

N°s 434659 et 435829
M. R...

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 22 janvier 2021
Lecture du 5 février 2021

CONCLUSIONS

M. Laurent Domingo, rapporteur public

Avec la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 (n° 2009-1436, article 91), le législateur, à l'initiative du Sénat, a introduit dans la partie législative du code de procédure pénale (article 726) plusieurs principes généraux applicables à la discipline des détenus, dont une règle nouvelle qui fait figure d'exception dans le paysage européen du droit pénitentiaire : la présence d'un membre extérieur à l'administration pénitentiaire dans la commission de discipline.

Auparavant (article D. 250 du CPP), la commission de discipline comprenait le chef d'établissement ou son délégué, en qualité de président, et deux membres du personnel de surveillance, désignés par le chef d'établissement et dont l'un appartenait au grade de surveillant. Dorénavant (v. décret n° 2010-1634 du 23 décembre 2010 portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le code de procédure pénale), depuis l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions le 1^{er} juin 2011, la commission de discipline comprend le chef d'établissement ou son délégué (R. 57-7-6 du CPP), toujours président, un assesseur choisi parmi les membres du premier ou du deuxième grade du corps d'encadrement et d'application du personnel de surveillance de l'établissement et un assesseur choisi parmi des personnes extérieures à l'administration pénitentiaire, qui manifestent un intérêt pour les questions relatives au fonctionnement des établissements pénitentiaires et qui sont habilitées à cette fin par le président du tribunal judiciaire territorialement compétent (R. 57-7-8 du CPP)¹.

Ce qui n'a pas changé en revanche, et il ne faut pas le perdre de vue, c'est que la sanction disciplinaire est décidée par le seul président de la commission de discipline, c'est-à-dire le chef d'établissement ou son délégué. Les deux assesseurs ont seulement voix consultative (article D. 250 puis article R. 57-7-7 du CPP). Autrement dit, la procédure disciplinaire en matière pénitentiaire pratique, ce qui est plutôt inhabituel par rapport à d'autres champs disciplinaires, le « deux en un » : la commission est consultée et c'est le président de la commission qui prononce la sanction une fois que la commission en a débattu.

¹ Dans le respect des conditions prévues à l'article R. 57-7-10 et sans préjudice de l'article R. 57-7-11.

Avec l'assesseur extérieur, le législateur a souhaité que la procédure disciplinaire dans le milieu carcéral s'ouvre au regard de la société civile et s'enrichisse de ce regard². Après l'entrée de l'avocat dans cette procédure (par l'effet de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 ; v. actuellement R. 57-7-25 du CPP), la présence d'une personne extérieure pouvait, « dans un premier temps » du moins, « faire grincer quelques dents » (Rapport AN, n° 1899, 8 septembre 2009, p. 377). Elle a « au final », ainsi que le prédisaient les parlementaires, été plutôt « bien acceptée » (id.). L'enjeu n'est aujourd'hui plus le principe de cette présence d'un membre extérieur, mais le recrutement de ces assesseurs et l'effectivité de leur présence, qui n'est pas toujours assurée (J.-R. Lecerf et N. Borvo Cohen-Seat, Rapport d'information sur l'application de la loi pénitentiaire n°2009-1436 du 24 novembre 2009, Rapport n° 629, 4 juillet 2012, p. 48). En pratique, il arrive en effet que l'assesseur extérieur soit absent, la commission ne comprenant alors que le chef d'établissement (ou son délégué) et le représentant du personnel de surveillance.

Le pourvoi de M. Youssef R... va vous permettre de déterminer les conséquences à tirer de cette absence sur la régularité de la procédure et la légalité de la sanction prononcée, question inédite dans votre jurisprudence et sur laquelle les juges du fond sont divisés³.

M. R..., incarcéré à la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis depuis le 18 octobre 2013, a été poursuivi disciplinairement pour introduction et possession de multiples objets interdits en détention. Il s'est présenté le 12 septembre 2014 devant la commission de discipline de la maison d'arrêt, composée de la cheffe de détention du bâtiment D5, déléguée du chef d'établissement et présidente de la commission, et d'un représentant du personnel de surveillance. L'assesseur extérieur n'était pas présent. M. R... a été sanctionné de vingt jours de cellule disciplinaire et du déclassement de son poste de responsable de la distribution des repas.

Il a formé un recours devant le directeur interrégional des services pénitentiaires de Paris, qui, par une décision du 28 octobre 2014, a confirmé les sanctions prononcées par la présidente de la commission de discipline.

Par un jugement du 9 février 2018, le tribunal administratif de Versailles a annulé cette décision au motif de l'irrégularité dans la composition de la commission de discipline. La cour administrative d'appel, par un arrêt du 9 juillet 2019, a annulé ce jugement et confirmé les sanctions prononcées.

² v. Alexandre Bouquet, « Droit disciplinaire et loi pénitentiaire : le rendez-vous manqué », Archives de politique criminelle, 2012/1 (n° 34).

³ v. d'un côté par ex. CAA Nancy, 13 février 2014, n° 13NC01290, 12 mars 2015 n° 14NC00691, 5 juillet 2016, n° 15NC01259, 7 mars 2019, n° 18NC01172 et n° 18NC00417 ; CAA de Lyon, 11 avril 2019, n° 18LY04039 ; v. de l'autre, par ex. CAA Nantes, 18 juillet 2013, n°12NT03128, 27 janvier 2017, n°15NT00964, 22 décembre 2017, n°15NT03223 ; CAA Bordeaux, 20 décembre 2016, n° 15BX02263 et n°15BX02264 ; CAA Marseille, 20 décembre 2016, n°15MA03826 ; CAA Douai, 23 mai 2017, n°15DA01044.

La cour a jugé, non sans une certaine contradiction qui ne fait toutefois pas l'objet en elle-même d'un moyen de cassation, que les dispositions du code de procédure pénale « imposent (...) la présence à la commission de discipline d'un assesseur extérieur à l'administration pénitentiaire, et non pas seulement la convocation régulière de ses membres » et qu'en l'espèce « l'administration pénitentiaire a régulièrement convoqué, par un courrier électronique (...), les onze assesseurs extérieurs habilités inscrits sur le tableau de roulement établi pour la période en cause », qu'« aucune des onze personnes convoquées n'a informé l'établissement de son indisponibilité pour cette séance de la commission de discipline » et que « dans ces conditions, et alors que deux des trois membres de la commission ont régulièrement siégé, la circonstance qu'aucun des assesseurs extérieurs n'ait finalement déféré à la convocation est sans incidence sur la régularité de la procédure et n'obligeait pas le président de la commission à renvoyer celle-ci à une date ultérieure ». Ces motifs sont critiqués par des moyens d'erreur de droit et de dénaturation.

Commençons par relever que le moyen tiré de l'irrégularité dans la composition ou le fonctionnement de la commission de discipline est opérant à l'appui de la contestation d'une sanction disciplinaire prononcée à l'encontre d'un détenu. Certes, avant l'introduction d'un recours juridictionnel en annulation, la décision de sanction prise par le chef d'établissement ou son délégué doit faire l'objet, dans un délai de quinze jours, d'un recours administratif préalable obligatoire devant le directeur interrégional des services pénitentiaires (R. 57-7-32 du CPP)⁴. Et, conformément aux principes de votre jurisprudence (29 avril 1953, Collin, p. 198 ; 5 janvier 1979, Société Clinique chirurgicale Francheville, p. 9), vous avez considéré, dans un avis contentieux du 29 décembre 1999 (L..., n° 210147, au Lebon, pour l'application des dispositions antérieures issues de l'article D. 250-5 du CPP) que la décision, expresse ou implicite, du directeur interrégional (autrefois régional) des services pénitentiaires se substitue à la sanction initiale et qu'elle est la seule qui peut être déférée au juge administratif. Toutefois, si cette substitution a pour effet de purger certaines illégalités affectant la décision initiale (par ex. un vice d'incompétence ou d'insuffisance de motivation qui « sont en tout état de cause propres à la décision initiale et ont nécessairement disparu avec elle », v. 11 septembre 2006, M..., n°258784, aux tables), tous les vices affectant cette décision initiale ne sont pas solubles dans la décision prise sur recours et certains la contaminent à son tour. Tel est notamment le cas d'une irrégularité de procédure devant une commission intervenant préalablement à la décision administrative initiale, ainsi que vous l'avez jugé dans la décision de Section, H... du 18 novembre 2005 (n° 270075, p. 513), sauf à ce que la procédure suivie devant l'instance administrative de recours présente des garanties suffisantes pour se substituer, elle aussi, à la procédure préalable à la décision initiale (v. 26 décembre 2012, Fédération française d'athlétisme, n° 350833, aux tables, à propos d'un organe disciplinaire d'appel en matière sportive ; v. aussi 18 mars 2020, Département de la Loire, n° 424413, aux

⁴ Ce recours obligatoire ne fait en revanche pas obstacle à l'exercice des procédures de référé, en particulier à celle de référé-suspension et à celle de référé-liberté, dans le cadre de laquelle le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures et a le pouvoir de prendre toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale, notamment la suspension de l'exécution de la décision litigieuse ainsi qu'un pouvoir d'injonction à l'égard de l'administration (6/1, 28 décembre 2012, n° 357494, T..., B) ; v. aussi der. al. de l'article 726 du code de procédure pénale, issu de l'article 91 de la loi pénitentiaire de 2009.

tables, à propos de l'information prévue à l'article L. 114-21 du code de la sécurité sociale). En l'espèce, il n'y a pas de consultation préalable, notamment d'une personne extérieure, avant que le directeur interrégional des services pénitentiaires ne se prononce sur le recours dont il est saisi. Sa décision est donc, tout autant que la décision initiale qu'elle remplace, affectée par le vice entachant la procédure devant la commission de discipline.

Pour apprécier la portée de ce vice et la manière dont la cour l'a traité en l'espèce, il faut aussi relever, ainsi que le fait valoir le pourvoi, que l'audition du détenu poursuivi disciplinairement devant la commission de discipline et la délibération consultative de cette commission constitue, pour le détenu, une garantie de procédure au sens de la jurisprudence *Danthony*. En effet, comme vous l'avez rappelé lorsque vous avez examiné la légalité du décret du 23 décembre 2010 (préc.) d'application de la loi pénitentiaire, la procédure disciplinaire en prison est soumise au respect des droits de la défense et au principe général du droit d'impartialité, applicable à toutes les procédures administratives disciplinaires (CE, 11 juillet 2012, Section française de l'observatoire international des prisons, n° 347146). La commission de discipline, en particulier à raison de l'assesseur extérieur, qui constitue la seule obligation de niveau législatif, participe de cette exigence d'impartialité de la procédure, l'article R. 57-7-9 du code de procédure pénale indiquant d'ailleurs expressément que les membres de la commission de discipline exercent leurs fonctions avec intégrité, dignité et impartialité. La comparution du détenu devant une commission de discipline régulièrement composée est donc pour lui une garantie (pour une garantie reconnue dans la composition du conseil d'enquête en matière de discipline des militaires, v. 22 février 2012, S..., n°343052, aux tables ; pour une garantie reconnue dans la composition de la commission administrative paritaire siégeant en conseil de discipline pour les fonctionnaires territoriaux, v. 26 mars 2018, M. X..., n° 403168).

Dans ces conditions, il appartenait alors aux juges de la légalité de la sanction infligée à M. R... d'apprécier si l'intéressé avait effectivement été privé de cette garantie. C'est ce qu'a jugé le tribunal administratif de Versailles. Par l'arrêt attaqué, la cour administrative d'appel de Versailles nous semble être sortie de cette logique *Danthony*, au moins formellement. Et en admettant même qu'elle ait, sans le dire, raisonné en termes de garantie, la cour nous semble avoir sollicité de mauvais critères pour procéder à cette appréciation : les circonstances que les assesseurs extérieurs avaient été régulièrement convoqués, qu'aucun n'avait informé l'administration pénitentiaire de son indisponibilité et que la commission a siégé avec deux de ses trois membres apparaissent en effet indifférentes à la garantie reconnue au détenu et dont il a été privé⁵. Dans un cas comme dans l'autre, que la cour ait omis de faire du *Danthony* ou qu'elle ait fait du *Danthony* avec de mauvais critères, son arrêt nous apparaît donc passible de la première erreur de droit soulevée par le pourvoi.

⁵ Sachant que les appréciations d'espèce portées par les juges du fond sur la privation ou non d'une garantie par le vice de procédure sont souveraines, sous réserve de dénaturation, v. 6 novembre 2013, n° 359501, M. Paris, aux tables.

Pour autant, la solution de la cour peut aussi se réclamer d'une inspiration que l'on ne doit pas ignorer, et que le pourvoi n'ignore d'ailleurs pas, même si sa réalisation dans l'arrêt en litige prête le flanc à la critique, que ne manque pas non plus de formuler le pourvoi. En effet, on ne saurait reprocher à l'administration pénitentiaire, sauf à bloquer toutes les procédures disciplinaires, de passer outre l'absence persistante de l'assesseur extérieur. Le chef d'établissement peut en effet, au moment d'examiner les dossiers disciplinaires inscrits à la séance de la commission de discipline, se retrouver confronté à une obligation impossible à respecter, si malgré ses diligences, aucun assesseur extérieur ne se présente.

Autrement dit, il nous semble que l'on ne peut tirer comme conséquence inéluctable de la privation pour le détenu de la garantie de comparaître devant la commission de discipline régulièrement composée et au complet la nullité de la sanction disciplinaire le cas échéant prononcée par le chef d'établissement. C'est une solution parfois retenue par des juges du fond, que le contrôleur général des lieux de privation de liberté recommandait (Rapport 2012, p. 167) et que la doctrine défend parfois aussi⁶. Elle nous paraît cependant, si elle devait être purement mécanique, excessive.

Votre jurisprudence sur les formalités impossibles peut et, à notre sens, doit trouver à s'appliquer. Tout d'abord, parce qu'est en jeu non pas un vice affectant l'autorité compétente mais bien l'autorité de consultation préalable (à défaut v. 11 février 1981, M. C..., n° 12924, p. 84). Ensuite, parce que cette jurisprudence a précisément pour objet d'éviter des situations de blocage au niveau des commissions consultatives (qu'il s'agisse de la réunion de la commission ou du respect des règles de quorum lorsqu'elles existent) résultant par ex. de défections systématiques (CE, Section, 12 octobre 1956, Sieur Baillet, n° 94720, Rec. p. 356, concl. Lasry Dalloz 1956 p. 664) ou de refus de donner suite aux convocations aux séances (CE, 16 novembre 1956, Sieur Pénicaut, n° 17391, Rec. p. 432 ; CE, 18 mars 1981, Union générale des fédérations de fonctionnaires CGT, n° 03799, T. p. 577) ou encore de membres quittant la commission en cour de séance en signe de protestation (cf. CE, Section, 8 juin 1962, Ministre des postes et télécommunication c/ Sieur Frischmann, n° 55252, Rec. p. 382, chron. J.-M. Galabert et M. Gentot AJDA 1962 p. 418, à propos d'un conseil de discipline ou CE, 23 juin 1972, Sieur Pinabel, n° 81593, p. 481, à propos d'une commission administrative paritaire).

Nous ne doutons pas de ce que si des assesseurs extérieurs de la commission de discipline ne répondent pas aux convocations qui leur sont adressées, ce n'est aucunement en signe de protestation mais seulement parce qu'ils ne parviennent pas, malgré leur engagement, à se libérer d'obligations professionnelles ou privées. Mais, quel que soit le motif de l'absence, le chef d'établissement pénitentiaire se trouve confronté à la même impossibilité de tenir une séance régulière de la commission.

⁶ par ex. Jean-Paul Céré, « La procédure disciplinaire pénitentiaire à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », AJ Pénal 2012 p. 533

Encore faut-il que cette impossibilité ne soit pas, au moins en partie, imputable à l'administration. C'est ainsi, par ex. que vous refusez de faire jouer la formalité impossible lorsque l'autorité administrative n'a pas consulté une commission consultative faute d'en avoir désigné les membres dans un délai raisonnable (Section, 1er juillet 1966, Société d'exploitation de la clinique Rech et autres, Rec. p 429 ; CE, 10 janvier 2001, Chambre nationale des prestataires animaliers Prestanimalia, n° 212940, aux T sur ce point) ou même lorsqu'elle n'a pas accompli les démarches nécessaires auprès de l'autorité compétente pour provoquer la constitution de la commission (CE, 22 janvier 1988, M. W..., n° 69491, T. p 676). Autrement dit, l'administration ne doit pas créer ou participer à la formalité impossible. Elle doit la subir.

Dans ces conditions, la formalité impossible ne peut être sollicitée à bon escient par l'administration pénitentiaire que si elle a, au préalable, accompli toutes les diligences nécessaires pour se prémunir de l'absence de l'assesseur extérieur⁷. C'est exactement ainsi que vous avez raisonné à propos de l'assistance du détenu par un interprète, dans la décision précitée SFOIP du 11 juillet 2012, en jugeant « qu'il incombe à l'administration pénitentiaire d'accomplir toutes les diligences nécessaires pour que la personne détenue dispose de l'assistance d'un interprète », assistance qui est un droit qui doit être assuré, « sauf le cas dans lequel il s'avérerait matériellement impossible d'en trouver un ».

A ce titre, on ne peut se satisfaire de la solution de l'arrêt de la cour, qui s'est contentée de l'envoi, par le secrétariat de la maison d'arrêt, d'un message électronique rappelant de manière indifférenciée aux onze assesseurs extérieurs la date et l'heure de la prochaine séance, prévue le lendemain, et telle qu'elle figurait au demeurant sur le tableau de roulement des assesseurs extérieurs dressé par le chef d'établissement en vertu de l'article R. 57-7-12. L'administration pénitentiaire doit au moins s'enquérir, par tous moyens (mail, téléphone, ...), de la disponibilité d'au moins un des assesseurs extérieurs, dont elle doit obtenir une réponse explicite quant à sa présence ou son absence, en commençant par celui inscrit sur le tableau pour la séance en cause, à défaut en s'adressant aux autres assesseurs.

Si aucun des assesseurs ne peut se rendre disponible pour la séance de la commission de discipline, l'administration pénitentiaire doit alors envisager la possibilité d'un report, à brève échéance, sur une date où un assesseur extérieur est disponible. C'est ce que préconise la circulaire du 9 juin 2011 relative au régime disciplinaire des personnes détenues majeures. Ce renvoi ne saurait cependant être automatique. En effet, d'une part, la commission de discipline doit se réunir rapidement lorsque le chef d'établissement ou son délégataire a décidé, sur le fondement de l'article R. 57-7-18 du CPP, le placement en cellule disciplinaire à titre préventif et sans attendre la réunion de la commission de discipline, si les faits constituent une faute du premier ou du deuxième degré et si cette mesure est l'unique moyen de mettre fin à la faute ou de préserver l'ordre à l'intérieur de l'établissement. La durée de ce

⁷ Ce raisonnement s'appliquerait aussi à l'absence d'assesseur extérieur au motif que, faute de candidatures, aucun n'est inscrit sur la liste d'habilitation dressée par le président du tribunal judiciaire (v. par ex. CAA Douai, 22 juillet 2014, n° 13DA01416 ; CAA Bordeaux, 16 janvier 2016, n° 14BX03426).

placement en cellule disciplinaire ne peut excéder deux jours ouvrables (R. 57-7-19 CPP). D'autre part, et plus globalement, le volume des affaires disciplinaires gérées par un établissement ne peut pas toujours permettre de reporter des séances, sauf à perdre la maîtrise des délais d'examen et que la sanction se vide alors d'une partie de son sens. A titre indicatif, à Fleury-Mérogis en 2014, 3 050 dossiers sont passés en commission de discipline.

A notre sens, ce n'est que sous ces conditions que le chef d'établissement ou son délégataire peut valablement prononcer une sanction disciplinaire alors que la commission de discipline ne comportait pas l'assesseur extérieur.

Nous y voyons un moyen de faire respecter une garantie reconnue au détenu, sans mettre à la charge de l'administration pénitentiaire des obligations démesurées (et que peut assumer le secrétaire de la commission désigné en tant que de besoin par le chef d'établissement, v. circulaire précitée du 9 juin 2011), ni bloquer le bon fonctionnement de ses procédures disciplinaires. Il appartiendra alors au juge administratif, après s'être prononcé sur le terrain de la garantie de procédure, de contrôler, dans chaque espèce, les diligences mises en œuvre et les obstacles rencontrés ou les contraintes invoquées pour en tirer les conséquences qui s'imposent sur la légalité de la sanction prononcée contre le détenu.

Pour ne s'être pas livré à cet examen, l'arrêt de la cour encourt également la cassation pour cette seconde erreur de droit.

Nous ne vous proposons en revanche pas de censurer les autres motifs de l'arrêt critiqués par le pourvoi.

D'une part, la cour a écarté comme inopérant un moyen tiré de l'atteinte au principe d'impartialité fondé sur l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Toutefois, cet article, tant pour son volet civil que son volet pénal, n'est, comme l'a jugé la cour sans erreur de droit, pas applicable à la procédure disciplinaire des détenus, ainsi que vous l'avez également jugé dans la décision précitée du 11 juillet 2012, SFOIP (v. M. Guyomar, La Gazette du Palais, 9 août 2012, n° 222, p. 17), faisant suite aux arrêts Payet c/ France (CEDH, 20 janvier 2011, n° 19606/08), Cocaign c/ France (3 novembre 2011, n° 32010/07) et Plathey c. France (CEDH, 10 novembre 2011, n° 48337/09). M. R... fait certes valoir que les sanctions prononcées contre les détenus sont prises en considération par le juge d'application des peines, qui peut alors retirer au détenu des crédits de réduction de peine, ce qui est susceptible de faire jouer le volet pénal de l'article 6, mais c'est alors devant le juge d'application des peines que les stipulations de l'article 6 s'appliquent (20 octobre 2014, M. Stojanovic, n° 368580, aux tables pp. 663-729).

D'autre part, la cour a considéré qu'au regard des faits reprochés, la sanction prise ne présentait pas de caractère disproportionné. L'arrêt, qui est suffisamment motivé, ne valide pas une sanction hors de proportion avec les fautes commises, y compris, et en particulier, en ce qui concerne le déclassement d'emploi (prévu à l'article R. 57-7-34) et qui peut être prononcé à titre complémentaire comme en l'espèce (article R. 57-7-50), sachant qu'en

l'espèce M. R... s'était procuré de nombreux biens servant de monnaie d'échange (denrées alimentaires, boissons, etc.) à l'occasion de son emploi de responsable de la distribution des repas.

PCMNC annulation de l'arrêt attaqué, au renvoi de l'affaire devant la cour et à ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge de l'Etat au titre des frais non compris dans les dépens.