

24 mai 2024

Le juge administratif, juge de la déontologie des acteurs publics

Didier Truchet

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Par « acteurs publics », j'entendrai les personnes physiques qui exercent des fonctions ou des mandats publics. Le thème du colloque et l'intitulé de l'intervention qui m'été proposée font que je ne parlerai que de contentieux administratif et pas

- du juge pénal lorsqu'il est saisi de manquements à la déontologie commis par des élus nationaux ou locaux ou des agents régis par un statut de droit public et qui constituent aussi des infractions ;
- de la prévention des manquements (comités de déontologie, déontologues, entretiens déontologiques ...).

Nous sommes convenus avec les autres participants à la table ronde qu'ils aborderont ces thèmes. Mon propos est une introduction générale abstraite au leur. Ils le compléteront et le corrigeront avec des illustrations concrètes : elles sont d'autant plus nécessaires que la réalité de la déontologie se voit et se vit davantage sur le terrain que dans les prétoires

Elle les encombre d'ailleurs assez peu. Comme le montrent les chiffres que M. le président du Tribunal administratif de Rennes vient de citer, la jurisprudence administrative en matière de déontologie n'est pas énorme mais elle croît rapidement. On pourrait croire que c'est l'effet d'une législation devenue proliférante¹. C'est vrai, mais cette législation est elle-même une réaction à un climat auquel le juge est sensible : les exigences nouvelles de transparence, d'impartialité et de respect, d'une opinion publique devenue très méfiante envers les élites, notamment politiques et administratives, de notre pays, sur fond d'affaires qui ont fait scandale : Médiateur, Cahuzac, Fillon etc.

Dès lors, la déontologie change de nature :

- Elle n'est plus réservée aux professions libérales réglementées (historiquement, les avocats et les médecins), mais a gagné toute la vie économique et sociale²;

¹ Notamment, loi du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé ; loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique ; loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires (la première à ma connaissance à utiliser le mot déontologie dans un texte relatif à la fonction publique) ; loi du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique.

² Dans notre ouvrage *Introduction à la déontologie* (PUF, Droit & Déontologie, 2022), Joël Moret-Bailly et moi-même avons recensé soixante-cinq instruments nationaux aux appellations et à la forme juridiques très diverses. Encore avons-nous exclu les chartes propres à un ministère, agence ou autorité indépendante. Et c'était avant les

- Elle n'est plus seulement une codification des devoirs professionnels mais est devenue l'un des modes d'emploi des pouvoirs et des responsabilités que l'on exerce dans la société ;
- Elle n'est plus seulement tournée vers l'ordre intérieur d'une profession, mais est aussi un message de vertu, voire de communication, adressé à l'opinion publique.

I – Le juge des sanctions disciplinaires.

Il ne faut pas confondre déontologie et discipline mais le lien entre elles est étroit puisqu'un manquement à la première peut susciter une sanction disciplinaire. C'est un rôle ancien du juge administratif. Sa jurisprudence a longtemps été par un effet de miroir, l'une des sources principales de la déontologie des acteurs publics, avant que des sources écrites prennent le relai depuis une quinzaine d'années³. Cette tendance à l'écriture des règles déontologiques en lieu et place des anciens usages est générale.

A – La compétence du juge administratif

Le contentieux disciplinaire est classiquement divisé entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative. Cette dernière est en principe compétente envers les sanctions disciplinaires prononcées contre les acteurs publics. Mais par de tous et pas seulement d'eux.

Sa compétence dépasse la fonction publique civile et militaire *stricto sensu* puisqu'elle s'étend aux agents publics non-fonctionnaires (agents contractuels de droit public, praticiens hospitaliers, magistrats judiciaires). En revanche, elle ne s'exerce pas envers les élus. Elle ne couvre pas les élus territoriaux, non qu'ils bénéficieraient d'une immunité mais parce qu'il n'existe pas, pour l'instant du moins, de véritable procédure disciplinaire contre eux, malgré l'existence d'une Charte de l' élu local annexée à l'article L 1111-1 CGCT. Quant aux élus nationaux, le Conseil d'Etat vient de rappeler qu'il n'y avait pas de recours contentieux possible contre les sanctions prononcées par le bureau des assemblées contre des parlementaires (24 juillet 2023, n° 471482). On peut noter qu'il n'y a pas de sanctions disciplinaires contre les membres du gouvernement, bien qu'ils soient des acteurs publics de premier rang, soumis à des obligations d'ordre déontologique de plus en plus nombreuses (déclarations d'intérêts et de patrimoine, décrets de déport ...).

Inversement, la compétence du juge administratif dépasse les seuls acteurs public car elle s'étend aux sanctions prononcées contre les membres de nombreuses professions réglementées :

nouveaux code de déontologie des professions juridiques et judiciaires, prévus par la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

³ V. l'ouvrage pionnier de Christian Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, dont la première édition date de 1995.

- les sept professions de santé ordinales ;
- et d'autres, aussi diverses que par exemple, les avocats aux conseils poursuivis pour des fautes commises lors de procédures devant la juridiction administrative, les conseils en propriété industrielle...

La compétence externe de la juridiction administrative se distribue en son sein de manière classique entre les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel d'une part, et le Conseil d'Etat d'autre part. Ce dernier peut être saisi de sanctions disciplinaires comme juge de premier et dernier ressort ou comme juge de cassation. Il est inutile d'entrer dans le détail de cette répartition devant un public aussi averti qui la pratiquant constamment, la connaît mieux que moi. Mais il faut souligner que la compétence de cassation du Conseil d'Etat est double : elle concerne bien sûr les décisions des cours mais aussi celles des juridictions administratives spéciales qui sont nombreuses dans notre matière. Certaines d'entre elles sont présidées par des membres de la juridiction administrative (le Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche, la juridiction disciplinaire des professeurs et maîtres de conférences des universités- praticiens hospitaliers et conformément à la jurisprudence de Bayo -12 décembre 1953- les chambres nationales de discipline des ordres des professions de santé) mais d'autres le sont par des magistrats judiciaires (le Conseil supérieur de la magistrature pour les magistrats du siège, la Chambre de discipline de la Compagnie nationale des conseils en propriété industrielle).

Il est important de se rappeler l'étendue de cette compétence du Conseil d'Etat car elle lui donne une vision très large du contentieux disciplinaire et impose à sa jurisprudence d'être cohérente dans ses différents champs, celui des acteurs publics et celui des membres des autres professions.

B – Le contrôle de la sanction disciplinaire

Le juge disciplinaire administratif de droit commun statue comme juge de l'excès de pouvoir sur les sanctions disciplinaires de nature administrative. Depuis la décision Dayan (CE, Ass. 13 novembre 2012, n° 347704), il est bien établi qu'il exerce sur la sanction un contrôle entier ou normal⁴. Il ne s'agit donc pas du même contrôle que celui qui est exercé sur les sanctions prononcées contre des administrés qui n'ont pas la qualité d'usagers de service public : depuis la décision Société Atom (CE, Ass., 16 février 2009), elles sont l'objet d'un contrôle de plein contentieux. Cette différence perdurera-t-elle ? Doutant de la nécessité de conserver la vieille distinction entre les branches du contentieux, je fais le pari que le plein contentieux s'étendra aux sanctions disciplinaires prononcées contre les acteurs publics.

⁴ Dans ses conclusions, M. R. Keller avait dit que ce degré de contrôle il était nécessaire pour se conformer à la jurisprudence de la Cour EDH ; celle-ci dans cette affaire lui a donné raison en notant que ce contrôle correspond à la *pleine juridiction* au sens de sa jurisprudence qui n'est pas le même qu'en droit français (3 novembre 2022, n° 32314/14).

Quant au juge de cassation, il exerce sur les décisions du juge de première instance ou d'appel un contrôle en principe plus léger que celui que ce dernier exerce sur les sanctions disciplinaires attaquées en excès de pouvoir. Citons par exemple CE, 18 juillet 2018, n° 401527 : *« il appartient au juge de l'excès de pouvoir [...] de rechercher si les faits reprochés à un agent public ayant fait l'objet d'une sanction disciplinaire constituent des fautes de nature à justifier une sanction et si la sanction retenue est proportionnée à la gravité de ces fautes ; si le caractère fautif des faits reprochés est susceptible de faire l'objet d'un contrôle de qualification juridique de la part du juge de cassation, l'appréciation du caractère proportionné de la sanction au regard de la gravité des fautes commises relève, pour sa part, de l'appréciation des juges du fond et n'est susceptible d'être remise en cause par le juge de cassation que dans le cas où la solution qu'ils ont retenue quant au choix, par l'administration, de la sanction est hors de proportion avec les fautes commises ».*

J'avoue ne pas croire à la distinction entre ce qui est « proportionné » et ce qui est « hors de proportion ». L'observation de la jurisprudence me conduit au contraire à penser que l'office du juge de l'excès de pouvoir et celui du juge de cassation se rejoignent largement dans leurs appréciations d'une part de la réalité du comportement de l'agent et de sa qualification comme une faute disciplinaire et d'autre part, de l'adéquation de la gravité de la sanction à celle de la faute.

En ce qui concerne la procédure disciplinaire, la jurisprudence n'est pas stabilisée. Les avocats en connaissent souvent mal les particularités et la confondent avec la procédure pénale vers laquelle ils la tirent. Ils ont indirectement reçu le renfort du Conseil constitutionnel qui vient, à propos des notaires, de faire entrer les sanctions disciplinaires dans la catégorie des « sanctions ayant la caractéristique d'une punition » à l'instar des sanctions pénales (2023-1074 QPC, 8 décembre 2023). Cette tendance à la « pénalisation » de la procédure disciplinaire suscite des évolutions en cours. Bien sûr, elle doit être contradictoire, menée par un organe disciplinaire impartial (ce qui a posé des problèmes de composition dont je ne parlerai pas). Mais les lignes bougent sur quelques points particuliers.

- L'utilisation devant l'instance disciplinaires de témoignages anonymes a suscité des décisions récentes du Conseil d'Etat (5 avril 2023, n° 463028 et Sect., 22 décembre 2023, n° 462455 dans laquelle on lit : *« La CAA a pu enfin en déduire, sans commettre d'erreur de droit, que, faute que l'intégralité de ces témoignages, qu'il appartenait à l'administration d'anonymiser, s'agissant de témoignages d'élèves sur leur professeur, en fonction de son appréciation du risque de préjudice pour ceux-ci, lui aient été communiqués, M. B... avait été privé de la garantie d'assurer utilement sa défense ».* Mais la jurisprudence n'est pas encore très claire.
- Saisi d'une QPC relative à la reconnaissance à l'agent d'un droit de se taire, le Conseil d'Etat a d'abord refusé de la renvoyer au Conseil constitutionnel

(23 juin 2023 n° 473249). Quelques mois après, considérant que la décision 2023-1074 QPC précitée constituait une circonstance de droit nouvelle, il la lui a renvoyée (19 avril 2024, n° 491226, à propos d'un magistrat du siège). A la date du colloque, le Conseil constitutionnel n'a pas encore statué.

- La victime n'a pas de droit à la sanction de l'agent. Mais ici aussi, la muraille se fendille. L'opportunité des poursuites n'est d'ailleurs pas un principe général du droit (CE, Ass, 6 juin 2014, FCPE, n° 351582, à propos de sanctions non contre des agents mais contre des élèves : « *si, dans le silence des textes, l'autorité administrative compétente apprécie l'opportunité des poursuites en matière disciplinaire, aucun principe général du droit ne fait obstacle à ce qu'un texte réglementaire prévoit que, dans certaines hypothèses, des poursuites disciplinaires doivent être engagées* »). D'ores et déjà, la personne qui a saisi l'ordre des médecins d'une plainte est recevable à se pourvoir en cassation contre l'allègement en appel de la sanction prononcée contre le médecin (CE, Sect. 1 juillet 2019, n° 411263). La personne qui s'estime victime d'un magistrat peut saisir la commission d'admission des requêtes du CSM, mais non se pourvoir contre la décision disciplinaire (art. 50-3 et 58 de l'ord. du 22 décembre 1958). Ces petits signes annoncent-ils une généralisation à toutes les procédures disciplinaires contre les acteurs publics ? Elle ne serait pas souhaitable à mon avis mais elle serait dans l'air du temps.

II – le juge des règles déontologiques et de leur application

Il s'agit là d'un contentieux nouveau encore peu abondant, ce qui explique que je le traiterai plus rapidement que le contentieux disciplinaire. Mais il va croissant car il se trouve au croisement de deux évolutions importantes et rapides : la montée en gamme normative de la déontologie et le nouveau contrôle des actes de droit souple dont la déontologie a longtemps été et reste l'une des terres d'élection.

A – Le contrôle de la régularité des instruments déontologiques.

Le juge administratif ouvre de plus en plus largement son prétoire aux recours pour excès de pouvoir contre les instruments déontologiques des acteurs publics. Bien sûr, cela a toujours été le cas de ceux qui revêtent la forme d'un décret : ainsi des codes de déontologie non seulement des professions réglementées, mais aussi de certaines catégories de fonctionnaires (par exemple, Police, Gendarmerie nationale, Service public pénitentiaire ...). Mais désormais sont aussi recevables les recours contre des chartes telles que la charte de la déontologie de la juridiction administrative (CE 25 mars 2020, Le Gars, n°

411070⁵ et SJA n° 421149). Il y a tout lieu de penser que le Conseil d'Etat réserverait le même sort à un recours contre la charte de déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire que le CSM doit élaborer pour remplacer l'actuel Recueil des obligations déontologiques en application de la loi organique n° 2023-1058 du 20 novembre 2023 relative à l'ouverture, à la modernisation et à la responsabilité du corps judiciaire. Je n'ai pas connaissance de recours devant les tribunaux et les cours contre des chartes de déontologies adoptées par des collectivités territoriales ou des établissements publics, mais la question leur sera certainement posée un jour ou l'autre ; la réponse sera probablement la même.

De même, sont recevables les recours contre les avis de la HATVP relatifs aux « pantouflages », depuis la décision du Conseil d'Etat du 4 novembre 2020, n° 440963 (*« L'avis par lequel la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique s'est prononcée sur la compatibilité du projet d'activité privée lucrative de M. B... avec les fonctions de secrétaire général du ministère de l'Europe et des affaires étrangères qu'il a exercées jusqu'en juillet 2019 a le caractère d'une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, dont le Conseil d'Etat est, en application des dispositions précitées du 4° de l'article R. 311-1 du code de justice administrative, compétent pour connaître en premier ressort. Par suite, la fin de non-recevoir opposée par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique ne peut qu'être écartée »*).

Il sera intéressant de voir si des recours contre les avis des collèges de déontologie seront jugés recevables. La réponse dépendra de leur caractère général ou personnel et de leur degré de normativité.

B – Les conséquences des manquements à la déontologie sur les actes de l'Administration

Que le juge administratif soit amené à tirer les conséquences d'un manquement à la déontologie d'un acteur public sur les actes à l'édition desquels il a participé, n'est pas nouveau : c'était déjà le cas avec de nombreuses hypothèses de détournement de pouvoir. Mais le phénomène s'amplifie rapidement, en dehors du détournement de pouvoir qui a quasiment disparu de la jurisprudence. A l'heure actuelle, celle-ci porte surtout sur des manquements à l'impartialité, à l'obligation de déport, et aux conflits d'intérêts.

Sont ainsi concernés :

- les décisions de justice dans des hypothèses variées, dont il sera question dans la seconde table ronde, ce qui me dispense de les évoquer ;
- les actes unilatéraux, telles que des recommandations de bonne pratique de la Haute autorité de santé (CE, 27 avril 2011, Formindep, n° 334396) ;
- les délibérations de jurys (voir pour un jury de CRPA, CAA Lyon, 29 septembre 2023, n° 21LY02876) ;

⁵ Cette affaire a fait l'objet d'un plaisant échange d'aménités entre les deux institutions riveraines des jardins du Palais Royal, puisque le Conseil d'Etat avait cru devoir saisir le Conseil constitutionnel de la QPC n° 2017-666 QPC, 20 octobre 2017.

- les contrats (CE, 25 novembre 2021, Collectivité de Corse, n° 154466).

La jurisprudence est difficile à synthétiser car elle est très dépendante des circonstances de l'espèce. Elle tient compte avec réalisme des difficultés pratiques que les acteurs publics et les administrations peuvent éprouver en toute bonne foi à appliquer les précautions que la déontologie impose. J'ai cependant le sentiment qu'elle resserre actuellement son étau. Je l'observe en particulier à propos des jurys de recrutement universitaires, ce qui parfois, place les universités dans des situations concrètes fort inconfortables.

Sans nul doute, il y a là une évolution qui va se poursuivre et qui mérite une grande attention.

Observations conclusives

Le sujet qui m'a été proposé est loin d'être stabilisé. L'office du juge administratif envers la déontologie des acteurs publics continuera à croître et à se diversifier. Je pense notamment à la question menaçante de la désobéissance civile et à celle, connexe à la déontologie, de la protection fonctionnelle. Un rôle pédagogique incombe plus que jamais au juge sur deux points au moins.

Le premier est la grande confusion qui affecte la déontologie, dans l'opinion publique mais aussi chez les acteurs publics eux-mêmes, et qu'il importe de dissiper. On a trop tendance à réduire la déontologie aux seuls conflits d'intérêts et harcèlements moral et sexuel. Les notions de conflits d'intérêts (constamment confondus à tort avec l'impartialité) et plus encore de liens d'intérêts (constamment considérés à torts comme de petits conflits d'intérêts) sont mal comprises, ce qui tient en partie à la rédaction imprécise des textes (ou dans le cas du lien d'intérêts, à l'absence de définition législative).

Le second point, qui relève d'abord du législateur mais aussi du juge, réside dans le risque de l'excès de déontologie. Il ne faut pas pousser la vertu au point de décourager les acteurs publics ou de compliquer le fonctionnement du service public de manière excessive. La déontologie doit l'aider et le protéger, pas le paralyser.