

N° 439932 M. P...

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 16 décembre 2020

Lecture du 30 décembre 2020

CONCLUSIONS

M. Stéphane Hoyneck, Rapporteur public

Le 16 octobre 2018, les locaux du mouvement politique « La France insoumise » à Paris faisaient l'objet d'une perquisition. Plusieurs membres de ce mouvement ont pris à parti des policiers et gendarmes ainsi qu'un magistrat présents, en premier lieu pour pénétrer à l'intérieur des locaux dont l'accès leur était refusé. Des images de ces échanges ont été abondamment diffusés dans les médias et six personnes ont été poursuivies devant le tribunal correctionnel de Bobigny d'un ou plusieurs chefs d'accusation suivants : rébellion commise en réunion, provocation directe à la rébellion, et actes d'intimidation contre un dépositaire de l'autorité publique et contre un magistrat.

Parmi ces 6 personnes figurait M. Bernard P..., qui a été déclaré coupable des faits qualifiés de rébellion commise en réunion et d'acte d'intimidation envers un dépositaire de l'autorité publique pour qu'il accomplisse ou s'abstienne d'actes de sa fonction. Il a été condamné à une amende de 8000 euros. Il a en outre été déclaré responsable du préjudice subi par 16 parties civiles et condamné *in solidum* avec quatre autres personnes à leur verser des sommes en réparation du préjudice moral subi. Le jugement du tribunal correctionnel de Bobigny du 9 décembre 2019 est devenu définitif.

M. P... est conseiller d'Etat et à la suite de la diffusion des images ayant émaillé la perquisition du 16 octobre 2018, et de sa condamnation définitive, le vice-président du Conseil d'Etat (CE) a saisi la formation disciplinaire de la commission supérieure du CE par un courrier en date du 28 janvier 2020, afin qu'elle se prononce sur le caractère éventuellement fautif de ces faits et propose, dans ce cas, une sanction appropriée. La commission supérieure en formation disciplinaire a siégé le 28 février 2020 et conclu à une faute commise par l'intéressé, liée à l'usage inapproprié et en dehors du service de sa carte professionnelle, justifiant un avertissement. Par une lettre du 23 mars 2020, le vice-président a prononcé un avertissement à son égard. C'est la décision contestée.

La sanction d'avertissement est la plus faible prévue par l'article L. 136-1 du code de justice administrative (CJA). C'est conformément à l'article L. 136-3, la seule sanction qui n'est pas inscrite au dossier du membre concerné et il n'est pas possible de la rendre publique, avec ou sans ses motifs (article L136-6). Vous savez que s'agissant des magistrats judiciaires, l'article 44 de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature prévoit qu'un avertissement peut être donné par les premiers présidents et procureurs généraux aux magistrats placés sous leur autorité, en dehors de toute action disciplinaire et donc en dehors de l'intervention du CSM.

L'article L. 136-4 du CJA retient un déroulement proche de ce qui est prévu pour les magistrats de l'ordre judiciaire en réservant la possibilité d'une procédure allégée pour les avertissements, puisqu'il prévoit que « *Les sanctions disciplinaires sont prononcées par l'autorité investie du pouvoir de nomination, sur proposition de la commission supérieure du Conseil d'État. Toutefois, l'avertissement et le blâme peuvent être prononcés, sans consultation de la commission supérieure, par le vice-président du Conseil d'État.* ».

En l'espèce, conformément à l'article R*136-1, la commission supérieure du Conseil d'État a été saisie des faits motivant la poursuite disciplinaire par le vice-président du Conseil d'État. Dès lors qu'elle a proposé un avertissement, le vice-président était compétent pour prononcer cette sanction et dès lors qu'il a fait le choix de la saisir et non de prononcer un tel avertissement sans la saisir, comme les textes le lui permettaient, les moyens de la requête de M. P... contestant la procédure suivie devant cette commission sont opérants.

1. C'est le premier moyen qui nous paraît justifier une discussion un peu approfondie. Il est tiré de l'irrégularité de la composition de la commission supérieure qui s'est prononcée sur son cas.

L'article L. 136-5 du CJA prévoit qu'en cas de réunion de la commission supérieure en formation disciplinaire, le vice-président du Conseil d'État, le président de la section du contentieux et les membres élus de la commission **de grade inférieur** à celui du membre dont le cas est examiné ne siègent pas.

En l'espèce, a siégé Mme Bonnet-G... qui est conseillère d'Etat en service extraordinaire (SE). Selon M. P..., qui est conseiller d'Etat en service ordinaire (SO), le grade de conseiller d'Etat en SE est inférieur au sien.

Il s'appuie sur un argument de texte : l'article L. 121-1 du CJA dispose que le CE « *se compose : 1° Du vice-président ; 2° Des présidents de section ; 3° Des conseillers d'Etat en service ordinaire ; 4° Des conseillers d'Etat en service extraordinaire ; 5° Des maîtres des requêtes ; 6° Des maîtres des requêtes en service extraordinaire ; 7° Des auditeurs de 1re classe ; 8° Des auditeurs de 2e classe.* »

Les conseillers d'Etat en SE sont à l'évidence mentionnés après les conseillers d'Etat en SO. Cela signifie-t-il qu'ils sont d'un grade inférieur ?

La présence de conseillers d'Etat en service extraordinaire est aussi ancienne que l'institution¹, puisqu'elle est prévue dès 1800 et l'arrêté du 7 fructidor an VIII, même si avant la IIIe République l'appellation semble désigner, selon la période, les Conseillers d'Etat en fonction à l'extérieur de l'institution² ou les membres honoraires³.

Dans son répertoire du droit administratif en 1891, Léon Bécquet posait la question suivante : « *Les conseillers d'Etat en service extraordinaire ont-ils les mêmes droits et les mêmes privilèges que les conseillers d'Etat en service ordinaire ?* » et il y répondait : « *L'affirmative ne nous semble pas douteuse. Entre les conseillers d'Etat du service ordinaire et du service extraordinaire il n'y a de différences que celles qui sont établies par la loi de l'institution du service extraordinaire, c'est à dire celles qui sont relatives à la nomination, à la cessation des fonctions, au droit limité de vote et à la répartition en sections. Mais l'arrêté du 7 fructidor an VIII qui a créé le service extraordinaire a donné aux uns et aux autres **même titre, même costume, mêmes prérogatives, mêmes garanties.** Et la loi du 24 mai 1872 comme celle du 13 juillet 1879 compose le Conseil d'Etat de conseillers d'Etat en service ordinaire et de conseillers d'Etat en service extraordinaire* ».

En effet dans la loi du 24 mai 1872 sur la réorganisation du Conseil d'Etat, celui se compose de ces deux catégories de conseillers d'Etat, les maîtres des requêtes et les auditeurs étant seulement « auprès du Conseil d'Etat ».

Et si les modalités de nomination, de cessation de fonction et de participation aux travaux du CE des conseillers d'Etat en SE ont évolués au cours du temps, ils suivent sans la quitter l'évolution de l'institution.

C'est à partir de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 (article 2) et du décret n° 63-766 du 30 juillet 1963 (article 1^{er}), relatifs à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat,

¹ On pourrait être tenté de prolonger davantage dans le temps la perspective, en relevant que sous l'ancien régime on distinguait au conseil du Roi les conseillers de robe et les conseillers d'épée. Cf. L'Encyclopédie de Diderot à l'entrée « Etat » (1751) : « *Nos rois ont aussi établi dans leurs conseils des conseillers d'épée, qui prennent rang & séance avec les conseillers de robe du jour de leur réception* »

² L'arrêté du 7 fructidor an VIII (26 août 1800) distingue les conseillers qui assurent à Paris " le service ordinaire " et ceux du " service extraordinaire " consistant " soit en fonctions permanentes, soit en missions temporaires".

³ Dans son ouvrage consacré au Conseil d'Etat sous le second empire, V. Wright indique que le titre de conseiller d'Etat en service extraordinaire était conféré à des fonctionnaires qui avaient servi auparavant dans le service ordinaire, « ce titre devint une distinction purement honorifique. Les conseillers en service extraordinaire ne pouvaient prendre aucune part aux travaux des sections ».

que l'on trouve la structure qui figure aujourd'hui à l'article L121-1 du CJA qui liste la composition du CE du vice-président aux auditeurs de seconde classe.

En réalité, en dehors de cet argument fondé sur l'énumération d'abord des conseillers d'Etat en SO puis des conseillers d'Etat en SE, nous ne trouvons aucun argument déterminant au soutien de la thèse que ces derniers seraient d'un grade inférieur aux premiers.

Tout d'abord, les textes réglementaires relatifs à la commission supérieure du CE (article R*132-2) prévoient que celui-ci est organisé en trois collèges distincts : Les conseillers d'Etat en service ordinaire et en service extraordinaire, les maîtres des requêtes en service ordinaire et en service extraordinaire, et les auditeurs. Il est donc possible en théorie que le collège des conseillers d'Etat soit uniquement constitué de membres en service extraordinaire. Il n'est pas soutenu que ces dispositions, cohérentes avec l'idée que les deux catégories de conseillers d'Etat ne sont pas dans un rapport de hiérarchie s'agissant des grades, seraient contraires à l'article L136-5 du CJA.

Il faut aussi s'entendre sur la notion de grade, qui est très peu présente dans le CJA s'agissant des membres du Conseil d'Etat et qui n'est pas aisée à appliquer s'agissant des conseillers d'Etat en SE.

Pour les conseillers nommés pour exercer des **fonctions consultatives**, ceux-ci peuvent continuer à exercer une activité professionnelle privée et ils peuvent recevoir, à l'exclusion de tout traitement au Conseil d'Etat, une indemnité pour les services qu'ils accomplissent effectivement au Conseil.

C'est ainsi que X. Domino notait au jurisclasser « justice administrative »⁴ qu'ils sont, « *pendant 5 ans, membres du Conseil d'Etat mais sans être des fonctionnaires, membres du corps* ».

Le professeur Delvolvé indique pour sa part qu'« *On peut parler de membres « associés », sans que la formule soit officielle, pour désigner des personnes qui participent au Conseil d'Etat pendant une certaine période.* »⁵.

La situation des conseillers nommés pour exercer des **fonctions juridictionnelles**, innovation de la loi du 20 avril 2016, est encore différente : ils sont effectivement affectés à la section du contentieux et perçoivent la rémunération afférente au grade de conseiller d'Etat.

Les conseillers d'Etat en SE peuvent ainsi, selon qu'ils sont fonctionnaires ou non, être détachés pour exercer une activité contentieuse, mis à disposition pour l'exercice de fonctions

⁴ Fasc. 15 : CONSEIL D'ÉTAT. – Dispositions statutaires

⁵ Répertoire Dalloz du contentieux administratif– Conseil d'Etat pt 148

consultatives, admis à exercer ces fonctions après leur mise à la retraite ou encore recrutés être par contrat.

On comprend s'agissant de fonctions dont l'exercice est limité dans le temps que le détachement dans le grade de conseiller d'Etat SO n'est pas possible mais les différences de garantie ne suffisent pas à qualifier l'infériorité du grade.

L'article 12 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires rappelle que le grade est le titre qui confère à son titulaire vocation à occuper l'un des emplois qui lui correspondent. Or, selon le cas, les conseillers en SE ont vocation à exercer des fonctions identiques à celles que peuvent exercer les conseillers en SO, sous la réserve des fonctions propres au grade de conseiller d'Etat en service ordinaire, celles de président adjoint de section, président de chambre ou président de CAA, ou de l'accès au grade et aux fonctions de vice-président et de président de section. Ceci demeure cohérent avec le caractère temporaire des activités des conseillers en SE. L'article L. 137-1 du CJA dispose par ailleurs que lorsque la participation d'un membre du Conseil d'Etat soit à une commission à caractère juridictionnel ou administratif, soit à un jury de concours ou d'examen est prévue, l'autorité chargée de la désignation peut porter son choix sur un membre étant ou ayant été placé en service extraordinaire.

Reste des arguments d'usage mis en avant par M. P... comme le fait que les CESE sont placés après les CESO dans le tableau. Mais par dérogation au droit commun des corps de fonctionnaire, l'article R. 134-2 du Code de justice administrative énonce qu' "il n'est pas établi de tableau d'avancement pour les promotions des membres du Conseil d'Etat ". Le tableau conserve une utilité, puisque les membres siègent dans l'ordre du tableau (R121-2) et que, par exemple, pour l'élection des membres au CSCE, en cas d'égalité des voix, les candidats sont départagés en fonction de l'ordre du tableau, mais ces éléments apparaissent trop secondaires pour estimer qu'un grade est inférieur à l'autre : ils traduisent là encore la différence de situation entre des membres du corps et les membres non-permanents.

Il en va de même pour le régime des **sanctions** : si l'article L. 136-2 prévoit que seuls les sanctions d'avertissement et de blâme, ainsi que la fin des fonctions sont applicables aux conseillers d'Etat en service extraordinaire, c'est bien pour tenir compte de l'inapplicabilité des sanctions propres au déroulement de carrière, comme l'abaissement d'échelon ou la mise à la retraite d'office.

En outre, dans un corps donné, la logique est que lorsqu'on est dans un grade inférieur on peut prétendre à accéder au grade supérieur, comme l'auditeur qui peut prétendre à devenir maître des requêtes. On voit bien que cette logique ne fonctionne pas s'agissant des conseillers d'Etat en SE qui n'ont pas vocation à accéder au grade de conseillers en service ordinaire.

Il nous paraît donc conforme aux textes de considérer que les conseillers d'Etat en service extraordinaire **n'appartiennent pas à un grade inférieur** à celui des conseillers d'Etat en service ordinaire.

Un deuxième moyen est tiré de ce que la rapporteure désignée pour instruire la procédure disciplinaire, Mme Vialettes, aurait fait preuve de partialité à l'égard du requérant. Le seul argument pour étayer une telle partialité tient au fait que celle-ci a effectué une mobilité comme substitut du procureur près le tribunal de grande instance de Paris entre 2007 et 2010. Un tel lien purement fonctionnel et déjà ancien avec l'institution judiciaire ne permet pas à lui seul de caractériser la partialité du rapporteur. De même la circonstance que Mme Vialettes soit par ailleurs présidente de la 4ème chambre de la section du contentieux n'est pas de nature à vicier la procédure, au motif que cette situation le priverait de la possibilité de voir son recours contre la décision de sanction instruite par cette chambre, qui connaît habituellement du contentieux de la justice administrative. Les chambres au sein de la section du contentieux du Conseil d'Etat n'en sont qu'une division fonctionnelle, et l'instruction d'une affaire par une chambre ne garantit pas qu'elle sera jugée seulement par des membres de cette chambre, ce qui n'arrive que lorsque l'affaire est portée devant une bien-nommée « chambre jugeant seule ». Pour le reste le choix de la formation de jugement est une mesure d'administration de la justice car elle ne tranche aucune contestation⁶, et il n'affecte pas le droit au recours. Il doit en aller de même de l'affectation d'une affaire à l'instruction d'une de vos chambres plutôt qu'une autre. Ceci ne rétroagit en tout état de cause pas sur la désignation du rapporteur devant la commission supérieure.

Un troisième moyen est tiré de ce que la commission supérieure du CE ne pouvait pas se réunir dans cette composition, en raison des démissions intervenues qui nécessitaient l'organisation de nouvelles élections au sein du collège des conseillers d'Etat. Ce collège comme on l'a déjà dit comprend 4 membres titulaires et deux suppléants. Elus à compter du 29 mars 2017, leur mandat devait prendre fin le 28 mars 2020. Le mandat de deux membres a pris fin de façon anticipée, en raison du détachement d'un des conseillers et de la démission d'un autre de ce mandat. Les deux suppléants sont devenus titulaires comme le prévoit l'article R*132-4 et le collège demeurait complet. Toutefois un 3ème membre a quitté la commission supérieure en raison de la fin de son mandat de CESE à compter du 26 novembre 2019. Le collège s'est alors trouvé réduit à trois, ce qui en principe conduit à une élection complémentaire pour permettre d'achever le mandat des personnes remplacées, mais comme le prévoit le 2ème alinéa de l'article R*132-4, lorsque le mandat de l'ensemble des représentants élus de la commission supérieure doit être renouvelé moins de six mois avant le terme du mandat, il n'est pas procédé à une telle élection complémentaire. C'est la situation

⁶ CE 6 novembre 2000, M. K..., n° 220825, au Recueil sur ce point ; CE 21 décembre 2007, Mme L... et autres, n° 305966, au rec

chronologique dans laquelle s'est trouvé la commission supérieure, de sorte qu'il n'y avait pas lieu de procéder à une telle élection complémentaire. Il n'y a ni irrégularité de la composition de la commission supérieure, ni détournement de pouvoir comme l'affirment les dernières écritures du requérant.

2. Au titre de la légalité interne, il est d'abord soutenu que le vice-président ne pouvait sanctionner M. P... une seconde fois pour des faits déjà sanctionnés pénalement, en application des stipulations de l'article 4 du protocole additionnel n° 7 à la CEDH. Vous n'aurez pas, d'une façon ou d'une autre, à entrer dans le débat sur la portée de la réserve de la France au seul cumul de sanctions prononcées par les juridictions pénales au sens du droit interne. En effet, votre jurisprudence et celle de la cour EDH s'accordent sur le fait qu'une sanction disciplinaire professionnelle ne constitue pas une « condamnation » pour une « infraction », au sens de l'article 4 du protocole n° 7 à la Convention EDH (CEDH, 22 octobre 2020, F... et S... c. France, n° 59389/16 et 59392/16). Le moyen est donc inopérant.

Il est également soutenu que M. P... aurait déjà été sanctionné pour les mêmes faits en étant temporairement mis en retrait de ses fonctions au sein de la mission d'inspection des juridictions administratives, mais cette mesure prise à titre conservatoire dans l'intérêt du service ne constitue pas une sanction. Il en va de même de la décision de mettre fin à ses fonctions de président d'une formation de jugement au sein de la cour nationale du droit d'asile dont il résulte de l'instruction qu'elle a été prise en accord avec l'intéressé dans des circonstances étrangères aux faits ayant motivé l'avertissement attaqué.

Est enfin soulevé une erreur de fait.

Pour prononcer la sanction d'avertissement, le vice-président s'est fondé sur les termes du jugement du 9 décembre 2019 du tribunal correctionnel de Bobigny, qui a relevé que : « *dans ses déclarations devant les services de police, M. P... ne se souvenait pas avoir exhibé sa carte de conseiller d'Etat. A l'audience, il conteste l'avoir fait et avoir indiqué que cette carte lui permettait de donner des instructions aux fonctionnaires de police. Toutefois, entendu par le tribunal, M. Vidal [commandant de police] confirme ses propos lors de l'enquête préliminaire et cette scène qui n'est pas filmée. / Compte tenu des déclarations constantes des policiers, le tribunal estime que ces faits sont établis.* »

Le requérant soutient que ces énonciations du jugement sont contradictoires et que le vice-président a procédé à l'interprétation du jugement du tribunal pour retenir la faute sanctionnée. Nous ne lisons toutefois aucune contradiction dans le jugement du tribunal, même si M P... conteste avoir fait usage de sa carte professionnelle et donc de sa qualité de membre du CE pour chercher à obtenir que les policiers le laissent passer. Mais vous jugez

avec constance que l'autorité absolue de chose jugée s'attache aux constatations effectuées par le juge pénal sur l'existence matérielle des faits qui sont le support nécessaire de ses décisions devenues définitives (CE, Section, 12 juillet 1929, n° 81701, Sieur V..., ; Assemblée Sieur X du 21 juillet 1972, 72508 et pour un rappel récent section Mme Thomas 16 février 2018 n° 395371). Il n'y a donc aucune erreur de fait à s'être fondé sur les constatations opérées par le juge pénal.

PCMNC au rejet de la requête.