N° 403871
M. M…

5ème et 4ème chambres réunies
Séance du 20 décembre 2017
Lecture du 19 janvier 2018

Décision inédite au recueil Lebon

CONCLUSIONS

M. Nicolas POLGE, rapporteur public

Monsieur M… était commissaire de la police nationale depuis 1983, quand à l'âge de 37 ans il avait été reçu major des candidats du sexe masculin au premier concours (extérieur) de commissaire de police. Par décret du 5 novembre 2003, le président de la République lui a infligé la sanction de l'exclusion temporaire de fonctions, pour une durée de dix-huit mois dont douze avec sursis, pour avoir au cours de l'année 2002 communiqué à des tiers non habilités, notamment un journaliste, des informations tirées de fichiers de polices.

Puis, par décret du 20 novembre 2006, le président de la République l'a révoqué, pour avoir à nouveau communiqué des informations nominatives confidentielles tirées de fichiers de police à des tiers non habilités, cette fois contre rémunération ou en compensation de services gracieux dont il avait bénéficié, et pour avoir obtenu ou tenté d'obtenir de trois chefs d'entreprise divers avantages (une rémunération modeste, un repas d'affaire, le prêt gracieux d'un véhicule et d'un téléphone portable) en échange du classement sans suite de contraventions routières ou en contrepartie d'un apport d'affaires. Par décision du 27 mai 2009 (n° 307659), votre 5ème sous-section a rejeté comme tardive la requête qu'il avait présentée le 19 juillet 2007 contre ce décret.

Pour cette seconde série de faits, commis de 2004 à 2006, la 8ème chambre correctionnelle du tribunal de grande instance de Versailles, par jugement du 12 mai 2010, l'a déclaré coupable de violation du secret professionnel, de corruption passive et de recel d'abus de biens sociaux et l'a condamné à dix-huit mois d'emprisonnement avec sursis et à une amende de 3 000 euros. Le tribunal lui a également interdit à titre définitif d'exercer toute fonction publique et toute activité professionnelle dans la police nationale et municipale. Le 7 avril 2011, la cour d'appel de Versailles n'a réformé ce jugement que par suppression de l'amende, en raison de la situation financière précaire du condamné. La cour de cassation a refusé d'admettre le pourvoi de M. M…, par un arrêt du 7 décembre 2011.

Selon une jurisprudence ancienne et assez rarement exprimée, dont on trouve la trace dans des arrêts du 28 février 1908, *Franco, Paul et Nicaud*, p. 186 et du 12 mars 1909, *Sauquet*, p. 269, d'Assemblée du 19 novembre 1948, *Baffoux*, p. 435, du 4 mai 1949, *Maunier*, p. 196, mais qui a été clairement rappelée par une décision du 29 décembre 1999, *T…*, n° 185005, p.428, conformément aux conclusions de Jacques-Henri Stahl, « une décision de sanction prise à l'encontre d'un agent public, qui fait seulement obstacle à ce qu'une sanction plus lourde puisse par la suite être infligée à l'intéressé en raison des mêmes faits, ne crée de droits acquis ni au profit

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

de l'autorité investie du pouvoir disciplinaire, ni au profit des tiers ; (…) une telle décision peut, par suite, être légalement retirée à tout moment par son auteur ».

Votre décision d'Assemblée de 1948 exprime bien l'étendue et les limites de cette faculté en énonçant « qu'il appartient à l'autorité administrative de rapporter pour un motif d'*opportunité* une sanction infligée *légalement* à un fonctionnaire, *sauf* dans le cas où ce retrait aurait pour effet d'entraîner nécessairement l'exclusion d'un autre agent de l'emploi auquel celui-ci avait été nommé et de porter ainsi atteinte à ses droits acquis». Une décision récente du 5 décembre 2016 (Université de la Nouvelle-Calédonie, n° 380763, T. 628, 788, 806, 933) reprend ce critère d'absence de création de droits pour l'intéressé et les tiers et confirme l'absence de délai de retrait[1].

Ce principe a été codifié, dans une rédaction élargie, à l'article L. 243-4 du code des relations entre le public et l'administration. Alors que selon l'article L. 243-3, « L'administration ne peut retirer un acte réglementaire ou un acte non réglementaire non créateur de droits que s'il est illégal et si le retrait intervient dans le délai de quatre mois suivant son édiction », l'article L243-4 dispose « Par dérogation à l'article L. 243-3, une mesure à caractère de sanction infligée par l'administration peut toujours être retirée ». Cet article s'applique aux relations entre l'administration et ses agents, en vertu de l'article L. 100-1 et en l'absence de disposition spéciale contraire du même code.

C'est peut-être le même principe qui a inspiré d'abord en 2012, puis en 2015, les sollicitations adressées par M. M… au président de la République en vue du retrait de sa révocation.

Ce n'est cependant que la troisième décision de refus d'une telle demande, notifiée par une lettre du ministre de l'intérieur du 29 juillet 2016, que M. M… conteste devant vous. En se fondant sur une circonstance nouvelle, ou, à tout le moins, un motif nouveau, M. M… paraît éviter que cette troisième décision de rejet de sa demande gracieuse ne s'avère purement confirmative de décisions précédentes.

En effet, M. M… a fait valoir auprès du président de la République, par le truchement de son directeur de cabinet auquel il avait écrit, que, selon l'attestation de non condamnation au bulletin n°2 du casier judiciaire qui lui a été délivrée le 23 mai 2016 par le greffier du service de l'exécution des peines au tribunal de grande instance de Versailles, aucune condamnation n'est à ce jour portée à ce bulletin n°2, en particulier pas l'interdiction définitive de toute fonction publique. Devant vous, il invoque l'erreur manifeste d'appréciation qui entacherait, dans ces circonstances, le nouveau refus notifié par le ministre de l'intérieur.

Son recours relève bien de votre compétence en premier et dernier ressort, s'agissant d'un litige qui reste relatif à la discipline d'un agent public nommé par décret du président de la République (3° de l'article R. 311-1 du code de justice administrative).

Or à l'appui de ce recours M. M… a, par mémoire distinct enregistré dans l'après-midi du 14 décembre, il y a six ours, soulevé une question prioritaire de constitutionnalité à l'encontre des dispositions du premier alinéa de l'article 131-27 du code pénal. Il s'agit de dispositions dans le cadre desquelles le juge pénal a prononcé l'interdiction d'exercice qui n'apparaît pas au bulletin n°2 de casier judiciaire de M. M…. Cet alinéa dispose : « Lorsqu'elle est encourue à titre de peine

[1] Si cette décision mentionne que l'acte retiré était en l'espèce illégal, cette mention ne doit sans doute pas être regardée comme revenant sur la jurisprudence ancienne consacrée par la décision d'Assemblée du 19 novembre 1948 quant à la faculté de retrait en opportunité.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

complémentaire pour un crime ou un délit, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer une activité professionnelle ou sociale est soit définitive, soit temporaire ; dans ce dernier cas, elle ne peut excéder une durée de cinq ans. »

La 5ème chambre, chargée de l'instruction, s'est abstenue de procéder à la communication de ce mémoire, ainsi que le permet le second alinéa de l'article R*771-15 du code de justice administrative lorsqu'il apparaît de façon certaine au vu de ce mémoire que les conditions de renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au conseil constitutionnel ne sont pas remplies.

Deux motifs s'opposent en effet à un tel renvoi.

D'une part, la question soulevée n'est ni nouvelle, ni sérieuse. Les dispositions en cause n'ont pas déjà été déclarées conformes à la constitution par les motifs et le dispositif d'une décision du conseil constitutionnel. M. M… en conteste la conformité au principe d'individualisation des peines, qui découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, selon la décision n°2005-520 DC du 22 juillet 2005 qui a distingué ce principe de celui de nécessité des peines, dont il constitue un corollaire. Eu égard à cette décision et à celles qui ont suivi, la question n'est ainsi pas nouvelle au sens de l'article 23-4 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le conseil constitutionnel.

Et elle ne paraît pas sérieuse. M. M… soutient qu'en ne laissant pas le juge prononcer le cas échéant d'interdiction temporaire d'exercice d'une durée supérieure à cinq ans, le principe d'individualisation des peines serait méconnu, puisque dans le cas d'un comportement si grave qu'il justifierait une peine d'interdiction supérieure à cinq ans, le juge n'aurait pas d'alternative à une interdiction définitive, au risque de prononcer alors au contraire une peine disproportionnée. Mais cette argumentation montre bien la subordination logique du principe d'individualisation des peines aux principes plus généraux de nécessité et de proportionnalité : l'individualisation n'est nécessaire que pour prévenir des peines qui ne seraient pas, à l'égard de la personne punie, nécessaires ou proportionnées. Ce principe ne trouvera donc en pratique à s'imposer au législateur que pour empêcher qu'il fixe des peines minimales excessives ; il ne saurait prohiber des plafonds de peine. Dans le cadre actuel des dispositions du premier alinéa de l'article 131-27 du code pénal, le juge pénal ne doit prononcer d'interdiction définitive que si une peine d'une telle gravité est justifiée ; si la personne poursuivie ne mérite pas une telle peine, mais seulement une peine temporaire, le juge ne peut aller au-delà d'une durée de cinq ans. L'absence de peines intermédiaires est en principe favorable aux personnes condamnées. La question ne paraît donc pas sérieuse.

D'autre part, et avant tout, la disposition critiquée n'est pas applicable au litige. La révocation de M. M… a été prononcée à titre disciplinaire trois ans et demi avant qu'il ne soit puni d'une interdiction d'exercice en premier ressort par le juge pénal, et cinq ans avant que cette condamnation ne soit insusceptible de recours. Surtout, la sanction disciplinaire ne reposait pas sur l'interdiction pénale. Et la décision refusant de retirer cette sanction disciplinaire aujourd'hui contestée devant vous ne repose pas non plus ni sur l'interdiction d'exercice prononcée, ni sur les dispositions du code pénal critiquées. La lettre du 29 juillet 2016 rejetant la demande gracieuse de M. M… précise en effet qu'elle se fonde sur la matérialité, la nature et la particulière gravité des faits fautifs qui ont motivé la sanction de révocation pour refuser de revenir sur celle-ci.

Il n'y a donc pas lieu de renvoyer au conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Cette hypothèque étant levée, ne subsiste que la question des modalités de contrôle juridictionnel d'une décision refusant de retirer une sanction devenue définitive. Votre jurisprudence recèle à cet égard quelques balises, parfois discrètes.

Lorsque la demande de retrait n'est fondée sur aucun élément nouveau, son rejet peut être regardé comme une décision purement confirmative de la décision de sanction. Un éventuel recours sera alors tardif, ainsi que vous l'avez jugé par une décision du 23 novembre 1979, *R*..., n°7124, et par une décision du 2 décembre 1998, *N*..., n°149442, toutes deux inédites. Il n'est pas interdit à l'administration, même en l'absence d'élément nouveau, de revenir sur la sanction prononcée. Mais ce sera alors au titre d'un pouvoir purement gracieux, au sens de la jurisprudence selon laquelle est irrecevable au contentieux toute contestation du refus de mettre en œuvre un tel pouvoir (21 mai 2003, *H*..., n°229664, T. 883, pour une demande d'un fonctionnaire tendant à être relevé d'une mesure de suspension de ses droits à pension).

Un élément nouveau sur lequel se fonderait la demande devrait en revanche ouvrir une possibilité de recours.

D'abord parce qu'une circonstance nouvelle peut dans certains cas obliger même l'administration à réexaminer la sanction prononcée, alors même que le caractère définitif de la décision de sanction en cause ferme en principe tout débat sur sa légalité.

Ainsi en va-t-il du cas particulier où l'illégalité de la sanction prononcée est révélée postérieurement par l'intervention d'une circonstance nouvelle telle qu'un jugement pénal de relaxe fondé sur l'absence de matérialité des faits retenus sur le plan disciplinaire. Par votre décision de section du 8 mai 1963, *A*..., p. 261, vous avez déduit d'une telle remise en cause des circonstances sur lesquelles était fondée la sanction l'obligation pour l'administration « de procéder à un nouvel examen de la situation de l'intéressé en vue de rechercher si, compte tenu du fait nouveau que constituait la décision » (pénale), l'intéressé « pouvait ou non être rétabli dans ses fonctions ».

Ensuite, si l'élément nouveau invoqué ne tient pas à une circonstance qui révèlerait *a posteriori* l'illégalité de la décision de sanction, voire obligerait à la réviser pour tirer les conséquences de l'autorité absolu de la chose jugée qui s'attache aux constatations de fait sur lesquelles se fonde le juge pénal, il doit permettre un contrôle restreint à l'erreur de droit ou à l'erreur manifeste d'appréciation qui entacherait les motifs par lesquels l'autorité disciplinaire se refuse à revenir sur la sanction. La question d'un éventuel contrôle des motifs d'une décision favorable se rattache en revanche à un ensemble vide, car l'intéressé n'aurait en principe pas intérêt à la contester, et les tiers ne seraient pas recevables à le faire.

En l'espèce, l'attestation de non condamnation au bulletin n°2 du casier judiciaire de M. M…, récemment établie, peut être admise comme un élément nouveau qui rend recevable sa contestation du rejet de sa demande de retrait de sa révocation. Cependant, cette circonstance, qu'au demeurant M. M… ne tente de justifier par aucune des dispositions du code de procédure pénale qui expliqueraient que n'apparaisse pas ou plus l'interdiction définitive d'exercice confirmée par la cour d'appel de Versailles, n'impose pas de réexamen de la sanction disciplinaire prononcée sans lien nécessaire avec cette sanction pénale.

Et les faits demeurant tels qu'ils ont été rappelés, dans leur gravité, elle ne fait pas apparaître d'erreur manifeste d'appréciation à avoir rejeté la demande de M. M….

Vous rejetterez donc sa requête.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.