

Chronique de jurisprudence du Tribunal des conflits et du Conseil d'État : le contentieux du monde judiciaire 328t0



Par
Sophie ROUSSEL
Maître des requêtes au
Conseil d'État

L'essentiel

Tous les 4 mois, cette chronique revient sur l'actualité du contentieux du monde judiciaire. Une sélection de décisions commentées du Tribunal des conflits et du Conseil d'État fait le point de la jurisprudence en matière de droits fondamentaux et libertés publiques, d'administration judiciaire et de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. Ce mois-ci, sont commentées quatre décisions du Conseil d'État. La première précise les conditions dans lesquelles le recours à la transaction dans le cadre d'un litige administratif est permis. Par la deuxième, le Conseil d'État applique le principe d'indivisibilité du parquet à l'agrément des agents de police municipale. Les deux dernières sont relatives respectivement aux règles applicables à la nomination et à l'avertissement des magistrats judiciaires.

PLAN

I. DROITS FONDAMENTAUX ET LIBERTÉS PUBLIQUES	p. 24
II. ADMINISTRATION JUDICIAIRE	p. 26
III. RÉPARTITION DES COMPÉTENCES	(néant)

I. DROITS FONDAMENTAUX ET LIBERTÉS PUBLIQUES

On ne transige pas avec la loi 338y2

L'essentiel Une transaction peut comporter un effet extinctif ou préventif d'un litige administratif, sous réserve de la licéité de son objet, de l'existence de concessions réciproques et équilibrées entre les parties et du respect de l'ordre public. Il est toutefois impossible de transiger sur des questions entièrement réglées par la loi.

CE, 10^e et 9^e ch. réunies, 26 oct. 2018, n° 421292, Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ M. C., Lebon T., M^{me} Thomas, rapp., M^{me} Bretonneau, rapp. publ.

Note

M. C. a été affecté aux ateliers et au service général du centre pénitentiaire de Maubeuge, où il était détenu, de janvier 2015 à janvier 2017. Estimant avoir reçu en rémunération de ce travail pénitentiaire une somme inférieure à celle à laquelle il pouvait légalement prétendre, il a demandé, par un courrier du 20 octobre 2017, au directeur interrégional des services pénitentiaires des Hauts-de-France à être indemnisé du préjudice résultant du mode de calcul erroné de sa rémunération sur cette période. Ayant reconnu que l'intéressé était, à ce titre, créancier d'une somme de 3 502,68 €, l'administration pénitentiaire lui a proposé de régler ce litige par voie de transaction. M. C. a accepté et signé, le 5 février 2018, un protocole transactionnel par lequel il a accepté la somme proposée et déclaré, en contrepartie, renoncer à tout recours contre le ministère de la Justice ayant le même

objet. Il s'agit donc d'une transaction préventive d'un contentieux potentiel et non extinctive d'un contentieux pendant (qui se serait traduit par un désistement).

Mais cette transaction préventive s'est révélée inefficace. En l'absence de versement de la somme réclamée, M. C. a saisi, le 14 février 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Lille, sur le fondement de l'article R. 541-1 du Code de justice administrative, d'une demande de référé-provision tendant à ce que l'État soit condamné à lui verser la somme de 3 576,78 €. Par une ordonnance du 22 mai 2018, le juge des référés a condamné l'État à lui verser une provision de 3 502,68 € au titre des arriérés de salaire dus et a rejeté le surplus de sa demande (correspondant à 74,10 €).

Avant d'octroyer cette provision, le juge des référés avait écarté la fin de non-recevoir opposée par le ministre de la Justice qui se prévalait de la transaction signée par M. C., au motif qu'un protocole transactionnel comportant un engagement à renoncer à engager une action en justice ne saurait, en aucun cas, faire obstacle à l'exercice d'un recours juridictionnel. C'est ce motif de principe, plus que le dispositif de l'ordonnance mettant à sa charge le paiement d'une somme d'argent, qui a suscité le pourvoi en cassation que le ministre de la Justice a introduit devant le Conseil d'État : ce dernier faisait en effet valoir que la somme litigieuse avait été réglée et qu'il n'était pas question de la récupérer en cas d'annulation de l'ordonnance du 22 mai 2018.

Si la solution du juge des référés a été confirmée par le Conseil d'État qui a rejeté le pourvoi du ministre de la Justice, le terrain qu'il avait retenu a été censuré par la décision rapportée qui rappelle qu'une transaction peut comporter un effet extinctif ou préventif d'un litige.

Le cadre juridique des transactions administratives est fixé par le Code civil et le Code des relations entre le public et l'administration. L'article 2044 du Code civil dispose que : « La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ». Ses effets sont précisés à l'article 2052 du même code qui dispose que : « La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet ». Traitant des transactions administratives, le Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) fait expressément référence au Code civil. Son article L. 423-1 dispose que : « Ainsi que le prévoit l'article 2044 du Code civil et sous réserve qu'elle porte sur un objet licite et contienne des concessions réciproques et équilibrées, il peut être recouru à une transaction pour terminer une contestation née ou prévenir une contestation à naître avec l'administration. La transaction est formalisée par un contrat écrit ». Ainsi que l'exposait Aurélie Bretonneau, dans ses conclusions conformes sur la présente affaire : « Sauf à admettre que cet article législatif, qui couvre les transactions tant extinctives que préventives, méconnaît la Constitution, nous voyons mal comment endosser une portée générale de l'affirmation du juge des référés selon laquelle un protocole transactionnel signé avant l'introduction de l'instance n'a pas pour effet de faire obstacle au droit du requérant à un recours effectif devant une juridiction sauf à méconnaître cette garantie constitutionnelle ».

La décision du 26 octobre 2018 déduit des dispositions précitées, dans une affirmation de portée générale, « que l'administration peut, afin de prévenir ou d'éteindre un litige, légalement conclure avec un particulier un protocole transactionnel, sous réserve de la licéité de l'objet de ce dernier, de l'existence de concessions réciproques et équilibrées entre les parties et du respect de l'ordre public ». La décision rattache directement ce dernier point à l'article 6 du Code civil aux termes duquel : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public (...) ». On retrouve dans les conditions auxquelles est subordonnée la faculté de transiger celles de licéité de l'objet de la transaction et de respect de l'ordre public énoncées par l'assemblée du contentieux dans l'avis contentieux du 6 décembre 2002 *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haj-les-Roses* (CE, 6 déc. 2002, n° 249153, Lebon, p. 433). S'y ajoute celle, inhérente à toute transaction et qu'explicite l'article L. 423-1 du Code des relations entre le public et l'administration, de l'existence de concessions réciproques et équilibrées entre les parties. Elle revêt une importance particulière dans le cas d'une transaction entre l'administration et un particulier, eu égard à l'asymétrie structurelle qui existe entre les deux parties.

De cette affirmation de principe, le Conseil d'État déduit logiquement que le juge des référés a entaché son ordonnance d'erreur de droit, en donnant, dans cette mesure, satisfaction au ministre de la Justice. Dans cette mesure

seulement, car il rejette finalement son pourvoi après avoir procédé à une substitution de motif.

Le Conseil d'État avait en effet soulevé un moyen d'ordre public tiré de la nullité de la transaction litigieuse dont l'examen n'implique l'appréciation d'aucune circonstance de fait et qu'il a substitué au motif juridiquement erroné retenu par l'ordonnance attaquée, dont il justifie légalement le dispositif.

Pour ce faire, la décision du 26 octobre 2018 prend le soin de déterminer exactement la nature du litige que le protocole transactionnel, conclu le 5 février 2018, visait à régler en relevant qu'il a pour objet non « de réparer un préjudice mais exclusivement d'assurer le versement des salaires légalement dus à M. [C.] ». Ainsi que l'expliquent les conclusions d'Aurélie Bretonneau : « (...) même si le recours introduit par M. [C.] se présente *prima facie* comme un recours indemnitaire, il s'agit en réalité d'un contentieux de type « Lafage » du nom du grand arrêt du 8 mars 1912 qui permet au requérant entendant contester le refus par l'administration de lui verser une somme légalement due de choisir indifféremment la voie soit du recours indemnitaire, en demandant au juge qu'on compense le préjudice né de l'absence de versement de la somme, soit celle du recours pour excès de pouvoir en demandant l'annulation de la décision de refus de la lui verser. On pourrait donc estimer que le référé provision s'adosse en réalité ici à une contestation susceptible de relever du contentieux de l'excès de pouvoir ».

C'est à l'aune de la nature du litige entre le requérant et l'administration, ainsi identifiée, qu'il convient de comprendre la solution retenue par le Conseil d'État au cas d'espèce. Il ne s'agit pas ici de la réparation d'un préjudice dont l'évaluation du montant est susceptible d'être discutée entre les parties et de faire l'objet d'un accord au terme de fructueuses concessions de part et d'autre, mais du versement de sommes correspondant à la rémunération d'un travail pénitentiaire. Or, après avoir cité l'article 717-3 du Code de procédure pénale et précisé que la rémunération du travail effectué au sein des établissements pénitentiaires ne peut être inférieure à des taux horaires qui varient suivant la nature des activités exercées par la personne détenue, le Conseil d'État poursuit en indiquant que « ces dispositions régl[e]nt entièrement les conditions de la rémunération du travail des personnes détenues et exclu[e]nt pour leur application toute recherche de concessions réciproques et équilibrées entre les parties ». Le raisonnement est assez simple : le protocole est nul dès lors que le litige qu'il entend régler ne saurait donner prise à aucune transaction. En effet, en contrepartie de son renoncement à saisir le juge, M. C. n'a obtenu rien de plus que ce à quoi il pouvait légalement prétendre. Il ne pouvait d'ailleurs obtenir davantage sauf à ce que l'administration consente une libéralité, en méconnaissance d'une règle d'ordre public (CE, sect., 19 mars 1971, n° 79962, M., Lebon, p. 235). La condition tenant à l'existence de concessions réciproques et équilibrées n'est donc pas remplie. Voilà pourquoi le protocole transactionnel conclu le 5 février 2018 était entaché de nullité et ne pouvait faire obstacle à la saisine du juge des référés, sur le fondement de l'article R. 541-1 du Code de justice administrative. Le terrain choisi par le Conseil d'État le dispense de prendre parti sur le caractère d'ordre public ou non de la rémunération du travail en prison, sachant

que la chambre sociale de la Cour de cassation juge contraire à l'ordre public social une transaction prévoyant le versement d'une rémunération inférieure aux minimas sociaux (Cass. soc., 9 avr. 1962 : Bull. civ. V, n° 375) et que la rémunération des détenus est calculée en pourcentage de ces minimas sociaux.

La décision commentée ne prétend pas trancher, une fois pour toutes, la délicate question de savoir si un litige relevant du contentieux de l'excès de pouvoir est ou non susceptible de faire l'objet d'une transaction. De nombreuses et augustes voix, dont celle du professeur Chapus, ont plaidé pour qu'il y soit répondu par la négative en soutenant que le caractère d'ordre public du recours pour excès de pouvoir y faisait résolument obstacle. En

sens inverse, il faut relever que le législateur est intervenu pour prévoir expressément la possibilité de transiger dans le domaine du contentieux d'excès de pouvoir de l'urbanisme (v. en ce sens C. urb., art. L. 600-8). Mais le Conseil d'État adresse un signal clair à l'administration : indépendamment de la réserve de l'ordre public qui vient limiter la libre volonté des parties à un contrat (laquelle se manifeste également en matière d'arbitrage international : v. T. confl., 17 mai 2010, n° 3754, Inserm c/ Fondation Letten F. Saugstad, Lebon, p. 580 ; CE, ass., 9 nov. 2016, n° 388806, Sté Fosmax LNG, Lebon, p. 466), la faculté de transiger de l'administration ne saisit pas les questions de pure légalité. Autrement dit, on ne transige pas avec la loi, sauf dispositions législatives expresses contraires.

II. ADMINISTRATION JUDICIAIRE

Indivisibilité du parquet et agrément des policiers municipaux 338y3

L'essentiel Les décisions en matière d'agrément des agents de police municipale prises par le procureur de la République peuvent également être prises par tout magistrat du parquet placé sous l'autorité de celui-ci.

CE, 5^e et 6^e ch. réunies, 9 nov. 2018, n° 417240, Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ M. D., Lebon T., M. Langlais, rapp., M^{me} Barrois de Sarigny, rapp. publ. ; SCP Boutet-Hourdeaux, av.

Note

Les agents de police municipale sont des fonctionnaires territoriaux, recrutés après avoir été sélectionnés par un concours, par une commune ou un établissement de coopération intercommunale. En vertu de l'article L. 511-12 du Code de la sécurité intérieure, ces policiers doivent, pour pouvoir exercer leurs fonctions, avoir été agréés par le préfet de département et par le procureur de la République. Cet agrément peut être retiré ou suspendu par l'une ou l'autre de ces deux autorités, après consultation de l'employeur territorial. En cas d'urgence, l'agrément peut être suspendu par le procureur de la République sans consultation préalable.

Le pourvoi en cassation soumis au Conseil d'État par le garde des Sceaux, ministre de la Justice, conduisait à s'interroger sur les règles de compétence applicables au sein du ministère public en matière d'agrément des policiers municipaux. Le tribunal administratif d'Orléans puis la cour administrative d'appel de Nantes avaient en effet annulé, pour incompétence, la décision par laquelle un agent de police municipale s'était vu retiré son agrément, au motif que le substitut du procureur qui l'avait signée ne disposait pas d'une délégation de signature du procureur de la République à cet effet.

Le raisonnement des juges du fond était fondé sur la nature administrative de la décision du procureur de la République en matière d'agrément des agents de police municipale (CE, 6 avr. 1992, n° 119653, Procureur de la République près le tribunal de grande instance c/ P., Lebon, p. 150). Dès lors qu'une telle décision ne relève pas des attributions juridictionnelles du procureur, ce qui

justifie d'ailleurs la compétence de la juridiction administrative pour en connaître (v. la ligne de partage entre compétence administrative et compétence judiciaire tracée par la décision du Tribunal des conflits, T. confl., 27 nov. 1952, Préfet de la Guyane, Lebon, p. 642, précisée par la décision T. confl., 12 oct. 2015, n° 4019, M. H., Lebon, p. 510), le tribunal administratif et la cour administrative d'appel avaient estimé devoir appliquer le régime habituel des décisions administratives, selon lequel la compétence de l'auteur d'une telle décision soit est directement prévue par un texte, soit résulte d'une délégation de signature de l'autorité compétente au profit du signataire, régulièrement publiée.

Le Conseil d'État a censuré ce raisonnement, en jugeant que le principe d'indivisibilité du parquet, exprimé à l'article L. 122-4 du Code de l'organisation judiciaire selon lequel « tout magistrat d'un parquet ou d'un parquet général peut exercer les fonctions du ministère public au sein de ce parquet », dispensait le substitut signataire du retrait d'agrément en litige de toute délégation de signature de la part du procureur. La Cour de cassation déduit en effet de ce principe, qui couvre non seulement la sphère pénale mais aussi la sphère civile, que les substituts « puisent dans leur seule qualité, en dehors de toute délégation de pouvoirs, le droit de représenter le ministère public » (Cass. crim., 5 mai 1997, n° 96-81462 : Bull. crim., n° 168). Éclairé par les conclusions conformes de sa rapporteure publique M^{me} Cécile Barrois de Sarigny, le Conseil d'État s'est refusé à faire une distinction dans le champ d'application de ce principe d'indivisibilité du parquet selon que les décisions présentent un caractère administratif ou se rattachent aux attributions pénale ou civile du parquet. D'une part, l'article L. 122-4 du Code de l'organisation judiciaire ne donnait aucunement prise à une telle distinction. Il eût en outre été paradoxal, ainsi que le relevait la rapporteure publique, de tirer d'une règle de partage de compétence entre ordres juridictionnels une conséquence sur l'organisation et le fonctionnement interne du parquet. D'autre part, l'agrément des agents de police municipale ne constitue pas une compétence propre du procureur de la République, à la différence par exemple de ses

attributions en matière d'évaluation professionnelle des magistrats ou de désignation des magistrats composant le parquet des mineurs.

La décision du 9 novembre 2018 juge ainsi, après avoir cité l'article L. 122-4 de l'organisation judiciaire, que les décisions prises en matière d'agrément des agents de police municipale sur le fondement de l'article L. 511-2 du Code

de la sécurité intérieure par le procureur de la République peuvent être également prises par tout magistrat du parquet placé sous l'autorité de celui-ci, sans qu'il soit besoin d'une délégation de signature de la part de celui-ci. Nul doute que cette solution vaut pour toutes les attributions administratives du parquet, de plus en plus nombreuses, par exemple en matière de politique de la ville.

Conditions mises à la nomination des magistrats judiciaires 338y4

L'essentiel Le garde des Sceaux apprécie les candidatures qu'il propose de retenir pour une nomination au regard des aptitudes intéressées mais aussi des exigences déontologiques et des besoins de l'institution judiciaire. Il peut à ce titre prendre en compte la mise en examen d'un magistrat.

CE, 6^e et 5^e ch. réunies, 25 oct. 2018, n^{os} 405418, 408397, 409458 et 412649, M^{me} M. et a., Lebon T., M^{me} Durand-Viel, rapp., M. Dutheillet de Lamothe, rapp. publ. ; SCP Sevaux, Mathonnet, av.

Note

M^{me} M. a été, de janvier 2013 à décembre 2015, présidente du Syndicat de la magistrature. En avril 2013, la presse révéla l'existence, dans les locaux du syndicat, d'un « mur des cons » sur lequel figuraient des photographies de personnalités publiques, certaines accompagnées de commentaires plus que désobligeants. En février 2014, elle a été mise en examen du chef d'injures publiques, au motif qu'elle devrait être regardée comme éditrice de ce panneau, et renvoyée devant le tribunal correctionnel de Paris en février 2015, renvoi confirmé par la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris en septembre 2015.

Après avoir quitté ses fonctions de présidente du syndicat, M^{me} M. s'est portée successivement candidate en vue des affectations de magistrats devant intervenir en décembre 2016 et en juillet 2017 pour occuper les postes hors hiérarchie de président de chambre à la cour d'appel de Bordeaux, de président de la chambre de l'instruction à la cour d'appel de Bordeaux, de premier vice-président au tribunal de grande instance de Bordeaux, de président de chambre à la cour d'appel de Montpellier, de président de chambre à la cour d'appel de Pau, de président de chambre à la cour d'appel de Toulouse et de premier vice-président au tribunal de grande instance de Toulouse. Le garde des Sceaux, ministre de la Justice, a refusé de proposer sa nomination à l'avis conforme du Conseil supérieur de magistrature (CSM). Ces postes ont été pourvus par d'autres candidats proposés et ayant reçu un avis conforme du CSM, à l'exception de deux restés vacants à la suite de l'avis conforme défavorable du CSM à la proposition du garde des Sceaux.

M^{me} M. et le Syndicat de la magistrature ont demandé au Conseil d'État l'annulation pour excès de pouvoir, d'une part, des refus du garde des Sceaux de proposer sa nomination, d'autre part, des décrets nommant d'autres magistrats qu'elle aux postes sur lesquels elle avait candidaté. La décision rendue par le Conseil d'État sur ce

recours, conforme aux conclusions du rapporteur public Louis Dutheillet de Lamothe, est remarquable à deux titres : la recevabilité d'un recours contestant le refus du garde des Sceaux de proposer la nomination d'un magistrat ; les motifs susceptibles de fonder légalement un tel refus.

Le premier apport – discret – de la décision rapportée concerne la recevabilité d'un recours dirigé contre le refus de nommer un magistrat, dans l'hypothèse où le poste ouvert dans le cadre de la procédure dite de « transparence » n'a pas été pourvu en raison de l'avis conforme défavorable donné par la formation compétente à l'égard des magistrats du siège du CSM. La question n'était que partiellement nouvelle. Par la décision d'assemblée du 8 juin 2016 *M^{me} P.* [CE, 8 juin 2016, n^{os} 382736 et 386701, Lebon, p. 236], le Conseil d'État avait déjà jugé, en s'appuyant sur les articles 27-1 et 28 de l'ordonnance n^o 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, que la proposition de nomination du garde des Sceaux constitue un acte préparatoire au décret de nomination du président de la République et qu'une telle proposition n'a, dès lors, pas le caractère de décision faisant grief susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. La décision rapportée confirme cette solution, dans l'hypothèse un peu moins évidente où le poste est resté vacant et que, par suite, aucune nomination n'est susceptible d'être contestée en aval en tant qu'elle ne nomme pas le requérant. On comprend toutefois la logique de cette solution, qui évite la naissance de recours « hors sol », sans point d'atterrissage concret et dont la recevabilité dépendrait de surcroît de l'issue finale de la procédure. Rien n'interdit en outre à l'intéressé de lier le contentieux en saisissant le garde des Sceaux d'une demande sollicitant expressément une proposition de nomination (v. en ce sens CE, 20 avr. 1988, n^o 62047, H., Lebon T., p. 571-882).

Le second apport de la décision du 25 octobre dernier est plus substantiel. M^{me} M. soutenait, à l'appui de ses recours, avoir été victime d'une discrimination en raison de son appartenance syndicale, puisque c'est à raison de ses fonctions de présidente du Syndicat de la magistrature que sa mise en examen est intervenue.

Le Conseil d'État accepte de rentrer dans cette logique, en mobilisant le régime de preuve objective issu de la loi n^o 2008-496 du 27 mai 2008 et de la décision d'assemblée du 30 octobre 2009 [CE, 30 oct. 2009, n^o 298348, *M^{me} P.*, Lebon, p. 407], et appliqué notamment aux discriminations des magistrats en raison de leur appartenance syndicale (v. CE, 10 janv. 2011, n^o 325268, *M^{me} L.*, Lebon, p. 1). Les éléments soumis par la requérante étaient en effet susceptibles de faire présumer un motif discriminatoire.

Ainsi que le relève la décision rapportée, le Conseil supérieur de la magistrature, d'une part, avait émis un avis non conforme sur plusieurs des candidats retenus par le garde des Sceaux pour des postes sur lesquels M^{me} M. s'était portée candidate, en raison de la moindre qualité de leurs dossiers et, d'autre part, avait adressé au garde des Sceaux des recommandations en faveur de la prise en compte de la candidature de l'intéressée ainsi que, le 15 décembre 2016, un courrier par lequel il relevait que « le fait d'écarter systématiquement, depuis un an, les candidatures de M^{me} [M.] aux postes hors hiérarchie pour des motifs étrangers à sa qualité professionnelle ou à la gestion des ressources humaines est vécu par l'intéressée comme une gestion discriminatoire de sa carrière liée à sa qualité de responsable syndicale ».

Le Conseil d'État écarte toutefois, au vu des éléments avancés en réponse par le garde des Sceaux, tout traitement discriminatoire. Bien que les manquements reprochés à l'intéressée soient intervenus à l'occasion des responsabilités qu'elle exerçait à la tête d'un syndicat de magistrats, ils ne sont pas fondés sur son appartenance syndicale. Les motifs avancés par le garde et jugés légaux par le Conseil d'État ne se rapportent pas, en effet, aux opinions exprimées par le syndicat que la requérante présidait sur des personnalités publiques, mais uniquement sur les doutes que les faits en cause étaient susceptibles de faire naître quant à l'appréciation du respect des obligations déontologiques et de l'exigence d'impartialité de l'institution judiciaire, et, d'autre part, sur le retentissement public de l'affaire, ravivé par les étapes de la procédure judiciaire en 2014 et 2015.

Le Conseil d'État juge en outre explicitement que le refus de proposer la candidature d'un magistrat peut être légalement fondé, outre les aptitudes des candidats et les caractéristiques des postes à pourvoir, sur les exigences

déontologiques et « les besoins de l'institution judiciaire », et ce alors même qu'aucune procédure disciplinaire n'aurait été engagée à l'encontre du magistrat concerné. La prise en compte des « besoins de l'institution judiciaire » dans le cadre de la procédure de nomination des magistrats, indépendamment des aptitudes des candidats, n'est pas nouvelle. Le Conseil d'État avait déjà admis qu'une telle considération puisse jouer dans l'appréciation portée par le CSM sur une proposition de nomination faite par le garde des Sceaux (CE, ass., 8 juin 2016, n^{os} 382736 et 386701, préc. ; CE, 6 déc. 2017, n^o 397363, M^{me} P.-G., Lebon T., p. 656-766). Il transpose logiquement ce raisonnement à l'appréciation portée par le garde des Sceaux en amont de celle du CSM et juge que le motif retenu pour refuser la nomination de M^{me} M. n'est pas illégal. Il écarte dans un même mouvement les moyens tirés de ce que le refus de promouvoir M^{me} M. sur un poste hors hiérarchie constituerait une sanction déguisée et méconnaîtrait la présomption d'innocence.

Restait un moyen d'erreur manifeste d'appréciation à avoir retenu, au vu de ces critères, d'autres candidats plutôt que M^{me} M. En ce qui concerne les magistrats disposant d'un dossier d'évaluation comparable à celui de la requérante mais justifiant déjà d'une expérience sur un poste hors hiérarchie, l'erreur manifeste d'appréciation était facile à écarter. Pour les magistrats issus, comme M^{me} M., du premier grade, l'hésitation était davantage possible, en particulier compte tenu du fait que plusieurs des candidats préférés par le garde des Sceaux justifiaient d'une ancienneté moindre dans le corps judiciaire. Il aurait toutefois fallu beaucoup plus d'écart entre le dossier des candidats retenus avec le dossier de M^{me} M., obéré par la procédure judiciaire en cours la concernant et son retentissement sur le fonctionnement du service public de la justice, pour que le juge saisisse une erreur manifeste d'appréciation et que leur nomination soit annulée.

Les droits du magistrat averti 338y5

L'essentiel Le magistrat judiciaire à l'encontre duquel il est envisagé de prononcer un avertissement a le droit à la communication de son dossier, ce qui comprend le droit d'en prendre copie, à moins que sa demande ne présente un caractère abusif.

CE, 6^e et 5^e ch. réunies, 3 oct. 2018, n^o 411900, M. S., Lebon T., M^{me} Durand-Viel, rapp., M. Dutheillet de Lamothe, rapp. publ. ; SCP Thouvenin, Coudray, Grevy, av.

Note

Le Conseil d'État continue de préciser, au gré des espèces, le régime de l'avertissement qu'en vertu de l'article 44 de l'ordonnance n^o 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, l'inspecteur général chef de l'inspection générale de la justice, les premiers présidents, les procureurs généraux et les directeurs ou chefs de service à l'administration centrale ont, en dehors de toute action disciplinaire, le pouvoir d'infliger aux magistrats placés sous leur autorité.

La présente affaire tire en réalité les conséquences de la modification de l'article 44 de l'ordonnance par l'article 31 de la loi organique n^o 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature qui, sans remettre en cause le caractère non disciplinaire de l'avertissement, a néanmoins introduit des garanties pour le magistrat à l'encontre duquel il est envisagé de prononcer un avertissement.

Il est vrai que la jurisprudence du Conseil d'État avait elle-même mis le législateur organique sur cette voie. Par une décision du 21 juin 2017 (CE, 21 juin 2017, n^o 398830, M^{me} I.), qui s'inscrit dans une lignée jurisprudentielle plus ancienne (v. en particulier la décision CE, 24 juill. 1987, n^o 53676, V.-P., Lebon, p. 270), le Conseil d'État avait déjà jugé qu'un avertissement, s'il ne constitue pas une sanction disciplinaire au sens de l'article 45 de l'ordonnance – laquelle relèverait en tout état de cause de la compétence du Conseil supérieur de la magistrature –, est une mesure prise en considération de la personne et est mentionné au dossier du magistrat dont il ne peut être effacé automatiquement que si aucun nouvel avertissement

ou aucune sanction disciplinaire n'est intervenu pendant les 3 années suivantes. Il en avait alors déduit que la procédure d'avertissement doit respecter les droits de la défense, lesquels imposent aux autorités mentionnées à l'article 44 de la même ordonnance d'aviser, dans un délai raisonnable, l'agent concerné de la mesure qu'elle s'apprête à prendre et de lui communiquer, s'il le demande, son dossier.

La loi organique du 8 août 2016 cristallise, par des dispositions expresses, ces garanties jusqu'alors uniquement jurisprudentielles. Le deuxième alinéa de l'article 44 dispose désormais que « le magistrat à l'encontre duquel il est envisagé de délivrer un avertissement est convoqué à un entretien préalable. Dès sa convocation à cet entretien, le magistrat a droit à la communication de son dossier et des pièces justifiant la mise en œuvre de cette procédure. Il est informé de son droit de se faire assister de la personne de son choix ». La décision du 3 octobre dernier prend pour la première fois parti sur la portée de ces nouvelles dispositions et, plus particulièrement, sur l'étendue du droit à la communication préalable du dossier.

En l'espèce, le magistrat averti, en fonction aux Antilles, avait demandé à deux reprises l'autorisation de disposer d'une copie de la vingtaine de pièces constituant son dossier, afin de les transmettre à son conseil en métropole. S'il avait pu consulter sans problème son dossier, les copies lui avaient été refusées. Le Conseil d'État a jugé, conformément aux conclusions de son rapporteur public Louis Dutheillet de Lamothe, que la procédure d'avertissement s'était de ce fait déroulée dans des conditions irrégulières et que l'intéressé avait été privé d'une garantie, ce qui justifiait l'annulation de l'avertissement prononcé.

Cette solution ne surprend guère. Elle est fidèle à la lettre de l'article 44, qui parle de droit à communication

du dossier et non de droit à consultation du dossier (sans doute eût-elle d'ailleurs été identique en l'absence de disposition expresse). Elle s'inscrit en outre dans le sillage d'autres décisions rendues, il est vrai en matière disciplinaire, dans des hypothèses où la communication préalable du dossier à l'intéressé est exigée par le respect des droits de la défense (v. en particulier, CE, 27 janv. 1982, n° 29738, M^{me} P. et a., Lebon, p. 36, selon laquelle le droit de prendre communication de son dossier dans le cadre d'une procédure disciplinaire comporte, pour l'agent intéressé, celui d'en prendre copie ; v. aussi, CE, 2 avr. 2015, n° 370242, Commune de Villecerf, Lebon T., p. 723-729-733).

On relèvera que la décision rapportée reproduit, par une incise discrète, la réserve déjà formulée (v. la décision CE, 29 oct. 2012, n° 354802, M^{me} C., Lebon T., p. 579-580) du caractère abusif de la demande de copie, par exemple du fait du caractère trop volumineux des documents au regard de leur absence d'intérêt pour la procédure en cours, sans toutefois la faire jouer au cas d'espèce.

Est également remarquable le refus du Conseil d'État, face à l'irrégularité constatée, de rentrer dans une logique de « danthonysation » (terme issu de la décision CE, ass., 23 déc. 2011, n° 335033, D. et a., Lebon, p. 649, selon laquelle un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie). Il aurait pu être tentant en effet de considérer que, dès lors que le magistrat averti a pu consulter son dossier, il y a lieu de rechercher si l'impossibilité de disposer d'une copie a pu influencer sur le sens de la décision prise. Le Conseil d'État n'a pas souhaité rentrer dans ce raisonnement casuistique, considérant qu'il était là face à une garantie rendant impossible toute neutralisation de l'irrégularité constatée.

[...]