

N°s 435774, 441958

M. S...

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 24 mars 2021

Lecture du 12 avril 2021

Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, rapporteur public

La présente affaire disciplinaire va vous donner l'occasion de trancher quelques **intéressantes questions de procédure, notamment en matière de non-lieu** dans l'hypothèse où sont contestées différentes décisions intervenant à l'issue de plusieurs recours administratifs formés contre une même sanction.

1. M. S... est lieutenant-colonel dans l'armée de terre et féru d'histoire militaire : sa carrière lui a permis de concilier ses deux passions professionnelles puisqu'il occupe depuis 2012 les fonctions de conservateur du musée de l'Ecole nationale des sous-officiers d'active de Saint-Maixent-l'Ecole.

Il lui est cependant reproché d'avoir eu, fin 2018, un comportement inapproprié et vexatoire à l'égard de deux stagiaires placées sous son autorité, Mmes Pino-Cortes et Gagnon.

A ce titre, il s'est vu infliger, le 2 mai 2019, une sanction de 15 jours d'arrêts. L'intéressé a formé un recours administratif contre cette sanction, qui a été rejeté le 23 août 2019 par le chef d'état-major de l'armée de terre. Ces deux décisions font l'objet de la requête enregistrée le 4 novembre 2019 sous le n° 435774.

Parallèlement, M. S... avait saisi la ministre des armées d'un nouveau recours le 16 septembre 2019. Par une décision du 3 avril 2020, la ministre a partiellement agréé ce recours et ramené à 10 jours le quantum de la sanction initiale. Cette décision fait l'objet de la requête n° 441958.

2. Vous pourrez joindre ces deux requêtes mais, avant d'en venir au fond du litige, il vous faut vous interroger sur son étendue exacte, notamment sur la question de savoir **s'il y a encore lieu de statuer sur la première des deux requêtes**, qui est dirigée contre les décisions des 2 mai et 23 août 2019.

Le litige a en effet ceci de particulier que M. S... a introduit un recours hiérarchique devant la ministre mais aussi, sans attendre la décision de cette dernière, un recours contentieux contre la sanction initiale et le rejet de son premier recours hiérarchique. Or, aucune disposition du code de la défense ne semble s'y opposer, ni aucune règle jurisprudentielle puisque l'exception de recours parallèle ne joue qu'entre recours juridictionnels (Section 15 février 1935, *B...*, n° 27940, p. 202).

Vous n'êtes pas non plus ici dans l'hypothèse bien connue d'un recours administratif préalable obligatoire (RAPO), pour laquelle vous jugez depuis longtemps que les décisions prises par l'autorité hiérarchique se substituent nécessairement et rétroactivement aux décisions initiales (Section 25 janvier 1969, *C...*, p. 51 ; Section 18 novembre 2005, *H...*, n° 270075, p. 514, s'agissant des recours devant la CRM).

Toutefois, vous avez également déjà jugé qu'il n'y a pas lieu de statuer sur la décision initiale lorsqu'une décision s'y est substituée sur recours hiérarchique avant que le juge, concomitamment saisi, ne statue (Section 20 octobre 1967, *X...*, n° 64683, ccl. Rigaud, p. 389).

Certes, vous estimiez pendant longtemps que, pour que le retrait ou l'abrogation de la décision initiale emporte le non-lieu sur les recours dirigés contre elle, **il fallait que la disparition de l'acte ait elle-même acquis un caractère définitif**, ce qui n'était pas le cas lorsque la décision de retrait ou d'abrogation faisait l'objet d'un recours sur lequel il n'était pas encore statué (voir Section 13 juillet 1961, *Consorts Bec*, p. 485 ; Section 8 février 1974, *FNSEA*, n° 85789, p. 92).

En ce sens, le recours contre la décision de la ministre étant par définition toujours pendant au moment où vous statuez – puisque c'est l'objet-même de la seconde requête –, vous ne pourriez pas prononcer de non-lieu sur les conclusions dirigées contre la sanction initiale.

Mais cette veine jurisprudentielle nous paraît, si ce n'est avoir disparu¹, du moins s'étioler.

¹ Voir, pour un panorama magistral sur la question, les conclusions de Jean Lessi sous Section 5 mai 2017, *M. Fiorentino*, n° 391925, p. 148

Ainsi, il y a non-lieu sur un recours dirigé contre une décision de refus lorsque, en cours d'instance, l'administration prend la décision positive qu'elle n'avait pas voulu prendre, alors même que la décision positive n'est pas encore entrée en vigueur (Assemblée 27 juillet 2001, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle des instituteurs de France (CAMIF)*, n° 218067, p. 401) ou qu'elle est elle-même attaquée ou en tout cas reste attaquant, faute d'expiration des délais de recours à son encontre (CE 27 juillet 2005, *Association Bretagne Ateliers*, n° 261694, p. 350).

Vous êtes même allés jusqu'à admettre un non-lieu sur un recours contestant un refus d'abroger un acte réglementaire en cas d'abrogation, même non définitive, de l'acte en cours d'instance, et ce alors même que l'acte abrogé aurait reçu exécution (CE 30 mai 2005, *Association française des opérateurs de réseaux*, n° 250516, T. p. 1047 ; voir aussi, pour une demande d'annulation « en tant que ne pas » : CE 25 juin 2014, *Fédération départementale des chasseurs de la Charente-Maritime*, n°s 363446 et a., T. pp. 756-806-823).

Comme d'autres², nous déduisons de ces précédents que le critère tenant au caractère définitif de l'acte assurant la disparition de l'acte contesté – que vous avez introduit de façon à vérifier la stricte équivalence entre les conséquences d'une intervention spontanée et rétroactive de l'administration sur l'acte attaqué en cours d'instance et les conséquences d'une éventuelle annulation, elle aussi rétroactive, par le juge de l'excès de pouvoir – n'a, en réalité, guère de sens lorsque l'acte contesté n'a reçu aucune exécution.

A notre sens, il faut et il suffit que vous puissiez constater l'inapplication de l'acte dans le passé et l'inapplicabilité de l'acte pour l'avenir pour en déduire que son annulation demeurerait sans effet juridique et donc que le recours qui tend à cette fin est privé d'objet.

Or, tel nous paraît bien être le cas en l'espèce puisqu'il ne ressort pas des pièces du dossier que la sanction de 15 jours initialement prononcée ait été mise à exécution avant qu'elle ne soit commuée par la ministre.

En réalité, dans le cas qui vous occupe – et auquel nous vous précisons d'ores et déjà que nous entendons strictement nous tenir –, qui est celui d'un recours administratif (peu importe qu'il soit hiérarchique ou gracieux) non obligatoire exercé en matière disciplinaire par un militaire contre une décision qui n'a pas reçu d'exécution, le critère d'appréciation du non-lieu réside tout entier dans **le sens de la décision prise sur ce recours administratif**.

Dans cette logique, deux voies sont alors envisageables :

² Voir les conclusions de Sophie Roussel sous CE 8 juillet 2020, *L... et autres*, n° 437673, C ou de Guillaume Odinet sous CE 1^{er} juillet 2020, *M. W... et autres*, n° 428134, 429442

1) soit l'autorité disciplinaire rejette le dernier recours administratif : il vous reviendra alors, conformément à ce que vos chambres réunies ont jugé dans votre décision CE 7 mars 2018, *Mme Y...*, n° 404080, A, ccl. X. Domino, de considérer que le recours contentieux consécutif au rejet de ce recours doit nécessairement être regardé comme étant dirigé, non pas tant contre le rejet du recours gracieux (dont les vices propres ne peuvent alors être utilement contestés), que contre la décision initiale ;

2) soit l'autorité disciplinaire fait, en tout ou partie, droit au recours administratif et cette dernière décision doit alors être regardée, en l'absence de toute exécution préalable, comme se substituant implicitement mais nécessairement aux décisions précédentes.

Dans cette dernière hypothèse, il y a évidemment lieu – c'est là la garantie qui permet de préserver la substance du droit au recours – de transposer le raisonnement que vous tenez en matière de RAPO, par analogie avec votre décision *H...*, en considérant que la décision ultime n'est pas autonome mais ne fait que prolonger³ les décisions précédentes, ce qui implique que soient invocables à son encontre l'ensemble des moyens qui l'étaient contre les décisions prises aux étapes antérieures de la procédure pour autant que ces moyens ne sont pas tirés de vices propres à ces premières décisions mais sont susceptibles d'affecter la légalité de la décision finale du ministre.

En l'espèce, la décision du 3 avril 2020 a diminué le quantum de la sanction infligée à M. S... pour le fixer de 15 à 10 jours d'arrêts : elle s'est donc implicitement mais nécessairement substituée à la sanction initiale.

Si vous nous suivez, vous pourrez donc juger que les conclusions de la première requête, dirigées contre les décisions prises les 2 mai et 23 août 2019 respectivement par l'autorité militaire de premier niveau et par le chef d'état-major de l'armée de terre, ont ainsi perdu leur objet et qu'il n'y a plus lieu d'y statuer.

En revanche, vous examinerez dans le cadre des conclusions dirigées contre la décision du 3 avril 2020 l'ensemble des moyens soulevés à leur endroit, dès lors qu'ils

³ ce que décrivait ainsi Thierry-Xavier Girardot : « *même lorsqu'elle corrige certains vices de la décision initiale, l'autorité statuant sur le recours préalable ne prend pas une décision qui se suffit à elle-même puisqu'elle doit s'appuyer sur les éléments de la procédure initiale qu'elle n'a pas le pouvoir de rectifier. L'acte final, celui qui arrête définitivement la position de l'administration, apparaît alors moins comme un acte qui se substitue à la décision initiale, que comme un prolongement de cette décision dont il remplace certains éléments tout en s'appuyant sur d'autres* » (La théorie du recours administratif préalable obligatoire à l'épreuve de la commission de recours des militaires, RFDA 2006, p. 543)

demeurent opérants en l'espèce, s'agissant de vices mettant en cause l'impartialité de l'enquête administrative initiale ou le fait de ne pas avoir entendu l'intéressé.

3. C'est ce que nous vous proposons maintenant de faire, d'abord à travers l'examen des **trois moyens de légalité externe de la requête**, que nous étudierons au regard de l'ordre chronologique de la procédure critiquée.

3.1. Vous écarterez en premier lieu l'argumentation du requérant tirée de ce que la procédure disciplinaire suivie méconnaîtrait les **stipulations de l'article 6§1 de la CESDH** en portant une atteinte irrémédiable aux droits de la défense, car vous savez, que, hormis lorsqu'elles sont prononcées par des juridictions (CE 23 février 2000, *L'Hermite*, n° 192480, A), ces stipulations ne sont pas applicables, dans leur volet pénal, aux poursuites disciplinaires contre des agents publics (Assemblée 6 juin 2014, *FCPE*, n° 351582, p. 157, ccl. R. Keller)⁴ et *a fortiori* encore moins contre des militaires (cf. Assemblée 11 juillet 2001, *Ministre de la défense c. P...*, n° 219312, p. 345, revu et corrigé après CEDH 19 avril 2007, *V... Eskelinen et autres c/Finlande*, n° 63235/00 et CE 12 décembre 2007, *SI...*, n° 293301, T. p. 853-928).

3.2. Le deuxième moyen est tiré de ce que **l'enquête administrative qui a précédé la procédure disciplinaire est irrégulière**, faute d'avoir respecté le principe du contradictoire.

3.2.1. Une première branche du moyen reproche à l'officier chargé de « l'enquête de commandement » de ne pas avoir entendu le Lcl S... dans le cadre de cette enquête.

Vous n'avez toutefois jamais étendu le principe du contradictoire au déroulement de l'enquête administrative elle-même, qui n'est d'ailleurs pas prévue par le code de la défense.

Vous veillez en revanche, lorsqu'une enquête administrative a été diligentée sur le comportement d'un agent public, à ce que le rapport établi à l'issue de cette enquête ainsi, le cas échéant, que les procès-verbaux d'audition⁵ lui soient communiqués (CE 5 février 2020, *DE...*, n° 433130, A) et à ce qu'en retour, il puisse faire valoir ses observations (CE 23 novembre 2016, *R...*, n° 397733, T. p. 643).

Au vu de ces garanties, la circonstance que l'auteur du rapport d'enquête n'ait pas

⁴ Voir aussi CEDH 13 septembre 2007, *M... c. France*, n° 27521/04 ; 2 juillet 2009, *Iordanov et autres c. Bulgarie*, n° 23530/02 ; 14 janv. 2010, *VA... c. Croatie*, n° 29889/04

⁵ sauf si la communication de ces procès-verbaux est de nature à porter gravement préjudice aux personnes qui ont témoigné

reçu le requérant ne nous paraît pas constitutive, en soi, d'un vice de procédure.

En l'espèce, il ressort des pièces du dossier que, si le colonel S... n'a pas été entendu durant l'enquête administrative qui a été ouverte le 4 décembre 2018 et dont les conclusions ont été remises le 15 janvier 2019, celui-ci a pu rédiger le 17 décembre 2018 une déposition écrite qui y a été versée. Il n'est pas contesté non plus que l'intéressé a été reçu par l'autorité hiérarchique le 23 janvier 2019 afin de lui faire connaître les principales conclusions du rapport, dont il a ensuite eu communication en même temps que le reste de son dossier disciplinaire.

Dans ces conditions, et dès lors qu'il n'apparaît pas, contrairement à ce qui est soutenu, que l'enquête aurait été menée de manière partielle, aucune irrégularité ne nous paraît entacher la procédure suivie de ce fait.

3.2.2. La seconde branche du moyen argue que M. S... n'a pas eu communication de son dossier disciplinaire lorsqu'il a été reçu par l'autorité militaire de premier niveau, en méconnaissance des dispositions de l'article R. 4137-15 du code de la défense, qui prévoient que : *« Avant qu'une sanction ne lui soit infligée, le militaire a le droit de s'expliquer oralement ou par écrit, seul ou accompagné d'un militaire en activité de son choix sur les faits qui lui sont reprochés devant l'autorité militaire de premier niveau dont il relève. Au préalable, un délai de réflexion, qui ne peut être inférieur à un jour franc, lui est laissé pour organiser sa défense. / (...) Avant d'être reçu par l'autorité militaire de premier niveau dont il relève, le militaire a connaissance de l'ensemble des pièces et documents au vu desquels il est envisagé de le sanctionner. »*

Mais, comme nous venons de vous le dire, l'entretien du 23 janvier 2019 était une « convocation au rapport hiérarchique » pour évoquer les conclusions de l'enquête de commandement, préalable à l'engagement des poursuites disciplinaires, lesquelles n'ont été engagées par la demande de sanction que le 27 mars suivant.

Or, dans ce cadre, le dossier disciplinaire a été envoyé par courrier le 29 mars au requérant, qui a fait part de ses observations écrites le 15 avril, sans demander d'entretien. La sanction a ensuite été prononcée le 2 mai suivant, sachant que M. S... était en tout état de cause en arrêt de travail à cette période.

Nous ne voyons donc ici aucune méconnaissance des prescriptions de l'article R. 4137-15 du code de la défense.

3.3. Le dernier moyen de légalité externe est plus délicat : il concerne cette fois l'étape postérieure à la décision initiale de sanction puisque le requérant soutient que la

procédure a été viciée du fait de l'absence d'entretien avec l'autorité militaire de premier niveau avant la transmission de son recours hiérarchique au chef d'état-major de l'armée de terre, en méconnaissance des dispositions du second alinéa de l'article R. 4137-135 du code de la défense, aux termes duquel : « *L'autorité militaire de premier niveau entend l'intéressé, qui peut se faire assister exclusivement par un militaire en activité de son choix. Si cette autorité maintient la sanction prise ou si la décision contestée excède son pouvoir disciplinaire, elle adresse directement, dans un délai de huit jours francs à partir de la date de l'inscription du recours au registre des recours, le dossier au chef d'état-major de l'armée d'appartenance de l'intéressé (...)* ».

Pour les raisons que nous vous avons exposées en amont, nous pensons qu'un tel moyen, qui concerne l'une des étapes antérieures à la décision finale attaquée, est opérant dans le cadre du présent recours.

Le ministère ne conteste pas l'absence d'entretien, mais fait valoir, d'une part, que le requérant était en congé maladie lorsqu'il a présenté son recours et ne pouvait donc pas être entendu et, d'autre part, que l'intéressé n'a en tout état de cause été privé d'aucune garantie au sens de la jurisprudence *Danthy*⁶ dès lors qu'il a pu faire valoir ses observations dans son recours écrit.

Nous pensons que ces objections sont fondées. D'une part, il aurait été irrégulier de convoquer l'intéressé dans la situation de santé qui était la sienne. On n'est donc pas loin de la formalité impossible. D'autre part, il ressort effectivement des pièces du dossier que le Lcl S... a consigné par écrit l'ensemble de ses observations dans son recours hiérarchique, auquel il avait joint plusieurs annexes, qui comportent notamment de nombreux témoignages en sa faveur. Dans ces conditions particulières, l'irrégularité dont est entachée la procédure disciplinaire n'a donc privé M. S... d'aucune garantie et n'a exercé aucune influence sur le sens de la décision en litige.

Vous pourrez donc écarter le moyen.

4. La requête soulève, dans un second temps, trois moyens critiquant la légalité interne de la sanction infligée.

4.1. Un premier moyen conteste la matérialité des faits reprochés, qui consistent en divers agissements malveillants et répétés à l'égard de deux stagiaires de sexe féminin : propos sexistes et intimidants (menaces de poursuites), remarques vexatoires (interruptions et

⁶ Qui est opérante en matière disciplinaire (CE 24 juillet 2019, *F...*, n° 416818, B), y compris pour les militaires (CE 22 février 2012, *SA...*, n° 343052, B)

critiques en public, surnoms ridicules), attitude inappropriée (comportement consistant à épier les victimes, consignes visant à retenir les intéressées au-delà des horaires prévus, à leur faire faire autre chose que ce que prévoyait leur convention de stage ou à les forcer à utiliser leur véhicule personnel).

Nous constatons que ces faits ont fait l'objet de témoignages précis et concordants, recueillis dans le cadre de l'enquête et que, si le requérant les conteste, c'est plutôt à travers la production d'autres témoignages de proches ou de subordonnés portant sur ses qualités personnelles que par le biais d'éléments factuels qui seraient susceptibles de contredire les allégations des stagiaires telles qu'elles sont confirmées par les nombreux témoignages.

A la lecture du dossier, nous pensons donc que, quelles que puissent être par ailleurs les qualités militaires ou culturelles de l'intéressé, les faits sont avérés.

4.2. Nous n'avons pas plus de doutes à estimer que ces faits, qui ont été commis au contact de jeunes femmes issues du civil et placées dans la position nécessairement précaire de stagiaires, sont passibles d'une sanction en ce qu'ils méconnaissent en particulier les obligations de dignité et d'intégrité instituées par l'article L. 4122-3 du code de la défense.

Vous écarterez donc le moyen d'erreur de qualification juridique à avoir estimé que les faits étaient constitutifs d'une faute de nature à justifier une sanction (Assemblée 13 novembre 2013, *D...*, n° 347704, A ; CE 25 janvier 2016, *PA...*, n° 391178, B).

4.3. Ceci nous conduit à examiner le dernier moyen, tiré de ce que la sanction infligée serait disproportionnée au regard des faits en cause.

En l'occurrence, ni la sanction de 15 jours d'arrêts ni, *a fortiori*, celle de 10 jours, qui est la seule dont vous avez désormais à connaître et qui ressortit des sanctions du premier groupe au sens de l'article L. 4137-32 du code de la défense, ne nous paraît, en l'espèce et eu égard au grade et aux responsabilités de M. S..., « hors de proportion » avec les faits reprochés au sens de votre jurisprudence.

Vous écarterez donc le dernier moyen.

Par ces motifs, nous concluons :

- à ce qu'il n'y a pas lieu à statuer sur les conclusions dirigées contre les décisions des 2 mai et 23 août 2019 ;

- au rejet du surplus des conclusions des deux requêtes.