

N° 397724

Mme B...

6^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 8 mars 2017

Lecture du 29 mars 2017

CONCLUSIONS

M. Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, rapporteur public

Mme B... est entrée dans la magistrature par la voie d'un concours ouvert à titre exceptionnel en 1998, pour le recrutement de magistrats du second grade de la hiérarchie judiciaire appelés à exercer directement les fonctions de conseiller de cour d'appel (art 2 de la loi organique n° 98-105 du 24 février 1998). Elle exerce depuis le 1^{er} juillet 1999 les fonctions de conseiller à la cour d'appel de Montpellier et est, depuis 2009, inscrite au tableau d'avancement pour accéder au premier grade. Depuis l'intervention du décret n° 2001-1380 du 31 décembre 2001, les fonctions qu'elle occupe sont réservées à des magistrats du 1^{er} grade, mais ce décret a prévu que les magistrats du 2nd grade les exerçant à son entrée en vigueur ne seraient pas reclassés dans le 1^{er} grade et resteraient dans un « second grade provisoire » tant qu'ils ne seraient pas promus au 1^{er} grade.

Mme B... est donc dans une situation atypique, mais régulière, et souhaite obtenir sa promotion au premier grade tout en conservant ses fonctions actuelles à la cour de Montpellier.

La distinction du grade et de l'emploi implique qu'en principe une promotion de grade et une nomination dans un nouvel emploi sont deux décisions distinctes. Toutefois, on ne peut faire l'objet d'une promotion de grade si l'on peut être affecté à un emploi dont les fonctions correspondent à celles qu'ont vocation à exercer les titulaires de ce grade. Or, dans la magistrature, outre les emplois hors hiérarchie, les emplois sont strictement répartis entre les deux grades : la promotion de grade se traduit donc en principe par la nomination simultanée dans un nouvel emploi. Cette promotion et cette nomination interviennent toute deux par décret et relèvent donc toujours de votre compétence en premier et dernier ressort, qui s'étend à tous les décrets (1° de l'art. R. 311-1 du code justice administrative).

La demande de Mme B... se situe dans un cadre plus original : l'emploi qu'elle occupe est déjà un emploi du 1^{er} grade. Elle souhaite donc que sa promotion de grade soit prononcée sans qu'elle change d'emploi. Rien ne s'y oppose dans le statut organique. Il existe d'ailleurs des cas de telles décisions de promotion sans nomination dans un nouvel emploi pour les magistrats en détachement. Mme B... a donc demandé le 10 novembre 2015 au garde des

sceaux de prononcer cette promotion et son silence a fait naître une décision implicite de refus qu'elle attaque.

Cette affaire pose d'abord une intéressante question de compétence au sein de la juridiction administrative. Elle pourrait être pour vous l'occasion d'apporter de nouvelles précisions sur l'application de l'article R. 311-1 du code de justice administrative aux litiges de carrière des magistrats. Depuis l'intervention du décret n° 2010-164 du 1^{er} avril 2010, vous n'êtes plus compétent, comme auparavant, pour juger tous les litiges individuels de certains agents publics nommés par le Président de la République ; vous ne connaissez désormais que des litiges relatifs à leur recrutement et à la discipline. Le recrutement s'entend de l'entrée dans le corps : ni la nomination à un emploi (CE, 21 mai 2014, *Union des inspecteurs principaux*, n° 372995, inédit) ni le détachement dans un corps (CE, 22 février 2017, *M. B...*, n° 400510, inédit) ne constituent un « recrutement ». Notre litige est un pur litige de carrière, un refus de promotion de grade : il n'est relatif ni au recrutement, ni à la discipline.

S'agissant du contentieux des magistrats, votre compétence se trouve cependant étendue par l'effet du 1^o de l'article R. 311-1, qui vous attribue compétence pour connaître de tous les actes pris par décret, réglementaire ou non. Vous connaissez donc directement des recours contre les actes relatifs à la carrière des magistrats qui sont prononcés par décret. C'est ainsi que vous connaissez des recours des tiers contre toutes les nominations ou promotions de grade de magistrats, qui sont prononcées par décret. Mais en revanche, vous êtes en principe incompétents pour connaître du refus de prendre un tel décret individuel : une telle décision relève des tribunaux administratifs, ainsi que vous l'avez jugé peu après leur création (CE, 1^{er} oct. 1958, *Sieur Noguès*, n° 41220, Rec. p. 462 ; 27 fevr. 1959, *Sieur Godchot*, Rec. p. 142). Cette jurisprudence a le curieux effet de faire varier le juge compétent selon que l'administration prend un acte ou le refuse, mais vous l'avez constamment réaffirmée depuis près de 60 ans ; elle vaut en principe pour tous les contentieux et vous l'avez rejugé pour les refus de naturalisation (CE, 9 octobre 1985, *C...*, n° 56871, T.), de changement de nom (CE, 2 octobre 1996, *M. P...*, n° 174195, Rec.) ou encore d'acceptation des dons et legs (CE, 15 décembre 2000, *Association Emile Reilles*, n° 222052, T.).

Ainsi, en principe, les conclusions de Mme B... tendant à l'annulation d'un refus de proposer au Président de la République sa promotion au 1^{er} grade relèvent du tribunal administratif.

Cependant, votre jurisprudence s'est engagée dans la voie d'une application spécifique du 3^o de l'article R. 311-1 pour les contentieux de magistrats. Pour un juge de proximité, vous avez, par une décision *M. T...* du 2 décembre 2015 (n° 376532, inédite), admis votre compétence pour connaître d'un refus de nomination intervenu après un avis défavorable du Conseil supérieur de la magistrature (CSM), c'est-à-dire du refus de prendre le décret de nomination Par une précédente décision *M. V...* du 29 octobre 2013 (CE, *M. V...*, n° 346569, T), vous aviez également admis de connaître directement de l'avis du CSM défavorable à la nomination d'un magistrat du siège, position confirmée par votre décision d'assemblée *M. U...* (CE, Assemblée, 8 juin 2016, n° 382736, 386701, Rec.). Vous avez transposé ces efforts aux magistrats du parquet en connaissant également vous-même d'un refus de nomination (CE, 1^{er} octobre 2015, *M. L...*, n° 379622, inédite). Aucune de ces décisions n'est motivée sur

ce point, non contesté, ni mentionnée aux tables du recueil Lebon sur ces questions de compétence.

Faut-il étendre ces jurisprudences à la contestation d'un refus de promotion de grade, sans nomination dans un emploi ? Il y a deux façons de lire ces jurisprudences spécifiques : soit on estime qu'en matière de magistrat, par dérogation, tout refus de prendre un décret est assimilé à un décret du point de vue de la compétence, et notre litige ressortit alors au Conseil d'Etat. Mais nous ne voyons pas ce qui justifierait pour la magistrature une dérogation à une jurisprudence établie, ancienne et générale. Il nous semble plutôt que votre compétence peut trouver sa justification dans l'idée que la nomination à un emploi de magistrat présente des caractéristiques particulières, notamment liées aux garanties constitutionnelles qui l'entourent, qui vous l'ont fait assimiler à un recrutement pour l'application du 3° du R. 311-1, afin qu'un seul et même juge connaisse de toutes les nominations des juges judiciaires en France.

Mais le litige de Mme B... n'implique aucun changement d'affectation, aucune nomination. Or il n'y a pas de bloc de compétence du Conseil d'Etat pour le contentieux des magistrats. D'une part, les tribunaux et cours administratifs connaissent depuis 2010 de litiges sur les évaluations, les primes, les refus de promotions fonctionnelles (CE, 28 novembre 2014, *Mme G...*, n° 369610, T.), les congés, le reclassement des magistrats. On en trouve de nombreux exemples dans la jurisprudence. D'autre part, nous constatons que vous venez de cantonner votre jurisprudence dérogatoire aux seules nominations dans des emplois : votre récente décision *M. B...* (CE, 22 février 2017, *M. B...*, n° 400510, inédit) attribue au tribunal administratif un litige relatif à un détachement dans la magistrature. Seule la nomination consécutive dans un emploi relève de votre compétence. Un détachement est pourtant toujours lié à une nomination : le contentieux qui vous est soumis aujourd'hui en est totalement indépendant.

Enfin, nous vous invitons à renvoyer cette affaire au tribunal administratif parce que depuis 2010, ce sont de fait les tribunaux administratifs qui jugent les litiges de simples refus de promotion de grade, lorsqu'ils sont indépendants d'une nomination dans un emploi. Comme nous vous l'indiquions, la promotion est presque toujours concomitante à une nomination dans un nouvel emploi : ces litiges relatifs à la seule promotion de grade se forment donc en amont, lorsqu'un magistrat conteste le refus de l'inscrire au tableau d'avancement, qui est établi par la commission d'avancement instituée par l'article 34 du statut organique. Jusqu'à 2010, vous avez régulièrement connu de tel contentieux ; depuis l'intervention du décret, nous n'avons pas trouvé de décision du Conseil d'Etat statuant sur un recours contre le tableau d'avancement ou le renvoyant à un tribunal administratif. En revanche, de telles requêtes ont été spontanément adressées au tribunal administratif de Paris qui les a jugées. Sur les bases de données, nous avons ainsi identifié, pour les deux dernières années, deux décisions du tribunal administratif de Paris (TA paris, 17 juillet 2015, n° 1314455/5-2, 1402907/5-2 ; TA Paris, 8 décembre 2016, N°1516992/5-2) : dans les deux cas le requérant a attaqué ce tableau en tant qu'il n'y figure pas, c'est-à-dire le refus de l'y inscrire, le refus de permettre sa promotion. Notre litige est de même nature : c'est l'étape suivante du processus de promotion de grade.

En l'état du texte, nous vous invitons donc à juger que le litige relève du tribunal administratif, et à travers lui les autres litiges concernant uniquement l'avancement de grade,

c'est à dire, d'une part, les litiges de refus d'inscription au tableau d'avancement et, d'autre part, les refus de promotion de grade lorsque cette promotion est indépendante de la nomination dans un emploi, ce qui concerne surtout, outre le cas très particulier de l'espèce, les magistrats détachés. Mme B... a produit hier un mémoire où elle soutient que, pour suivre cette proposition, il aurait d'abord fallu l'en avertir en application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, mais votre jurisprudence juge que cet avertissement n'est pas nécessaire pour un renvoi interne à la juridiction (CE, 16 octobre 1992, *Etablissements Feugas-Pétriart*, n° 130367, T.). Elle vous demande de dépayser l'affaire dès lors que son renvoi au tribunal administratif de Montpellier, en application de l'article R. 311-12 du code, poserait des difficultés. Nous pensons que c'est juridiquement possible (CE, 12 novembre 2015, *SAGEM*, n° 386578, inédit), mais telle n'est pas votre pratique en matière de contentieux des magistrats et aucune difficulté spécifique n'étant avancée, cela conduirait à faire de même pour tous les contentieux analogues.

Au cas où vous ne nous suiviez pas, nous vous dirons brièvement un mot du fond de l'affaire. Le garde des sceaux oppose à Mme B... la règle de l'article 2 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant statut organique des magistrats, dans sa version alors en vigueur, selon lequel « *nul magistrat ne peut être promu au premier grade dans la juridiction où il est affecté depuis plus de cinq années* (sept dans la rédaction actuelle), *à l'exception de la Cour de cassation* ». Cette disposition est issue de l'article 1er de la loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001 et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002. En l'absence de toute précision dans la loi, le délai n'a peut-être pu courir qu'à compter de cette entrée en vigueur mais il n'en reste pas moins qu'en tout état de cause, au moment de l'intervention de la décision attaquée, Mme B... était depuis plus de cinq ans à Montpellier et, si cette disposition s'applique, elle interdisait sa promotion au 1^{er} grade sur le même emploi et donc dans la même juridiction.

Mme B... soutient que cette disposition ne s'applique pas à sa situation personnelle car la règle constitutionnelle de l'immovibilité des magistrats commanderait de l'interpréter comme ne pouvant s'appliquer qu'aux seules personnes nommées après son entrée en vigueur, et non antérieurement. Or Mme B... est a été nommée à Montpellier avant, en 1999.

En effet, la jurisprudence constitutionnelle et administrative a déjà posé une exigence analogue pour d'autres dispositifs de nature à favoriser la mobilité des magistrats. Dans sa décision du 19 juin 2001 n° 2001-445 DC, relative à la même loi organique de 2001, le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité de dispositions limitant à 7 et 10 ans les fonctions de certains chefs de juridiction et juges spécialisés, tel le juge de l'application des peines ou le juge d'instruction, en soulignant, entre autres garanties, que ces nouvelles limitations ne s'appliqueraient qu'aux magistrats nommés après l'entrée en vigueur de la loi : en acceptant l'affectation, ils consentent aussi à sa durée limitée et aux modalités de changement d'affectation prévus par la loi. A l'inverse, un magistrat nommé avant son entrée en vigueur, qui n'a jamais consenti à cette durée limitée, ne peut se la voir imposer et donc se voir imposer un changement de poste. Le Conseil d'Etat a fait application de ce dispositif par une décision du 12 juillet 2013 aux tables (Mme G..., n° 367568).

Le dispositif en cause aujourd'hui nous semble cependant d'une nature différente : limiter la durée d'une affectation à 7 ou 10 ans force à la mobilité à la fin de la période ; conditionner une promotion au fait de la traduire par un changement de juridiction d'affectation y incite, mais ce dispositif incitatif n'interdit pas au magistrat de conserver son poste aussi longtemps qu'il le souhaite : il n'y a pas d'atteinte à l'inamovibilité. La loi organique du 25 juin 2001, qui a institué les deux dispositifs, a d'ailleurs bien fait la différence en ne prévoyant d'entrée en vigueur limitée aux nouvelles nominations que pour le dispositif contraignant et le Conseil constitutionnel n'a rien trouvé à y redire dans la décision que nous avons mentionnée. La disposition nous semble donc applicable à la requérante et faisait obstacle à ce que sa promotion soit prononcée sans qu'elle candidate à un emploi dans une autre juridiction. Le garde des sceaux était en situation de compétence liée pour refuser de proposer cette promotion, sans que cela ne requiert aucune appréciation de sa part : cette compétence « ligotée » rend inopérants, selon votre jurisprudence *M...* (CE, Section, 3 février 1999, n° 149722-152848, Rec.) tous les autres moyens de la requête.

Par ces motifs nous concluons au renvoi de l'affaire au tribunal administratif de Montpellier.