

N° 347704
M. D...

ASSEMBLEE

Séance du 25 octobre 2013
Lecture du 13 novembre 2013

CONCLUSIONS

M. Rémi KELLER, rapporteur public

Le 14 septembre 2009, M. Paul D., ministre plénipotentiaire, a été nommé ambassadeur, représentant permanent de la France au Conseil de l'Europe à Strasbourg. A ce titre, il a fait l'objet, comme tous les chefs de poste, d'une procédure d'évaluation dite « à 360° » qui s'est achevée en août 2010 et dont les conclusions mentionnaient « des insuffisances dans le management du poste et surtout (...) [des] attitudes déplacées vis-à-vis de l'autre sexe. »

Une inspection a été diligentée en septembre 2010, dont les conclusions recommandaient qu'il fût mis fin sans délai, dans l'intérêt du service, à la mission de M. D. C'est ce qui a été fait par un décret du président de la République du 30 septembre 2010 nommant M. Laurent E... à la tête de la représentation permanente. Parallèlement, une procédure disciplinaire a été engagée qui a abouti à un second décret du président de la République du 3 février 2011 prononçant la mise à la retraite d'office du requérant, suivi d'un arrêté ministériel du 8 mars 2011 le radiant du corps des ministres plénipotentiaires.

Toutes ces décisions ont été attaquées par M. D. Par un arrêt du 17 juillet 2013 (n^{os} 343554 et 344148, qui sera mentionné aux tables), vos 4^e et 5^e sous-sections-réunies ont rejeté les conclusions du requérant dirigées contre son évaluation et contre la décision mettant fin à ses fonctions et nommant son successeur.

Quant aux conclusions dirigées contre la sanction disciplinaire et l'arrêté de radiation, il a été décidé de les renvoyer à votre assemblée du contentieux.

I. – Avant d'en venir au moyen relatif à la gravité de la sanction, qui a justifié ce renvoi, vous pourrez écarter plus rapidement les autres moyens de la requête, sur lesquels nous nous sommes déjà exprimé devant vos sous-sections réunies.

1. Le premier – et le seul, à vrai dire, qui mérite d'être à nouveau exposé en détail – est tiré de la violation du principe d'impartialité, en raison du rôle prépondérant joué par le directeur général de l'administration, accusé à la fois d'être à l'origine des poursuites, de diriger la procédure et de présider le conseil de discipline.

S'il s'agissait d'une procédure juridictionnelle, le moyen serait sans aucun doute fondé¹. Mais à propos d'une procédure disciplinaire, vous jugez invariablement, depuis votre décision *Min. agriculture c/ L...*, n° 45848, du 11 mai 1960 (p. 316)², que l'autorité hiérarchique qui a déclenché les poursuites peut présider le conseil de discipline, à la condition de ne pas faire preuve de partialité à l'égard du fonctionnaire poursuivi.

Cette jurisprudence, il faut le reconnaître, ne va pas de soi, d'autant que même si l'auteur de la saisine n'est pas impartial, cela ressort rarement des pièces du dossier.³ Or, il vous revient de veiller tout particulièrement au respect de l'impartialité, principe général du droit qui s'impose bien entendu à tout organisme administratif⁴, *a fortiori* s'il s'agit d'une sanction, et plus encore lorsque la sanction est particulièrement lourde. Le risque de partialité doit donc être compensé, selon nous, par un réel contrôle juridictionnel sur le choix de la sanction – nous allons y venir.

C'est dans cette mesure que nous vous proposons d'écarter le moyen.

2. M. D. invoque ensuite une violation de la règle *non bis in idem*, au motif que la sanction est fondée sur les mêmes faits que la décision du 30 septembre 2010 qui mettait fin à ses fonctions. Mais le moyen est inopérant car la décision du 30 septembre 2010, prise dans l'intérêt du service, n'était pas une sanction déguisée – ainsi que le juge l'arrêt des sous-sections réunies.

3. Vous écarterez ensuite le moyen tiré, par voie de conséquence, de l'illégalité de l'évaluation « à 360° », la sanction n'ayant pas été prise sur le fondement ou pour l'application de cette évaluation – conditions posées par l'arrêt de section *Société d'équipement du département de Maine-et-Loire* du 11 juillet 2011 (p. 347). Au demeurant, les arguments par lesquels M. D. critique son évaluation sont ceux qui ont déjà été écartés par la décision des sous-sections réunies.

Vous n'accueillerez pas davantage les moyens tirés de l'inexactitude matérielle des faits et du détournement de pouvoir, pour les mêmes motifs que ceux qui ont été retenus par les sous-sections réunies.

4. Vous écarterez également, parce qu'il manque en fait, le moyen tiré de ce que le conseil de discipline n'aurait pas régulièrement délibéré sur la question de savoir si la sanction devait être rendue publique comme le prévoit l'article 67 de la loi du 11 janvier 1984. Et la publicité de la sanction implique nécessairement que le nom de la personne sanctionnée soit lui aussi rendu public.

¹ Assemblée, 6 déc. 2002, *T...*, n° 240028, p. 427, à propos de la Commission centrale d'aide sociale ; *F...*, n° 352063, 6 déc. 2012 (à paraître aux tables), à propos de la Chambre nationale de discipline du conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables.

² Egalement : 23 fév. 1968, *L...*, n° 72473, aux tables pour un autre motif ; 12 juillet 1969, *M...*, n° 72648, p. 380 ; 7 fév. 2003, *Min. éducation c/ B...*, n° 232217, t. p. 836 ; 9 avril 1999, *Administration générale de l'Assistance publique à Paris*, n° 114913.

³ En Belgique, l'article 14 de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 impose que l'autorité qui propose la peine disciplinaire ne soit pas la même que celle qui la prononce.

⁴ 7 juillet 1965, *Fédération nationale des transports routiers*, p. 413.

5. Par ailleurs, la circonstance que d'autres ambassadeurs auraient commis des actes plus graves sans être autant sanctionnés, pour aussi regrettable qu'elle soit, est sans influence sur la légalité de la décision attaquée.

6. Les deux derniers moyens sont tirés de l'erreur de qualification sur la faute et de l'excessive gravité de la sanction.

Il est donc temps de préciser les faits reprochés à M. D. On peut les regrouper en deux catégories.

On lui reproche d'abord un comportement général qualifié de « déplacé » et « inadapté » vis-à-vis du personnel féminin du poste. Ce reproche est étayé par les témoignages concordants de six personnes : la stagiaire de l'ENA, deux agents de catégorie A, deux secrétaires et enfin l'employée de maison de la résidence. Toutes relatent des plaisanteries à connotation sexuelle répétées, presque quotidiennes, qui apparaissent, au mieux, de mauvais goût et, la plupart du temps, malsaines.

Il y a ensuite l'attitude particulière de l'ambassadeur vis-à-vis d'une jeune femme du poste employée en qualité de contractuelle. Les témoins rapportent des propos répétés et humiliants, tenus en public, qui ont entraîné une dégradation des conditions de travail et de l'état de santé de l'intéressée.

Il ne fait aucun doute qu'un tel comportement était de nature à justifier une sanction, ce qui vous conduira à écarter l'erreur de qualification⁵.

II. – Ce comportement justifiait-il, pour autant, une mise à la retraite d'office ?

Cette peine constitue, avec la révocation, la plus lourde des sanctions disciplinaires autorisées par l'article 66 de la loi statutaire du 11 janvier 1984. L'administration vous dit qu'elle est moins infamante que la révocation, mais elle emporte les mêmes conséquences pratiques, c'est-à-dire l'exclusion définitive du service.

M. D. soutient que la sanction est manifestement disproportionnée. Il produit plusieurs témoignages attestant de ses mérites et émanant de hautes personnalités - parmi lesquelles le président de la Cour européenne des droits de l'homme, le secrétaire général du Conseil de l'Europe ou encore le gouverneur de la Banque de développement du Conseil de l'Europe. On trouve également au dossier des attestations d'anciens collaborateurs qui ont apprécié la manière de servir de l'ambassadeur.

Vous exercez un contrôle restreint sur la proportion entre les faits reprochés et la sanction infligée à un fonctionnaire depuis l'arrêt de section *Lebon* du 9 juin 1978 (p. 245, concl. Bruno Genevois). Cette solution a été confirmée par l'arrêt de section *T...* (n° 271676) du 1^{er} février 2006 (p. 38, concl. Terry Olson).

⁵ Par exemple, pour un comportement vexatoire sur une longue durée : 24 nov. 2006, *B...*, n° 256313, p. 486, fiché sur ce point.

En l'état actuel de votre jurisprudence, il nous paraît difficile de retenir une erreur manifeste eu égard aux responsabilités qui étaient celles de M. D. et aux conséquences préjudiciables de son comportement, à l'intérieur comme à l'extérieur du service.

Mais plusieurs raisons nous ont déterminé à vous proposer d'exercer désormais un entier contrôle sur cette question.

1. D'abord, l'approche des questions disciplinaires a évolué.

Longtemps, le juge administratif s'est intéressé beaucoup à l'intérêt général et peu à la personne sanctionnée. On admettait une moindre protection des agents au bénéfice d'une plus grande efficacité de l'administration. Il a fallu attendre 1978, avec l'arrêt *Lebon*, pour que vous acceptiez de vous interroger sur la gravité de la sanction, mais seulement au travers d'un contrôle limité, estimant qu'il fallait laisser une grande latitude à l'administration.

Aujourd'hui, les choses ont changé. Sans doute a-t-on pris conscience de ce que lorsque l'administration sanctionne, elle ne prend pas une décision ordinaire, banale : la dimension punitive de la décision ne peut plus être reléguée au second plan. Et le fonctionnaire qui se présente devant votre prétoire peut s'étonner de ce que le juge, après avoir minutieusement vérifié les faits et le droit, ne s'intéresse que de loin, presque distraitemment, à la gravité de la sanction – alors que, pour lui, c'est la question la plus importante, surtout si la sanction est lourde. Cette *justice qui se retient* est de plus en plus difficile à justifier.

Signalons au passage que, sur cette question, les salariés du secteur privé bénéficient d'une meilleure garantie car le juge prud'homal exerce un contrôle normal sur la proportionnalité de la sanction infligée par l'employeur, comme l'exige l'article L. 1333-2 du code du travail : « Le conseil de prud'hommes peut annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise »⁶. En conséquence, dans une entreprise employant à la fois des agents de droit public et de droit privé – comme La Poste ou France Telecom -, les sanctions de l'employeur ne sont pas contrôlées de la même façon selon le statut de la personne sanctionnée.

Nous pensons également – nous y avons déjà fait allusion - qu'un contrôle entier est justifié par le rôle prépondérant joué par l'autorité hiérarchique : c'est elle qui engage la procédure disciplinaire, qui conduit l'instruction et qui décide de la sanction. Mais il est rare que le dossier fasse apparaître une violation caractérisée du devoir d'impartialité qui, seule, peut justifier l'annulation de la décision sur ce terrain. Cette fragilité de la phase administrative au regard du principe d'impartialité doit être compensée par un entier contrôle juridictionnel, de la même façon que vous justifiez parfois l'existence d'un contrôle de plein contentieux par la nécessité de purger les incertitudes sur l'impartialité de la phase administrative⁷.

Il y a aussi, pour nous déterminer, ce que le commissaire du gouvernement Bruno Genevois appelait, dans ses conclusions sur l'affaire *Lebon*, les « discrets démentis », c'est-à-

⁶ Par exemple Cass. soc., 14 novembre 2000, n°98-45309.

⁷ Ass., 3 déc. 1999, *D...*, n° 207434, p. 399, à propos du Conseil des marchés financiers ; 6 janv. 2006, *Sté Lebanese Communication Group*, p. 1, à propos du Conseil supérieur de l'audiovisuel.

dire les questions sur lesquelles vous exercez un entier contrôle bien qu'elles vous conduisent à apprécier la proportion entre une sanction et les faits qui la justifient. Il en va ainsi, par exemple, lorsque vous faites jouer votre jurisprudence d'assemblée *Ministre de l'économie c/ Dame P...*⁸ Tel est aussi le cas lorsque vous contrôlez pleinement l'insuffisance professionnelle qui fonde le licenciement d'un agent public (27 avril 1994, *Centre hospitalier de Roubaix*, t. p. 1142)⁹, ou encore les motifs de la radiation administrative du tableau de l'ordre des médecins, y compris lorsqu'elle est prise pour des raisons de moralité (23 juillet 2010, *M...*, n° 330308 p. 343).

Ajoutons que la matière disciplinaire ne présente aucune technicité particulière qui pourrait justifier un contrôle restreint.

2. L'exercice d'un contrôle normal serait également plus conforme à la jurisprudence d'autres cours.

À celle du Conseil constitutionnel d'abord, qui affirme que le principe de proportionnalité – qui découle de la nécessité des peines – s'applique à toute sanction ayant le caractère de punition, qu'elle soit juridictionnelle ou administrative.¹⁰

Certes, le Conseil constitutionnel a plusieurs fois relevé l'absence de disproportion « manifeste » entre l'infraction et la peine encourue.¹¹ Mais son contrôle diffère du vôtre : il est chargé de vérifier la constitutionnalité d'un texte général, et il ne lui appartient pas – comme il le rappelle souvent – « de substituer son appréciation à celle du législateur ». Tandis qu'il vous revient, à vous, de vérifier, pour une personne déterminée et dans des circonstances précises, le caractère adapté de la sanction choisie par l'administration.

Un entier contrôle serait plus conforme aussi à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui exige que les sanctions puissent être déférées à un organe judiciaire de « pleine juridiction »¹². Il ne fait aucun doute que cette expression malheureuse ne correspond pas toujours à votre notion de plein contentieux. Dans sa contribution aux *Mélanges Jacques Velu* parue en 1992, Michel Melchior estimait à juste titre qu'il vaudrait mieux parler de « recours de pleine légalité ».¹³

Lorsqu'elle statue en matière pénale, la cour de Strasbourg témoigne le plus souvent d'une conception de la pleine juridiction comparable à la vôtre. Non seulement elle précise que cela suppose « le pouvoir de réformer la décision en tous points, en fait comme en droit »¹⁴, mais elle va plus loin en examinant si le juge national a pu « vérifier l'adéquation de la

⁸ 12 janv. 1968, n° 70951, p. 39, concl. J. Kahn.

⁹ Également : 23 fév. 2005, *F...*, n° 262986, pour un policier.

¹⁰ CC, n° 86-215 DC du 3 septembre 1986 ; n° 87-237 DC du 30 déc. 1987 ; n° 88-248 DC du 17 janvier 1989.

¹¹ Décision n° 86-215 DC du 3 septembre 1986, *Lutte contre la criminalité et la délinquance*, cons. 7 ; n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, *Loi de finances pour 1988*, cons. 16 ; n° 2010-604 DC du 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, cons. 14 ; décision n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, *Loi de finances pour 1988*, cons. 16.

¹² CEDH, 10 fév. 1983, *L...et A... c. Belgique*.

¹³ M. Melchior, *La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme*, Mélanges Jacques Velu, éd. Bruylant, Bruxelles, 1992, pp. 1327 et suivantes.

¹⁴ 23 oct. 1995, *S... c. Autriche*, § 36 ; 23 oct. 1995, *G... c. Autriche*, n° 15963/90, § 44 ; 4 juin 2004, *Silvester's Horeca service c/Belgique* § 27.

sanction à l'infraction commise et le cas échéant [aurait] pu remplacer la sanction », comme elle l'a dit à propos d'une amende à caractère pénal infligée par le Conseil d'Etat italien.¹⁵

En matière civile, la cour européenne se montre parfois moins exigeante sur le degré de contrôle du juge national. Et bien qu'elle tienne compte, pour décider du caractère pénal ou civil d'une affaire, de la nature des manquements et de la gravité de la sanction¹⁶, elle considérerait sans doute que la sanction infligée à M. D. relève du volet civil, comme elle l'a déjà fait, précisément, à propos d'une mise à la retraite d'office¹⁷ ou encore d'une révocation.¹⁸ Or, la cour a déjà jugé qu'en matière civile, le recours pour excès de pouvoir satisfaisait aux exigences de l'article 6§1 : elle l'a dit, par exemple, à propos d'une décision du conseil médical de l'aéronautique civile¹⁹.

Toutefois, même en matière civile, il arrive à la cour de rappeler l'exigence de « pouvoir réformer en tout point la décision critiquée »²⁰. On ne saurait donc être trop prudent lorsqu'on se livre à l'exercice périlleux consistant à anticiper l'appréciation des juges de Strasbourg²¹ : dans ce domaine, comme en physique quantique, c'est un peu le principe d'incertitude qui règne.

Mais en tout état de cause, que l'on soit dans le volet pénal ou dans le volet civil, il est vraisemblable que la cour européenne jugerait, à propos d'une sanction particulièrement lourde, qu'un contrôle limité à l'erreur manifeste ne satisfait pas aux exigences de l'article 6, qui suppose non seulement d'examiner « toutes les questions de fait et de droit pertinentes »²², mais aussi « d'apprécier la proportionnalité entre la faute et la sanction »²³. Ce risque est régulièrement souligné par les commentateurs les plus autorisés (on peut citer, parmi bien d'autres : le professeur Chapus²⁴, le professeur Melleray²⁵, ou encore les auteurs de la chronique parue en 2009 à l'AJDA sur l'arrêt *ATOM*²⁶).

3. Enfin, comment ne pas observer que le paysage jurisprudentiel a profondément changé depuis l'arrêt de section *T...* du 1^{er} février 2006 qui décidait de maintenir le contrôle restreint ?

La jurisprudence de la cour de Strasbourg d'abord, puisqu'en 2006 elle s'en tenait à sa jurisprudence *P... c/ France* du 8 décembre 1999 selon laquelle l'article 6 de la convention

¹⁵ 27 déc. 2011, *A. Menarini Diagnostics SRL c. Italie*, n° 43509/08, § 65 ; à noter le sort particulier réservé au contentieux fiscal qui implique « une exigence d'efficacité nécessaire pour préserver les intérêts de l'Etat et [qui], en outre, (...) ne fait pas partie du noyau dur du droit pénal au sens de la Convention » (7 juin 2012, *Segame SA c. France*, § 59).

¹⁶ 8 juin 1976, *E... et autres c. Pays-Bas*, n°s 5100/71 et autres ; 21 févr. 1984, *O... c. Allemagne*.

¹⁷ 13 sept. 2007, *M... c. France*, n° 27521/04.

¹⁸ 2 juillet 2009, *I... et autres c. Bulgarie*, n° 23530/02 ; également, pour une révocation : 14 janv. 2010, *V... c. Croatie*, n° 29889/04.

¹⁹ 29 oct. 2009, *C... c. France*, n° 49037/06, § 37 ; également : 28 mai 2002, *K... c. Royaume-Uni*, § 32 (citant le § 58 de l'arrêt de chambre).

²⁰ Par exemple, pour des affaires civiles : *Segame SA c. France* op. cit., § 55.

²¹ Sur la confusion qui caractérise certaines décisions de la CEDH, voir R. Tinière, *La notion de « pleine juridiction » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif*, RFDA juillet-août 2009, pp. 729 et suivantes.

²² 13 février 2003, *C... c. France*, n° 49636/99, § 77.

²³ 31 août 1995, *D... c. France*, § 34 ; 10 fév. 1983, *A... et L...*, § 37 ; 27 juillet 2006, *G... c. France*, n° 69742/01, § 26 ; 24 sept. 2009, *M... c. France*, n° 32976/04, § 69.

²⁴ *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd. p.133.

²⁵ *Droit administratif* 2010, comm. n° 82.

²⁶ AJDA 2009 p. 586.

ne s'appliquait pas aux fonctionnaires participant à des fonctions régaliennes ou à l'exercice de la puissance publique. L'affaire *T...* (n° 271676), qui concernait un commissaire de police, n'entrait donc pas dans le champ de l'article 6. Mais depuis l'arrêt *E... c/ Finlande* du 19 avril 2007, c'est l'ensemble des fonctionnaires de l'État qui doivent avoir accès à un « organe de pleine juridiction »²⁷.

Mais c'est surtout votre jurisprudence qui, depuis l'arrêt *T...* (n° 271676), a évolué dans le sens d'un approfondissement du contrôle juridictionnel, à tel point que le paysage du droit des sanctions n'est plus du tout celui qu'il était en 2006 :

- avec l'arrêt de section *A...* d'abord, n° 272650, du 22 juin 2007 (p. 263, avec les conclusions de Mattias Guyomar), qui consacre le passage au contrôle normal des sanctions infligées aux membres d'une profession réglementée ;

- avec l'arrêt d'assemblée *Sté ATOM* ensuite, du 16 février 2009 (p. 25), qui consacre le passage au contrôle de plein contentieux des sanctions infligées aux administrés non usagers du service public²⁸ ;

- avec l'arrêt *H...*, n° 310493, du 27 mai 2009 (p. 207), par lequel vous êtes passés du contrôle restreint au contrôle normal sur les sanctions infligées aux magistrats ;

- on peut encore signaler l'arrêt *D...*, n° 328843, du 2 mars 2010 (p. 65), qui consacre le passage au contrôle normal pour la révocation d'un maire ;

- également l'arrêt *Fédération française d'athlétisme* du 2 mars 2010 (t. p. 925), qui soumet au contrôle normal les sanctions infligées par une fédération sportive pour faits de dopage.

Désormais, les fonctionnaires se retrouvent seuls, avec les détenus²⁹ et les militaires³⁰, à voir leurs sanctions privées d'un entier contrôle. Même les élèves de l'enseignement public bénéficient d'un contrôle normal, du moins lorsque la sanction concerne la façon dont ils ont exprimé leurs croyances religieuses (27 novembre 1996, *Ligue islamique du Nord et époux C...*, n° 170207, p. 461).

Nous croyons, pour notre part – avec une partie de la doctrine³¹ – qu'on ne devrait distinguer que deux types de contrôle : un contrôle normal sur les sanctions disciplinaires et professionnelles, et un contrôle de plein contentieux sur les sanctions administratives générales. Cela simplifierait une jurisprudence particulièrement complexe, car non seulement il existe trois types de contrôle : restreint, normal et de pleine juridiction, mais les normes applicables ne sont pas toujours les mêmes, s'agissant par exemple de l'article 6 de la Convention européenne ou encore du principe de légalité des incriminations. Et lorsque vous êtes saisis en cassation, vous exercez tantôt un contrôle de la qualification juridique, tantôt un contrôle limité à la dénaturation.

Vous ne seriez pas les seuls en Europe – si vous nous suiviez – à contrôler de près les sanctions des fonctionnaires : en Espagne, le juge administratif exerce un contrôle de pleine

²⁷ 19 avril 2007, *V...et autres c. Finlande*, n° 63235/00, § 62.

²⁸ Solution appliquée aux retraits de points des automobilistes : 9 juillet 2010, *B...*, n° 336556, p. 287.

²⁹ 20 mai 2011, *L...*, n° 326084, p. 246.

³⁰ Ass., 17 fév. 1995, *H...*, n° 107766, p. 82 ; 12 janv. 2011, *M...*, n° 338461, p. 3.

³¹ S.-J. Liéber, D. Botteghi, *Chronique générale de jurisprudence*, commentaire de l'arrêt *Sté ATOM*, AJDA 2009, pp. 586 et suivantes ; R. Tinière, *La notion de « pleine juridiction » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif*, RFDA juillet-août 2009, pp. 729 et suivantes ; Marguerite Canedo-Paris, *Feu l'arrêt Lebon ?*, AJDA 2010, pp. 921 et suivantes ; F. Melleray, *Droit administratif 2010*, comm. n° 82 ; S. Etoa, *L'évolution du contrôle du juge administratif sur la gravité des sanctions administratives*, AJDA 2012 pp. 358 et suivantes.

juridiction³² ; en Allemagne, la protection des agents publics est telle que les sanctions les plus lourdes ne peuvent être infligées que par le juge administratif³³.

III. – Faut-il alors aller plus loin ? Devez-vous exercer, vous aussi, un contrôle de plein contentieux ? On ne peut pas éluder cette question car le plein contentieux présente deux avantages sérieux sur l'excès de pouvoir : il permet d'appliquer la loi postérieure plus douce, et il n'oblige pas le juge au choix brutal du « tout ou rien » - l'annulation ou le rejet – alors qu'une sanction mieux proportionnée pourrait être justifiée.

1. L'application de la loi répressive plus douce - ou rétroactivité *in mitius* - découle du principe constitutionnel de la nécessité des peines affirmé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen³⁴. Ce principe, comme le juge le Conseil constitutionnel³⁵, et comme vous le jugez vous-mêmes³⁶, s'applique à toute sanction, même si elle n'est pas prononcée par une autorité juridictionnelle.

En conséquence, et bien que votre jurisprudence n'ait pas encore franchi le pas³⁷, il ne fait aucun doute à nos yeux que la rétroactivité *in mitius* doit s'étendre aux sanctions disciplinaires. Or, cette règle pourrait être méconnue par le juge de l'excès de pouvoir dans l'hypothèse où, à la date de sa décision, le comportement de l'agent ne serait plus légalement susceptible de justifier la sanction qui lui a été infligée.

Mais aucun principe ne vous interdirait – le jour où la question se poserait, ce qui n'est pas le cas en l'espèce - d'enrichir encore la palette des outils du juge de l'excès de pouvoir, en disant qu'en égard au caractère impérieux de la nécessité des peines, il doit prendre en compte l'intervention postérieure de la loi pénale plus douce.

Et si vous hésitez à franchir ce pas, une autre solution consisterait à transposer aux sanctions disciplinaires le raisonnement que vous avez tenu en matière de reconduite à la frontière : une circonstance postérieure à la décision de reconduite est sans influence sur sa légalité, mais elle peut faire obstacle à son exécution (21 mars 2001, *M...*, n° 208541, p. 150).

Vous voyez que l'exigence de la rétroactivité *in mitius* n'implique pas nécessairement un contrôle de plein contentieux.

2. L'autre inconvénient du recours pour excès de pouvoir, c'est sa brutalité qui conduit à annuler purement et simplement la sanction illégale alors que l'agent concerné mériterait d'être sanctionné ; en qualité de juge de plein contentieux, vous pourriez prononcer la sanction adéquate et clore définitivement le litige.

³² Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso administrativo), 22 juillet 2008, n° RJ/2008/6844.

³³ Art. 5 de la loi fédérale sur la procédure disciplinaire (*Bundesdisziplinalgengesetz*).

³⁴ Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Sécurité et liberté*, cons. 75.

³⁵ Décision n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, *Loi de finances pour 1988*, cons. 15.

³⁶ 17 nov. 2006, *Sté CNP Assurances*, p. 473 ; 16 nov. 2007, *Cie aérienne Iberia*, n° 289184 ; voir aussi l'avis du 27 mai 1993, *Etudes et documents du Conseil d'Etat* 1993, p. 342.

³⁷ 28 fév. 1997, *R...*, n° 147955, p. 59 ; 8 nov. 1999, *G...*, n° 191630, t. p. 619, concl. contraires de F. Salat-Baroux ; voir aussi *M...* (n° 295046, 16 nov. 2009, p. 463), où les 9^e et 10^e sous-sections réunies, pour appliquer la loi postérieure plus douce à la suspension de pension infligée à un militaire, se sentent tenues de qualifier cette décision de sanction administrative et non de sanction disciplinaire (contrairement à ce leur proposait le rapporteur public P. Collin).

Mais il ne faut pas exagérer cet inconvénient. Car si la sanction est annulée pour disproportion sans qu'aucune irrégularité de procédure n'ait été relevée, l'administration peut aussitôt prononcer une nouvelle sanction pour les mêmes faits, sans avoir à reprendre la procédure (21 juillet 1970, *T...*, n° 77400, p. 532).³⁸ Et elle sera mieux guidée, dans le choix de la sanction, par une annulation prononcée sur le terrain du contrôle normal que sur celui de l'erreur manifeste.

Il existe, en outre, des motifs sérieux pour ne pas exercer un contrôle de pleine juridiction dans cette matière. Ils sont tirés de la différence de nature entre les sanctions disciplinaires, réservées à un groupe déterminé de personnes, et les sanctions administratives générales applicables à tout administré, telles que les sanctions fiscales³⁹ ou les sanctions en matière de permis de conduire⁴⁰.

Comme le soulignait Mattias Guyomar dans ses conclusions sur l'arrêt de section *P...*, n° 311641, du 12 octobre 2009 (p. 367), les sanctions administratives générales sont en quelque sorte un substitut à la répression pénale – la seule qui, en principe, a vocation à punir n'importe quel justiciable. Il est donc logique que leur juge exerce un office proche du juge pénal, qui lui permette notamment de prononcer lui-même la sanction la mieux adaptée⁴¹. C'est pourquoi, abandonnant votre jurisprudence d'assemblée *L...*, n° 112820, du 1^{er} mars 1991 (p. 71), votre assemblée a décidé, par l'arrêt *Sté ATOM* déjà cité, de statuer en pleine juridiction sur ce type de sanctions – ce qui résolvait en outre la question de la rétroactivité *in mitius*.

Les sanctions disciplinaires, en revanche, tout comme celles infligées aux membres des professions réglementées⁴², sont d'une autre nature : elles concernent des personnes qui ont choisi d'entrer dans un groupe social organisé – ou qui n'ont pas eu le choix, comme les élèves et des détenus⁴³. En entrant dans la fonction publique, comme en choisissant d'exercer une profession réglementée – on pourrait encore ajouter les associations ou les fédérations sportives –, on admet les contraintes particulières liées à l'appartenance au groupe. On accepte – s'agissant des fonctionnaires – de se soumettre à une déontologie professionnelle, et l'on accepte également de nouer un lien particulier avec l'administration chargée de veiller au respect de ces règles.

Tel sont le fondement et l'objet de la sanction disciplinaire dans la fonction publique : elle vient réprimer le manquement de l'agent à des obligations particulières auxquelles il a délibérément souscrit⁴⁴. Tel est aussi le fondement de la sanction professionnelle, que vous avez reconnu depuis votre arrêt d'assemblée *Bouguen* du 2 avril

³⁸ Et une jurisprudence presque constante : 18 fév. 1994, *Maternité régionale de Nancy*, n° 128166 ; 28 nov. 2003, *Garde*, n° 234898 ; 27 juin 2005 *Min. intérieur c/ S...*, n° 262408 ; 24 fév. 2006, *ANPE*, n° 284547 (malgré quelques errements en sens contraire : 8 mars 1968, *B...*, n° 69156, p. 170 ; 28 fév. 2007, *C...*, n° 284858).

³⁹ Avis de section *Ministre du budget c/ S.A.R.L. Auto-Industrie Méric et autre* du 31 mars 1995, p. 154.

⁴⁰ 8 déc. 1995, *Mouvement de défense des automobilistes*, t. p. 943.

⁴¹ A condition qu'elle ne soit pas privative de liberté (Conseil constitutionnel, n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Sécurité et transparence du marché financier*, cons. 6).

⁴² Section, 25 juillet 1975, *Ministre de l'équipement c/ R...*, n° 96377, p. 429, à propos du retrait d'agrément d'une auto-école.

⁴³ Voir à ce propos la typologie des sanctions non pénales proposée par Mattias Guyomar dans ses conclusions publiées sur l'arrêt de section *P...* du 12 oct. 2009 (p. 367).

⁴⁴ Voir sur cette question J.-M. Auby, *Les sanctions administratives disciplinaires applicables aux usagers volontaires des services publics*; Mélanges Brêthe de la Gressaye, Bière 1967, pp. 69 et suivantes ; J.-L. de Corail, *Administration et sanction, réflexions sur le pouvoir administratif de répression*, Mélanges Chapus, Montchrestien 1992, pp. 103 et suivantes.

1943 (p. 86)⁴⁵. Car tout groupe social organisé doit pouvoir faire respecter les obligations qui lui sont propres sans être tenu de recourir au juge répressif. Dans cet espace clos, hiérarchique et volontaire qu'est la fonction publique, on doit admettre que l'administration dispose d'une plus grande latitude que lorsqu'elle agit à l'égard de l'ensemble des administrés. En conséquence, il est logique que le juge ne s'immisce pas dans ses décisions, lorsqu'il en est saisi, au point de décider lui-même de la sanction qui doit être infligée.

En outre, la sanction disciplinaire, contrairement à la sanction pénale ou à la sanction administrative générale, ne consiste pas seulement à réprimer des faits précis commis dans une période de temps limitée. Visant à assurer le bon fonctionnement de l'institution, la sanction peut tenir compte du comportement général de l'agent⁴⁶ - une appréciation plus aisée pour l'administration que pour le juge. Nous ajouterons que l'autorité administrative, chargée d'assurer la bonne marche de la fonction publique, peut être guidée dans le choix de la sanction par des considérations d'intérêt général, voire de politique générale ; tandis que vous n'êtes pas chargés, vous, d'assurer le fonctionnement de l'administration, et encore moins de lui appliquer une politique générale.

Enfin, il est important de souligner qu'en matière disciplinaire, les infractions ne sont pas définies. Le principe de légalité des incriminations n'est en effet pas applicable - du moins en l'état actuel de votre jurisprudence, et alors même que le Conseil constitutionnel juge que ce principe, tout comme celui de la légalité des peines, s'applique à toute sanction, « même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle. »⁴⁷

Or, en l'absence de définition des infractions, il est plus délicat pour le juge de déterminer la sanction la mieux appropriée à la faute, car « la loi ne lui fournit qu'un des deux termes de la comparaison », pour reprendre l'expression de Bruno Genevois dans ses conclusions sur l'arrêt *Lebon*.

Vous pourriez donc, si vous nous suiviez, procéder à une clarification salutaire du droit des sanctions :

- aux sanctions administratives générales, substitut de la répression pénale, un contrôle de pleine juridiction ;
- aux sanctions professionnelles et disciplinaires, infligées à un groupe social déterminé, un contrôle normal d'excès de pouvoir.

La solution que nous vous proposons devrait en tous cas, dans notre esprit, s'appliquer à tous les agents publics, civils et militaires. D'autres litiges vous offriront l'occasion de dire si les détenus doivent continuer à faire l'objet d'un traitement particulier.

IV. – Quelques mots encore, si vous nous le permettez, sur la portée et les conséquences du passage au contrôle normal.

⁴⁵ Egalement, pour une sanction infligée par une fédération sportive : section, 26 nov. 1976, *Fédération française de cyclisme*, p. 513.

⁴⁶ Section, 15 fév. 1963, *L...*, n° 52048, p. 97.

⁴⁷ 17 janv. 1989, n° 88-248 DC, *Liberté de communication*, cons. 35 ; 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, *Egalité des chances*, cons. 36.

1. Précisons tout de suite que cette solution devrait s'appliquer à toutes les sanctions disciplinaires des agents publics, mais rien qu'aux sanctions disciplinaires.

A toutes les sanctions, car si un contrôle restreint serait bien suffisant pour les peines légères, il n'est guère envisageable de moduler la nature de votre contrôle selon la gravité de la sanction. Mais il va de soi que plus la peine est lourde, plus le contrôle de proportionnalité doit être exigeant.

A toutes les sanctions, donc, mais rien qu'aux sanctions. Il ne s'agit en aucun cas, dans notre esprit, de faire basculer d'autres catégories de décisions dans le champ du contrôle normal. Qu'il s'agisse des affectations, des notations, des promotions, des mutations et, d'une façon générale, des décisions qui concernent le déroulement de la carrière de l'agent, l'administration doit conserver un pouvoir discrétionnaire.

2. Il ne s'agit pas non plus, il est important de le souligner, de priver l'administration de toute marge d'appréciation sur le choix de la sanction.

Comme le disait Mattias Guyomar dans ses conclusions sur l'arrêt *A...* (n° 372650), le contrôle normal ne doit pas laisser penser « *que pour réprimer une faute donnée, une seule sanction serait légale.* » Loin de nous l'idée que vous deviez exercer un contrôle vétilleux, et vous n'annulerez pas un blâme au motif qu'un avertissement serait plus adapté. Il s'agit seulement de resserrer les bornes de la légalité, non de priver l'administration de toute marge de manœuvre. Ce n'est que si la sanction a franchi les bornes qu'elle devra être annulée.

3. On entend parfois dire que le passage au contrôle normal inciterait l'administration à sanctionner encore moins qu'elle ne le fait actuellement. Nous pensons – sans vouloir vous offenser – que c'est prêter à votre jurisprudence une influence qu'elle n'a pas.

Lorsque l'administration envisage de sanctionner un agent, nous ne croyons pas qu'elle arrête son bras à cause de la nature de votre contrôle – à supposer qu'elle la connaisse, d'ailleurs, car la plupart des sanctions sont infligées par les autorités locales de l'Etat ou des collectivités territoriales qui ne sont pas toujours au fait des subtilités de votre jurisprudence. A notre connaissance, on n'a pas constaté une diminution des sanctions après le passage au contrôle normal dans d'autres matières, ni après l'arrêt *Lebon* qui faisait suite à des décennies d'absence de contrôle. Tout au plus le plein contrôle incitera-t-il l'administration à vérifier de plus près le caractère proportionné de la sanction qu'elle envisage.

4. Enfin, le passage au contrôle normal aura-t-il des incidences sur votre contrôle de cassation ?

La logique veut que le juge de cassation ne contrôle pas, sauf dénaturation, les appréciations du juge du fond limitées à l'erreur manifeste (section, 18 novembre 1994, *Sté Clichy Dépannage*, p. 505 ; pour les sanctions : 21 juin 2000, *M...*, n° 179218, t. p. 1200).

La même logique ne joue pas aussi mécaniquement en sens inverse : toute qualification juridique des juges du fond ne donne pas lieu à un contrôle de cassation. Par ailleurs, s'agissant des sanctions juridictionnelles, vous ne contrôlez pas en cassation - sauf dénaturation - la proportionnalité des peines infligées par les juridictions disciplinaires des

ordres professionnels (30 janvier 1980 ; *V...*, n° 11675, t. p. 866 ; confirmé par *O...i*, n° 339496, 30 mai 2011, t. p. 1108).

Pour notre part, nous croyons que les exigences particulières qui pèsent sur la sanction disciplinaire devraient conduire à l'extension du contrôle de cassation. C'est d'ailleurs ce qui vous a amenés, dans la foulée de l'arrêt *H...* (n°310493), à contrôler au titre de la qualification juridique la sanction juridictionnelle infligée à un magistrat du siège par le Conseil supérieur de la magistrature (30 juin 2010, *P...*, n° 325319, t. p. 934).

Ce serait, là encore, plus conforme aux exigences de la Convention européenne, puisque la cour de Strasbourg jugeait - en 1995 déjà - que lorsque le Conseil d'Etat statue en cassation sur les décisions disciplinaires des ordres professionnels, « il ne peut passer pour un "organe judiciaire de pleine juridiction", notamment parce qu'il n'a pas le pouvoir d'apprécier la proportionnalité entre la faute et la sanction. »⁴⁸

Mais cette question ne vous est pas posée aujourd'hui.

VI – En revanche, il reste à répondre à la question de savoir si la sanction infligée à M. D. est disproportionnée.

1. C'est une sanction particulièrement lourde, même si ses conséquences financières sont moins graves pour un agent qui peut bénéficier de ses droits à pension - ce qui était le cas de M. D., âgé de 62 ans à la date de la sanction - que pour une personne plus jeune qui se trouverait privée de son traitement.

La sanction reste néanmoins très sévère, ce qui requiert de votre part une attention particulière.

C'est le commissaire du gouvernement Bernard Stirn qui le disait, en concluant sur l'affaire *Ministre de l'intérieur c/ O...*, n° 112997, du 13 juin 1990⁴⁹, à propos d'un policier révoqué : « *L'administration doit (...) tenir compte du passé et de la manière de servir de l'intéressé (...). Le pouvoir disciplinaire (...) n'a pas nécessairement (...) à déboucher sur des sanctions majeures. Le contrôle de la gravité des sanctions permet (...) d'inciter l'autorité hiérarchique à mieux prendre en compte l'ensemble des circonstances d'une affaire sans négliger sa dimension humaine* ».

C'est ainsi que, par l'arrêt *M...*, n° 338461, du 12 janvier 2011 (p. 3), vous avez annulé – sur le terrain de l'erreur manifeste - la révocation d'un gendarme accusé d'avoir publiquement critiqué le rattachement de la gendarmerie au ministère de l'intérieur, en vous fondant notamment sur « l'excellente manière de servir de l'intéressé et l'éventail large de sanctions dont disposait l'autorité disciplinaire. »

Or, M. D. n'avait fait jusque là l'objet d'aucun reproche, et les appréciations sur sa manière de servir avaient toujours été élogieuses. On trouve d'ailleurs au dossier plusieurs témoignages attestant des grandes qualités de ce fonctionnaire. Enfin, il n'est pas établi que

⁴⁸ CEDH, 31 août 1995, *D...c. France*, § 34.

⁴⁹ Aux tables p. 846.

son attitude aurait eu des répercussions à l'extérieur du poste, du moins l'administration n'a-t-elle pas retenu ce grief.

2. Pourtant, il ne nous paraît pas possible de dire que la sanction est disproportionnée, pour deux raisons.

La première, bien entendu, c'est la gravité des faits et leur caractère répété, attestés par les témoignages concordants figurant au dossier. A cet égard, il n'est pas indifférent de relever que la commission administrative paritaire, composée de quatre représentants de l'administration et autant du personnel, s'est prononcée à l'unanimité en faveur de la mise à la retraite d'office.

L'autre raison, c'est la place de M. D. dans la hiérarchie. Un tel comportement est particulièrement répréhensible de la part du chef de poste, qui exerce le pouvoir hiérarchique et qui devrait donner l'exemple d'une attitude irréprochable.

C'est pourquoi, après avoir pesé l'ensemble de ces éléments, nous vous proposons de juger que la sanction infligée à M. D. n'est pas disproportionnée.

Par ces motifs, nous concluons au rejet des requêtes.