

# Précisions sur l'application de l'impartialité objective d'une juridiction administrative

## Lire les conclusions de :

**Cathy Schmerber**

Conclusions du rapporteur public

## Lire les commentaires de :

**Pierre Levallois**

Du nouveau sur le principe d'impartialité

## DÉCISION DE JUSTICE

---

CAA Lyon, Formation plénière – N° 11LY01286 – M.V c/ commune de Clermont-Ferrand – 06 mars 2012 – R [↗](#)

## INDEX

---

### Mots-clés

Juridiction administrative, Principe d'impartialité, Composition des juridictions

### Rubriques

Procédure

## TEXTES

---



[Résumé](#) [Conclusions du rapporteur public](#) [Note universitaire](#)

## Résumé

<sup>1</sup> Méconnaît les règles générales de la procédure la participation d'un magistrat à une formation de jugement appelée à se prononcer sur un litige relatif à des faits dont il a eu à connaître dans le cadre de ses activités administratives.

<sup>2</sup> Le président de la formation de jugement qui a statué sur un litige relatif à la suspension d'un agent public a eu antérieurement à connaître et à examiner les faits reprochés à l'agent lorsqu'il a présidé le conseil de discipline appelé à émettre un avis sur les poursuites disciplinaires engagées à l'encontre de cet agent.

<sup>3</sup> Les griefs qui ont motivé la suspension et l'engagement des poursuites disciplinaires sont identiques. La participation de ce magistrat à la formation de jugement appelée à se prononcer sur la légalité de la mesure de suspension méconnaît les règles générales de la procédure juridictionnelle. Dès lors le jugement est irrégulier.

# Conclusions du rapporteur public

**Cathy Schmerber**

Rapporteur public à la cour administrative d'appel de Lyon

DOI : [10.35562/alyoda.5973](https://doi.org/10.35562/alyoda.5973)

<sup>1</sup> Rédacteur territorial employé par la commune de Clermont-Ferrand depuis juillet 2006, M. V. relève appel du jugement en date du 17 mars 2011, par lequel le Tribunal administratif de Clermont-Ferrand a rejeté sa demande d'annulation, d'une part, de l'arrêté du 9 décembre 2009 par lequel le maire de Clermont-Ferrand a prononcé à son encontre une mesure de suspension de fonctions prenant effet le lendemain et, d'autre part, de la décision de rejet de son recours gracieux.

<sup>2</sup> La requête dont vous saisissez M. V. ne pose aucune véritable difficulté quant au fond du litige, que nous prenons la liberté d'aborder avant d'examiner sa critique de la régularité du jugement attaqué.

<sup>3</sup> En premier lieu, l'arrêté litigieux du 9 décembre 2009 a été signé par le 4<sup>ème</sup> adjoint au maire, M. Bardot, agissant dans le cadre de la délégation consentie par le maire pour les décisions relatives aux ressources humaines par un arrêté du 25 mars 2008, dont relève la mesure de suspension d'un agent. La décision du 18 mars 2010 portant rejet du recours gracieux est quant à elle signée par le 1<sup>er</sup> adjoint, M. M., qui avait reçu délégation par le même arrêté du 25 mars 2008 pour les actes relevant des affaires juridiques ; s'agissant de la réponse apportée à un recours gracieux, préalable à un contentieux, vous pourrez admettre que l'acte en litige relève des affaires juridiques : vous écarterez alors le moyen tiré de l'incompétence des signataires des deux actes en litige.

<sup>4</sup> Vous écarterez, en deuxième lieu, les moyens tirés de la méconnaissance de la procédure disciplinaire, en particulier de l'absence de caractère contradictoire, dès lors que la mesure de suspension ne présente pas le caractère d'une sanction disciplinaire, mais constitue une mesure conservatoire prise dans l'intérêt du service (pour un exemple récent, [CE 20 mai 2009 n° 309961](#)) .

<sup>5</sup> Le moyen tiré, en troisième lieu, des irrégularités qui entacheraient la séance du conseil de discipline sera écarté comme inopérant, la réunion du 12 octobre 2010 étant postérieure à l'arrêté de suspension, dont la légalité s'apprécie à la date de son édicition.

<sup>6</sup> S'agissant des motifs de la décision, la mesure de suspension est fondée sur le comportement de M. V. à l'égard de ses collègues (attitude et propos déplacés d'ordre sexuel envers le personnel féminin), sur le manquement à son devoir de réserve même en présence du public, sur son attitude discriminatoire envers une collègue et les usagers d'origine étrangère. La commune a ainsi

considéré que l'attitude de M. V. crée un climat de stress et de mal être chez les agents du service, dont le bon fonctionnement était perturbé, voire un danger réel s'agissant de certains comportements de l'intéressé.

<sup>7</sup> Vous savez que l'action disciplinaire de l'administration n'est enfermée dans aucun délai par les textes applicables (CE 14 juin 1991 n° 86294 ou plus récemment 1<sup>er</sup> mars 2006 n° 275408 « Ministre de l'éducation nationale ») . M. V. soutient, en quatrième lieu, que dès lors que la mesure conservatoire de suspension n'a été prononcée que plusieurs mois après les faits qui lui sont reprochés, ce délai démontre l'absence d'intérêt du service. La chronologie des faits, reprise dans l'arrêté du 9 décembre 2009, et la nature particulière des griefs qui mettent en cause la parole de l'agent prétendument « harceleur » et celle de ses supposées victimes, peuvent expliquer et justifier que la commune de Clermont-Ferrand, plutôt que d'agir dans la précipitation, ait pris le temps d'apprécier la situation. De plus, le délai séparant la connaissance des faits et le prononcé de la mesure de suspension paraît raisonnable, dès lors qu'il apparaît que si deux incidents isolés ont été signalés dans un courrier du 3 juillet 2009, les faits n'ont été appréhendés dans toute leur ampleur qu'à la suite de l'audition de 7 agents du service en octobre 2009, donnant lieu à un rapport daté du 23 novembre 2009, soit quelques jours avant la mesure de suspension.

<sup>8</sup> Il ressort du dossier, en cinquième lieu, que si M. V., conteste la matérialité des faits, ceux-ci présentaient, à la date à laquelle il a été suspendu et eu égard aux fonctions d'encadrement qui lui étaient confiées, un caractère suffisant de vraisemblance et de gravité justifiant la mesure prononcée à son encontre. Contrairement au contrôle exercée sur une sanction disciplinaire, il ne s'agit pas en effet de vérifier si les faits sont établis (CE 11 juin 1997 n° 142167 ; pour un exemple récent, l'arrêt de votre Cour du 4 juin 2010 rendu sous le n° 08LY02893 ) .

<sup>9</sup> Sur le fond, si vous nous suivez, vous devrez donc confirmer le raisonnement comme l'appréciation des premiers juges. Il reste à déterminer toutefois si vous statuerez, le cas échéant, par voie d'évocation, M. V. contestant la régularité du jugement du 17 mars 2011. Nous en arrivons ainsi à l'examen du moyen dont le caractère délicat a justifié l'inscription de cette affaire devant votre Cour réunie en formation plénière.

<sup>10</sup> Par l'arrêté litigieux du 9 décembre 2009, le maire de Clermont-Ferrand a prononcé à l'encontre de M. V. une mesure de suspension de fonctions ; la procédure disciplinaire a suivi son cours. Le conseil de discipline s'est réuni le 12 octobre 2010, sous la présidence du magistrat administratif, Président du tribunal administratif de Clermont-Ferrand qui a également présidé la formation de jugement

de cette juridiction et l'audience du 24 février 2011, à l'issue de laquelle est intervenu le jugement frappé d'appel. Ce fait est constant et vous devrez dire s'il était de nature à entacher d'irrégularité ledit jugement.

<sup>11</sup> M. V. soutient que le magistrat ne pouvait régulièrement statuer sur sa requête. S'agissant du droit et des principes applicables, il invoque la méconnaissance des stipulations de l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

<sup>12</sup> Un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme le 28 septembre 1995 « Procola c/ Luxembourg » (n° 14570/89, série A, n° 326) a été largement commenté sur l'appréciation du respect de l'article 6-1. Cette décision est encore présentée comme consacrant une appréciation de la régularité de la composition des formations de jugement au regard du principe d'impartialité fondée sur les apparences. Le Professeur Chapus (« Droit du contentieux administratif », Ed. Montchrétien), n'exclut pas que « s'exprime dans cet arrêt une hostilité de principe à la conception française de la justice administrative, présentée comme nécessairement (structurellement) à l'origine d'un risque, ou au moins de l'apparence, d'une justice partielle, ce qui selon les vues anglo-saxonnes de la Cour, suffirait à la rendre condamnable ».

<sup>13</sup> Toutefois, si les juges de Strasbourg affirment dans cet arrêt qu'un « simple doute, aussi peu justifié soit-il », ou « quelle que soit la légèreté de sa justification », « suffit à altérer l'impartialité de la juridiction », leur jurisprudence apparaît plus nuancée dans les arrêts intervenus depuis. Ainsi, s'il est rappelé que « même les apparences peuvent revêtir de l'importance », la ligne désormais confirmée de la jurisprudence de la CEDH repose sur le principe selon lequel « l'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions [des requérants] peuvent passer pour objectivement justifiées », en précisant que « le point de vue du ou des intéressés entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif » (pour une affaire relativement récente concernant la France, CEDH 6 juin 2000 « Morel c/ France » n° 34130/96) .

<sup>14</sup> La question qui vous est posée par M. V. renvoie également aux règles générales de procédure - parfois anciennes- sous la forme desquelles le Conseil d'Etat a introduit dans les pratiques des juridictions, les principes applicables même sans texte selon lesquels, d'une part, ne peut participer à un jugement le magistrat qui a présidé une instance, telle une commission, dont la décision est contestée ou qui a pris un avis ayant donné lieu à cette décision (CE 30 mai 1973 n° 85657 ; CE Section 2 mars 1973 n° 84740 ), et d'autre part, un membre d'une juridiction administrative qui a publiquement exprimé son opinion sur un litige ne peut participer à la

formation de jugement statuant sur le recours formé contre une décision statuant sur ce litige. A la suite de l'avis de Section du 12 mai 2004 « Commune de Rogerville » (n° 265184), cette règle a été rappelée par le Conseil d'Etat dans des décisions concernant la participation à la formation de jugement d'un magistrat ayant déjà eu à connaître du litige en qualité de juge des référés (CE 4 février 2008 n° 270119 ) ou en qualité de commissaire du gouvernement (CE 14 janvier 2008 n° 294312 ) .

<sup>15</sup> Si la jurisprudence administrative a elle-même évolué pour tenir compte de celle de la Cour européenne des droits de l'Homme, les stipulations conventionnelles de l'article 6-1 ne sont néanmoins pas expressément citées dans les arrêts du Conseil d'Etat, préférant rester sur l'application de ces règles générales de procédure régissant la composition des formations de jugement.

<sup>16</sup> L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat n'a pas fondamentalement remis en cause l'idée selon laquelle un doute objectif sur l'impartialité du juge ne peut résulter que du cumul entre, d'une part, l'identité de la personne, qui aura exercer successivement des fonctions administratives puis juridictionnelles et, d'autre part, l'identité de litige.

<sup>17</sup> Or, et ce point nous paraît important en l'espèce, cette seconde condition n'étant pas satisfaite : l'arrêté litigieux du 9 décembre 2009 n'est pas intervenu à la suite de l'avis - qui lui est d'ailleurs postérieur - rendu par le conseil de discipline le 12 octobre 2010. D'un point de vue strictement juridique, la saisine du conseil de discipline s'inscrivait dans la procédure disciplinaire devant aboutir le cas échéant au prononcé d'une sanction à l'encontre de M. V., alors que les magistrats du tribunal administratif ont examiné la légalité de la mesure de suspension : le conseil de discipline et la formation de jugement réunie à l'audience du 24 février 2011 n'ont pas été saisis du même litige. L'absence d'identité des deux décisions fait obstacle - selon nous - à ce que soit reconnue l'identité de litige sauf à faire preuve de quelque audace pour procéder à une innovation jurisprudentielle sur ce point ...

<sup>18</sup> Nous n'avons pas trouvé de jurisprudence transposable, mais rappelons que le Conseil d'Etat admet qu'un magistrat statue sur des requêtes dirigées contre des décisions intervenues, se succédant, dans une même procédure administrative (par exemple CE 9 avril 2004 n° 263508 « Ministre de l'agriculture », au sujet de décisions préfectorales successives opposées à des demandes de concession de cultures marines présentées par un ostréiculteur, un magistrat de la formation de jugement ayant prononcé l'annulation d'un premier refus ayant pu régulièrement statuer sur la demande de suspension d'un nouveau refus) .

19

Dans un arrêt du 6 novembre 2000 n° 097LY02102 « Centre médicochirurgical de Tronquières », votre Cour semble avoir quelque peu élargie la notion d'identité de litige en posant en principe que les règles générales de la procédure juridictionnelle font obstacle à ce qu'un magistrat participe à une formation de jugement appelée à se prononcer sur un litige portant non pas sur le même litige mais « sur une question dont il a eu à connaître dans le cadre de ses activités administratives » : pourtant la lecture de l'arrêt révèle que l'affaire concernait l'hypothèse classique de l'examen de la légalité d'une décision intervenue à la suite de l'avis donné par une instance présidée par l'un des magistrats ...

20

Il résulte encore d'un arrêt rendu le 15 décembre 2000 sous le n° 196737 que l'interdiction faite à un magistrat de participer au jugement d'une affaire sur laquelle il s'est déjà prononcé au contentieux ne doit s'appliquer qu'au sein d'un même litige, cette expression devant être prise strictement : il a ainsi été jugé qu'« aucune règle générale de procédure n'interdit à un membre d'une juridiction administrative qui a été membre d'une juridiction de jugement statuant sur un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une décision administrative de statuer ultérieurement sur un recours en appréciation de validité formé contre la même décision administrative [...] ».

21

Dans notre affaire, si l'identité des faits en cause est incontestable, elle n'emporte pas l'identité des litiges ; d'ailleurs, le contrôle juridictionnel exercé diffère : appréciation du caractère vraisemblable et de la gravité des faits pour la mesure de suspension ; appréciation de la matérialité des faits et de la proportionnalité de la sanction disciplinaire. Dans un arrêt rendu le 30 décembre 2011 sous le n° 342576, classé en B, le Conseil d'Etat a jugé « qu'alors même qu'elles trouveraient leur fondement dans les mêmes faits, la suspension et la révocation constituent deux mesures différentes dans leur objet, l'une prise à titre provisoire dans l'intérêt du service, l'autre à titre définitif comme sanction, et dont la légalité appelle de la part du juge une appréciation distincte ».

22

Concernant la question qui vous occupe aujourd'hui, les circonstances de l'affaire nous paraissent comparables à celles ayant donné lieu à une décision déjà ancienne du Conseil d'Etat : par un arrêt rendu le 27 avril 1988 sous le n° 66650, aux conclusions de Mme Hubac, alors qu'était en cause la régularité de la procédure suivie devant le conseil de discipline, il a été jugé que « la circonstance que le conseil de discipline ait été présidé par le magistrat qui avait présidé la juridiction appelée à se prononcer sur les poursuites pénales engagées contre le requérant n'est, par elle-même, contraire à aucun principe général du droit ». Pourtant dans

cette affaire, ladite juridiction, le tribunal correctionnel de Cayenne, avait infligé au fonctionnaire concerné des condamnations pénales supposant nécessairement une appréciation des mêmes faits ...

23

Ce constat d'absence d'identité des litiges doit conduire, tout d'abord, à considérer que la participation du magistrat concerné - plus précisément la circonstance qu'il a assuré la présidence du conseil de discipline puis de la formation de jugement, n'est pas, par elle-même, attentatoire à l'exigence d'impartialité.

24

Ce constat fait également obstacle, en toute rigueur, à ce que ce magistrat puisse être regardé comme ayant publiquement exprimé son opinion sur le litige soumis au Tribunal administratif, même si le président de la formation de jugement avait eu à connaître de la situation de M. V.. A cet égard, et quelle que soit la position retenue par votre Cour, il importe alors peu d'apprécier la teneur de l'avis rendu par le conseil de discipline à l'issue de sa séance du 12 octobre 2010.

25

Le conseil de discipline a requalifié une demande présentée par la commune de Clermont-Ferrand tendant à la suspension de la procédure disciplinaire en simple demande de report de l'affaire jusqu'à la saisine du tribunal répressif ou à défaut jusqu'à l'intervention de toute autre décision définitive de l'autorité judiciaire. L'instance paritaire a fait droit à cette demande de report par une décision qu'elle a cru devoir motiver de la façon suivante : « considérant qu'eu égard aux incertitudes du dossier quant à la matérialité d'une partie au moins des faits reprochés à l'agent, qui conteste cette matérialité, le conseil de discipline estime devoir faire droit à la demande de report sus-analysée » (fin de citation). M. V. fait valoir que cette rédaction suppose *a contrario* que le conseil de discipline a considéré que la matérialité d'une partie au moins des faits est d'ores et déjà établie, de sorte que son président doit être regardé comme ayant préjugé de l'issue du litige dont vous avez à connaître aujourd'hui en appel.

26

Nous ne pensons pas que vous devriez accueillir cette argumentation, même si cette appréciation peut faire débat ... La formulation retenue (« incertitudes ... quant à la matérialité d'une partie au moins des faits ... ») reste selon nous suffisamment vague et imprécise pour admettre l'absence de prise de position ou de préjugé. En matière de référé, le commissaire du gouvernement Emmanuel Glaser, sous l'avis précité « Commune de Rogerville », affirmait qu'« un doute ou une absence de doute n'est pas une opinion » ...

27

Mais nous l'avons dit, la teneur de la décision de report du conseil de discipline importe peu en l'espèce : soit vous nous suivez pour écarter le moyen tiré de l'irrégularité du jugement attaqué en faisant une application stricte de la notion d'identité des litiges. Compte tenu de ce que nous vous avons exposé, vous considérerez alors, pour

reprendre l'expression de la Cour européenne des droits de l'Homme que les appréhensions de M. V. ne peuvent en l'espèce passer pour objectivement justifiées.

28 Soit vous ferez œuvre novatrice pour passer outre cette notion d'identité des litiges. Vous accorderez alors la primauté aux apparences. A l'heure où les juridictions administratives viennent de se doter d'une Charte de déontologie, peut-être estimerez-vous qu'il convient de faire coïncider apparences et impartialité : comme la femme de César, la juridiction ne peut et ne doit pouvoir être soupçonnée ...

29 Nous ne vous proposons pas - vous l'aurez compris - de privilégier cette « théorie des apparences objectives » et le « paraître de la justice » ...

30 Une dernière question se pose encore et concerne directement le comportement personnel du magistrat, président de la formation de jugement, au cours de l'audience du 24 février 2011. Il n'était sans doute pas très adroit d'avoir répondu au conseil de M. V. « vous n'aurez qu'à faire appel », lorsque la question de la présidence du conseil de discipline a été abordée à l'audience. Cette formule, qui peut être admise comme relevant de la police de l'audience, visant à mettre fin à ce que la commune de Clermont-Ferrand qualifie « d'argumentation réitérée et insistante du conseil de M. V. », ne permet pas de retenir un défaut d'impartialité du président.

31 En conclusions, il aurait sans doute été préférable, pour éviter toute suspicion et toute critique, que le magistrat ayant présidé le conseil de discipline s'abstienne de siéger dans la formation de jugement ayant à connaître du recours de M. V. contre la mesure de suspension dont il a fait l'objet, mais avec les hésitations qui justifient la longueur de notre exposé, nous pensons que vous devrez écarter la critique de la régularité du jugement attaqué.

32 Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête



# Note universitaire

## Du nouveau sur le principe d'impartialité

**Pierre Levallois**

Doctorant en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Autres ressources du même auteur



DOI : [10.35562/alyoda.5974](https://doi.org/10.35562/alyoda.5974)

<sup>1</sup> *La Cour administrative d'appel de Lyon censure un jugement du Tribunal administratif de Clermont-Ferrand pour violation du principe d'impartialité des juridictions administratives sur l'autel de la théorie des apparences. Elle condamne la participation d'un magistrat à la formation de jugement de la mesure de suspension d'un agent public, le même juge ayant également siégé au conseil de discipline. L'arrêt révèle une interprétation extensive des critères de l'impartialité, réalisée au détriment, peut-être, de la dualité des missions (administratives et juridictionnelles) incombant traditionnellement aux juges administratifs.*

<sup>2</sup> « Il ne suffit pas que la justice soit juste, il faut encore qu'elle le paraisse ». La conception anglo-saxonne de l'impartialité des juridictions constitue, en la matière, la clef de voûte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Les juges de Strasbourg articulent leur raisonnement autour de deux concepts qu'ils tirent de l'article 6 § 1 de la Convention : l'impartialité objective d'une part, et l'impartialité subjective d'autre part. L'impartialité subjective se rapporte à l'intimité du juge, son positionnement personnel (*a priori* favorable, défavorable) à l'égard des parties ainsi que du litige, tandis que l'impartialité objective relève de la théorie de l'apparence. L'impression laissée par la juridiction au justiciable devient alors déterminante. Ce dernier doit croire en l'impartialité de ses juges. Ainsi, les règles qui gouvernent le contentieux doivent permettre que la juridiction ait l'air impartial. En droit du contentieux administratif français, l'exemple le plus significatif de mise en œuvre de la théorie de l'impartialité objective est celui de la remise en cause de l'institution du commissaire du gouvernement, lequel, condamné notamment par l'arrêt « Kress contre France » de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 7 juin 2001, *Kress c/ France*) a d'abord été écarté du délibéré au sein des juridictions administratives de premier et second degré, puis a changé de dénomination, se muant en « rapporteur public ».

<sup>3</sup> Le présent arrêt a été remarqué (voir en ce sens la chronique de C. VINET, Premier conseiller à la Cour administrative d'appel de Lyon, paru à l'AJDA 2012, p. 1506) . Il a été rendu en sa formation la plus

solennelle par la Cour administrative d'appel et, de surcroît, sur conclusions contraires du rapporteur public. La décision s'inscrit dans la veine jurisprudentielle relative à l'impartialité objective.

<sup>4</sup> M. V., rédacteur territorial employé par la commune de Clermont-Ferrand, a été suspendu de ses fonctions par un arrêté du maire le 9 décembre 2009. M. V. a, par suite, formé un recours gracieux, rejeté par une décision du maire du 18 mars 2010. La procédure administrative précontentieuse ayant échoué, M. V. saisit le juge de l'excès de pouvoir aux fins d'annulation de ces deux décisions.

<sup>5</sup> Toutefois, avant que le tribunal n'ait statué, le conseil de discipline fut saisi aux fins d'apprécier la matérialité des faits et la proportionnalité de la sanction envisagée, dans le cadre de la procédure disciplinaire parallèlement mise en œuvre. Le président du Tribunal administratif de Clermont-Ferrand siégeait alors au conseil de discipline. Par la suite, il a également pris part à la formation collégiale de jugement saisie du recours pour excès de pouvoir formé par M. V. contre la décision de suspension, ce qui offrit à ce dernier l'occasion de remettre en cause l'impartialité du Tribunal administratif lors de son recours en appel. La Cour devait donc livrer son interprétation du principe d'impartialité en jugeant si la participation du président du Tribunal administratif au conseil de discipline ainsi qu'à la formation de jugement contrôlant la légalité d'une mesure de suspension indépendante de la procédure disciplinaire entachait d'irrégularité la procédure contentieuse de première instance. La Cour administrative d'appel de Lyon, siégeant pour l'occasion en formation plénière, devait donner raison au requérant et sanctionner la composition de la formation de jugement de première instance qu'elle a estimé contraire aux règles générales de la procédure juridictionnelle.

<sup>6</sup> L'arrêt rendu par la Cour témoigne d'une appréciation plus stricte de l'impartialité objective (II) que celle traditionnellement retenue devant les juridictions administratives (I).

## I – La conception française traditionnelle de l'impartialité objective

<sup>7</sup> La jurisprudence administrative a fait siennes les exigences de la Cour européenne de droit de l'homme en matière d'impartialité des juridictions (A), la tradition impliquant toutefois une hostilité aux incompatibilités de principe (B).

### A – Une conception de plus en plus fidèle aux standards européens

8

Il ressort de la jurisprudence récente que la justice administrative se préoccupe désormais de l'apparence qu'elle renvoie au justiciable. Si le juge tranche plus volontiers les questions de partialité sous le visa des règles générales de procédure qui gouvernent le fonctionnement des juridictions administratives que sous celui de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (C.E.S.D.H.), sa jurisprudence en la matière est une réception de celle de la Cour de Strasbourg. Pour cette dernière, « *l'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions des requérants peuvent passer pour objectivement justifiées* » (C.E.D.H. 6 juin 2000, *Morel c/ France*, N° 34130/96) . Le Conseil d'Etat a introduit dans les pratiques des juridictions les règles générales de procédure suivantes. D'une part, ne peut participer à un jugement le magistrat qui a présidé une instance, telle une commission, dont la décision est contestée ou qui a pris un avis ayant donné lieu à la décision contestée (C.E. 20 mai 1973, « M. Cueille », n° 085657 ; C.E. Section 2 mars 1973, « Dlle Arbousset », n° 084740) . D'autre part, un juge qui a publiquement exprimé son opinion sur un litige ne peut participer à la formation de jugement statuant sur le recours formé contre une décision statuant sur ce litige (C.E., Section, Avis, 12 mai 2004, « Commune de Rogerville », n° 265184) . Le professeur R. Chapus évoquait à propos de la jurisprudence des juges de Strasbourg « *une hostilité de principe à la conception française de la justice administrative, présentée comme nécessairement (structurellement) à l'origine d'un risque, ou au moins de l'apparence, d'une justice partielle, ce qui selon les vues anglo-saxonnes de la Cour, suffirait à la rendre condamnable* » (*Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 2008). La jurisprudence s'est pourtant efforcée de concilier la théorie de l'apparence avec les nombreuses fonctions administratives régulièrement occupées par les magistrats administratifs.

## B – Une conception hostile aux incompatibilités de principe

9

La règle énoncée dans l'avis « Commune de Rogerville » précité a été rappelée par le Conseil d'Etat statuant au contentieux à propos de la participation à une formation de jugement d'un magistrat ayant déjà eu à connaître du litige en qualité de juge des référés (C.E. 4 février 2008, « André », n° 270119) ou en qualité de commissaire du gouvernement (C.E. 14 janvier 2008, « Arena », n° 294312) . Pour que le doute naisse sur l'impartialité de la juridiction, la jurisprudence administrative exigeait que soit remplie la condition de la double identité. Identité de personne d'une part, le magistrat ayant exercé des fonctions administratives puis juridictionnelles. Identité de litige d'autre part, ce magistrat ayant eu à connaître, dans l'exercice de ses deux fonctions, du même litige. L'identité de litige pouvant ici être

entendue au sens de l'article 1351 du code civil relatif à l'autorité de la chose jugée. On comprend bien que la première condition est plus facilement remplie que la deuxième. Cette condition de l'identité de litige est restrictive. S'il est très courant que les magistrats de l'ordre administratif exercent des activités administratives à côté de leurs activités juridictionnelles, il est beaucoup moins fréquent en pratique qu'ils aient à statuer sur un litige sur lequel ils ont publiquement exprimé leur opinion à l'occasion de leurs fonctions administratives. De sorte que l'exigence de la condition de la double identité réduit les risques qu'un cumul de fonctions administratives et juridictionnelles chez les magistrats puisse devenir synonyme de partialité des juridictions administratives.

## II – L'appréciation plus stricte de l'impartialité objective de la part de la Cour de Lyon

<sup>10</sup> Pour prononcer une incompatibilité, la Cour administrative d'appel de Lyon n'exige pas, comme il est d'usage, une identité de litige, mais une identité de grief (A), ce qui ouvre la voie à certaines incompatibilités de principe (B).

### A – De l'exigence d'une identité de litiges à celle d'une identité de griefs

<sup>11</sup> Le présent arrêt se démarque de la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat en matière d'impartialité objective. La solution retenue par la formation plénière de la Cour modifie le critère de la double identité. Pour la première fois, semble-t-il, le juge administratif n'exige plus une identité de litige mais se contente d'une identité de grief pour sanctionner la composition d'une formation de jugement. C'est en cela que cet arrêt constitue une réelle avancée jurisprudentielle, propre à justifier son classement en « R ». En l'espèce en effet, l'arrêté litigieux du 9 décembre 2009 prononçant la suspension de M. V. est intervenu avant l'avis rendu par le conseil de discipline le 12 octobre 2010. Par ailleurs, cet avis ne concernait juridiquement pas la mesure de suspension litigieuse, mais la saisine du conseil de discipline s'inscrivait dans la procédure disciplinaire devant aboutir au prononcé d'une sanction à l'encontre du requérant. C'est à juste titre que le rapporteur public, Cathy Schmerber, soulignait dans ses conclusions que le conseil de discipline et la formation de jugement du Tribunal administratif de Clermont-Ferrand n'avaient pas été saisis du même litige. Elle en tirait naturellement la conséquence que faute d'identité de litige, le vice tiré de la violation du principe d'impartialité ne pouvait pas être retenu à l'encontre de la régularité du jugement attaqué.

12

La Cour devait statuer autrement, et considérer que s'il n'y avait pas eu identité de litige, il y avait eu identité de griefs. Les faits, à l'origine des deux procédures distinctes (la suspension et la sanction disciplinaire) étaient les mêmes. Et le magistrat qui avait siégé au conseil de discipline avait également siégé dans la formation ayant eu à connaître de la légalité de la mesure de suspension. Le conseil de discipline a, dans son avis, décidé du report de l'affaire, mais il l'a fait après avoir examiné les faits reprochés à l'agent, « *lesquels ont également motivé la suspension de ce dernier* ». La Cour administrative d'appel sanctionne, dès lors, la violation des règles générales de procédure, qui « *font obstacle à ce qu'un magistrat participe à une formation de jugement appelée à se prononcer sur un litige relatif à des faits dont il a eu à connaître dans le cadre de ses activités administratives* ». Cette solution met peut-être encore plus en péril la dualité des fonctions administratives et juridictionnelles qui concerne bon nombre de magistrats administratifs.

## B – Vers une généralisation des incompatibilités de principe ?

13

En premier lieu, il est constant que sous l'empire de la règle ancienne, qui exigeait identité de personne et de litige, le moyen tiré de la violation du principe d'impartialité n'aurait pas pu prospérer. La nouvelle condition exigée est moins restrictive que la première, ce qui permet au moyen d'être fondé. La preuve en est que des mêmes faits, des mêmes griefs, peuvent donner lieu à des litiges différents, ce qui au demeurant correspond au cas d'espèce.

14

En second lieu, peut se poser la question de l'opportunité d'une telle jurisprudence. Certes, la primauté des apparences est consacrée, et il est de bonne justice que d'écarter les doutes concernant son impartialité. Mais en l'espèce, l'impartialité est violée, sans même que la juridiction ne recherche si le magistrat a exprimé son opinion sur le litige à l'occasion de l'exercice de ses fonctions administratives. La seule connaissance des griefs en cause suffit. Cela rendra certainement plus délicat l'exercice de fonctions administratives en parallèle des fonctions juridictionnelles. Si le magistrat concerné s'était abstenu de siéger dans la formation de jugement, le vice de partialité aurait été écarté. Par suite, si la solution retenue ne crée pas des incompatibilités de principe systématiques, elle en ouvre peut-être la voie et confirme certains doutes venus d'Europe subsistant quant à l'impartialité de la juridiction administrative. On pense notamment à la fameuse dualité fonctionnelle du Conseil d'Etat, qui est à la fois, conseiller juridique du gouvernement et depuis 2008 du Parlement, et juridiction suprême de l'ordre administratif.