

De même, la loi n° 86-897 du 1<sup>er</sup> août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse ignore cette «indépendance éditoriale» lorsqu'elle définit la publication de presse comme «tout service utilisant un mode écrit de diffusion de la pensée mis à la disposition du public en général ou de catégories de publics et paraissant à intervalles réguliers».

Doctrinalement, cette construction prétorienne de l'indépendance éditoriale est donc digne de l'adage de Raymond Saleilles, résumant ainsi le credo de l'École de la libre recherche scientifique : «au-delà du Code mais par le Code». Elle pose également la question des critères de mesure de l'indépendance éditoriale.

En l'espèce, le juge examine les statuts de l'association, son financement et le contenu de la publication pour en déduire l'absence d'indépendance éditoriale. Auparavant, le juge s'attachait au statut du personnel pour refuser la qualité de journaliste (CE 30 mai 1986, n° 59289, préc.). Ceci avait mené à la création d'associations distinctes de l'établissement public. La tendance jurisprudentielle actuelle invite à la création de sociétés commerciales dont l'objet social sera l'édition de titres de presse.

Ainsi, les statuts répondront à l'exigence précitée et le personnel de la rédaction sera salarié par une entreprise de presse, premier des critères alternatifs de l'article L. 7111-3 du code du travail, ce qui dispensera de l'examen de l'indépendance éditoriale de la publication.

Quant au flux financier, il pourra s'inscrire dans les recettes publicitaires de la société éditrice, ce qui correspondra à sa nature commerciale.

Relevons qu'un éditeur n'a pas l'obligation de répondre aux critères posés par la commission paritaire des publications et agences de presse (CPPAP). Ceux-ci ne s'appliquent que s'il souhaite bénéficier d'une aide postale et fiscale. Si la diffusion se fait sans vente et hors réseau postal, la question du tarif postal et du taux de TVA ne se pose alors pas.

Le juge pourrait alors recentrer son examen sur le contenu de la publication pour lui dénier éventuellement la qualité de publication de presse et par là même rejeter la qualité d'entreprise de presse par-delà ses statuts et le code APE attribué à l'entreprise par l'INSEE.

En l'espèce, le juge avait relevé que le magazine propose «des articles présentant les événements actuels marquant la vie de Levallois-Perret. Il a ainsi pour objet d'assurer la promotion du territoire de la commune et des services qu'elle offre et non de proposer aux personnes auxquelles il est adressé des articles d'information et d'opinion». Le même grief pourrait être fait à l'encontre des publications de presse régionales dont les membres de la rédaction sont bien journalistes.

Ce critère du contenu apparaît donc subjectif et difficilement opérant, posant en cela la question du niveau de contrôle dans l'office du juge, dans un domaine touchant à la liberté d'expression. La carte de presse n'est toutefois que déclarative et non constitutive du statut de journaliste. La qualité préexiste donc au titre et il n'est pas obligatoire d'être encarté.

Frédéric Gras

#### À retenir

Une publication n'ayant pas d'indépendance éditoriale, et non éditée par une entreprise de presse, ne peut employer un journaliste professionnel. Le fait que ce collaborateur ait précédemment obtenu la carte de presse est sans effet sur le refus de renouvellement.

## La révocation automatique du sursis assortissant une sanction disciplinaire est contraire au principe d'individualisation des peines

Conseil constitutionnel, 29 novembre 2019, n° 2019-815 QPC

**Mots-clés :** RESSOURCES HUMAINES \* Discipline \* Sanction disciplinaire \* Sursis \* Révocation automatique

**Solution :** Le Conseil constitutionnel juge contraire à la Constitution le régime disciplinaire des experts-comptables qui prévoit que le sursis assortissant une sanction de suspension de fonction est révoqué automatiquement lors du prononcé d'une nouvelle sanction. Cette décision interroge sur la constitutionnalité des dispositions de l'article 89 des statuts de la fonction publique territoriale, semblables sur ce point aux dispositions censurées par le Conseil constitutionnel.

« 5. L'article 53 de l'ordonnance du 19 septembre 1945 détermine les peines disciplinaires qui peuvent être prononcées à l'égard des experts-comptables en cas de manquements aux obligations légales, réglementaires et déontologiques auxquelles ils sont soumis. Au nombre de ces peines, la juridiction disciplinaire peut prononcer celle de suspension [...]. Elle peut assortir cette suspension

**FONDEMENT :** Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, art. 8; Ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945, art. 53

d'un sursis. Dans ce cas, l'exécution de la peine est suspendue pendant un délai de cinq ans à compter de son prononcé. Si, dans ce délai, la personne sanctionnée commet une infraction ou une faute conduisant au prononcé d'une nouvelle peine disciplinaire, le sursis est révoqué et la peine de suspension est exécutée.

6. Le sursis constitue une mesure de suspension de l'exécution d'une peine. Cette mesure est subordonnée à l'absence, durant un délai d'épreuve, de la commission de nouvelles fautes. Lorsqu'elle prononce une peine et qu'elle décide de l'assortir d'un sursis, la juridiction disciplinaire tient compte des circonstances propres à chaque espèce et de l'adé-

quation de la peine aux fautes commises. La révocation du sursis n'a pas pour objet de sanctionner de nouvelles fautes mais de tirer les conséquences de la méconnaissance des conditions auxquelles était subordonnée la suspension de l'exécution de la peine précédemment prononcée.

7. Toutefois, en premier lieu, d'une part, il résulte de la combinaison des dispositions contestées et de celles du décret du 30 mars 2012 mentionné ci-dessus que la révocation du sursis intervient pour toute nouvelle sanction disciplinaire. Une telle sanction peut être prononcée en raison d'une contravention aux lois et règlements qui régissent l'activité de l'expert-comptable, d'une infraction aux règles professionnelles ou d'un manquement à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse, même se rapportant à des faits non liés à l'activité professionnelle. Cette révocation peut donc intervenir quelles que soient la nature et la gravité du manquement sanctionné et de la peine prononcée. D'autre part, le délai d'épreuve durant lequel un tel manquement est susceptible d'entraîner cette révocation est de cinq ans.

8. En second lieu, en vertu des dispositions contestées, le prononcé d'une nouvelle peine disciplinaire entraîne la révocation automatique du sursis sans que la juridiction disciplinaire puisse alors s'y opposer ou en moduler les effets.

9. Dans ces conditions, eu égard à la gravité de la peine de suspension temporaire d'exercice professionnel, la seconde phrase du dixième alinéa de l'article 53 de l'ordonnance du 19 septembre 1945 méconnaît le principe d'individualisation des peines et doit donc être déclarée contraire à la Constitution. [...]».

**Observations : Principe constitutionnel d'individualisation des peines** – L'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et son corollaire, le principe d'individualisation des peines, interdisent les peines obligatoires ainsi que les mesures d'application des peines qui auraient un caractère automatique (Cons. const. 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC, AJDA 2010. 1172; *ibid.* 1831, note B. Maligner; D. 2010. 1560, obs. S. Lavric; *ibid.* 2732; *ibid.* 2011. 1713; AJ pénal 2010. 392, obs. J.-B. Perrier; Constitutions 2010. 453; *ibid.* 2011. 531; RSC 2011. 182; RTD com. 2010. 815; Cons. const. 1<sup>er</sup> juin 2018, n° 2018-710 QPC, D. 2018. 1153; Constitutions 2018. 336, Décision; RSC 2018. 675, obs. Y. Mayaud). Ce principe s'applique non seulement aux peines prononcées par les juridictions répressives mais également aux sanctions disciplinaires (*inter alias*, Cons. const. 30 déc. 1982, n° 82-155 DC).

**Inconstitutionnalité du caractère automatique de la révocation du sursis applicable aux suspensions de fonctions** – Au visa de ce principe, le Conseil constitutionnel a jugé contraire à la Constitution l'automatisme de la révocation du sursis dont peut être assortie la suspension de fonction d'un expert-comptable (Cons. const. 29 nov. 2019, n° 2019-815 QPC, D. 2019. 2296). Le sursis, on le sait, est une dispense d'exécution de la peine, subordonnée à l'absence de commission d'une nouvelle infraction pendant un délai d'épreuve.

En droit pénal, en cas de nouvelle sanction prononcée pendant ce délai d'épreuve, la révocation du sursis fait l'objet d'un débat et d'une décision spéciale (C. pén., art. 132-35 et 132-36). Il en va différemment dans certains régimes disciplinaires qui prévoient une révocation automatique du sursis en cas de nouvelle infraction sans possibilité pour la juridiction disciplinaire de s'opposer ou de moduler les effets de cette révocation. Cette automatisme est jugée ici inconstitutionnelle pour le régime des experts-comptables.

**Extension de l'inconstitutionnalité au régime disciplinaire des fonctionnaires** – La décision du Conseil constitutionnel est-elle transposable aux statuts de la fonction publique territoriale ? Les règles et procédures disciplinaires des experts-comptables et des fonctionnaires territoriaux sont certes très différentes mais, comme le faisait l'article 53, alinéa 10, de l'ordonnance du 19 septembre 1945 réglementant la profession d'expert-comptable, l'article 89 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 applicable aux fonctionnaires territoriaux prévoit qu'une exclusion temporaire de fonctions peut être assortie d'un sursis. Et cet article 89 ne soumet la révocation du sursis ni à une analyse de ses effets, ni à un débat contradictoire.

Avant sa modification en 2019, l'article 89 prévoyait que « l'intervention d'une sanction disciplinaire des deuxième et troisième groupes pendant une période de cinq ans après le prononcé de l'exclusion temporaire » entraînait « la révocation du sursis ». Ainsi rédigé, le texte conférait déjà un caractère automatique à la révocation du sursis. Les juges du fond estimaient d'ailleurs que l'autorité territoriale était en situation de « compétence liée » pour révoquer le sursis lors du prononcé d'une nouvelle sanction (TA Châlons-en-Champagne, 25 mars 2008, n° 0502716-0600066).

Saisi en 2013 d'une QPC sur la constitutionnalité de cette révocation automatique, le Conseil d'État avait retenu une interprétation neutralisante de l'article 89 pour lui épargner la censure du Conseil constitutionnel. La Haute juridiction avait jugé que, lorsque l'autorité disciplinaire prononce une nouvelle sanction disciplinaire entraînant la révocation du sursis, elle doit tenir compte « à cette occasion, de ce que la révocation du sursis conduirait à une sanction disproportionnée aux faits reprochés » (CE 5 juill. 2013, n° 368085).

**Loi TFP** – Mais avec la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, le législateur a semblé prendre le contre-pied du Conseil d'État en « facilitant la révocation du sursis » (v. l'amendement présenté le 11 juin 2019 devant la commission des lois du Sénat n° COM-365 rect.). Dans sa nouvelle rédaction, l'article 89 prévoit que l'intervention de toute nouvelle exclusion temporaire de fonctions, y compris pour une durée maximale de trois jours (sanction du premier groupe), entraîne la révocation du sursis. Comme le relevaient les auteurs de l'amendement, cette rédaction a pour objet « de faciliter la révocation du sursis prononcé sur une exclusion temporaire de fonctions permettant la révocation dès qu'une deuxième exclusion temporaire de fonctions (ETF) intervient, quel qu'en soit le groupe ». Un sursis peut désormais être révoqué par l'autorité territoriale, quelle que soit la durée de suspension entraînée par cette révocation, sans que cela soit débattu préalablement devant le conseil de discipline.

À la lumière de cette décision du 29 novembre 2019 relative au régime disciplinaire des experts-comptables, la constitutionnalité de ces modalités de révocation du sursis prévues pour les fonctionnaires territoriaux paraît fragile, de plus forte raison leur assouplissement par la loi du 6 août 2019. Le dépôt d'une nouvelle QPC sur ce point n'est pas à exclure ; rien n'empêcherait alors le

Conseil d'État de la transmettre au Conseil constitutionnel. Mais peut-être préférera-t-il renforcer son interprétation neutralisante de l'article 89 (v., sur cette technique de filtre, par ex., Crim. 5 oct. 2010, n° 10-83.090). Dans tous les cas, l'intention du législateur de 2019 risque de souffrir de sa confrontation au principe constitutionnel d'individualisation des peines.

François Benech

#### Conseil pratique

Les autorités territoriales ont intérêt, pour assurer la sécurité juridique de leurs décisions d'exclusion temporaire de fonctions entraînant la révocation d'un sursis, d'une part, à bien choisir la durée de la nouvelle exclusion au regard de la révocation du sursis qu'elle entraîne et, d'autre part, à motiver leur décision sur ce point précis.

## Appréciation du motif légitime ouvrant droit à l'indemnisation chômage en cas de refus de renouvellement du contrat

Conseil d'État, 8 novembre 2019, n° 408514 - *Ministre de l'Éducation nationale*

**Mots-clés :** RESSOURCES HUMAINES \* Protection sociale \* Indemnisation du chômage de l'agent \* Renouvellement de CDD \* Refus

**FONDEMENT :** Code du travail, art. L. 5422-1 et L. 5424-1

**Solution :** Le bénéfice de l'allocation d'assurance chômage est ouvert aux travailleurs ayant été, involontairement, privés d'emploi. Le refus de renouvellement du contrat peut être assimilé à une perte involontaire d'emploi dès lors qu'il est justifié par un motif légitime qui peut être lié à des considérations d'ordre personnel ou à une modification substantielle du contrat, si cette dernière n'apparaît pas comme justifiée.

« 3. L'agent mentionné à l'article L. 5424-1 du code du travail, qui refuse la transformation de son contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, ne peut être regardé comme involontairement privé d'emploi, à moins que ce refus soit fondé sur un motif légitime. Un tel motif peut être lié notamment à des considérations d'ordre personnel ou au fait que le contrat a été modifié de façon substantielle par l'employeur sans justification ; [...]

4. [...] Toutefois, le tribunal administratif de Grenoble a inexactement qualifié les faits de l'espèce en estimant que la modification du contrat de M<sup>me</sup> A. n'était pas justifiée par le recteur de l'académie de Grenoble et en en déduisant que le refus de l'intéressée reposait sur un motif légitime permettant de la regarder comme involontairement privée d'emploi, dès lors qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que cette modification était nécessaire compte tenu des conditions d'emploi des professeurs sous contrat à durée indéterminée, lesquels ont vocation à enseigner dans l'ensemble des établissements du ressort de l'académie en fonction des besoins du service ».

**Observations :** M<sup>me</sup> A., qui bénéficiait depuis douze ans de contrats à durée déterminée pour assurer un enseignement en économie, gestion et communication dans divers établissements publics locaux d'enseignement, s'est vu proposer par le recteur de l'académie de Grenoble, à l'occasion du renouvellement de son contrat en cours arrivant à échéance le 31 août 2012, la transformation de ce dernier en un contrat à durée indéterminée, en application des dispositions de l'article 8 de la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique ; ce qu'elle a refusé. En conséquence, elle sollicite le bénéfice de l'allocation d'assurance pour perte d'emploi qui lui est refusé par deux décisions du recteur du 27 novembre 2012 et du 15 janvier 2013.

Ainsi que le rappelle le Conseil d'État, l'allocation d'assurance chômage bénéficie, sous certaines conditions, aux agents ayant

été involontairement privés d'emploi. La question centrale est alors de savoir ce que recouvre cette notion et notamment dans l'hypothèse où le fonctionnaire ne manifeste pas directement sa volonté de rompre la relation contractuelle mais « abandonne » cette dernière en informant son employeur de son intention de ne pas renouveler (CE 28 déc. 2017, n° 407009) ou en n'acquiesçant pas au renouvellement qui lui est proposé, que ce dernier concerne un nouveau contrat à durée déterminée ou un contrat à durée indéterminée, comme c'était le cas dans cette affaire.

Si la Cour de cassation adopte une position très protectrice et considère que, dès lors que le contrat a pris fin, le salarié ne peut être privé du paiement des allocations de chômage en raison de son refus de la proposition de renouvellement du contrat (Soc. 16 janv. 2019, n° 17-11.975, AJDA 2019. 144 ; D. 2019. 132 ; AJCT 2019. 258 ; Dr. soc. 2019. 271 ; *ibid.* 856), ce n'est pas le cas de la Haute juridiction administrative qui examine si les circonstances du non-renouvellement du contrat permettent d'assimiler celui-ci à une perte involontaire d'emploi. C'est ainsi que l'autorité administrative compétente doit apprécier le motif à l'origine du refus de l'agent et déterminer si ce motif peut être considéré comme un motif légitime qui seul permettra de considérer l'agent comme ayant été involontairement privé d'emploi et susceptible, à ce titre, de bénéficier de l'allocation d'assurance chômage.

Deux types de motifs peuvent être considérés comme légitimes.

Le premier est lié à des considérations d'ordre personnel et l'examen de la jurisprudence montre que ce type de motifs n'est pas aisément acquis. N'ont ainsi pas été reconnus comme légitimes les refus de renouvellement motivés par les difficultés professionnelles que la mère de l'agent rencontrait et l'état dépressif de cette dernière qui conduisait l'agent à vouloir lui apporter son soutien (CAA Bordeaux, 31 déc. 2018, n° 16BX03859) ; des mauvaises