

N°s 431588 et 434341
Mme R...

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies
Séance du 13 mai 2020
Lecture du 17 juin 2020

CONCLUSIONS

M. Olivier Fuchs, rapporteur public

Mme R... est magistrate judiciaire depuis 1987. Après une carrière diversifiée, elle été détachée à compter du 1^{er} juillet 2016 sur l'emploi fonctionnel de directrice générale des services du conseil départemental des Ardennes. Elle y atteint le 7^{ème} et dernier échelon de l'emploi de DGS des services des départements jusqu'à 900 000 habitants, auquel est attaché un indice de rémunération correspondant au groupe hors échelle C. Souhaitant trouver à l'issue de son détachement un emploi lui permettant de conserver ce niveau de rémunération, la requérante, alors magistrate du premier grade, a postulé sur plusieurs emplois hors hiérarchie fin 2018 puis, en février 2019, sur celui d'inspectrice générale de la justice.

Aucun de ses vœux n'ayant été satisfait, elle a adressé au président de la République une lettre indiquant le montant de la rémunération qu'elle percevrait à la fin de son détachement et demandant à être réintégrée dans un emploi lui permettant de bénéficier d'une rémunération équivalente. Sous le numéro 431588, Mme R... vous demande d'annuler la décision implicite de rejet de cette demande, née le 4 mai 2019, et d'enjoindre qu'elle soit réintégrée à cet indice.

La requérante a finalement été nommée, par décret du président de la République du 4 juillet 2019, sur un emploi du premier grade, en qualité de substitute du procureur général près la cour d'appel de Paris. Sous le numéro 434431, Mme R... demande l'annulation de ce décret et qu'il soit enjoint de la nommer sur un emploi hors hiérarchie.

1. Le premier écueil de ces litiges, à la configuration originale, est de leur donner leur pleine portée.

1.1. Dans le cadre de la seconde affaire appelée, d'abord, Mme R... demande l'annulation de son propre décret de nomination, mesure qui lui est *a priori* favorable puisqu'elle procède à sa réintégration dans la magistrature. Ce n'est toutefois que pour ce que

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

cette mesure n'est pas, à savoir son souhait d'être réintégrée sur des emplois hors hiérarchie, qui seuls lui permettraient une équivalence avec l'indice détenu en détachement, que la requérante en demande l'annulation. Vous pourrez ici suivre le même raisonnement que celui que vous avez tenu dans une récente décision *Mme B...*¹, relative à une demande d'annulation de son décret de nomination formée par une conseillère de tribunal administratif, dans laquelle vous avez regardé cette demande comme tendant à l'annulation de ce décret en tant seulement qu'il ne nommait pas l'intéressée dans le grade de premier conseiller du même corps ou, à défaut, qu'il ne lui accordait pas le bénéfice d'un indice égal ou immédiatement supérieur à celui qu'elle détenait auparavant.

1.2. Dans la première affaire appelée, le litige se situe en amont du décret de nomination. La requérante demande en effet l'annulation de la décision implicite du président de la République refusant de la nommer dans un emploi hors hiérarchie. Vous pourriez difficilement vous saisir d'une telle mesure et vous jugez qu'il convient normalement d'attaquer l'acte nommant un autre magistrat sur le poste. Il nous semble toutefois que ce litige doit être lu en conjonction avec la première affaire. Dans les deux cas, c'est en effet une même décision, la première implicite, la seconde explicite, de ne pas la nommer à un emploi hors hiérarchie dont elle demande l'annulation. Vous pourrez alors requalifier le recours dirigé contre cette décision implicite comme étant en réalité dirigé contre la décision expresse².

Si vous nous suivez, vous constaterez alors que vous êtes bien compétent en premier et dernier ressort pour juger de ces demandes et que celles-ci sont recevables.

2. Mme R... soulève d'abord plusieurs moyens de légalité externe. Il faut préciser que c'est le chapitre V de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature qui fixe la procédure applicable en matière de nomination des emplois hors hiérarchie et d'inspecteur général de la justice. Il en résulte que les magistrats du parquet placés hors hiérarchie ainsi que les magistrats exerçant les fonctions d'inspecteur général de la justice sont nommés par décret du Président de la République après avis du Conseil supérieur de la magistrature. La procédure de transparence prévue à l'article 27-1 s'applique à ces emplois, sauf exceptions limitées.

2.1. Mme R... soutient d'abord qu'après avoir été informée, à sa demande, de la circulaire relative à la transparence, elle n'a pu accéder au document récapitulant les projets de nomination et n'a donc pu former d'observations sur ces projets. Vous constaterez toutefois que, dans son courrier du 28 février 2019 adressé au président de la République, Mme R... indique avoir constaté, après la publication des projets de nomination, que son nom

¹ CE, 8 novembre 2019, *Mme B...*, n° 401264, inédite.

² Voir par exemple CE, 8 juin 2011, *Mme X...*, n° 329537, aux Tables.

n'avait pas été retenu, ce qui tend à dire qu'elle a bien eu connaissance de cette liste, et elle a formulé des observations relatives à sa candidature. Vous pourrez donc écarter ce premier moyen.

2.2. Mme R... soulève ensuite quatre moyens de procédure relatif à l'avis du Conseil supérieur de la magistrature.

Il nous semble que vous pourrez écarter trois de ces moyens aisément.

D'abord, aucun texte ou principe n'impose que toutes les propositions de la circulaire de transparence soient examinées le même jour et il n'est pas établi que le CSM n'aurait pas procédé à une comparaison des mérites des candidats.

Ensuite, l'article 35 du décret du 9 mars 1994 relatif au Conseil supérieur de la magistrature prévoit que l'ordre du jour des séances au cours desquelles doivent être examinées les candidatures est arrêté huit jours avant la date à laquelle elles se tiennent. Vous avez jugé dans une décision *Mme P...-G...* du 6 décembre 2017³ que l'objet de cette règle est de donner la faculté au ministre de la justice de demander au président de la formation concernée de retirer de l'ordre du jour une ou plusieurs des propositions soumises au Conseil supérieur de la magistrature et qu'il est, par suite, loisible au ministre de renoncer unilatéralement à ce délai, contrairement à ce qu'indique la requérante.

Enfin, Mme R... n'apporte aucun élément permettant de douter de l'indépendance et de l'impartialité personnelle de M. Z..., membre du CSM qui a établi le rapport sur sa proposition de nomination. La seule circonstance qu'il est directeur des services juridiques de l'Assemblée nationale ne permet pas de caractériser, comme le soutient la requérante, un lien de subordination avec le président de cette assemblée mettant en cause l'indépendance structurelle du Conseil supérieur de la magistrature.

2.3. Un dernier moyen de procédure plus délicat est tiré de la méconnaissance de l'article 39 du décret du 9 mars 1994 qui prévoit, d'une part, que lorsqu'il participe à une séance du Conseil supérieur, le garde des sceaux peut se faire accompagner par toute personne et que, d'autre part, il peut se faire représenter par le directeur des services judiciaires.

La réécriture de cette disposition était lourde d'enjeux, postérieurement à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Elle concerne, comme vous l'avez compris, la participation de personnes autres que les membres du Conseil supérieur lors des séances et sa

³ CE, 6 décembre 2017, *Mme P...-G...*, n° 397363, aux Tables sur un autre point.

modification avait vocation à traduire les évolutions constitutionnelles autant qu'à mettre un terme à des pratiques qui avaient pu être considérées comme contestables.

L'architecture des textes est assez simple. L'article 65 de la Constitution prévoit la possibilité d'une participation du ministre de la justice aux séances du Conseil, sauf en matière disciplinaire. L'article 39 du décret du 9 mars 1994 fixe, de manière non équivoque, que le ministre de la justice y est représenté par le directeur des services judiciaires. La seule autre personne non membre pouvant y assister, à la lecture de ces dispositions, est le secrétaire général du Conseil supérieur. En vertu de l'article 36 du décret, en amont de la séance, lorsque se tient une réunion préparatoire, il est loisible au président de la formation concernée d'inviter le directeur des services judiciaires ou toutes personnes dont la présence lui paraît nécessaire à assister à ces réunions.

Il résulte de ces textes que lors des séances préparatoires, le Conseil supérieur peut inviter toute personne susceptible de l'éclairer. En revanche, si l'on s'en réfère au changement intervenu en 2010, qui, après les termes de « directeur des services judiciaires » a supprimé les termes « ou son représentant », il est douteux que soit permis la représentation du ministre de la justice par une personne autre que le directeur des services judiciaires. Et nous ne sommes pas certains que ces textes permettent la présence d'une personne autre que celles mentionnées à l'article 39 lors d'une réunion délibérative, compte tenu de leurs termes mêmes et même si nous en comprenons l'intérêt pratique, étant précisé que les dispositions de l'article R*133-1 du code des relations entre le public et l'administration ne sont pas applicables. Sauf à adopter une lecture plus large qui nous semble tout même représenter un effort, vous pourriez nous semble-t-il alors écarter le moyen en jugeant que la présence de Mme M..., sous-directrice, lors de la séance délibérative n'a pas privé Mme R... d'une garantie et n'a pas eu d'influence sur l'avis rendu, dès lors qu'il n'apparaît pas que Mme M... ait participé aux débats ou aux votes relatifs aux propositions soumises au Conseil supérieur de la magistrature.

3. La requérante soulève ensuite trois moyens de légalité interne.

3.1. Le premier conduit à préciser les règles applicables en cas de retour dans la magistrature après un détachement sur un emploi fonctionnel, c'est-à-dire à combiner les dispositions de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique avec le statut général de la fonction publique. L'article 68 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 pose à cet égard pour principe que les dispositions du statut général des fonctionnaires concernant les positions d'activité et de détachement « s'appliquent aux magistrats dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux règles statutaires du corps judiciaire et sous réserve de certaines dérogations ».

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Ce sont donc d'abord vers les dispositions du statut général qu'il faut se tourner. L'article 45 de la loi du 11 janvier 1984 dispose, d'abord, que le fonctionnaire détaché continue à bénéficier dans son corps d'origine de ses droits à l'avancement, ensuite, qu'à l'issue de son détachement, il est réintégré dans son corps d'origine et, enfin, qu'il est tenu compte, lors de sa réintégration, du grade et de l'échelon qu'il a atteints dans le corps ou cadre d'emploi de détachement. L'article 26-2 du décret 16 décembre 1985 relatif au régime particulier de certaines positions des fonctionnaires de l'Etat précise que sous réserve qu'elle lui soit favorable, la réintégration dans le corps d'origine est prononcée à équivalence de grade et à l'échelon comportant un indice égal ou, à défaut, immédiatement supérieur à celui qu'il détenait dans son grade de détachement.

Vous avez fait application de l'article 45 du statut général de la fonction publique tant en ce qui concerne le droit du magistrat détaché de bénéficier d'un avancement dans son corps d'origine⁴ que de son droit de bénéficier d'un avancement dans son corps de détachement⁵ ou encore en ce qui concerne le reclassement indiciaire à l'issue du détachement⁶.

Cette dernière solution est toutefois obsolète depuis que la loi organique du 8 août 2016 a créé un nouvel article 72-2 dans l'ordonnance du 22 décembre 1958, qui est donc spécifique aux magistrats. Cette disposition énonce que le magistrat de retour de détachement est réintégré dans le grade qu'il occupe au sein du corps judiciaire et qu'il est tenu compte de l'échelon qu'il a atteint dans le corps ou cadre d'emplois de détachement, sous réserve qu'il lui soit plus favorable. Le principe est donc sensiblement différent de celui applicable aux fonctionnaires de l'Etat, pour lesquels il est tenu compte non seulement de l'échelon, mais également du grade atteint en détachement. Le décret du 30 avril 2019 relatif aux modalités de réintégration des magistrats dans le corps judiciaire au terme d'un détachement modifie le décret du 7 janvier 1993 pris en application de l'ordonnance du 22 décembre 1958 en ce sens. Ainsi, il est précisé que dans le cas où un magistrat du premier grade a atteint un échelon supérieur à la HEB bis dans son corps ou cadre d'emplois de détachement et qu'il est à son retour nommé dans un emploi du premier grade, il est reclassé au septième ou au huitième échelon de ce grade, selon que l'emploi donne ou non accès au huitième échelon.

Nous déduisons de ces éléments, d'abord, que le magistrat en détachement est toujours réintégré dans son grade, en tenant compte des éventuelles avancement de grade obtenus dans son corps d'origine alors qu'il était en détachement. Pour le dire autrement, un avancement de grade dans la magistrature ne peut résulter du simple effet d'un détachement. A dire vrai, la solution inverse nous apparaîtrait en délicatesse avec le principe d'indépendance de la justice.

⁴ CE, 15 octobre 1986, *Association professionnelle des magistrats*, n° 67857, aux Tables.

⁵ CE, 14 novembre 2005, *Mme Pater*, n°259870, inédit.

⁶ CE, 16 octobre 2015, *Association des magistrats détachés, mis à disposition et en disponibilité*, n°380603, inédit.

Ensuite, pour ceux des magistrats qui étaient détachés dans un corps ou cadre d'emplois, il est tenu compte de l'échelon atteint en détachement. En revanche, puisque les dispositions ne mentionnent que les corps ou cadres d'emploi, il faut en déduire que ne sont pas visés les détachements sur des emplois fonctionnels, même si certains sont régis par des statuts d'emploi. Il y a en cela une cohérence, dans la mesure où les personnes occupant des emplois fonctionnels bénéficient d'une rémunération spécifique, qui ne dépend plus du grade, et qui est destinée à tenir compte des importantes responsabilités qui leur sont confiées.

Nous en déduisons que l'intéressé bénéficie à son retour dans son grade de la rémunération afférente à l'échelon le plus proche de celui qu'il y avait atteint dans son corps d'origine au terme de son détachement, sans que les dispositions de l'article 26-2 du décret du 16 décembre 1985, invoquées par Mme R..., ne lui soient applicables. Mme R... qui était détachée non dans un corps ou cadre d'emplois, mais dans un emploi fonctionnel, ne tenait donc pas de ces dispositions le droit d'être nommée sur un emploi hors hiérarchie et c'est sans erreur de droit qu'elle a été réintégrée dans le premier grade de la hiérarchie du corps judiciaire et à l'échelon qu'elle avait atteint dans ce grade à la fin de sa période de détachement. Vous pourrez donc écarter ce moyen.

3.2. Les deux autres moyens de légalité interne vous retiendront moins longtemps.

Vous écarterez d'abord le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité. Il ne ressort en effet pas des pièces du dossier que ses trois dernières années en détachement n'auraient pas été prises en compte dans l'appréciation de ses mérites, comme elle le soutient, et la seule circonstance que les formulaires d'évaluation des fonctionnaires dans son administration de détachement diffèrent de ceux existants dans la magistrature n'est pas de nature à établir une méconnaissance du principe d'égalité.

Enfin, vous pourrez également écarter le moyen tiré de l'erreur manifeste dans l'appréciation de ses mérites⁷. Mme R... met particulièrement en avant l'expérience qu'elle a acquise dans le cadre de ses nombreux détachements, qui est indéniable. Comme vous le savez toutefois, la concurrence pour l'accès aux postes hors hiérarchie est forte et il apparaît que la requérante a notamment pâti d'une expérience juridictionnelle un peu moins importante que d'autres candidats. Vous pourrez ainsi écarter ce dernier moyen, ainsi que les conclusions accessoires présentées par la requérante.

Et par ces motifs nous concluons au rejet de la requête.

⁷ CE, 20 avril 1988, H..., n°82368, au Recueil.