

Chronique de jurisprudence du Tribunal des conflits et du Conseil d'État : le contentieux du monde judiciaire ^{295d5}



Par
Sophie ROUSSEL
Maître des requêtes au
Conseil d'État

L'essentiel

Tous les trois mois, cette chronique revient sur l'actualité du contentieux du monde judiciaire. Une sélection de décisions commentées du Tribunal des conflits et du Conseil d'État fait le point de la jurisprudence en matière de droits fondamentaux et libertés publiques, d'administration judiciaire et de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. Ce mois-ci, sont commentées deux décisions. La première est relative au caractère communicable des rapports particuliers que les procureurs généraux adressent au ministre de la Justice. La seconde précise les garanties entourant le prononcé d'un avertissement à un magistrat sur le fondement de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

PLAN

I. DROITS FONDAMENTAUX ET LIBERTÉS PUBLIQUES	p. 22
II. ADMINISTRATION JUDICIAIRE	p. 24
III. RÉPARTITION DES COMPÉTENCES	(néant)

I. DROITS FONDAMENTAUX ET LIBERTÉS PUBLIQUES

Les rapports particuliers que les procureurs généraux adressent au ministre de la Justice ne sont pas des documents administratifs communicables ^{299e3}

L'essentiel Le Conseil d'État rappelle que les documents, quelle que soit leur nature, qui se rattachent à la fonction juridictionnelle n'ont pas le caractère de documents administratifs et en déduit que les rapports particuliers que les procureurs généraux adressent au ministre de la Justice ne sont pas des documents administratifs communicables.

CE, 10-9, 31 mars 2017, n° 408348, Ministère de la justice c/ M. S., Lebon T., M. Hoyneck, rapp., M^{me} Bretonneau, rapp. publ. ; SCP Piwnica, Molinié, av.

Note

Le Conseil d'État a eu l'occasion, à travers plusieurs décisions récentes, de préciser le périmètre et le régime des documents juridictionnels au regard de la loi du 17 juillet 1978 (L. n° 78-753, 17 juill. 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal) dans son volet communication des documents administratifs.

Il convient, tout d'abord, de distinguer selon que la demande de communication de documents juridictionnels a été ou non présentée dans le cadre du régime CADA (CADA pour commission d'accès aux documents administratifs).

La décision du 28 novembre 2016 (CE, 28 nov. 2016, n° 390776, M. A. c/ Ministre de la justice, Lebon T., p. 682, 692, 766 et 768) précise ainsi que : « Lorsque le litige est relatif à un refus opposé à une demande de communication d'un document présentée sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978, dont les dispositions sont aujourd'hui reprises au Code des relations entre le public et l'administration, le juge administratif est seul compétent pour apprécier si, en raison de la nature du document dont la communication est demandée, cette demande relève ou non du champ d'application de la loi, et, si tel n'est pas le cas, pour rejeter la requête dont il est saisi pour ce motif ». En d'autres termes, si le litige se noue à partir du guichet CADA, c'est au juge administratif qu'il appartient de le dénouer, dans tous les cas, y compris lorsque le document sollicité n'est pas communicable parce qu'il n'est pas administratif au sens de la loi CADA. Mais ainsi que le précise cette même décision : « Ces règles ne sont pas applicables lorsque la demande n'a pas été formulée sur le fondement des dispositions de cette loi ». Il s'ensuit que le juge administratif doit, dans une telle hypothèse, décliner sa compétence dès lors qu'il estime que le document litigieux, d'une part, est de nature juridictionnelle et, d'autre part, concerne directement ou indirectement la juridiction judiciaire. Dans cette affaire, la demande de communication, qui n'avait pas été présentée sur le fondement de la loi de 1978, portait sur les minutes de

la chambre d'instruction d'une cour d'appel. Le Conseil d'État en a déduit que le litige relevait de la juridiction judiciaire.

La décision ici rapportée relève de l'autre branche de l'alternative. C'est bien en se prévalant du 1^{er} alinéa de l'article L. 300-2 du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) aux termes duquel : « Sont considérés comme documents administratifs, au sens des titres I^{er}, III et IV du présent livre, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'État, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions et décisions » que le requérant avait sollicité auprès du ministre de la Justice la communication des rapports particuliers le concernant, adressés par le procureur de la République de Marseille au procureur général près la cour d'appel d'Aix-en-Provence ainsi que des rapports que ce dernier lui avait adressés. Saisie à la suite du refus opposé par le garde des Sceaux à cette demande, la commission d'accès aux documents administratifs a considéré que ces deux catégories de documents revêtaient un caractère juridictionnel. Saisi à son tour, le tribunal administratif de Paris a rejeté les conclusions dirigées contre le refus de communiquer les rapports particuliers adressés par le procureur de la République de Marseille au procureur général près la cour d'appel d'Aix-en-Provence mais, se séparant sur ce point de la CADA, a ordonné, avant dire droit, la production par le garde des Sceaux au tribunal administratif de Paris, sans que communication de ces documents ne soit donnée au requérant, des rapports particuliers qui lui ont été adressés par le procureur général près la cour d'appel d'Aix-en-Provence. Par ce jugement du 26 janvier 2017, le tribunal administratif a procédé à ce qu'il est convenu d'appeler une « mesure Huberschwiller » afin de vérifier, au vu du document litigieux, s'il comportait ou non des mentions dont la communication serait susceptible de porter atteinte à une procédure juridictionnelle (CE, sect., 23 déc. 1988, n° 95310, Banque de France c/ Huberschwiller, Lebon, p. 688).

La distinction opérée par le tribunal administratif est loin d'être sans enjeu ainsi que l'explique Aurélie Bretonneau, rapporteur public, dans ses conclusions sur cette affaire : « Si un document est juridictionnel, il échappe de façon pérenne à l'obligation de communication dont les dispositions du CRPA issues de la loi du 17 juillet 1978 font relever les seuls documents administratifs. Si ce document est administratif, mais que sa communication porte atteinte au déroulement d'une procédure, alors il n'est frappé que d'une incommunicabilité temporaire, qui tombe une fois la procédure close ».

Cette distinction n'a pas satisfait le ministre de la Justice qui s'est pourvu en cassation, sans attendre le jugement au fond du tribunal, contre le jugement du 26 janvier 2017 en tant qu'il lui faisait grief, c'est-à-dire en tant seulement qu'il ordonne avant dire droit la production des rapports en cause.

Par la décision commentée du 31 mars 2017, le Conseil d'État a fait droit au pourvoi du ministre.

Cette décision débute par une définition de portée générale selon laquelle : « Les documents, quelle que soit leur nature, qui se rattachent à la fonction juridictionnelle n'ont pas le caractère de documents administratifs pour l'application du droit de communication des documents mentionnés à l'article L. 300-2 ». Y est clairement rappelé l'état de la jurisprudence quant au périmètre de la notion de document administratif relevant du champ d'application de l'article L. 300-2 du CRPA à savoir l'absence de critère organique au profit d'un seul critère matériel. Restait à l'appliquer au cas d'espèce. S'agissant des documents non administratifs parce que juridictionnels, les conclusions identifiaient trois cercles : les documents juridictionnels stricto sensu (jugements, arrêts, ordonnances), les documents de travail interne aux juridictions et enfin, les documents indissociables d'une procédure juridictionnelle. Les rapports litigieux n'étaient susceptibles de relever que de ce dernier cercle. Mais autant l'hypothèse de documents élaborés par une autorité administrative en vue d'une procédure judiciaire avait déjà été tranchée dans le sens d'une exclusion du champ d'application de la loi CADA, autant celle de l'espèce, symétrique, d'un document émanant d'une autorité judiciaire pour transmission à une autorité administrative était inédite.

Pour juger le point et qualifier les documents litigieux, le Conseil d'État recherche, conformément à la définition générale qu'il vient de donner, s'ils se rattachent ou non à la fonction juridictionnelle. Pour ce faire, la décision commence par citer l'article 35 du Code de procédure pénale qui prévoit l'existence de « rapports particuliers » : « Outre les rapports particuliers qu'il établit soit d'initiative, soit sur demande du ministre de la Justice, le procureur général adresse à ce dernier un rapport annuel de politique pénale sur l'application de la loi et des instructions générales ainsi qu'un rapport annuel sur l'activité et la gestion des parquets de son ressort (...) ». Mais, en l'absence de contenu défini par la loi, c'est au juge qu'il revient d'en déterminer la fonction ce à quoi s'emploie ensuite la décision qui précise que : « Les rapports particuliers mentionnés à cet article ont pour objet l'information du ministre de la Justice par les procureurs généraux au sujet des procédures les plus significatives en cours dans le ressort de leur cour d'appel. Les procureurs généraux y précisent s'ils partagent l'analyse et les orientations du procureur de la République et prennent position sur la conduite des dossiers en indiquant, le cas échéant, les instructions, générales ou individuelles, qu'ils ont été amenés à adresser sur le fondement des articles 35 et 36 du Code de procédure pénale ». Les considérations de droit se mêlent ici à des considérations de science administrative, ce qui est le propre du juge administratif.

La dernière étape du raisonnement consiste à déterminer si le destinataire du document doit ou non être pris en compte dans l'opération de qualification juridique. La réponse est négative et a raison de l'être : le critère organique est inopérant, qu'il s'agisse du producteur comme du destinataire du document : « Dans ces conditions, ces rapports ne revêtent pas, alors même qu'ils ont pour vocation d'être transmis au ministre de la Justice, le caractère de documents administratifs pour l'application du droit de communication des documents mentionnés à l'article

L. 300-2 précité ». Il faut relever que le Conseil d'État n'a pas tardé à faire une nouvelle application de cette façon de procéder qui neutralise absolument la chaîne de transmission d'un document pour s'attacher uniquement à la question de son adhérence avec une procédure juridictionnelle. Dans la décision du 19 juin 2017 dernier (CE, 19 juin 2017, n° 396089, M. et M^{me} B., Lebon T.), il est ainsi jugé que des éléments d'information obtenus par perquisition ordonnée par le procureur de la République sur commission rogatoire internationale dans le cadre d'une enquête judiciaire, puis transmis par l'autorité judiciaire à l'administration fiscale sur le fondement de l'article L. 101 du Livre des procédures fiscales constituent des pièces d'une procédure juridictionnelle et n'ont dès lors pas le caractère de documents administratifs au sens et pour l'application de la loi du 17 juillet 1978.

Au terme de son raisonnement, le Conseil d'État censure l'erreur de droit à avoir ordonné avant dire droit la

communication de documents juridictionnels à la seule juridiction afin qu'elle détermine si une telle communication au requérant porterait atteinte au secret de l'instruction protégé par l'article 11 du Code pénal et aux secrets visés par l'article L. 311-5 du Code des relations entre le public et l'administration. Il annule le jugement avant dire droit et, compte tenu de ce que le motif de sa censure emporte nécessairement le rejet de la demande au fond, décide de régler l'affaire au fond, en lieu et place du premier juge, pour des motifs tenant à une bonne administration de la justice. Il aurait en effet été sans intérêt de ne pas immédiatement clore le litige en déduisant de ce que les documents dont la communication restait en litige n'ont pas le caractère de documents administratifs que la demande tendant à l'annulation du refus de les communiquer ainsi qu'à l'injonction de le faire ne pouvait qu'être rejetée.

II. ADMINISTRATION JUDICIAIRE

L'avertissement prononcé à l'encontre d'un magistrat : une coloration disciplinaire de plus en plus visible ^{299e4}

L'essentiel Le Conseil d'État juge qu'un avertissement ne peut être prononcé à l'encontre d'un magistrat sans qu'aient été respectés les droits de la défense et ni à raison de faits qui ont déjà fait l'objet d'une procédure ayant abouti à la décision de ne pas prononcer d'avertissement.

CE, 6-1, 21 juin 2017, n° 398830, M^{me} I., Lebon T., M^{me} Le Corre, rapp., M. Dutheillet de la Mothe, rapp. publ.

Note

A lors que, pour la plupart des Agents publics, l'avertissement ou le blâme constitue la première sanction du premier grade, c'est-à-dire la sanction disciplinaire la moins sévère, l'article 44 de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958 portant statut de la magistrature place l'avertissement « en dehors de toute action disciplinaire ». Il est vrai que les autorités autorisées à le prononcer – dans la dernière rédaction de l'article 44, issue de la loi organique du 8 août 2016 (L. n° 2016-1090, 8 août 2016, relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature), « l'inspecteur général, chef de l'inspection générale de la justice, les premiers présidents, les procureurs généraux et les directeurs ou chefs de service à l'administration centrale » – ne sont pas les mêmes que celles investies du pouvoir disciplinaire. En vertu de l'article 48 de la même ordonnance, le pouvoir disciplinaire est en effet exercé à l'égard des magistrats du siège par le Conseil supérieur de la magistrature et à l'égard des magistrats du parquet par le garde des Sceaux, ministre de la Justice. Cette différence est à vrai dire l'une des dernières à distinguer l'avertissement de la sanction disciplinaire. Pour le reste, la jurisprudence du Conseil d'État, conjuguée à l'intervention du législateur, n'a cessé de les rapprocher.

La décision du 21 juin dernier commentée constitue la dernière illustration de ce rapprochement. Synthétisant la jurisprudence, le Conseil d'État rappelle « qu'un avertissement, s'il ne constitue pas une sanction disciplinaire au sens de l'article 45 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, est une mesure prise en considération de la personne et est mentionné au dossier du magistrat dont il ne peut être effacé automatiquement que si aucun nouvel avertissement ou aucune sanction disciplinaire n'est intervenue pendant les trois années suivantes ». La portée de l'avertissement ainsi précisée, le Conseil d'État en tire deux conséquences, conformément à la proposition de son rapporteur public Louis Dutheillet de La Mothe. D'une part, l'avertissement doit « respecter les droits de la défense, qui imposent aux autorités mentionnées à l'article 44 de la même ordonnance d'aviser, dans un délai raisonnable, l'agent concerné de la mesure qu'elle s'apprête à prendre et de lui communiquer, s'il le demande, son dossier ». D'autre part, « les autorités compétentes ne peuvent légalement prononcer à l'encontre d'un magistrat un avertissement à raison des faits qui ont déjà fait l'objet d'une procédure menée sur le fondement de l'article 44 de l'ordonnance et ayant abouti à la décision de ne pas prononcer une telle mesure ». Ce faisant, le Conseil d'État s'inspire une nouvelle fois des principes qui régissent le droit répressif, en l'espèce du principe non bis in idem, pour traiter le cas d'une procédure que le législateur organique a pourtant expressément placé hors du champ disciplinaire et dont la décision commentée souligne qu'elle « ne constitue pas une sanction disciplinaire ».

Si l'avertissement a été mis à l'origine entre les mains des chefs de cours, c'est bien parce qu'il n'a pas été conçu comme une sanction mais, selon la formule d'Emmanuel Guillaume dans ses conclusions sur la décision de section du 17 février 1989 (CE, sect., 17 févr. 1989,

n° 77234, G., Lebon, p. 59], comme un « pouvoir administratif de remontrance ». Ainsi que l'indiquait le rapporteur public Louis Dutheillet de la Lamothe dans ses conclusions, l'avertissement a été à l'origine conçu pour n'avoir d'autres effets que celui, pour reprendre les termes de l'article 49 de la loi du 20 avril 1810, « d'avertir tout juge qui compromettrait la dignité de son caractère ». Il ne se substitue pas à la procédure disciplinaire ni n'en constitue la première étape : sa finalité est au contraire de permettre au chef de juridiction, de façon souple et peu formelle, de mettre en garde le magistrat afin d'éviter que les comportements relevés ne se reproduisent et que soit enclenchée une procédure disciplinaire. Jusqu'en 1992 d'ailleurs, l'avertissement ne figurait pas au dossier du magistrat ; la circulaire du garde des Sceaux du 12 décembre 1821, citée par le rapporteur public, qualifiait d'ailleurs cette mesure « d'acte secret ».

Pourtant, le Conseil d'État a très souvent raisonné en matière d'avertissement comme en matière de sanction. D'une part, le point de départ d'un avertissement est nécessairement un manquement du magistrat à l'article 43 de l'ordonnance organique, c'est-à-dire « à son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité ». D'autre part, le prononcé d'un avertissement n'est en pratique pas dépourvu d'effet sur la notation ou l'avancement du magistrat, y compris lorsqu'il n'était pas mentionné au dossier. C'est la raison pour laquelle, après avoir admis qu'une telle mesure constituait un acte faisant grief susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (CE, sect., 1^{er} déc. 1972, n° 80185, Dlle O., Lebon, p. 771), le Conseil d'État a estimé qu'un avertissement était dans le champ d'une loi d'amnistie concernant des faits « passibles de sanctions disciplinaires et professionnelles » (CE, as., 16 janv. 1976, n°s 92731 et 92732, M. D., Lebon, p. 44). Poursuivant dans cette logique, il a ensuite jugé qu'une telle mesure, prise en considération de la personne, ne pouvait être décidée sans que l'intéressé ait reçu la communication de son dossier (CE, 24 juill. 1987, n° 53676, M^{me} V.-P., Lebon, p. 270). Le respect des droits de la défense impose en effet à l'autorité compétente d'aviser, dans un délai raisonnable, l'agent concerné de la mesure qu'elle s'apprête à prendre et à lui communiquer, à sa demande, son dossier (CE, 6 avr. 2001, n° 218264, F., Lebon T., p. 1033). L'avertissement a même été assimilé à un litige concernant la discipline au sens du 3° de l'article R. 311-1 du Code de justice administrative pour admettre la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'État (CE, 13 juill. 2012, n° 342633, J., Lebon T., p. 624 et 829). Le Conseil d'État a toutefois jugé que l'assistance d'un avocat n'est pas au nombre des garanties dont le respect s'impose avant l'intervention d'un avertissement, dès lors que cette mesure ne constitue pas une sanction disciplinaire (CE, 7 avr. 2006, n° 257624, M^{me} R., Lebon T., p. 931). En outre, il a été admis que des faits ayant donné lieu à un avertissement puissent faire l'objet d'une sanction (CE, sect., 17 févr. 1989, n° 77234, G., préc. ; décision du même jour, CE, 17 févr. 1989, n° 77235, M. F., D).

Ces garanties jurisprudentielles ont été formalisées et étendues par la loi organique du 8 août 2016 : entretien préalable, communication du dossier, droit à l'assistance de la personne de son choix, encadrement du délai à l'autorité compétente pour prononcer un avertissement après avoir eu connaissance des faits, articulation avec d'éventuelles poursuites pénales et disciplinaires.

S'ajoute désormais à ce corpus de garanties l'interdiction de prononcer à l'encontre d'un magistrat un avertissement à raison des faits qui ont déjà fait l'objet d'une procédure menée sur le fondement de l'article 44 de l'ordonnance et ayant abouti à la décision de ne pas prononcer une telle mesure, formellement consacrée par la décision du 21 juin dernier mais déjà appliquée par une décision récente demeurée inédite (CE, 28 avr. 2017, n° 390598, M^{me} M. P.). Inspirée du principe non bis in idem qui régit le droit des sanctions disciplinaires (v. nota. la décision CE, 30 déc. 2016, n° 395681, Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires, Lebon, p. 578), cette solution est en cohérence avec la logique sous-tendant la jurisprudence et les textes mais renforce l'ambiguïté de l'avertissement, mesure disciplinaire qui n'a pas le caractère d'une sanction et qui se distingue des observations « qu'il est loisible à tout supérieur hiérarchique d'adresser aux personnes placées sous son autorité » (CE, 16 janv. 2006, n° 272313, M^{me} B., Lebon, p. 23), hors du contrôle du juge.

Au final, sous l'effet de l'intervention conjuguée du législateur et du juge, la coloration disciplinaire de l'avertissement pris sur le fondement de l'article 44 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 est de plus en plus visible. Paradoxalement, cette coloration n'est pas donnée par un élargissement des agissements susceptibles d'être saisis dans le cadre d'une procédure d'avertissement, inchangés depuis 1810, ni par une modification des autorités habilitées à le prononcer, mais par les garanties, de plus en plus nombreuses, qui protègent le magistrat objet de la procédure. Or ce ne sont pas les garanties procédurales qui font la sanction mais bien son objet et sa finalité ; le formalisme de la procédure n'est que le corollaire indispensable de cet objet et de cette finalité. Et sur ces deux points, l'avertissement n'a guère évolué depuis 1810.

Dans ces conditions, nous ne partageons pas l'avis exprimé par le rapporteur public dans ses conclusions selon lequel « figer un peu plus la figure de l'avertissement dans les traits de la discipline (...) pourrait un jour se trouver en délicatesse avec l'article 65 de la Constitution ». Lorsque le législateur organique a introduit en 1992 (L. n° 92-189, 25 févr. 1992, modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature) la mention de la mesure au dossier du magistrat avec effacement automatique de cette mention au bout de 3 ans si aucun nouvel avertissement ou aucune sanction disciplinaire n'est intervenu, le Conseil constitutionnel a estimé, après avoir relevé que l'intéressé est mis à même de présenter sa défense et que la mesure est susceptible d'être contestée devant le juge de l'excès de pouvoir, qu'aucune disposition constitutionnelle n'était méconnue (Cons. const., 21 févr. 1992, n° 92-305 DC, § 89 à 91). En l'absence de changement de circonstance de fait ou de droit depuis cette décision, le Conseil d'État a refusé à plusieurs reprises de transmettre une QPC relative à la conformité à la Constitution de l'article 44 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 (CE, 19 sept. 2014, n° 382144, M. M., D ; CE, 13 févr. 2015, n° 377975, M. F., D), à raison puisque le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution l'article 31 de la loi organique du 8 août 2016 (Cons. const., 28 juill. 2016, n° 2016-732 DC, § 66 et 70) modifiant l'article 44 de l'ordonnance de 1958.