

## JURIDIQUE Analyse



**PAULINE DELENTAIGNE-LEROY,**  
avocate,  
Ernst & Young Société d'avocats

### Pratiques illégales

Informée de pratiques illégales de l'un de ses agents, une collectivité est confrontée à la difficile question de l'établissement de la preuve.

### Tout moyen

La matérialité des faits reprochés à un agent peut être établie par tout moyen (témoignages, enregistrements, captures d'écran, rapports, photographies).

### Loyauté

La collectivité employeur est tenue, vis-à-vis de ses agents, à une obligation de loyauté. Les preuves obtenues de manière déloyale ne sont pas admissibles.

## Discipline L'établissement de la preuve et son admissibilité par le juge administratif



Il n'est pas rare qu'une collectivité employeur ait vent de l'exercice d'une activité professionnelle par l'un de ses agents, pourtant en arrêt de maladie de longue date, ou encore par un agent en exercice mais n'ayant pas fait l'objet d'une autorisation ou déclaration de cumul d'emplois.

La collectivité pourrait alors décider d'engager une procédure disciplinaire à l'égard de cet agent et, en cas de cumul d'emplois illégal, exiger le remboursement des sommes perçues au titre des activités interdites, par voie de retenue sur le traitement (1).

En cas de congé pour maladie, elle pourrait décider de l'interruption du versement de la rémunération ainsi que le reversement des sommes perçues par l'agent au titre du traitement et des accessoires (2). Cependant, la collectivité est face à une difficulté : celle de la preuve dudit exercice illégal par l'agent d'une activité rémunérée. En effet, à défaut d'éléments de preuve tangibles, les décisions pourraient être jugées illégales

car manquant en fait. Dans ce contexte, il est indispensable pour la collectivité de constituer un dossier de preuves en amont de toute décision. La question est alors de savoir quels éléments de preuve une collectivité peut collecter et par quels moyens elle est susceptible de les obtenir.

### LES PRINCIPES

#### LA PREUVE EST LIBRE DEVANT LE JUGE ADMINISTRATIF

C'est par un arrêt remarqué de 2014 que le Conseil d'Etat a affirmé le principe de liberté de la preuve.

En effet, il est dorénavant de jurisprudence constante que, « en l'absence de disposition législative contraire, l'autorité investie du pouvoir disciplinaire, à laquelle il incombe d'établir les faits sur le fondement desquels elle inflige une sanction à un agent public, peut apporter la preuve de ces faits devant le juge administratif par tout moyen [...] » (3). Ainsi, tous les types de preuves sont admis par le juge administratif :

sont alors retenus les témoignages, les enregistrements, les e-mails, les photos, les captures d'écran même tirés des réseaux sociaux ou des vidéosurveillances, les études dactylographiques...

Ces éléments doivent cependant avoir une force probante suffisante pour établir la matérialité des faits reprochés à l'agent et être dès lors circonstanciés, plausibles et concordants. Il est d'ailleurs souvent nécessaire de cumuler les éléments de preuve.

Si la preuve est libre devant le juge administratif, l'administration ne peut obtenir les éléments de preuve de manière déloyale.

#### L'ADMINISTRATION EST TENUE À UNE OBLIGATION DE LOYAUTÉ À L'ÉGARD DE SES AGENTS

Après avoir affirmé le principe de la liberté de la preuve, le juge administratif a, dans l'affaire de 2014, nuancé sa jurisprudence en jugeant que : « tout employeur public est tenu, vis-à-vis de ses agents, à une obligation de loyauté ; qu'il ne saurait, par suite, fonder une sanction disciplinaire à l'encontre de l'un de ses agents sur des pièces ou documents qu'il a obtenus en méconnaissance de cette obligation, sauf si un intérêt public majeur le justifie ; qu'il appartient au juge administratif, saisi d'une sanction disciplinaire prononcée à l'encontre d'un agent public, d'en apprécier la légalité au regard des seuls pièces ou documents que l'autorité investie du pouvoir disciplinaire pouvait ainsi retenir ».

#### UNE APPLICATION SOUPLE DU PRINCIPE DE LOYAUTÉ

#### L'EXEMPLE DES ENQUÊTES PRIVÉES MENÉES PAR UN DÉTECTIVE

L'obligation de loyauté n'est pas contraire à l'utilisation de procédés, même susceptibles d'attenter au respect de la vie privée des agents, tels que le recours à une agence de détectives privés.

Ainsi, bien que cela puisse paraître surprenant, il est reconnu par la haute juridiction que l'administration est en droit de recourir aux services d'un détective privé.

En effet, dans son arrêt de 2014, le Conseil d'Etat a également précisé que l'établissement de la preuve par la mise en place d'une surveillance de l'agent par un détective

## JURIDIQUE

### RÉFÉRENCES

- Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.
- Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.
- Décret n°87-602 du 30 juillet 1987 (...) relatif à l'organisation des comités médicaux, aux conditions d'aptitude physique et au régime des congés de maladie des fonctionnaires territoriaux.

privé, qui a ensuite réalisé un rapport reposant sur des constatations matérielles du comportement de l'agent, à l'occasion de l'exercice de son activité professionnelle illégale et dans des lieux ouverts au public, ne constituait pas un manquement à l'obligation de loyauté de la commune vis-à-vis de son agent.

Sur ce point, le juge administratif est plus souple que le juge judiciaire. Et pour cause, il n'est contraint par aucun texte en droit interne. Ainsi, l'employeur public dispose d'une plus grande liberté dans l'établissement de la preuve que l'employeur privé à l'égard duquel il a été jugé que lorsqu'il fait suivre ou surveiller un salarié à son insu, les comptes-rendus de filature ou de surveillance constituent un moyen de preuve illicite (4).

Toutefois, le juge administratif contrôle les conditions dans lesquelles les informations ont été recueillies. L'administration doit ainsi rester vigilante quant au fait que l'enquêteur privé se limite à des opérations de surveillance de l'agent :

- à l'occasion uniquement d'une activité professionnelle;
- dans des lieux ouverts au public, soit un lieu accessible à tous, sans autorisation spéciale de quiconque.

A titre d'illustration font partie de l'espace public les commerces (cafés, restaurants, magasins), les cinémas et théâtres, les transports collectifs. A contrario, n'en font pas partie: les sièges sociaux des entreprises, les chambres d'hôtel ou d'hôpital, les locaux associatifs, les immeubles privés

sauf lorsqu'ils comprennent des espaces dédiés à l'accueil du public.

Si l'administration fait appel à un détective privé, il va de soi qu'elle peut également avoir recours aux services d'un huissier, qui viendra parfois même en appui du rapport du détective par le biais notamment d'une sommation interpellative.

### L'EXEMPLE DES ÉLÉMENTS DE PREUVE TRANSMIS PAR UN TIERS

Il arrive que l'administration obtienne des éléments de preuves par le biais d'un tiers. Peut-elle s'en prévaloir lorsque l'origine de ces éléments s'avère douteuse ?

Il ressort de la jurisprudence que le juge administratif distingue le cas du tiers qui agit de son plein gré de celui qui œuvre à la demande de l'administration.

En effet, dans le cas où le tiers agit de son plein gré, l'administration peut se prévaloir des éléments qui lui sont transmis spontanément, alors même qu'ils auraient été obtenus par le tiers de manière déloyale ou illicite.

Ainsi, à titre d'illustration, au sujet de l'enregistrement d'une conversation téléphonique, entre un agent et un autre agent de son service, réalisé à son insu, le juge administratif a retenu, pour répondre au moyen tiré du fait que les éléments de preuve qui ont fondé la sanction disciplinaire auraient été obtenus de manière illicite, que « cet enregistrement n'a pas été réalisé par les services de la commune, ni à l'instigation de cette dernière, mais par un agent du service dirigé

par M. F., qui, ainsi que le fait valoir la commune sans être d'ailleurs contestée sur ce point, heurté par les agissements de l'intéressé, a décidé de son propre chef de remettre cet enregistrement le 17 octobre 2013, par l'intermédiaire de représentants syndicaux, à son employeur dans le but de faire cesser ces agissements » (5).

Sur ce point, comme il y a été invité par le rapporteur public sous l'arrêt précité en date du 16 juillet 2014, le juge administratif veille à ce qu'il ne soit pas fait « une application inconsidérée des exigences de légalité et de loyauté de la preuve aux

informations, pièces ou documents que des tiers transmettent à l'administration de manière spontanée et en dehors de tout cadre procédural organisé » (6). Ainsi, l'obligation de loyauté imposée à l'administration n'est pas opposable aux tiers. En l'état de la jurisprudence, il apparaît que le juge administratif fait preuve de souplesse dans l'application du principe de loyauté de la preuve.

Pour conclure, il est important de rappeler que si la preuve obtenue de manière loyale par l'administration est libre, il est indispensable pour que la sanction soit légale que l'agent ait été mis en mesure de se défendre utilement sur l'ensemble des griefs formulés à son encontre. Ce qui signifie que les éléments probants retenus pour fonder la décision doivent avoir été portés à la connaissance de l'agent en amont. Pour cela, ils doivent figurer dans son dossier au moment de sa consultation par l'agent. ●

(1) Loi statutaire du 13 juillet 1983, art. 25 septies.

(2) Voir notamment en ce sens pour le Citis l'article 37-15 du décret n°87-602 du 30 juillet 1987 pris pour l'application de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif à l'organisation des comités médicaux, aux conditions d'aptitude physique et au régime des congés de maladie des fonctionnaires territoriaux.

(3) CE, 16 juillet 2014, req. n°355201.

(4) Cour de cass., 4 février 1998, pourvoi n°95-43421; Cour de cass., 15 mai 2001, pourvoi n°99-42219; voir également Cour de cass., 20 novembre 1991, pourvoi n°8843120; Cour de cass., 22 mai 1995, pourvoi n°93-44078.

(5) CAA de Versailles, 12 octobre 2017, req. n°16VE02671.

(6) Conclusions de Vincent Daumas, rapporteur public sous CE, 16 juillet 2014, req. n°355201.



Si la preuve est libre devant le juge administratif, l'administration doit faire preuve de loyauté à l'égard de ses agents, sauf si un intérêt public majeur le justifie.