

N° 431681

Mlle A...

B3

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 27 mai 2020

Lecture du 17 juin 2020

CONCLUSIONS

M Stéphane HOYNCK , rapporteur public

L'affaire qui vient d'être appelée vous donnera l'occasion de préciser la manière dont se combine la position de disponibilité des fonctionnaires avec les règles de non-cumul d'activité d'agents publics.

Mme A... appartient au corps des directeurs des services de greffe judiciaire. Elle a souhaité être nommé comme magistrat à titre temporaire (MTT).

Vous savez que ces magistrats ne sont pas des magistrats de carrière, ils exercent leurs fonctions à durée déterminée et à temps partiel (5 ans renouvelables une fois), et ne peuvent notamment exercer des fonctions du parquet. Ces fonctions, ont, depuis la loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016, absorbé celles de juge de proximité. Leur statut est défini par l'ordonnance organique de 1958 portant statut de la magistrature aux articles 41-10 à 41-16. Depuis la réforme de 2016, ils sont nommés dans les formes prévues pour les magistrats du siège (article 41-12), ce qui implique un avis conforme du CSM, qui, avant de rendre son avis soumet en principe l'intéressé à un stage probatoire organisé par l'ENM.

Plusieurs conditions pour être nommé sont définies à l'article 41-10, dont l'une a trait à l'expérience professionnelle. Par renvoi à l'article 22 de l'ordonnance, qui concerne le recrutement des magistrats de second grade, les directeurs des services de greffe judiciaires justifiant de sept années de services effectifs dans leur corps peuvent ainsi être nommés comme MTT.

Mais, s'agissant de Mme A..., et pour nous en tenir aux faits directement utiles au litige devant vous, sa candidature a fait l'objet d'un refus du Garde des sceaux de transmission au CSM, au motif que l'article 41-14 de l'ordonnance organique prévoit que les MTT « ne

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.

peuvent exercer concomitamment aucune activité d'agent public, à l'exception de celle de professeur et de maître de conférences des universités ».

Mme A... avait indiqué dans sa candidature qu'elle solliciterait une demande de disponibilité de son corps d'origine pour exercer les fonctions de MTT, mais le Garde des sceaux a estimé que cette position de disponibilité ne levait pas l'incompatibilité posée par l'article 41-14.

La position de l'administration a été précisée par une seconde décision rejetant son recours gracieux contre ce refus de transmission, en indiquant que si un agent public relevant d'une autre administration pourrait, en étant placé en position de disponibilité, respecter l'interdiction posée par l'article 41-14, il n'en irait pas de même pour les fonctionnaires relevant du ministre de la justice.

L'administration se fonde sur un arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon du 20 décembre 1989 (Grumel-Jacquignon 89LY00486) qui juge qu'un fonctionnaire placé en position de disponibilité ne peut, tant qu'il se trouve dans cette position, être recruté par l'administration dont il relève. Cet arrêt a été publié au recueil, et son fichage indique, avec un décalage par rapport aux termes de l'arrêt dont nous venons de vous donner lecture, qu'un fonctionnaire en disponibilité « *se trouvant ainsi hors de son corps d'origine, ne peut exercer dans ce corps d'autres fonctions contractuelles ou des services d'auxiliaire.* ». Le fichage nous paraît fidèle au raisonnement qui avait alors été suivi, pour juger illégal le recrutement d'un professeur en disponibilité comme contractuel en qualité de maître-auxiliaire.

Le fonctionnaire en disponibilité est hors de son cadre d'origine (« hors de son administration ou service d'origine » indique l'article 51 de la loi 84-16 du 11 janvier 1984), et la façon normale d'y retourner n'est pas de le faire autrement qu'en le plaçant dans une position d'activité prévue par son statut.

Ceci prolonge un principe que vous retenez sur une question **voisine**, qui est qu'un fonctionnaire ne peut pas être **détaché** dans un emploi contractuel de sa propre administration (CE 23 février 1966 Mlle Z... n°64259 au rec ; 13 novembre 1981 Synd nat de l'éducation physique au rec p411 ; 28 juillet 1993 Hieronimus n°68207 aux T.), y compris d'ailleurs lorsqu'il a été préalablement placé en position de disponibilité (CE 31 janvier 1962 Min Armées c/ B... au rec p.81).

Mais notre cas de figure n'est pas celle de l'exercice de fonctions dans le corps ou l'administration d'origine, où, s'agissant d'un fonctionnaire en disponibilité, la façon normale d'accéder à l'emploi est qu'il soit mis fin à la disponibilité.

Il faut en rester ici à ce que l'article 41-14 a voulu proscrire, alors même que les fonctions de MTT sont à temps partiel, à savoir l'exercice concomitant d'une activité d'agent public. C'est une question de non-cumul et d'indépendance du magistrat temporaire qui justifie cette règle

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.

qui figure dans la loi organique relative au statut de la magistrature, pas un problème de gestion statutaire d'un corps de fonctionnaires du ministère de la justice. La position du ministre revient à ne permettre qu'aux greffiers en chef retraités ou démissionnaires la possibilité de devenir MTT, ce que le renvoi à l'article 22 de l'ordonnance n'implique pas.

Certes, la disponibilité est une position du fonctionnaire, qui peut être assimilée à des services effectifs dans le corps à certaines conditions pour une période maximale de 5 ans, mais cette assimilation vaut seulement pour les droits à l'avancement et à la retraite.

Pour le reste, qui est l'essentiel ici, **il est certain qu'un fonctionnaire en disponibilité n'exerce de ce fait aucune activité d'agent public.**

C'est ainsi que dans une affaire où un agent municipal avait obtenu une disponibilité puis intégré la fonction public d'Etat, avant d'obtenir une disponibilité de la fonction publique d'Etat pour réintégrer son administration locale d'origine, vous avez estimé que la conjonction d'une activité dans une fonction publique et d'une disponibilité dans une autre ne méconnaissait pas les règles de non cumul d'emplois. Voyez votre décision CE, 24 janvier 1994, Commune de Saint-Philippe et autres, 143445;145778, aux T. Comme le notait S. Lasvigne dans ses conclusions sur cette affaire : « *Un agent se trouvant placé dans une telle situation ne cumule pas deux traitements. Il n'exerce pas simultanément une double fonction. Il n'occupe pas davantage deux emplois publics, puisque sa position lui permet de conserver son grade dans son corps, mais non son emploi initial. N'est donc méconnu ni la lettre du décret, qui interdit d'exercer simultanément une double fonction, ni son esprit, qui procède principalement d'une logique financière.* ».

Dans ces conditions, vous ne pourrez que faire droit au moyen d'erreur de droit soulevé par la requérante à lui avoir opposé sa qualité de directrice des services des greffes judiciaires, même en disponibilité, pour refus de transmettre sa candidature au CSM, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen.

PCMNC à l'annulation de la décision attaquée.

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.