

## CONCLUSIONS

### M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

L'association professionnelle nationale de militaires (APNM) Commissariat a pour objet, aux termes de l'article 6 de ses statuts, de défendre, dans le cadre des dispositions des articles L. 4126-1 et suivants du code de la défense régissant ces groupements particuliers, les intérêts des militaires « dont la gestion est confiée au service du commissariat des armées », c'est-à-dire essentiellement ceux appartenant aux corps de commissaires aux armées et de maître ouvrier des armées. Elle vous a saisi d'un recours pour excès de pouvoir tendant à l'annulation du décret du 27 mars 2017 relatif aux emplois d'agent comptable et de directeur général des services des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, qui modifie les décrets du 27 mai 1998 et du 23 février 2010 portant, respectivement, statuts d'emplois d'agent comptable et de secrétaire général d'établissement public d'enseignement supérieur, ou, au moins de ses articles 22 et 23 qui posent des conditions de grade et d'ancienneté pour la nomination dans le second de ces emplois des officiers de carrière.

Vous avez suscité entre les parties, en leur notifiant un moyen d'ordre public, un débat sur l'intérêt pour agir de l'association requérante au regard des règles particulières qui encadrent l'action des associations professionnelles nationales de militaires. Créé par la loi du 28 juillet 2015 à la suite de la condamnation de la France par la CEDH du fait du caractère trop général de l'interdiction qu'elle faisait aux militaires de se regrouper pour défendre leurs intérêts professionnels<sup>1</sup>, ce régime particulier d'association, qui relève du code de la défense et, subsidiairement, de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, vise à permettre aux militaires, auxquels les autres formes de groupements professionnels demeurent inaccessibles, de défendre leurs intérêts professionnels dans un cadre adapté aux contraintes particulières de la discipline militaire. L'objet de ces associations, qui doivent être constituées exclusivement de militaires, est, aux termes de l'article L. 4126-2 du code de la défense, « *de préserver et de promouvoir les intérêts des militaires en ce qui concerne la condition militaire* » (al 1<sup>er</sup>). L'article suivant (L. 4126-3) précise qu'elles « *peuvent se pourvoir et intervenir devant les juridictions compétentes contre tout acte réglementaire relatif à la condition militaire et contre les décisions individuelles portant atteinte aux intérêts collectifs de la profession. Elles ne peuvent contester la légalité des mesures d'organisation des forces armées et des formations rattachées.* »

La recevabilité du recours de l'association requérante dépend de la question de savoir si des dispositions réglementaires fixant des conditions pour l'accès des militaires à des

<sup>1</sup> CEDH, 2 octobre 2014, *Adefdromil c. France* - 32191/09 ; *Matelly c. France* - 10609/10

emplois de la fonction publique civile peuvent être regardées comme « relatives à la condition militaire » au sens de ces dispositions. Nous n'avons guère d'hésitations à vous proposer d'y répondre par l'affirmative.

La condition militaire est définie par l'article L. 4111-1 du même code qui indique qu'elle « *recouvre l'ensemble des obligations et des sujétions propres à l'état militaire, ainsi que les garanties et les compensations apportées par la Nation aux militaires. Elle inclut les aspects statutaires, économiques, sociaux et culturels susceptibles d'avoir une influence sur l'attractivité de la profession et des parcours professionnels, le moral et les conditions de vie des militaires et de leurs ayants droit, la situation et l'environnement professionnels des militaires, le soutien aux malades, aux blessés et aux familles, ainsi que les conditions de départ des armées et d'emploi après l'exercice du métier militaire.* » Certes, comme le fait observer le ministre de la défense, la plupart des aspects de la condition militaire mentionnés par cet article concernent l'exercice du métier militaire, y compris son attractivité, et les conditions d'accès des militaires à des emplois civils peuvent apparaître étrangère à cette activité. Elles n'ont pas de portée directe sur leur statut, leur rémunération ou leur régime indemnitaire. Cette vision nous semble cependant excessivement étroite, pour deux raisons.

La première est que la fin de l'article vise les « *conditions de départ des armées et d'emploi après l'exercice du métier militaire.* » Or il nous paraît difficile de ne pas considérer que des dispositions régissant l'accès de militaires à des fonctions civiles ne concernent pas leurs conditions « d'emploi après l'exercice du métier militaire ». De telles dispositions ont une portée directe sur les perspectives de carrière des militaires, qui doivent donc pouvoir les discuter.

La seconde est qu'ils ne peuvent le faire qu'à travers une association professionnelle nationale de militaires, puisque comme nous l'avons dit cette structure juridique est la seule à travers laquelle ils peuvent défendre leurs intérêts professionnels, et que les limites qui sont posées à l'action de ces associations visent à garantir des intérêts généraux d'efficacité des forces armées qui ne sont absolument pas menacés par la contestation de règles statutaires ou quasi-statutaires civiles. Les contraintes propres à la discipline militaire justifient deux grandes catégories de limites posées à l'action de ces associations : d'une part, elles ne peuvent « *contester la légalité des mesures d'organisation des forces armées* », d'autre part elles doivent être ouvertes à tous les corps et grades, afin de ne pas créer de divisions corporatistes qui pourraient nuire à l'unité des forces armées. Les dispositions attaquées ne concernent pas l'organisation des forces armées ou la stratégie tout en intéressant les militaires : ne pas leur permettre de les contester représenterait une limite à leurs droits de défendre leurs intérêts professionnels aucunement justifiée au regard des contraintes des forces armées et, par suite, illégale.

Il nous semble donc que tant par sa lettre que par ses finalités, la condition militaire recouvre les questions relatives à l'accès des militaires aux emplois civils. Cela n'implique évidemment pas que ces associations professionnelles de militaires aient un intérêt à agir contre toute disposition réglementant un emploi civil pour la seule raison qu'un militaire pourrait y postuler. Mais lorsque de telles dispositions instituent des règles particulières applicables aux militaires, elles doivent être regardées comme relatives à la condition militaire, ce qui permet aux associations professionnelles nationales de militaires de les contester, comme elles peuvent le faire pour toutes les dispositions relatives au statut des militaires.

Dès lors que par leur objet les dispositions litigieuses sont relatives à la condition militaire, l'intérêt pour agir de l'association requérante doit être reconnu, sans qu'il soit nécessaire d'exiger d'elle la preuve d'un intérêt particulièrement direct. En effet, ces associations étant obligatoirement nationales et ouvertes à tous les corps et grades d'une force armée (art L. 4126-2), il n'est pas concevable de subordonner son intérêt pour agir à la condition, par exemple, qu'elle regroupe des militaires remplissant les conditions de corps ou de grade ou encore de fonctions pour pouvoir postuler aux emplois concernés par les dispositions qu'elle attaque.

Le premier moyen du recours de l'association requérante est tiré de l'absence de contreseing du ministre de la défense, alors qu'il devra se prononcer sur le détachement des officiers qui seront nommés directeurs des services d'établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel et qu'il aura l'occasion de faire application du décret attaqué lorsqu'il nommera le directeur de l'un de ces établissements, l'Institut supérieur de l'aéronautique et de l'espace (ISAE).

Vous écarterez aisément la première branche de ce moyen. Vous savez que les seuls ministres dont le contreseing est exigé sont ceux compétents pour signer ou contresigner les mesures réglementaires ou individuelles que comporte nécessairement l'exécution du décret (Ass. 27 avril 1962, *Sieur S...*, n°50032, p. 279 ; 12 décembre 2013, *B... et autres*, n° 254607). Vous avez jugé que les décisions prises pour placer des fonctionnaires en position de détachement en vue de leur permettre d'exercer certaines fonctions n'étaient pas des mesures d'application du décret régissant l'accès à ces fonctions, « notamment (pas) des mesures relatives à la nomination de ces fonctionnaires à ces emplois d'agents non titulaires » (3 décembre 1980, *Université d'Orléans*, n° 15022, aux Tables sur ce point ; 12 mai 1986, *Association des anciens élèves de l'institut régional d'administration de Lille*, n° 62311, p. 140). Comme le soulignait Christine Maugué dans ses conclusions sur la décision du 9 octobre 1996, *Union nationale C.G.T. des affaires sociales* (n° 167511, au Recueil sur un autre point), « la notion de mesure relative à la nomination doit donc être interprétée strictement et ne s'applique qu'à l'acte de nomination lui-même ».

La seconde branche est en revanche plus délicate puisqu'elle vise un véritable pouvoir de nomination du ministre de la défense aux fonctions de directeur de l'ISAE. L'article R. 3411-4 du code de la défense dispose que, pour cet établissement, « le ministre de la défense exerce les attributions dévolues au ministre chargé de l'enseignement supérieur (...) par les articles (...) L. 953-2 du code de l'éducation et par les textes pris pour leur application ». Or cet article confie au ministre chargé de l'enseignement supérieur le pouvoir de nommer le directeur général des services de chaque établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel. Les décisions précitées *Université d'Orléans* et *Association des anciens élèves de l'IRA*, aux termes de laquelle « si les instituts régionaux d'administration contribuent à assurer le recrutement d'attachés d'administration centrale susceptibles d'être affectés au ministère chargé de la culture et celui des attachés des services extérieurs du ministère chargé de la culture, la nomination des anciens élèves desdits instituts en ces qualités intervient sur le fondement, non pas du décret attaqué mais des dispositions statutaires propres aux corps intéressés », laissent penser qu'une nomination prise sur le fondement d'un décret est une mesure d'exécution de ce décret au sens de votre jurisprudence *Sicard*.

Cette solution, qui ne ressort que de motifs incidents de ces décisions, nous semble cependant donner une portée excessive à l'article 22 de la Constitution qui impose le contreseing des actes du Premier ministre par les « ministres chargés de leur exécution ». En précisant par votre décision *S...*, n°50032, que seuls les ministres compétents pour prendre

« les mesures réglementaires ou individuelles que comporte nécessairement l'exécution du décret » devaient le contresigner, vous avez entendu réserver le contresignement aux ministres qui seraient chargés de prendre des mesures nécessaires à la mise en œuvre du texte et non à tous ceux qui auraient à prendre une décision sur son fondement. En l'espèce, le ministre de la défense fera application du décret litigieux lorsqu'il nommera le directeur général de l'établissement public, mais cette décision n'est pas nécessaire à l'exécution du décret, dont l'application n'appelle de la part du ministre de la défense aucune mesure particulière.

Nous aurons probablement moins de mal à vous convaincre d'écarter comme inopérant le moyen suivant, tiré de l'absence de consultation du Conseil supérieur de la fonction militaire. Cet organe consultatif est, aux termes de l'article L. 4124-1 du code de la défense, « *le cadre institutionnel dans lequel sont examinés les éléments constitutifs de la condition de l'ensemble des militaires. ... [Il] exprime son avis sur les questions de caractère général relatives à la condition militaire. Il est obligatoirement saisi des projets de loi modifiant le présent livre et des textes d'application de ce livre ayant une portée statutaire, indicière ou indemnitaire* ». Les dispositions de l'article R. 4124-1 qui détaillent ses compétences consultatives visent les questions à caractère général relatives à la condition militaire, les projets de textes réglementaires relatifs au statut particulier des militaires et à leur régime indicière et indemnitaire. Si, comme nous l'avons vu, les dispositions du décret attaqué sont relatives à la condition militaire en tant qu'elles concernent les militaires, elles ne posent pas de « questions à caractère général » qui devraient être soumises au Conseil supérieur de la fonction militaire.

En ce qui concerne la légalité interne, l'association requérante critique les conditions de grades posées par les articles 22 et 23 du décret pour l'accès des officiers aux différents groupes d'emplois. Les emplois du groupe supérieur sont ainsi réservés aux titulaires au moins du grade de colonel ou assimilé, ceux du groupe I réservés à ceux détenant au moins le grade de lieutenant-colonel, et ceux des groupes II et III réservés à ceux détenant au moins le grade de commandant. La requérante soutient que ces conditions porteraient atteinte au principe d'égalité entre militaires et fonctionnaires civils et seraient entachées d'erreur manifeste d'appréciation.

Comme vous le savez bien, le principe d'égalité n'impose pas un traitement identique de toutes les situations, notamment pour l'accès à des emplois (CE 24 mars 1999, *Syndicat national des inspecteurs des affaires sanitaires et sociales*, n° 187271, T. p. 839 ; voir aussi, en ce sens, CE 21 mai 2014, *Union nationale des inspecteurs principaux*, n° 372995, aux Tables, point 6), mais permet au contraire de tenir compte de leurs différences, sous réserve que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la règle qui l'institue et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard de la différence de situation qui la justifie.

Tel est certainement le cas en l'espèce. Les différences entre les carrières civiles et militaires sont telles, qu'il s'agisse de leur organisation statutaire ou des fonctions exercées, qu'il est même difficile de tenter de les comparer. La circonstance que certains concours ouvrent à des carrières civile ou militaire, comme celui donnant accès à l'École Polytechnique, n'implique pas que ces carrières devraient être parfaitement identiques.

Les dispositions litigieuses ne posent pas de conditions d'accès aux emplois concernés pour les seuls militaires mais aussi pour les fonctionnaires civils et les magistrats, qui peuvent également y avoir accès. Ainsi, pour les fonctionnaires civils, qui doivent appartenir à des corps de catégorie A, sont posées pour l'accès aux différents groupes d'emplois visés des

conditions tenant à l'indice terminal de leurs corps et, pour les magistrats, des conditions d'ancienneté. Il est impossible de prétendre à une stricte équivalence entre ces positions statutaires civiles et les positions statutaires militaires. En revanche, il apparaît à l'examen de ces différentes conditions qu'elles tendent, aussi bien pour les militaires que pour les fonctionnaires civils et les magistrats, à exiger pour chaque groupe d'emploi des positions statutaires et des durées d'expérience et d'ancienneté sensiblement équivalentes et correspondant à l'importance des fonctions concernées.

Cette constatation permet également d'écarter toute erreur manifeste d'appréciation dans les conditions posées pour l'accès des militaires à ces emplois, puisque telle est l'intensité de votre contrôle sur ce point (cf., en ce sens : Assemblée 27 octobre 1989, *Fédération CGT des services publics*, n° 95714, p. 209 ; CE 18 janvier 1993, *Association nationale pour les ingénieurs techniciens au ministère de la défense*, n° 112308 et s., aux Tables ; CE 13 novembre 2002, *Mme D... et autres*, n° 239064, p. 390).

Le dernier moyen est tiré de ce qu'en excluant de l'accès aux emplois visés les contrôleurs généraux des armées, le Premier ministre aurait commis une erreur manifeste d'appréciation.

Les dispositions litigieuses n'excluent aucunement explicitement les membres de ce corps mais cette exclusion pourrait résulter à la fois de leur rédaction qui ne vise que les officiers et du rapprochement de la mention qu'elles font de la détention d'un grade déterminé « *ou assimilé* » avec le III de l'article L. 4131-1 du code de la défense qui dispose que « *Le corps militaire du contrôle général des armées a une hiérarchie propre qui ne comporte aucune assimilation avec les grades des autres corps d'officiers.* »

Nous pensons cependant que vous devrez lever toute ambiguïté à cet égard et écarter le moyen au prix d'une interprétation des dispositions litigieuses qui doivent être considérées comme applicables aux contrôleurs généraux des armées.

En effet, d'une part, rien ne justifie leur exclusion, qui serait certainement entachée d'erreur manifeste d'appréciation. Non seulement les membres de ce corps remplissent des conditions équivalentes en termes de grades et d'expérience à celles des officiers supérieurs, y compris des colonels, ayant accès aux différents emplois visés, jusqu'aux plus élevés, puisqu'ils sont recrutés parmi des militaires titulaires au moins du grade de commandant ou des fonctionnaires de niveau A+, devant tous avoir effectué 12 années de service effectif, mais les fonctions qu'ils occupent au sein de l'armée les prépare beaucoup mieux que leurs collègues officiers à l'exercice des responsabilités administratives qui seront les leurs dans les emplois de direction générale des services d'établissements publics.

D'autre part, il est évident que l'emploi du terme assimilé dans les dispositions litigieuses n'a pas la même finalité que dans celles de l'article L. 4131-1 du code de la défense. Pour les premières, il s'agit précisément d'étendre l'accès à ce corps aux militaires appartenant à des corps particuliers présentant des caractéristiques équivalentes, ce qui est exactement le cas des contrôleurs généraux des armées. L'absence d'assimilation des grades posée par les secondes vise à protéger les vocations des membres des corps d'officiers et de contrôleurs généraux aux emplois correspondants au sein de l'armée et non à faire obstacle à ce qu'ils puissent accéder à des emplois civils.

EPCMNC : Rejet du recours.

