vices ne soient pas tels qu'ils excluent toute nouvelle sanction (absence de matérialité des faits par exemple). À rapprocher de l'obligation d'écarter tous les moyens d'une requête avant d'éventuellement envisager la voie d'une régularisation en cours d'instance, prévue par différentes dispositions pour différents types d'actes en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement (à l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme pour les autorisations d'urbanismes, à l'article L. 600-9 pour les documents d'urbanisme, à l'article L. 181-18 du code de l'environnement pour les autorisations environnementales, ou encore à l'article L. 191-1 du code de l'environnement pour les plans ou programmes soumis à une évaluation environnementale).

défendre la légalité de la sanction initiale dans l'instance au principal, qui se conclura par un non-lieu.

- Deuxième option : l'autorité disciplinaire prend son parti de la suspension et doit alors attendre le jugement de la requête en annulation ou en réformation de la décision, en principe « dans les meilleurs délais »<sup>110</sup>, ce qui la prive dans l'intervalle de tout moyen à l'encontre du fonctionnaire sanctionné, la suspension à titre conservatoire ne pouvant être prononcée qu'à l'initiation des poursuites disciplinaires et pour une durée maximale de quatre mois, sauf poursuites pénales<sup>111</sup>.
- Troisième option : elle se pourvoit en cassation contre l'ordonnance de référé, ce qui, matériellement, équivaut à l'option précédente puisque la procédure prendra dans tous les cas un temps incompressible durant lequel l'administration sera tout aussi démunie face au fonctionnaire.

Ces considérations contentieuses et gestionnaires justifient que vous soit posée la question suivante : le principe *non-bis in idem* s'oppose-t-il, lorsque l'exécution d'une sanction est suspendue en référé, à ce que l'administration, sans attendre le jugement au fond ni retirer la sanction dont l'exécution est suspendue, prenne une nouvelle sanction en tenant compte du moyen jugé de nature à créer un doute sérieux sur la première sanction ?

Si le principe de *non bis in idem* n'interdit pas de prendre une nouvelle sanction après annulation ou retrait de la sanction initiale car les deux sanctions ne coexistent pas **(1)**, il nous semble qu'une solution identique peut être retenue lorsque la sanction initiale a été suspendue et donc ne produit plus d'effets **(2)**, même si vous pourrez vous interroger sur le cas où la sanction initiale n'est finalement pas annulée et ressuscite au côté de la seconde sanction **(3)**.

**1.1.** Le Conseil constitutionnel juge qu'en vertu du principe de nécessité des délits et des peines, découlant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>112</sup>, « une même personne ne peut faire l'objet de plusieurs poursuites tendant à réprimer de mêmes faits qualifiés de manière identique, par des sanctions de même nature, aux fins de protéger les mêmes intérêts sociaux. »<sup>113</sup> Cette règle, parfois<sup>114</sup> désignée sous le nom de

<sup>110</sup> En application du 2<sup>ème</sup> alinea de l'article L. 521-1 du CJA

<sup>111</sup> Voir désormais les articles L. 531-1 et L. 531-2 du code général de la fonction publique.

<sup>112</sup> « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée »

<sup>113</sup> Cons. const., décision n° 2021-953 QPC, 3 décembre 2021, paragr. 6, JORF n°0282 du 4 décembre 2021, texte n° 104 ; les tables analytiques du Conseil constitutionnel précisent que sans en modifier la portée, le Conseil donne une nouvelle formulation au principe *non bis in idem*. Le Conseil d'État s'était approprié la formulation antérieure ()

<sup>114</sup> La dénomination latine du principe semble être de plus en plus répandue (voir Cons. const., décision n° 2016-545 QPC du 24 juin 2016, point 4), bien que la consécration de cette règle de non cumul soit plus ancienne (voir par exemple Cons. const. 2012-289 QPC, 17 janvier 2013, cons. 3).

« principe *non bis in idem* », ne concerne « pas seulement les peines prononcées par les juridictions pénales mais (...) toute sanction ayant le caractère d'une punition. »

Vous en aviez jugé de même dès 1936, par la décision *M...* mentionnée en introduction, annulant une sanction disciplinaire prononcée au titre de faits ayant déjà donné lieu à une mesure revêtant un caractère disciplinaire, et l'avez jugé de façon constante depuis, que ce soit en matière disciplinaire<sup>115</sup> ou s'agissant d'autres sanctions administratives<sup>116</sup>. Vous y reconnaissez un principe général du droit<sup>117</sup> – voyez votre décision du 23 avril 1958, *Commune de Petit-Quevilly*<sup>118</sup>, et des confirmations ultérieures<sup>119</sup>, notamment une décision de 2016, *ACNUSA*<sup>120</sup>.

**1.2.** Vous jugez de façon presque aussi ancienne qu'après l'annulation d'une sanction disciplinaire (ou son retrait pour irrégularité de forme<sup>121</sup>), l'administration peut sanctionner à nouveau l'intéressé pour les mêmes faits, si les motifs pour lesquels l'annulation a été prononcée le permettent.

Tel sera le cas pour une irrégularité procédurale, la mesure annulée pour vice de procédure mais justifiée au fond pouvant être reprise à l'identique après une procédure régulière, sans qu'il soit au demeurant toujours nécessaire de la reprendre dans son intégralité<sup>122</sup>, seule important la régularisation du vice identifié par le juge<sup>123</sup>. Tel pourra également être le cas pour un motif de fond, par exemple lorsque seul le *quantum* de la sanction a été jugé disproportionné sans que ni la matérialité des faits, ni leur qualification de faute ne soient remises en cause – ce qui est le cas dans la présente affaire.

Dans cet ordre d'idées, vous avez jugé par une décision *Mme JO...* de 1998 que, postérieurement à l'annulation contentieuse d'un avis de la commission de recours du Conseil supérieur de la fonction publique hospitalière proposant de substituer à la sanction infligée à

---

<sup>115</sup> CE, 15 janvier 1955, *CB...*, B ; CE, 15 février 1963, *Dame LY*, T.

<sup>116</sup> Par exemple CE, 18 mars 2019, *M. JJ...*, n° 424610, 426458, B, s'appropriant les termes de Cons. const., 1<sup>er</sup> juillet 2016, n° 2016-550 QPC. Voir également en matière d'extradition, CE, 9 mai 1994, *HH...*, n°141832, A - p. 226.

<sup>117</sup> La règle ne s'appliquait donc que pour autant que la loi n'en a pas disposé autrement (CE, 12 avril 1995, *Société P.M.E. Assurances*, n° 143797, 143798, B, s'agissant du cumul de sanctions professionnelles).

<sup>118</sup> AJDA 1958.383

<sup>119</sup> Par exemple le fichage de la décision du 6 avril 1973, *M. MT...*, n° 88516, A

<sup>120</sup> CE 30 décembre 2016, *ACNUSA*, n° 395681, A - Rec. p. 578

<sup>121</sup> CE, 31 mai 1968, *Moreau*, n° 72114, A - Recueil Lebon p. 348, T. p. 824, p. 989, p. 990, p. 991 : Le retrait d'une sanction pour irrégularité de forme ne fait pas obstacle à ce que la même sanction soit prononcée après procédure régulière (*non bis in idem* mentionné dans l'abstract)

<sup>122</sup> CE, 24 février 1956, *Rat*, T. p. 607 ; CE, 15 décembre 2010, *La Poste c/ BR...*, n° 337891, B - Rec. T. pp. 611-612-826

<sup>123</sup> CE, 21 avril 1967, *Département de la Mayenne*, n° 69256, A ; CE, 21 juillet 1970, *TH...*, n°77400, A - Recueil p. 532

un agent une sanction moins sévère, l'autorité administrative, qui était tenue de rapporter, à la suite de cet avis, la sanction qu'elle avait prononcée, peut légalement sanctionner les faits ayant justifié l'engagement de la procédure disciplinaire par une sanction identique à celle qui a été contestée devant la commission des recours, sans être tenue de solliciter un nouvel avis du conseil de discipline<sup>124</sup>.

Le principe *non bis in idem* est, à cet égard, moins protecteur en matière disciplinaire qu'en matière pénale : il n'interdit pas qu'une nouvelle procédure disciplinaire soit engagée à raison des mêmes faits en cas d'annulation de la première sanction, ni qu'une nouvelle sanction soit prononcée à raison de la même procédure disciplinaire, ni que l'autorité compétente puisse, au gré du parcours contentieux de la sanction initiale, la reprendre finalement, après l'avoir rapportée ou après qu'elle a été annulée, sous réserve du respect de la chose jugée.

2. C'est de la mise en œuvre de ces principes dans le cas d'une suspension en référé d'une sanction qu'est née la question qui vous est posée. L'ordonnance du juge des référés étant exécutoire et obligatoire (2.1.), la suspension de l'exécution d'une sanction l'empêche de produire tout effet (2.2.). Peut-on, dès lors, admettre la *coexistence* provisoire de deux sanctions à raison des mêmes faits lorsque leurs *effets* ne se cumulent pas ?

2.1. En premier lieu, s'agissant de la portée des décisions du juge des référés, vous avez jugé par votre décision de Section de 2003 *Association Convention vie et nature pour une écologie radicale, Association pour la protection des animaux sauvages*<sup>125</sup>, que bien que provisoires et n'ayant pas au principal l'autorité de la chose jugée, les décisions du juge des référés sont néanmoins, conformément au principe rappelé à l'article L. 11 du code de justice administrative, exécutoires et, en vertu de l'autorité qui s'attache aux décisions de justice, obligatoires. Il en résulte notamment que lorsque le juge des référés a prononcé la suspension d'une décision administrative *et qu'il n'a pas été mis fin à cette suspension*<sup>126</sup>, l'administration *ne saurait légalement reprendre une même décision sans qu'il ait été remédié au vice que le juge des référés avait pris en considération pour prononcer la suspension*.

La suspension d'une décision n'empêche donc pas l'administration de reprendre une décision ayant le même objet pourvu qu'elle ait remédié au vice ayant fondé la suspension.

Il est inexact de dire qu'une nouvelle sanction serait prise *en exécution* de la suspension de la première sanction – en l'espèce, la seule conséquence nécessaire de la suspension de la

---

<sup>124</sup> CE, 20 mai 1998, *Mme JO...*, n° 173181, B

<sup>125</sup> CE, Section, 5 novembre 2003, *Association Convention vie et nature pour une écologie radicale, Association pour la protection des animaux sauvages*, n°259339, 259706, 259751, A

<sup>126</sup> Soit par l'aboutissement d'une voie de recours, soit dans les conditions prévues à l'article L. 521-4 du code de justice administrative, soit par l'intervention d'une décision au fond

mise à la retraite d'office du professeur en cause était sa réintégration, à laquelle le juge des référés a d'ailleurs enjoint à l'administration de procéder sous un mois et sous astreinte. Il est en revanche tout à fait certain que la deuxième sanction, portant sur les mêmes faits, entendait remédier au vice relevé par le juge des référés, et par suite respectait le caractère obligatoire et exécutoire de l'ordonnance de référé. Selon la jurisprudence que nous venons de citer, l'administration pouvait donc bien, légalement, reprendre une telle sanction.

Le cadre général posé par cette décision de 2003 pour l'ensemble des *décisions* dont le juge des référés est susceptible d'être saisi pourrait certes s'avérer inadapté aux décisions particulières que sont les *sanctions*, du fait précisément de leur soumission à des principes supérieurs, notamment le principe *non bis in idem*.

Toutefois, sans que la question de son articulation avec le principe *non bis in idem* ne soit soulevée, vous avez déjà accepté d'appliquer la jurisprudence de 2003 en matière de sanctions disciplinaires par une décision inédite de vos 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> chambres réunies du 5 juillet 2021, *Commune de Bussy-Saint-Georges*<sup>127</sup>. Saisis d'un moyen tiré de la méconnaissance du caractère exécutoire d'une ordonnance de référé ayant suspendu l'exécution d'une sanction motif pris du doute sérieux quant à son caractère proportionné, vous avez jugé que l'administration pouvait prendre une nouvelle sanction plus faible que la précédente, donc tirant les conséquences du motif de suspension.

**2.2.** En deuxième lieu, s'agissant du cumul d'une sanction suspendue en référé avec une autre sanction adoptée en conséquence de l'ordonnance de référé, le ministre fait valoir que dans les affaires les plus graves, infliger une nouvelle sanction à titre provisoire s'impose dans l'intérêt du service, faute de quoi le fonctionnaire, qui ne pourra plus être suspendu à titre conservatoire, pourra reprendre ses fonctions même si des faits graves affectant sa manière de servir ou la marche du service peuvent lui être reprochés, dont ni la matérialité ni le caractère fautif n'ont été remis en cause par le juge des référés. L'interprétation faite par la cour administrative d'appel de Paris du principe *non bis in idem* obligerait l'administration à choisir entre la défense de la première sanction infligée et l'exercice effectif de son pouvoir de sanction.

Ainsi que l'indiquait Philippe Ranquet, « en présence d'une ordonnance qui censure seulement le *quantum* de la sanction mais ne remet pas en cause l'existence d'un manquement, il peut être problématique, selon la nature et la gravité de ce manquement, de ne rien pouvoir décider qui écarte l'agent du service jusqu'au jugement au principal ».

De fait, c'est précisément la conséquence de la suspension de l'exécution d'une sanction en référé : la sanction est neutralisée, elle ne produit aucun effet. Si en théorie, si

---

<sup>127</sup> n° 442625

juridiquement, il *existe* bien deux sanctions, l'intéressé n'en « subit » qu'une seule. Seule la nouvelle sanction produit des effets. Et cette sanction étant prise en conséquence d'une suspension en référé, par construction, il est impossible que ses effets se cumulent avec ceux de la première.

Cette absence d'effets de la sanction suspendue nous convainc qu'à la date à laquelle elle est édictée, qui est la date à laquelle sa légalité doit être appréciée, la nouvelle sanction ne peut être regardée comme se cumulant avec aucune autre. Elle ne méconnaît donc pas le principe de *non bis in idem*. Elle est susceptible en revanche de *devenir illégale* s'il est mis fin à la suspension de l'autre sanction, car alors se posera la question de la coexistence *effective* de deux sanctions.

Cette configuration n'est pas celle qui se présente en l'espèce, puisque la première sanction ayant été définitivement annulée, elle n'a jamais produit d'effets simultanés à ceux de la première sanction.

Vous pourriez cependant vouloir vous assurer qu'en permettant qu'une nouvelle sanction soit ainsi prononcée, vous ne permettez pas que l'intéressé subisse, *in fine*, deux sanctions disciplinaires à raison des mêmes faits. Cette préoccupation pourrait exercer une influence sur la façon dont vous répondrez au moyen. En effet, la solution de la cour revient à estimer qu'une telle coexistence doit être prévenue en amont, c'est-à-dire avant-même de savoir s'il y aura effectivement cumul de sanctions.

3. Moins que le cumul durant le temps de la suspension, c'est surtout le caractère potentiellement temporaire du non cumul qui peut poser problème.

Dans le cas d'une sanction dont l'annulation en première instance aurait été annulée en appel, où vous admettez que l'administration puisse reprendre une nouvelle sanction alors même que l'annulation de la première n'est pas définitive et peut donc être remise en cause, vous avez résolu le risque de coexistence des deux sanctions en jugeant que l'annulation en appel du jugement annulant la première sanction faisait « revivre » celle-ci rétroactivement, privant mécaniquement la seconde d'existence (voyez une décision de 1998, *Mme DS...*)<sup>128</sup>. Mais le rejet au principal d'une décision qui avait été non pas annulée mais seulement suspendue en référé n'a pas pour effet de restaurer rétroactivement les effets de la sanction pour la période durant laquelle ils ont été suspendus. La transposition ne s'impose donc pas.

Il existe cependant d'autres outils légaux ou jurisprudentiels mobilisables pour prévenir un cumul de sanctions.

---

<sup>128</sup> CE, 25 février 1998, *Mme DS...*, n° 150355, B

**3.1.** En premier lieu, l'administration dispose du pouvoir – que vous pourrez, face à une situation de cumul, transformer en obligation – de retirer à tout moment une sanction, sans limite de délai, en vertu de l'article L. 243-4 du CRPA<sup>129</sup>. En effet, une décision de sanction prise à l'encontre d'un agent public ne crée pas de droits acquis ni au profit de l'autorité investie du pouvoir disciplinaire, ni au profit des tiers, ainsi que vous en avez jugé par une décision de 1999, *MO...*<sup>130</sup>. Ainsi, la sanction prise en conséquence de l'ordonnance du juge des référés peut être retirée à tout moment.

**3.2.** Face au risque d'un cumul de sanctions, « à tout moment » nous semble signifier, en réalité, « sans délai ».

Votre jurisprudence comporte déjà des traces des diligences attendues de l'administration lorsqu'il s'agit de gérer d'autres configuration de cumul de décisions ayant un même objet.

Tout d'abord, s'agissant des décisions créatrices de droit *prises en exécution d'une ordonnance de référé*, vous avez jugé par une décision de section de 2016, *Commune de Bordeaux*<sup>131</sup>, que lorsque l'administration accorde un permis de construire en exécution de la suspension en référé d'un refus de permis, ce permis provisoire peut être retiré, en cas de rejet du recours au fond contre le refus de permis, dans un délai raisonnable de trois mois suivant la notification de ce rejet. De même, la décision de réintégrer un agent public prise pour l'exécution d'une ordonnance de référé suspendant l'exécution d'une mesure l'excluant du service et enjoignant à l'administration de le réintégrer peut être retirée par l'autorité compétente dans un délai raisonnable, qui ne peut, dans un tel cas, excéder quatre mois – voyez votre décision de 2018, *Ministre de l'intérieur c/ Mme MA...*<sup>132</sup>.

Ensuite, très récemment, votre décision de section *Département de la Seine-Saint-Denis* a traité d'une façon similaire le cas cette fois de décisions *prises pour l'exécution d'un jugement d'annulation* qui se trouve finalement remis en cause en appel ou en cassation<sup>133</sup>. D'autres décisions ont appliqué la possibilité d'un retrait dans un délai raisonnable à des décisions accordées en exécution d'une injonction prononcée par un jugement ou un arrêt finalement annulé – un permis de construire<sup>134</sup> ou une autorisation de regroupement familial<sup>135</sup> par exemple.

---

<sup>129</sup> « Par dérogation à l'article L. 243-3, une mesure à caractère de sanction infligée par l'administration peut toujours être retirée. »

<sup>130</sup> CE, 29 décembre 1999, *MO...*, n° 185005, A ; si, dans ses conclusions, le président Stahl relevait que « les seuls droits acquis qui pourraient résulter d'une décision de sanction nous semblent être, pour l'agent, la garantie de ne pouvoir se voir infliger une sanction plus lourde », nous n'avons pas trouvé de décision qui retienne ce raisonnement, et la lettre de l'article L. 243-4 du CRPA ne laisse que peu de place à la nuance.

<sup>131</sup> CE, Section, 7 octobre 2016, *Commune de Bordeaux*, n° 395211, A - Rec. p. 409.

<sup>132</sup> CE, 23 mai 2018, *Ministre de l'intérieur c/ Mme MA...*, n° 416313, B - Rec. T. pp. 542- 747- 830- 847.

<sup>133</sup> CE, Section, 9 décembre 2022, *Département de Seine-Saint-Denis*, n° 451500, A

Enfin, ainsi que le relevait Philippe Ranquet dans les conclusions qu'il a prononcées sur cette affaire en juin dernier, « le « *délai raisonnable* » dont dispose l'administration, dans l'ensemble des régimes décrits, (...) est également une notion délicate à transposer : adaptée lorsqu'il s'agit d'encadrer le retrait d'une décision créatrice de droits (...), elle est problématique pour le retrait d'une sanction car, tant que ce délai raisonnable court, la question de la coexistence des deux sanctions peut se poser. » Et c'est vrai, la question se pose. Mais vous pourrez y apporter une réponse, elle aussi, « raisonnable ».

En effet, *mutatis mutandis*, le raisonnement nous semble pouvoir être retenu quand bien même la deuxième sanction n'est pas prise « pour l'exécution » de la suspension, laquelle impliquait seulement de réintégrer l'intéressé qui avait été mis à la retraite d'office, et non qu'une autre sanction soit prononcée. Mais elle a été prononcée en tenant compte des motifs de la suspension, et est donc intervenue *en conséquence* de la suspension et du doute sérieux quant à la légalité de la décision en litige. La jurisprudence citée adapte le délai raisonnable de principe au type d'acte en cause ; s'agissant de sanctions, nous l'avons dit, ce délai nous semble devoir être réduit au strict minimum. Pour le dire autrement : si, un peu plus qu'un instant de raison, deux sanctions effectives cohabiteront dans l'ordonnement juridique, il ne faut pas que la situation de l'intéressé s'en ressente.

**3.3.** Cela ne nous paraît ni déraisonnable, ni impraticable. Pour les intéressés, fonctionnaires et administrations, une sanction se matérialise par des actes de gestion (mention au dossier du fonctionnaire, suspension du traitement, etc.) qui sont tout sauf instantanés<sup>136</sup>. Ils le sont en tous cas moins que l'ajustement de « l'ordonnement juridique » par l'effet d'une décision de justice, et il faut compter avec les diligences plus ou moins grandes des personnes chargées de leur faire déployer tous leurs effets<sup>137</sup>. Il en résulte qu'il n'y a pas lieu, en se complaisant dans une vision trop principielle de la règle du non cumul, de jouer à se faire peur quant au risque d'une méconnaissance durant une période de temps très limitée du principe de *non bis in idem*.

Il ne nous semble donc pas que vous deviez théoriser une solution automatique du type « si la suspension de la sanction initiale cesse, la nouvelle sanction doit être regardée comme implicitement mais nécessairement retirée » ou bien « si la nouvelle sanction précise qu'elle est prise à titre provisoire dans l'attente du jugement du fond, elle ne vaut que jusqu'à la notification de celui-ci ». Nous ne voyons pas comment vous pourriez, ni aujourd'hui, ni

---

<sup>134</sup> CE, 25 mai 2018, *Préfet des Yvelines et autres*, n° 417350, p. 240.

<sup>135</sup> CE, 10 juillet 2020, *Mme MBA...*, n° 430609, B.

<sup>136</sup> En l'espèce, par exemple, la suspension de la première sanction résulte d'une ordonnance du 7 novembre 2018, et c'est par un arrêté du 10 décembre 2018 (au-delà du délai d'un mois imparti par le juge des référés) que M. V... est réintégré, de façon rétroactive, « à compter du 8 novembre 2018 ».

<sup>137</sup> D'où les injonctions, astreintes et contentieux d'exécution.

demain, envisager toutes les hypothèses susceptibles de se présenter, par l'effet notamment de l'entrelacs des motifs de suspension, des motifs d'annulation, de l'exercice de recours contentieux et de la succession des niveaux de juridiction.

Vous engager dans cette voie n'est pas nécessaire au litige et ne nous paraît pas opportun.

Il nous semble en revanche raisonnable de laisser à l'administration le choix de la sanction qu'elle souhaite retirer. Vous admettez déjà qu'elle dispose de ce choix dans une décision de 2019, *Commune de Ris-Orangis*<sup>138</sup>, par laquelle vous avez jugé que l'autorité qui a rapporté une sanction pour en prendre une moins sévère conformément à l'avis contraignant d'un conseil de discipline de recours mais qui obtient ensuite l'annulation de cet avis *peut* – sans donc y être tenue – décider de prononcer à nouveau la sanction plus sévère. Vous utilisiez également le verbe « pouvoir » dans la décision déjà mentionnée *JO...*, et les conclusions du président Arrighi de Casanova indiquent que l'autorité compétente avait le choix entre reprendre la sanction initiale qu'elle a rapportée pour se conformer à l'avis du conseil supérieur ou s'en tenir à la sanction prise pour se conformer à l'avis annulé, laquelle ne disparaît pas automatiquement.

4. Vous l'aurez compris, il nous semble donc que l'édiction d'une sanction plus faible lorsque la sanction initiale a été suspendue en raison de son caractère disproportionnée ne nous semble méconnaître ni le caractère exécutoire et obligatoire de l'ordonnance de référé, ni le principe général du droit selon lequel une autorité administrative ne peut sanctionner deux fois la même personne à raison des mêmes faits. Si vous estimez souhaitable de le préciser, vous pourrez ajouter qu'il appartiendra en revanche à l'administration de retirer l'une ou l'autre des sanctions en cas de rejet du recours tendant à l'annulation de la sanction initiale.

En l'espèce, vous censurerez donc pour erreur de droit le motif de l'arrêt attaqué jugeant le contraire, après quoi vous pourrez, en application de votre jurisprudence *Commune de Barcarès*<sup>139</sup>, constater que l'un des moyens reconnus comme fondés par la cour administrative d'appel de Paris justifie légalement le dispositif de son arrêt.

III. À quelques mois de son quatre-vingtième anniversaire, *Dame Veuve TG...* n'a pas pris une ride. *Sieur A...* non plus. Il vous faisait juger en 1945 « qu'une sanction ne peut (...) être prononcée légalement sans que l'intéressé ait été mis en mesure de présenter utilement sa défense ; qu'il doit, par suite, au préalable, recevoir connaissance, sinon du texte même du rapport établi ou de la plainte déposée contre lui, du moins de l'essentiel des griefs qui y sont contenus, de manière à être en état de formuler à ce sujet toutes observations qu'il juge

---

<sup>138</sup> CE, 8 février 2019, *Commune de Ris-Orangis*, n° 409669, B

<sup>139</sup> CE, Section, 22 avril 2005, *Commune de Barcarès*, n° 257877, p. 170.

nécessaires ». Il nous semble que tel est bien l'équilibre que vous préserveriez si vous nous suivez.

Sur le premier point à juger, votre réponse pourra se prévaloir d'une antériorité illustre dans votre jurisprudence.

Sur le second point à juger, vous ferez œuvre novatrice en tranchant une question inédite.

C'est déjà beaucoup pour une seule affaire.

**PMNC** au rejet du pourvoi et à ce que l'État verse à M. V... la somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative

\*\*\*\*\*