

CONCLUSIONS

M. Florian ROUSSEL, Rapporteur public

Comment évaluer le préjudice financier d'un agent lorsque la mesure d'éviction illégale, jugée disproportionnée, a été remplacée par une sanction moins sévère ? La principale question soulevée par le présent litige suggère qu'à 90 ans passés, votre jurisprudence X... appelle encore quelques légères clarifications.

Les faits et la procédure

Le requérant, M. H..., était un gardien de la paix dont les manquements réitérés suggèrent qu'il avait mal choisi sa voie. Les nombreuses négligences commises dans le cadre de ses missions¹, en particulier à l'occasion de la surveillance d'une personne gardée à vue, ainsi que la méconnaissance récurrente de ses obligations statutaires, notamment en ce qui concerne les autorisations d'absence², ont conduit le ministre à le révoquer, par un arrêté notifié le 27 août 2012.

Cette décision a été annulée par un jugement du 3 octobre 2013, devenu définitif, en raison de l'erreur manifeste d'appréciation quant au choix d'une telle sanction³. Par un nouvel arrêté,

¹ Négligences à l'occasion de la surveillance d'une personne gardée à vue conduisant à un retard dans son alimentation, négligence dans l'usage et la conservation de son arme de service, méconnaissance des instructions relatives au port du gilet pare-balles, détérioration de sa carte professionnelle sans en rendre compte à sa hiérarchie. Il lui était en outre reproché des infractions au code de la route ayant donné lieu à l'invalidation de son permis de conduire.

² Absences non justifiées, refus de se soumettre à des contrôles médicaux, défaut de sollicitation de l'autorisation hiérarchique pour un déplacement alors que l'intéressé était en congé maladie

³ Le jugement a été rendu un mois avant votre décision d'Assemblée D... (13 novembre 2013, n° 347704), par laquelle vous avez fait évoluer votre jurisprudence en retenant que le de l'excès de pouvoir exerce un contrôle normal sur la question de savoir si la sanction retenue est proportionnée à la gravité des fautes reprochées à

pris le 12 décembre suivant, mais qui n'a été notifié que le 22 février 2014, le ministre en a tiré les conséquences en réintégrant administrativement l'intéressé à compter du 28 août 2012, soit le lendemain de la notification du précédent arrêté annulé, tout en lui infligeant une nouvelle sanction d'exclusion de vingt-quatre mois.

Décidément inamendable, l'agent, a cependant fait l'objet, le 10 février 2015, d'une nouvelle mesure de révocation pour des faits distincts, à savoir la commission, en septembre 2013, d'un délit d'escroquerie dans un grand magasin... La légalité de cette décision, qui n'est pas en cause ici, a, cette fois, été confirmée par un nouveau jugement.

M. H... entend désormais obtenir, d'une part, le paiement d'heures supplémentaires et d'indemnités correspondant à des congés non pris du fait de la nouvelle mesure de révocation et, d'autre part, l'indemnisation des préjudices qu'il estime avoir subis en raison de l'illégalité de la mesure de révocation initiale.

Demande relative aux congés et aux heures supplémentaires

Pour refuser de faire droit à la première de ces demandes, la cour s'est fondée sur la seule circonstance que le tableau du logiciel de gestion du temps de travail des policiers, dit « geopol », produit par le requérant pour justifier de son droit à indemnité, ne comportait pas son nom.

Cette motivation nous paraît s'exposer à l'erreur de droit qui lui est reprochée. Le document produit faisait, en effet, apparaître les heures supplémentaires et indemnités correspondant à des congés non pris sur la période concernée et, s'il n'était pas nominatif, l'agent faisait valoir, sans être contredit, qu'il ne pouvait accéder, via ce logiciel, qu'à ses données personnelles. On n'ose d'ailleurs imaginer qu'il ait pu en être différemment...

Il lui était difficile de produire des éléments complémentaires. Les attestations de collègues ou de la hiérarchie étaient très délicates à recueillir dans les circonstances de l'espèce et leur valeur probante n'aurait d'ailleurs été que limitée. L'intérêt d'un logiciel de gestion du temps de travail est précisément de garantir un dispositif fiable et objectif du décompte, et vous avez récemment reproché à l'administration son absence pour les praticiens hospitaliers dans une décision Syndicat des jeunes médecins du 22 juin 2022 (n° 446917, B).

Certes, les juges du fond étaient saisis d'un recours indemnitaire, dans lequel la charge de la preuve repose principalement sur le demandeur, et non d'un recours pour excès de pouvoir

l'agent.

dans lequel trouve à s'appliquer un régime d'administration de la preuve plus balancé, dit de la preuve objective, qui n'impose au demandeur, dans un premier temps, que de faire état d'allégations sérieuses, qu'il appartient ensuite à l'administration de contredire (CE, 2/7 SSR, 26 novembre 2012, C..., n°354108, A).

Toutefois, même en contentieux indemnitaire, votre jurisprudence se veut pragmatique, en particulier lorsque la perte de certaines pièces est imputable à l'administration (V. 5/6, 1^{er} février 2022, Israël, n° 440852), ou lorsqu'elle détient seule les éléments de preuve (Sect. 20 juin 2003, Sté des établissements Lebreton, p. 273 ; CE, 21 mai 2007, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Société Sylvain Joyeux, n° 284719, A).

En outre, comme le soulignaient en 2021 les auteurs à l'AJDA d'une chronique consacrée à la réparation des illégalités fautives⁴, « *la responsabilité du fait des décisions illégales commence par le constat d'une illégalité pour lequel le raisonnement [est] très proche entre les deux contentieux* ». Il y a une certaine logique à ce que la charge de la preuve de l'illégalité s'apprécie alors comme en contentieux de l'annulation.

Ainsi, la cour ne pouvait rejeter la demande en l'état. Si les éléments produits ne leur semblaient pas suffisants pour évaluer les indemnités réclamées, les juges du fond devaient exiger de l'administration la production de tout document susceptible de permettre de vérifier les allégations de l'agent. Pour ce que nous en comprenons, il n'aurait pas été bien difficile à celle-ci de s'assurer que l'extrait du logiciel produit était bien authentique. Le ministre, au demeurant, ne le contestait même pas dans ses écritures.

L'arrêt attaqué devra donc être annulé en tant qu'il rejette cette première série de demandes.

Demande relative à la réparation des conséquences financières de l'éviction illégale

Question soulevée

- Venons-en aux conclusions tendant à la réparation du préjudice financier subi pendant la période comprise entre la première révocation, en août 2012, et la mesure d'exclusion, prise en décembre 2013 et notifiée au mois de février suivant, qui lui a été substituée.
- Les juges d'appel ont entendu faire application d'un principe, posé dans votre décision d'Assemblée X... (7 avril 1933, n° 4711, A) et repris ensuite, en 2013, dans votre décision de section Commune d'Ajaccio (6 décembre 2013, n° 365155), selon lequel les préjudices en

⁴ Clément Malverti et Cyrille Beaufils, Les causes perdues, AJDA 2021, p. 966

lien avec une mesure d'éviction irrégulière du service ne sont indemnisables que s'ils présentent un lien direct de causalité avec l'illégalité commise, un tel lien devant être apprécié « *compte tenu de l'importance respective de cette illégalité et des fautes relevées à l'encontre de l'intéressé* »⁵. Selon une logique qu'il vous arrive de retenir au-delà du seul contentieux de la fonction publique, la faute de l'agent peut ainsi aller jusqu'à « absorber » celle de son employeur.

Cette jurisprudence trouve notamment à s'appliquer lorsque l'illégalité de la sanction initiale est motivée par son caractère disproportionné. Ainsi, par exemple, dans une décision L... du 5 octobre 2016 (n° 380783, B), vous avez jugé que les fautes commises par l'agent étaient d'une gravité suffisante pour justifier son éviction définitive du service, alors même que la suspension des droits à pension dont était assortie la mesure de révocation avait été jugée disproportionnée.

Même si la question de l'existence du lien de causalité relève en principe de l'appréciation souveraine des juges du fond, vous contrôlez, en la matière, de façon globale, sous l'angle de la qualification juridique, l'appréciation portée sur l'importance respective de l'illégalité et des fautes relevées à l'encontre de l'agent (7/2, 13 octobre 2023, CC..., n°462580, C).

- En l'espèce, la cour a retenu que les manquements commis par l'agent étaient d'une gravité telle qu'ils « absorbaient » la faute de l'administration, de sorte que son préjudice financier était sans lien direct avec la mesure de révocation annulée.

Le pourvoi critique ce raisonnement sous l'angle de la méconnaissance de l'autorité de chose jugée, de l'erreur de droit et de l'erreur de qualification juridique, en rappelant que le requérant, après avoir purgé sa peine initiale pendant 18 mois, a ensuite été privé de toute rémunération pendant une année supplémentaire, soit pendant un total de 30 mois, en exécution de la mesure d'exclusion temporaire substituée à la sanction annulée. Il l'aurait d'ailleurs été encore douze mois de plus, s'il n'avait été entre-temps de nouveau révoqué... Or, la sanction d'exclusion de 24 mois finalement prononcée correspondait, en application de l'article L. 533-1 du CGFP, à celle immédiatement inférieure à la révocation dans l'échelle des peines.

⁵ C'est à ce titre, pour apprécier l'existence d'un tel lien direct de causalité, que le juge, faisant application d'un principe rappelé dans votre décision Z... du 19 juin 1981 (Section, n° 20619), peut rechercher si, compte tenu des fautes commises par l'agent, la même sanction, ou une sanction emportant les mêmes effets, aurait pu être légalement prise par l'administration.

Toutefois, même lorsqu'une mesure identique est juridiquement impossible, ce qui est le cas lorsque la sanction initiale a été jugée disproportionnée, le juge n'en reste pas moins tenu de mettre en balance l'importance respective de l'illégalité et des fautes commises par l'agent, afin de déterminer si le préjudice – ou une part de celui-ci – est en lien avec cette illégalité.

Dans ces conditions, l'agent ne pourrait-il pas, au moins, prétendre à une indemnité correspondant à 6 mois de rémunération ? Cependant, à la réflexion, il nous semble que cette contradiction n'est qu'apparente.

La nécessaire comparaison entre la peine déjà purgée et la sanction légalement justifiée

- Les moyens d'erreur de droit et de méconnaissance de l'autorité de chose jugée pourront d'abord être aisément écartés.

Vous avez en effet retenu, dans une assez récente décision Jouglà du 28 mars 2018 (n° 398851, B) que le juge n'est alors jamais tenu de rechercher la sanction qui aurait pu être légalement prise par l'administration. Il n'est pas lié par la position du juge de l'excès de pouvoir, l'appréciation portée sur la gravité du manquement ne coïncidant pas nécessairement avec celle sur la peine susceptible d'être infligée.

- Le seul débat possible porte ainsi sur le moyen d'erreur de qualification juridique. A cet égard, nous sommes d'avis, en dépit de l'orthodoxie du principe posé dans la décision Jouglà, qu'il convient, autant que possible, de veiller à la cohérence entre la question de la légalité de la sanction et celle du droit à indemnisation de l'agent – une éventuelle divergence étant souvent peu audible pour les intéressés et source de confusion pour les juges du fond.

Ainsi, d'ailleurs, dans cette affaire où une décision de licenciement, prononcée 16 mois avant le départ à la retraite de l'agent, avait été annulée en raison de son caractère disproportionné, la cour, dont vous avez approuvé le raisonnement, avait indemnisé l'intéressé à hauteur de 4 mois de pertes de rémunérations et, dans ses conclusions, S-J Lieber soulignait que la sanction immédiatement inférieure de 12 mois d'exclusion pouvait légalement être prononcée.

Le raisonnement est analogue lorsque, comme en l'espèce, l'administration a déjà substitué une nouvelle sanction à celle déjà annulée, et ce y compris si elle a finalement infligé à l'agent une peine plus clémentine que celle qu'elle aurait pu légalement prendre. Lorsqu'elle fait ainsi le choix de l'indulgence (ou de la prudence), il serait incohérent qu'elle en subisse les conséquences sur le plan indemnitaire. C'est ce qu'illustre votre décision Tacite du 25 février 2015 (6/1, n° 369898, C) : alors qu'une magistrate judiciaire avait finalement été sanctionnée d'une simple mesure de déplacement d'office après l'annulation, pour un vice de légalité externe, de la mesure de révocation dont elle avait initialement fait l'objet, vous n'en avez pas moins jugé que la gravité des fautes commises justifiait que près de la moitié des pertes de revenus subies par l'intéressée restassent à sa charge (ce qui revenait à considérer qu'elles auraient pu justifier une exclusion temporaire). Comme le souligne Xavier de

Lesquen dans ses conclusions, il avait, en effet, été tenu compte, dans le choix de la nouvelle sanction, de la longue peine déjà purgée.

Ce n'est donc, nous semble-t-il, que dans des circonstances très particulières que l'appréciation portée sur le lien de causalité entre l'illégalité fautive et le préjudice financier devrait conduire à faire supporter à l'agent des pertes de rémunération supérieures à celles qu'il aurait supportées si une sanction légale lui avait été infligée. A défaut d'être strictement nécessaire, il est donc extrêmement utile pour le juge de rechercher, lorsque la sanction initiale a été jugée disproportionnée, quelle aurait été la sanction la plus sévère dont l'agent aurait pu écopier.

Comme le résume la chronique à l'AJDA de 2021 précitée, « à une décision illégale non susceptible d'être réitérée légalement, le juge de la responsabilité peut intellectuellement, pour évaluer le montant du préjudice indemnisable, substituer la décision légale s'en rapprochant le plus ». De même que face à un préjudice financier résultant d'une réglementation des prix illégale, le juge vérifie les prix qui auraient pu légalement être fixés, en n'indemnisant ainsi les victimes que de la différence (Ass., 28 février. 1992, n° 87753, Société Arizona Tobacco ; sect., 25 juin 1999, Société d'eaux minérales et bains de mer d'Allevard, n° 188702).

- Cette approche conduit, au cas d'espèce, à écarter le moyen d'erreur de qualification juridique. La peine purgée à la suite de la mesure de révocation initiale a, en effet, été de 18 mois (du 27 août 2012 au 22 février 2014), soit une durée inférieure à la sanction de 2 ans qui lui a finalement été substituée. Et, ainsi d'ailleurs que le juge de l'excès de pouvoir l'a retenu, il nous semble que cette nouvelle peine pouvait légalement être prononcée, au regard des nombreux manquements qui l'ont justifié. Ce point n'est d'ailleurs pas véritablement contesté devant vous.

- Reste le paradoxe apparent tenant à ce que le requérant s'est trouvé privé de rémunération pendant non pas 18 ou 24 mais 30 mois.

Il nous semble cependant que, lorsqu'une nouvelle sanction a été substituée à la sanction illégale, il n'y a pas lieu d'intégrer dans le raisonnement précédemment exposé, la prise en compte des pertes de revenus en lien avec cette mesure ultérieure, pas plus qu'il n'y a à s'interroger sur sa légalité. De telles pertes de rémunérations sont, en effet, par construction, sans lien direct avec la mesure de révocation initiale.

En règle générale, une telle solution ne devrait pas causer à l'intéressé des pertes financières injustifiées. Votre jurisprudence est, en effet, fixée en ce sens, depuis une décision de section

A... du 17 mai 1968 (n° 66522), que l'administration doit, en principe, tenir compte de la peine déjà exécutée en application de la sanction initiale, sauf à préciser les motifs pour lesquels elle s'abstient de le faire (V. pour un rappel récent, CE, 3 mai 2017, SAFA, n° 384113, C). L'agent, déjà exclu six mois du service et dont les manquements justifieraient en principe une exclusion d'un an ne sera ainsi exclu que six mois supplémentaires, compte tenu de la peine déjà purgée.

Si, en l'espèce, la solution proposée conduit à priver l'intéressé de toute indemnité alors qu'il ne pouvait être sanctionné pour la durée correspondante, c'est parce que le ministre a méconnu cette jurisprudence lorsqu'il a substitué à la mesure de révocation la sanction d'exclusion de deux ans. Compte tenu de la peine de 18 mois déjà purgée et de l'absence de possibilité d'exclusion pour une durée supérieure à deux ans, M. H... ne pouvait, au plus, être exclu du service que pour six mois supplémentaires. Il n'aurait pas dû être exclu du service et privé de sa rémunération entre le 28 août 2014 (soit 2 ans après la sanction initiale) et le 10 février 2015, date de la seconde mesure de révocation.

On ne saurait non plus considérer que dans son silence, la nouvelle sanction devrait être regardée comme tenant compte de la peine déjà purgée. Vous avez, en effet, récemment précisé, dans une décision Y... rendue le 5 juillet dernier (n° 445926, B), que dans une telle hypothèse, la nouvelle sanction commence à s'appliquer à compter de sa notification. Comme le soulignait J-F. de Montgolfier dans ses conclusions, l'administration peut certes faire démarrer la nouvelle sanction à la date de la notification de la sanction initiale, mais il ne s'agit pour elle que d'une faculté, qui n'a pas, en l'espèce, été utilisée.

Dans ces conditions, le préjudice portant sur la perte de rémunérations au cours de cette période nous paraît sans lien avec la mesure de révocation initiale, dès lors qu'il trouve son origine exclusive dans une faute distincte de l'administration, en lien avec la durée illicite de la nouvelle la sanction d'exclusion.

Seule la faute commise à raison de l'illégalité de la sanction initiale étant invoquée devant elle, la cour n'avait pas à s'interroger sur la légalité de la sanction qui lui a été substituée. C'est donc à juste titre qu'elle a rejeté la demande dont elle était saisie.

PCM :

Annulation de l'arrêt attaqué en tant seulement qu'il statue sur la demande relative aux congés et heures supplémentaires et renvoi de l'affaire à la cour dans cette mesure

Mise à la charge de l'Etat à la SCP Thouin-Palat, Boucard, avocat de M. H..., de 3 000 euros en application du deuxième alinéa de l'article 37 de la loi du 10 juillet 1991