

N° 454719

Union syndicale des magistrats administratifs (USMA)

N° 454775

Syndicat de la juridiction administrative (SJA)

N° 455105

Association des anciens élèves de l'Ecole nationale d'administration (AAEENA)

N° 455155

Association des magistrats de la Cour des comptes (AMCC)

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 20 septembre 2021

Décision du 12 octobre 2021

CONCLUSIONS

M. Raphaël Chambon, rapporteur public

L'ordonnance n° 2021-702 du 2 juin 2021 portant réforme de l'encadrement supérieur de la fonction publique de l'Etat, qui n'a pas encore été ratifiée à ce jour, a été prise sur le fondement de l'habilitation donnée au Gouvernement par l'article 59 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique. Cette disposition autorisait le gouvernement à prendre toutes mesures relevant du domaine de la loi visant notamment, « *en garantissant le principe d'égal accès aux emplois publics, fondé notamment sur les capacités et le mérite, et dans le respect des spécificités des fonctions juridictionnelles* », à « *réformer les modalités de recrutement des corps et cadres d'emplois de catégorie A afin de diversifier leurs profils, harmoniser leur formation initiale, créer un tronc commun d'enseignements et développer leur formation continue afin d'accroître leur culture commune de l'action publique, aménager leur parcours de carrière en adaptant les modes de sélection et en favorisant les mobilités au sein de la fonction publique et vers le secteur privé* »¹. Le chapitre Ier de l'ordonnance, consacré aux dispositions générales relatives à l'encadrement supérieur de l'Etat, comporte en particulier un article 6 relatif aux nominations, parcours de carrière et mobilités au sein de certains services d'inspection générale et à l'exercice des fonctions d'inspection générale au sein de ces services. Son chapitre II, composé des articles 7 à 9, est relatif au recrutement et à la mobilité des membres des juridictions administratives et financières.

¹ Cette habilitation a été prolongée par les dispositions de l'article 14 de la loi n° 2020-390 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, si bien que le délai d'habilitation expirait le 7 juin 2021.

L'association des anciens élèves de l'ENA (AAEENA), l'association des magistrats de la Cour des comptes (AMCC), l'Union syndicale des magistrats administratifs (USMA) et le Syndicat de la juridiction administrative (SJA) vous ont saisi de requêtes vous demandant d'annuler certaines de ces dispositions. Chacune de ces organisations a soulevé une question prioritaire de constitutionnalité à l'appui de sa requête, l'AAEENA en soulevant pour sa part deux. Ces QPC adressent plusieurs griefs de constitutionnalité aux articles 6 à 9 de l'ordonnance.

Le délai d'habilitation sur le fondement duquel l'ordonnance critiquée a été prise étant expiré, ses dispositions sont susceptibles de faire l'objet d'une QPC², sous réserve que les dispositions critiquées soient bien de nature législative, point sur lequel nous reviendrons disposition par disposition.

La condition d'absence de déclaration antérieure de conformité à la Constitution est à l'évidence remplie. En principe, celle d'applicabilité au litige l'est automatiquement s'agissant des QPC mettant en cause la constitutionnalité des dispositions d'une ordonnance à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir.

Il est cependant possible de nourrir un doute sur ce point dès lors qu'aucune des dispositions critiquées de l'ordonnance n'est encore entrée en vigueur. D'une part, l'article 10 de l'ordonnance prévoit une entrée en vigueur différée (1er janvier 2022 ou 1er janvier 2023 selon les dispositions), d'autre part, l'entrée en vigueur de certaines dispositions trop imprécises est subordonnée à l'édiction de dispositions réglementaires d'application. Or le Conseil constitutionnel juge que des dispositions législatives qui ne sont jamais entrées en vigueur sont insusceptibles d'avoir porté atteinte à un droit ou une liberté que la Constitution garantit (décisions n° 2011-219 QPC du 10 février 2012 et n° 2015-460 QPC du 26 mars 2015) et vous jugez qu'une disposition législative dont la constitutionnalité est contestée n'étant pas entrée en vigueur, en l'absence des dispositions réglementaires nécessaires à son application, ne peut être regardée comme applicable au litige dont le juge administratif est saisi au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (2/7 SSR, 28 avril 2014, *M. et Mme I...*, n° 375709, aux Tables).

Mais cette solution, comme en témoigne la rédaction de votre décision *I...*, est fondée sur le raisonnement selon lequel, lorsqu'une QPC posée à l'occasion d'un litige devant le juge administratif met en cause la constitutionnalité d'une disposition législative, l'absence d'entrée en vigueur de cette disposition interdit de considérer qu'elle est applicable au litige. Dans la configuration procédurale très particulière permise par les décisions du Conseil constitutionnel par lesquelles il s'est reconnu compétent pour connaître de QPC dirigées contre les dispositions d'une ordonnance une fois passé le délai d'habilitation³ et votre décision d'Assemblée *CFDT Finances*, il nous semble cependant qu'elle ne peut être transposée. En effet, la condition d'applicabilité au litige nous semble nécessairement remplie dans une telle configuration, dans laquelle l'acte attaqué dans le litige d'excès de pouvoir est

² Ass., 16 décembre 2020, *Fédération CFDT Finances*, n° 440457, au Recueil.

³ Décisions n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020 et n°2020-866 QPC du 19 novembre 2020.

précisément l'ordonnance dont la constitutionnalité est critiquée. Dans ces conditions, la circonstance que ses dispositions ne soient pas encore entrées en vigueur nous paraît sans incidence sur la possibilité d'arguer de leur inconstitutionnalité par la voie d'une QPC.

Il est temps d'aborder sans plus tarder le caractère nouveau ou sérieux des questions posées.

L'AAEENA critique en premier lieu les dispositions de l'article 6 de l'ordonnance, lequel entend, selon le rapport de présentation au Président de la République, instaurer au niveau législatif des garanties d'indépendance pour l'exercice des missions au sein d'inspections générales le justifiant, dont la liste sera fixée par décret.

Même si l'ordonnance et son rapport de présentation n'en disent rien, cette nouvelle disposition législative apparaît en quelque sorte comme une contrepartie à la volonté du Gouvernement de mettre en extinction les corps des membres de tout ou partie des inspections générales de l'Etat, en particulier celles recrutant à la sortie de l'ENA (inspections générales de l'administration, des affaires sociales et des finances), laquelle extinction peut être décidée par décret en Conseil d'Etat. Cette « fonctionnalisation » est donc en arrière-plan des critiques exprimées par l'AAEENA, même si elle est en principe sans incidence sur la constitutionnalité des dispositions de l'ordonnance attaquée, dont l'entrée en vigueur ne dépend pas d'une telle réforme.

L'article 6 dispose ainsi :

- En premier lieu, qu'il ne pourra être mis fin aux fonctions des chefs de services d'inspection générale, désormais nommés pour une durée déterminée et renouvelable, que sur leur demande, en cas d'empêchement ou de manquement à leurs obligations déontologiques après avis d'une commission.
- En deuxième lieu, que les agents exerçant des fonctions d'inspection générale au sein des mêmes services sont recrutés, nommés et affectés dans des conditions garantissant leur capacité à exercer leurs missions avec indépendance et impartialité.
- En troisième lieu, que ceux de ces agents qui ne sont pas régis par les statuts particuliers des corps d'inspection et de contrôle sont également nommés pour une durée renouvelable durant laquelle il ne peut être mis fin à leurs fonctions qu'à leur demande ou, sur proposition du chef du service de l'inspection générale concernée, en cas d'empêchement ou de manquement à leurs obligations déontologiques.

L'AAEENA soutient que ces dispositions méconnaissent le principe d'indépendance des agents des inspections générales de l'Etat, non encore consacré par le Conseil constitutionnel mais découlant de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, éventuellement combiné avec son article 16.

Le caractère législatif de ces dispositions n'a rien d'évident. Il ne coule en effet pas de source de considérer que les règles qu'elles énoncent concernent les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils de l'Etat et relèvent par suite de la compétence du législateur selon l'article 34 de la Constitution. Cette notion semble recouvrir selon la

jurisprudence tant constitutionnelle qu'administrative des règles très transversales revêtant un caractère principal essentiel comme la reconnaissance d'un droit à pension pour les anciens fonctionnaires⁴, le droit de recevoir une rémunération après service fait⁵, celui d'être affecté à un emploi pour exercer les missions afférentes au grade que le fonctionnaire détient dans son corps⁶ ou la fixation de l'âge de la retraite des fonctionnaires⁷. En outre, l'existence même de la plupart des inspections générales n'a aujourd'hui aucune assise législative⁸, même si la possibilité de nommer des membres des corps d'inspection et de contrôle⁹ au tour extérieur et la commission chargée d'apprécier l'aptitude des intéressés à exercer les fonctions d'inspecteur général ou de contrôleur général sont fixées par l'article 8 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public. La plupart des inspections, placées sous l'autorité d'un ministre, sont instituées par décret et les règles garantissant l'indépendance de leurs membres dans l'exercice de leurs missions sont définies dans des décrets voire dans des instruments de droit souple telles que des chartes de déontologie.

Même si cela n'est guère orthodoxe, leur caractère législatif nous semble néanmoins devoir être admis au stade de l'examen de la QPC dans votre office de juge du filtre dès lors que la question de leur nature législative est étroitement liée à celle du caractère nouveau et sérieux de la QPC soulevée par l'AAEENA : si le Conseil constitutionnel venait à consacrer le principe constitutionnel invoqué par la requérante, il semblerait logique de considérer que les garanties d'indépendance des agents des inspections générales de l'Etat doivent être définies par le législateur. Or nous allons vous proposer dans un instant de renvoyer la question posée au regard de son caractère nouveau.

Le Conseil constitutionnel a déjà fait application à plusieurs reprises de l'article 15 de la Déclaration de 1789 aux termes duquel « *La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* », qui est invocable en QPC (décision n° 2016-599 QPC du 2 décembre 2016, paragr. 11 et 12) et qu'il a mobilisé, seul ou en combinaison avec d'autres articles de la Déclaration, pour dégager notamment le principe de sincérité budgétaire, les objectifs de valeur constitutionnelle de bon emploi des deniers publics et de bonne administration de la justice et les droits d'accès aux documents d'archives publiques et aux documents administratifs.

⁴ CC, décision n° 85-200 du 16 janvier 1986, § 8.

⁵ CE, Assemblée, 7 décembre 1962, *Fédération générale des fonctionnaires CGT-FO*, n° 54979, au Recueil, p. 667.

⁶ CE, Assemblée, 28 décembre 2009, *Syndicat national du travail, de l'emploi et de la formation CFTD*, n° 316479, au Recueil.

⁷ CC, décision n° 84-179 DC du 12 septembre 1984.

⁸ Sont instituées par décret l'IGA, l'inspection générale de l'éducation, du sport et de la recherche, l'inspection générale des affaires culturelles, le conseil général de l'alimentation, de l'agriculture et des espaces ruraux, l'inspection générale des affaires étrangères, le conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, l'inspection générale de la justice, l'inspection générale de l'agriculture... L'IGF (article 31 de l'ordonnance n° 58-896 du 23 septembre 1958 relative à des dispositions générales d'ordre financier et article 43 de la loi n° 96-314 du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier) et l'IGAS (article 42 de la loi n° 96-452 du 28 mai 1996 portant diverses mesures d'ordre sanitaire, social et statutaire) font exception.

⁹ A l'exception de ceux de ces corps dont la mission le justifie et dont la liste est déterminée par décret en Conseil d'Etat, soit l'IGF, l'IGAS et l'IGA.

Il n'en a en revanche jamais tiré le principe d'indépendance des agents des inspections générales de l'Etat que l'AAEENA aimerait voir consacré.

Le caractère nouveau d'une QPC peut découler de ce qu'elle suppose de prendre parti sur l'existence même d'une règle ou d'un principe de valeur constitutionnelle (voir par exemple : 4/5 SSR, 21 septembre 2011, *G...*, n° 350385-350386-350387, aux Tables ; 2/7 SSR, 23 juillet 2012, *Syndicat de défense des fonctionnaires*, n° 356381 356386, aux Tables). Dans ce cas, il vous arrive de renvoyer la question au Conseil constitutionnel comme nouvelle alors même que le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de faire application de l'article de la Déclaration dont il est soutenu que découle le principe constitutionnel invoqué (6/1 SSR, 17 décembre 2010, *Le Normand de Bretteville*, n° 343752, aux Tables ; 6/1 SSR, 8 avril 2011, *Association pour le droit à l'initiative économique*, n° 345637, aux Tables). L'admission du caractère nouveau et le renvoi de la question n'ont cependant rien d'automatique dès lors qu'est invoqué un nouveau principe constitutionnel à faire dégager par le Conseil constitutionnel et vous conservez en ce cas un rôle de filtre et la possibilité de refuser le renvoi de la question lorsque la consécration du nouveau principe par le Conseil constitutionnel vous semble fort peu plausible (voir, pour l'invocation d'un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République : 8/3 SSR, 30 mai 2012, *GFA Fielouse-Cardet*, n° 355287, aux Tables) ou lorsque le principe invoqué est dépourvu de tout rapport avec la disposition législative contestée (10/9 CHR, 30 janvier 2017, *M. et Mme F...*, n° 400996).

En l'espèce, le principe invoqué n'est à l'évidence pas sans rapport avec les dispositions législatives critiquées et son rattachement à l'article 15 peut trouver un indice dans votre jurisprudence. Vous avez en effet cité, dans votre décision de Section *Syndicat Force ouvrière Magistrats et autres* (23 mars 2018, n° 406066 406497 406498 407474, au Recueil), les articles 15 et 16 de la Déclaration pour apprécier le bien-fondé des moyens mettant en cause la conformité des dispositions du décret créant l'inspection générale de la justice à l'indépendance de l'autorité judiciaire, laissant implicitement entendre, comme l'indiquait Louis Dutheillet de Lamothe dans ses conclusions sur cette affaire, que « l'existence d'une faculté d'inspection des juridictions et des magistrats peut (...) se rattacher à l'article 15 de la Déclaration »¹⁰. Et l'assemblée générale du Conseil d'Etat avait déjà fait un tel lien dans un avis public en 2009¹¹.

Même si on comprend naturellement l'intérêt que les agents chargés de fonctions d'inspection générale soient assurés de leur indépendance afin qu'ils soient à même d'accomplir leur mission en formulant analyses et propositions exemptes de toute pression susceptible d'altérer leur objectivité, la consécration d'un tel principe constitutionnel d'indépendance ne s'impose pas d'évidence alors que l'existence même des inspections générales n'est à ce jour pas exigée par les normes constitutionnelles. L'exigence constitutionnelle de transparence et de contrôle de l'action de l'administration peut trouver de multiples déclinaisons sans qu'il soit évident que la modalité particulière que constitue

¹⁰ Voir aussi : Sophie Roussel et Charline Nicolas, *Indépendance des juridictions : deux poids, deux mesures ?*, AJDA 2018, p. 966.

¹¹ Assemblée générale – Avis n°382.293 – 19 février 2009, rapport public 2009, p. 398-400.

l'existence de services d'inspection internes à l'administration soit requise¹². Au demeurant, l'existence même de la plupart des inspections générales de l'Etat est, comme nous l'avons déjà indiqué, aujourd'hui seulement prévue par des dispositions réglementaires et la plupart des collectivités territoriales sont dénuées de telles structures d'inspection¹³.

Il nous semble cependant qu'il revient au Conseil constitutionnel de trancher la question et vous pourrez la renvoyer comme présentant un caractère nouveau au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, sans qu'il soit besoin de vous prononcer sur le caractère sérieux de l'argumentation relative à la méconnaissance de ce principe. Nous nous bornerons sur ce point à souligner que les différentes critiques adressées aux dispositions contestées sont d'inégale valeur, la plus consistante étant à nos yeux celle leur reprochant de sembler réduire les exigences d'indépendance et d'impartialité aux seuls recrutement, nomination et affectation des agents exerçant des fonctions d'inspection générale, en faisant l'impasse sur ce qui est sans doute le plus important, à savoir la garantie de leur indépendance tout au long de l'exercice de leurs fonctions.

Nous pouvons en venir aux critiques qu'adressent les organisations requérantes aux dispositions de l'ordonnance relatives à la fonctionnalisation des auditeurs au Conseil d'Etat et à la Cour des comptes. Ces dispositions suppriment les grades d'auditeur et les remplacent par un statut d'emploi d'auditeur d'une durée de trois ans, accessible aux administrateurs de l'Etat et aux membres des corps et cadres d'emplois de niveau comparable justifiant d'au moins deux ans d'expérience préalable, après passage devant un comité composé de façon paritaire de membres de chacune des juridictions¹⁴ et de personnalités qualifiées. Afin, indique le rapport au Président de la République, d'octroyer aux auditeurs « des garanties d'indépendance équivalentes à celles des membres » des deux juridictions¹⁵, il est prévu qu'il ne peut être mis fin à leurs fonctions qu'à leur demande ou pour motif disciplinaire et sur proposition, respectivement, de la commission supérieure du Conseil d'Etat ou du conseil supérieur de la Cour des comptes. Au terme de leurs trois ans de service, les auditeurs peuvent être nommés maîtres des requêtes ou conseillers référendaires sur proposition d'une commission d'intégration composée de façon paritaire par des membres de la juridiction et de personnalités qualifiées, qui arrête, par ordre de mérite, la liste des candidats retenus pour l'intégration.

Il est soutenu que ces dispositions, dont la nature législative ne fait pas de doute compte tenu des fonctions juridictionnelles exercées par les intéressés, méconnaissent les

¹² Voir sur ce point : Jean-Luc Pissaloux, *Les inspections générales au sein de l'administration française : structures, fonctions et évolution*, Revue française d'administration publique, 2015/3, n° 155, pp. 601-622.

¹³ Il n'est par ailleurs pas interdit de penser qu'affirmer un principe d'indépendance d'inspections générales internes à l'administration et placées sous l'autorité d'un ministre ne va pas de soi...

¹⁴ La Cour des comptes est une juridiction administrative dont l'indépendance est constitutionnellement protégée alors même que certaines de ses missions, notamment de vérification des comptes et de la gestion, ne revêtent pas un caractère juridictionnel : décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, § 106.

¹⁵ Il faut noter à cet égard une différence entre les auditeurs du Palais Royal et ceux de la rue Cambon : les premiers seront toujours membres du Conseil d'Etat (article L. 121-2 du CJA resté inchangé) alors que les seconds ne seront plus membres de la Cour des comptes, mais concourront seulement à l'exercice de ses missions (article L. 112-1 du code des juridictions financières dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 2 juin 2021).

principes d'indépendance et d'impartialité indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles, dès lors que la soumission des auditeurs à une sorte de période probatoire de longue durée, à l'issue de laquelle leur nomination comme maître des requêtes ou conseiller référendaire ne sera pas automatique, serait de nature à altérer inévitablement leur indépendance vis-à-vis des autorités, politiques comme internes à chaque juridiction, qui nommeront les membres de la commission chargée de proposer le cas échéant leur intégration, les perspectives de carrière risquant de compromettre leur objectivité professionnelle, alors même que leur inamovibilité durant l'auditorat sauf motif disciplinaire est garantie.

La ministre de la transformation et de la fonction publiques fait valoir en défense que cette modalité de recrutement n'est pas inédite dès lors qu'elle existe déjà pour les maîtres des requêtes en service extraordinaire au Conseil d'Etat et les rapporteurs extérieurs à la Cour des comptes, devenus conseillers référendaires en service extraordinaires avec l'ordonnance du 2 juin 2021, lesquels peuvent être intégrés à l'issue de plusieurs années de service. Cela ne vaut certes pas brevet de constitutionnalité de ce dispositif sur lequel le Conseil constitutionnel ne s'est jamais prononcé mais donne néanmoins matière à comparaison. Les candidats admis à une intégration directe dans la magistrature judiciaire doivent également suivre une formation probatoire organisée par l'Ecole nationale de la magistrature comportant un stage en juridiction et le Conseil constitutionnel n'a rien trouvé à redire à cette disposition lors de son introduction à l'article 25-3 de l'ordonnance organique puis lors de sa modification¹⁶ On peut aussi mentionner que la Cour européenne des droits de l'homme a déjà admis que le mode de désignation de juges de district britanniques à l'issue d'une période de travail en tant que juge suppléant était compatible avec les exigences posées à l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, 25 août 2005, *Clarke c. Royaume-Uni*, n° 23695/02).

La ministre fait aussi valoir que l'exercice par les auditeurs de leurs fonctions juridictionnelles est gouverné par l'ensemble des règles applicables aux magistrats et au travail juridictionnel, au premier plan desquelles la collégialité (articles L. 3 du code de justice administrative et L. 141-1 du code des juridictions financières) et le secret du délibéré (articles L. 8 du code de justice administrative et L. 142-1-2 du code des juridictions financières), qui sont protectrices de l'indépendance de chacun de ceux investis de ces fonctions juridictionnelles.

L'AAEENA fait cependant valoir dans son mémoire en réplique que les garanties que présentent les dispositions contestées au regard des principes d'indépendance et d'impartialité indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles ne sont pas équivalentes à celles offertes par celles auxquelles elles se substituent, constituant ainsi une régression qui ne saurait être admise, en s'inspirant de l'arrêt de la Grande Chambre de la CJUE du 20 avril 2021 *Repubblika c/ II Prim Ministru* (C-896/19) qui juge, à propos des modalités de nomination des juges à Malte, « qu'un Etat-membre ne saurait (...) modifier sa législation de manière à entraîner une régression de la protection de la valeur de l'Etat de droit » et que « les États membres sont ainsi tenus de veiller à éviter toute régression, au regard de cette valeur,

¹⁶ Décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, § 39 à 41 ; décision n° 2007-551 DC du 1er mars 2007, § 2.

de leur législation en matière d'organisation de la justice, en s'abstenant d'adopter des règles qui viendraient porter atteinte à l'indépendance des juges »¹⁷.

Un tel principe de non régression en matière d'indépendance de l'exercice de fonctions juridictionnelles n'ayant jamais été consacré par le Conseil constitutionnel, **il nous semble que vous pourriez opportunément renvoyer comme nouvelle la QPC** portant sur les dispositions du 7° de l'article 7, du 13° de l'article 7 en tant qu'il crée les articles L. 133-12-1 et L. 133-12-2 du code de justice administrative et du *a* du 1° et du 2° de l'article 8 de l'ordonnance attaquée.

Sont également critiquées les dispositions relatives à la composition et au fonctionnement de la commission d'intégration, dont le rôle est essentiel, dès lors que c'est sur sa proposition que sont nommés les maîtres des requêtes et les conseillers référendaires issus des viviers des auditeurs et des maîtres des requêtes et conseillers référendaires en service extraordinaire, y compris ceux issus de la nouvelle voie d'accès dite « action publique » créée par l'article 9 de l'ordonnance dont nous allons vous entretenir dans un instant. Elles le sont en ce qu'elles ne comporteraient pas de garanties suffisantes permettant de garantir l'indépendance et l'impartialité des membres des juridictions et seraient ainsi entachées d'incompétence négative.

Les dispositions en cause prévoient que la commission d'intégration est composée, pour le Conseil d'Etat comme pour la Cour des comptes, de trois membres de la juridiction, dont le chef de corps qui nomme les deux autres, et de trois personnalités qualifiées nommées par les présidents de la République, du Sénat et de l'Assemblée nationale. Le mandat des membres de la commission, à l'exception de celui du chef de corps, est de quatre ans et n'est pas renouvelable immédiatement.

La circonstance, critiquée, que la commission d'intégration comporte des personnalités qualifiées nommées par des autorités politiques ne nous paraît pas en elle-même problématique. Une telle pratique semble compatible avec les jurisprudences convergentes de la CJUE comme de la CEDH¹⁸, *a fortiori* dès lors qu'il est prévu que « les membres de la commission doivent présenter des garanties d'indépendance et d'impartialité propres à

¹⁷ § 63 à 65.

¹⁸ L'indépendance de la justice ne résulte pas de la procédure de nomination des magistrats, dont il faut observer qu'elle relève dans la plupart des pays européens du pouvoir exécutif, mais de la garantie qu'une fois nommés, ces magistrats puissent exercer leurs fonctions en toute liberté et qu'ils « ne reçoivent ni pressions ni instructions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles » (CEDH, 9 novembre 2006, *Sacilor Lormines c. France*, n° 65411/01) ou encore qu'ils « se trouvent à l'abri d'éventuelles tentations de céder à des interventions ou à des pressions extérieures susceptibles de mettre en péril leur indépendance » (CJUE, grande chambre, 24 juin 2019, *Commission/Pologne*, C-619/18, § 112 ; CJUE, Grande chambre, 19 novembre 2019, *A. K. e.a.*, C-585/18, C-624/18 et C-625/18, § 125 ; CJUE, grande chambre, 20 avril 2021, *Repubblika c/ II Prim Ministru*, C-896/19, § 55) dès lors toutefois que les conditions de fond et les modalités procédurales présidant à l'adoption des décisions de nomination soient telles qu'elles ne puissent pas faire naître, dans l'esprit des justiciables, des doutes légitimes quant à l'imperméabilité des juges concernés à l'égard d'éléments extérieurs et à leur neutralité par rapport aux intérêts qui s'affrontent, une fois les intéressés nommés (CEDH, Grande chambre, 1^{er} décembre 2020, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande*, § 134). Un organe collégial appelé à donner un avis portant sur l'évaluation des candidats à un poste de juge doit cependant être lui-même suffisamment indépendant des pouvoirs législatif et exécutif et de l'autorité à laquelle il est appelé à soumettre un avis (CJUE, grande chambre, 20 avril 2021, *Repubblika c/ II Prim Ministru*, C-896/19, § 66).

prévenir toute interférence des autorités législatives ou exécutives dans les délibérations de la commission ou tout conflit d'intérêts », même si cette disposition peut sembler relever de la pétition de principe. On peut au demeurant relever que le Conseil supérieur de la magistrature, la commission supérieure du Conseil d'Etat¹⁹, le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel²⁰, le Conseil supérieur de la Cour des comptes²¹ et le Conseil supérieur des chambres régionales des comptes²² comportent aussi, certes en proportion moindre, des personnalités qualifiées nommées de la même manière.

Celle que les membres de la commission qui sont membres du Conseil d'Etat ou de la Cour des comptes ne soient pas élus par leurs pairs n'est certainement pas davantage contraire aux exigences constitutionnelles.

Les organisations requérantes mettent aussi en cause l'incompétence négative résultant de ce que l'ordonnance s'abstient de désigner le président de la commission et de prévoir des modalités de départage des voix de ses membres alors qu'ils sont en nombre pair. Il est vrai qu'un tel choix peut sembler étrange, dès lors qu'il présente le risque, en cas de blocage résultant d'une commission également divisée, qu'aucune nomination ne puisse intervenir, mettant en péril le fonctionnement des juridictions²³. La comparaison faite par la ministre de la transformation et de la fonction publiques avec le cas très spécifique du Tribunal des conflits nous semble peu pertinente dès lors qu'on comprend bien la nécessité que la composition de celui-ci soit paritaire entre membres des deux ordres de juridiction.

Dès lors que la composition et le fonctionnement de la commission d'intégration relèvent du domaine de la loi s'agissant de garanties entourant la nomination des membres de juridictions administratives, la critique d'incompétence négative ne semble pas dénuée de consistance. Encore faut-il, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit²⁴. Il est permis de douter qu'un tel choix, sans nul doute, à nos yeux, administrativement inopportun, soit nécessairement de nature à affecter par lui-même les principes d'indépendance et d'impartialité indissociables de l'exercice des fonctions juridictionnelles, sauf à considérer que l'absence de majorité donnée aux membres des juridictions dans la commission d'intégration, ou à tout le moins de voix prépondérante accordée à leur chef de corps, méconnaisse par elle-même ces principes, ce qui est tout sauf certain, étant rappelé que d'autres modes de nomination de membres des juridictions, comme le tour extérieur qui demeure pour les conseillers d'Etat et les conseillers maîtres, sont entourés de garanties bien moindres et que les magistrats judiciaires sont minoritaires au sein du Conseil supérieur de la magistrature²⁵.

¹⁹ Article L. 132-1 du code de justice administrative.

²⁰ Article L. 232-4 du code de justice administrative.

²¹ Article L. 120-14 du code des juridictions financières.

²² Article L. 212-17 du code des juridictions financières.

²³ L'exemple du conseil général du pouvoir judiciaire espagnol, chargé de la nomination des juges siégeant dans les hautes cours de justice du pays et bloqué dans son fonctionnement depuis trois ans car l'élection de ses membres par Parlement à une majorité renforcée des trois cinquièmes se heurte à l'absence de consensus politique montre que le blocage d'une institution jouant un rôle dans la nomination de magistrats n'est pas une hypothèse d'école.

²⁴ Décision n° 2012-254 QPC du 18 juin 2012, § 3.

²⁵ Même si la composition du CSM est fixée par la Constitution elle-même (article 65) si bien que cela ne

La question nous semble cependant mériter d'être tranchée par le Conseil constitutionnel et vous pourriez lui renvoyer en utilisant le critère alternatif de la question nouvelle les questions dirigées contre les dispositions du 13° de l'article 7 de l'ordonnance attaquée en tant qu'il crée les articles L. 133-12-3 et L. 133-12-4 du CJA et du 16° de son article 8 en tant qu'il crée les articles L. 122-9 et L. 122-10 du CJF. Comme le rappelait notre collègue Cécile Barrois de Sarigny à ce pupitre il y a quelques jours²⁶, le critère souple et fonctionnel de la question nouvelle vous permet notamment transmettre une question qui, sans être manifestement sérieuse, soulève des questions présentant un intérêt particulier, compte tenu de leur champ ou de la portée qu'elle pourrait conduire à donner à un principe constitutionnel²⁷.

L'USMA porte aussi le fer contre les dispositions introduites par le 11° de l'article 7 de l'ordonnance, qui modifie l'article L. 133-9 du CJA en prévoyant que puissent être nommés comme maître des requêtes en service extraordinaire des agents contractuels de droit public et des personnes dont la qualification et l'expertise particulières sont utiles aux activités et aux missions du Conseil d'Etat, lesquelles dispositions interviennent bien dans le domaine de la loi. Selon l'USMA, la possibilité de nommer comme MRSE des non-fonctionnaires, y compris des personnes qui ne sont pas des agents publics, qui en cas de non intégration à l'issue des quatre années de service, n'ont aucune garantie d'emploi, méconnaît le principe d'indépendance indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles, ces dispositions étant en outre entachées d'incompétence négative faute de préciser les missions, juridictionnelles ou consultatives, auxquelles ces personnes peuvent être affectées.

Le Conseil constitutionnel a jugé, à propos de l'extension des fonctions pouvant être exercées par les magistrats administratifs honoraires, que s'il résulte des principes d'indépendance et d'impartialité que « les fonctions de magistrat de l'ordre administratif doivent en principe être exercées par des personnes qui entendent y consacrer leur vie professionnelle », « ces principes ne font pas obstacle à ce que, pour une part limitée, des fonctions normalement réservées aux magistrats administratifs en activité puissent être exercées à titre temporaire par des personnes qui n'entendent pas pour autant embrasser une telle carrière à condition que, dans cette hypothèse, des garanties appropriées permettent de satisfaire aux principes d'indépendance et d'impartialité. Il importe à cette fin que les intéressés soient soumis aux droits et obligations applicables à l'ensemble des magistrats, sous la seule réserve des dispositions spécifiques qu'impose l'exercice à titre temporaire de leurs fonctions » (décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, § 116). Il n'est cependant pas certain que cette décision soit transposable à des personnes nommées pour une durée limitée dans les fonctions de MRSE ou de CRSE.

préjuge pas directement de la constitutionnalité de dispositions législatives prévoyant qu'une instance jouant un rôle déterminant dans la nomination de magistrats comporte une proportion minoritaire de magistrats.

²⁶ Dans ses conclusions sous : 5/6 CHR, 16 septembre 2021, *Société Coyote Système*, n° 453763.

²⁷ 1/6 SSR, 10 novembre 2010, *Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux*, n° 340106 ; 1/6 SSR, 9 novembre 2015, *Medef*, n° 392476. Dans ses conclusions sous cette dernière décision, Jean Lessi évoquait « l'utilisation de la nouveauté comme soupape ».

Vous avez déjà admis la possibilité de recruter des agents contractuels de droit public pour exercer des fonctions juridictionnelles mais c'était dans le cas du détachement dans le corps des conseillers de chambre régionale des comptes de militaires sous contrat qui sont soumis au statut général des militaires (6/1 SSR, 28 novembre 2014, *Syndicat des juridictions financières*, n° 370579, aux Tables), si bien que la portée générale de cette décision n'est pas certaine.

Notons également que les conseillers d'Etat en service extraordinaire nommés pour exercer des fonctions juridictionnelles²⁸ ne sont pas nécessairement des fonctionnaires ni même des agents publics²⁹.

En l'absence de jurisprudence parfaitement topique sur le sujet, vous pourriez néanmoins juger opportun de renvoyer la question afin qu'elle soit tranchée par le Conseil constitutionnel.

Plusieurs organisations contestent en outre la constitutionnalité des dispositions de l'article 9 de l'ordonnance qui créent une voie particulière d'accès aux fonctions de maître des requêtes en service extraordinaire et de conseiller référendaire en service extraordinaire pour les administrateurs de l'Etat ayant exercé au moins six ans, dans le cadre d'une procédure de sélection relevant de l'Institut national du service public, destinée à apprécier leurs compétences en matière d'action publique et subordonnée à la délibération d'un jury, les postes étant choisis par ordre de mérite. La particularité de cette voie d'accès, qui se substitue à la nomination de maîtres des requêtes et de conseillers référendaires au tour extérieur, est que les MRSE et CRSE recrutés au titre de cette procédure pourront être intégrés au grade de MR ou CR, sur proposition de la commission d'intégration, après avoir exercé pendant dix-huit mois seulement.

Contrairement à ce que soutient l'AMCC, il résulte des termes mêmes de l'article 9 que le nombre des recrutements effectués par la voie de cette procédure est fixé annuellement par arrêté du Premier ministre sur propositions du vice-président du Conseil d'Etat et du premier président de la Cour des comptes, si bien que le Premier ministre, tenu par ces propositions³⁰, ne pourra pas augmenter sans limite le nombre de personnes ainsi nommées.

L'absence de définition par l'ordonnance de la composition du jury dont l'article 9 prévoit qu'il sélectionne les candidats et les classe par ordre de mérite n'entache pas celle-ci d'incompétence négative, celle-ci pouvant être établie par le pouvoir réglementaire (soulignons qu'il s'agit là d'un jury établissant le classement sur la base duquel les candidats

²⁸ Article L. 121-4 du CJA tel que modifié par l'article 62 de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016.

²⁹ L'article L. 121-4 du CJA dispose qu'ils sont choisis parmi les personnes que leur compétence et leur activité dans le domaine du droit qualifient particulièrement pour l'exercice de ces fonctions et doivent seulement justifier de vingt-cinq années au moins d'activité professionnelle. L'article L. 112-5 du code des juridictions financières dispose en outre « *des personnes dont l'expérience et l'expertise particulières sont nécessaires aux activités et missions de la Cour des comptes peuvent être nommées conseillers maîtres en service extraordinaire (...) ou conseillers référendaires en service extraordinaire (...)* », mais ce n'est pas comparable car ils ne peuvent exercer de fonctions juridictionnelles.

³⁰ Section, 10 mars 1950, *D...*, p. 157 ; JRCE, 28 décembre 2004, *Ecole inter-régionale d'avocats des ressorts des cours d'appel de Besançon, Dijon et Reims*, n° 275606, aux Tables ;

pourront être nommés dans les fonctions de MRSE ou de CRSE et non intégrés dans les corps des membres du Conseil d'Etat et de la Cour des comptes).

L'AMCC soutient en outre qu'en prévoyant qu'au moins une nomination de conseiller référendaire en service extraordinaire dans le grade de conseiller référendaire soit réservée soit à un conseiller référendaire en service extraordinaire recruté en application de cette nouvelle voie d'accès, **l'article 9 serait contraire au principe d'égalité de traitement des fonctionnaires dans le déroulement de leur carrière** garanti par l'article 6 de la Déclaration de 1789³¹ dès lors qu'il pourrait conduire à ce que soit nommé conseiller référendaire un CRSE ne remplissant pas les conditions d'aptitude et de compétence souhaitées et moins qualifié que les autres CRSE ou les auditeurs, dont l'intégration n'est pas de droit.

Outre que l'ordonnance nous semble affectée d'une malfaçon sur ce point dès lors qu'elle ne précise pas la périodicité selon laquelle au moins une nomination est réservée aux MRSE recrutés en application de cette nouvelle procédure, si bien que la disposition critiquée nous paraît en réalité inapplicable faute de cette précision essentielle, la critique n'est en tout état de cause pas sérieuse.

Selon le Conseil constitutionnel, le principe d'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des fonctionnaires n'est susceptible de s'appliquer qu'entre les agents appartenant à un même corps³² et vous jugez que ce principe ne s'applique pas à la définition des modalités de nomination dans un statut d'emploi d'agents appartenant à des corps différents³³. Votre jurisprudence admet la prise en compte de différences de grade, d'indice ou d'ancienneté entre agents d'un même corps, d'un même cadre d'emplois ou dotés d'un même emploi, pour instituer des conditions d'intégration différentes entre ces agents, dès lors que ces différences ne s'appliquent qu'à l'entrée dans le corps et que la carrière des agents recrutés par différentes voies est ensuite régie par les mêmes dispositions³⁴.

Les questions mettant en cause la conformité de l'article 9 de l'ordonnance aux droits et libertés garantis par la Constitution, qui ne sont pas nouvelles, ne sont donc pas davantage sérieuses.

L'AMCC développe également une critique générale quant à l'absence de limitation du nombre de personnes recrutées sur emploi au sein de la Cour des comptes, qu'il s'agisse des auditeurs, des conseillers référendaires en service extraordinaires visés à l'article L. 112-7 (ex-rapporteurs extérieurs) ou de ceux nommés selon la procédure instituée par l'article 9 ou encore des conseillers maîtres en service extraordinaire. Il est vrai qu'ainsi que nous l'avons déjà évoqué, le Conseil constitutionnel a jugé que ce n'est que pour une part limitée que des fonctions normalement réservées aux magistrats administratifs en activité peuvent être exercées à titre temporaire par des personnes qui n'entendent pas pour autant

³¹ Décision n° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010, § 20.

³² Décision n° 2011-134 QPC du 17 juin 2011, cons. 22.

³³ 8/3 SSR, 11 janvier 2002, *Union nationale des affaires sociales CGT et autres c/ Premier ministre*, n° 225597, au Recueil.

³⁴ 4/1 SSR, 21 novembre 1984, *B...*, n° 40885, aux Tables ; 3/5 SSR, 27 avril 1994, *Association de défense des ingénieurs territoriaux et autres*, n°116043, au Recueil.

embrasser une telle carrière mais c'était à propos de l'extension des fonctions pouvant être exercées par les magistrats administratifs honoraires et il n'est pas certain que sa jurisprudence s'applique de la même façon aux fonctionnaires détachés dans le corps des CESE ou des CMSE. En tout état de cause, **les seules dispositions contestées de l'ordonnance ne donnent pas prise à une telle critique.**

L'USMA et le SJA critiquent enfin les articles 23° et 24° de l'article 7 de l'ordonnance qui renforcent les obligations de mobilité des magistrats administratifs.

La réforme est double :

- En premier lieu, l'ordonnance instaure une obligation de mobilité statutaire d'au moins deux ans pour le passage au grade de premier conseiller. Seront cependant réputés avoir accompli cette mobilité, d'une part, les magistrats justifiant, avant leur nomination en cette qualité, d'une expérience professionnelle dans le secteur public ou le secteur privé d'une durée d'au moins quatre ans dans des fonctions d'un niveau équivalent à celles de la catégorie A, soit les magistrats issus des concours internes, et, d'autre part, les élèves ayant choisi le corps des conseillers de TA à la sortie de l'Institut national du service public, lequel se substitue à l'ENA, qui devront justifier d'au moins deux ans de service effectif dans le corps des administrateurs de l'Etat, pour être nommés dans le corps. Seuls seront donc en pratique concernés les magistrats administratifs issus du concours spécifique externe.
- En second lieu, la possibilité de déroger à l'obligation de mobilité statutaire obligatoire pour l'accès au grade de président en exerçant des fonctions juridictionnelles pendant trois ans dans une cour administrative d'appel, qui avait été instaurée lors de la création des CAA³⁵, est supprimée.

Les organisations syndicales soutiennent que cette double obligation de mobilité, qui relève bien du domaine de la loi, méconnaît les principes d'indépendance et d'impartialité indissociables de l'exercice des fonctions juridictionnelles garantis par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789³⁶ car elle conditionne le déroulement de leur carrière au bon vouloir de l'administration et porte atteinte au principe selon lequel les fonctions de magistrat de l'ordre administratif doivent, en principe, être exercées par des personnes qui entendent y consacrer leur vie professionnelle³⁷. Ce faisant elles ne peuvent être regardées comme posant une question sérieuse. L'imposition d'une obligation de mobilité à des magistrats, qui existe de longue pour les magistrats administratifs, ne porte pas par elle-même atteinte à leur indépendance. Une obligation de mobilité existe chez les magistrats judiciaires : ainsi doivent-ils accomplir une période dite de mobilité statutaire au cours de laquelle ils exercent des fonctions différentes de celles normalement dévolues aux membres du corps judiciaire pour accéder aux emplois placés hors hiérarchie³⁸ et le Conseil constitutionnel a estimé que les dispositions de la organique n° 2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats ayant institué cette

³⁵ Sur cette disposition, voir : 4/1 CHR, 22 mars 2021, *USMA*, n° 438202.

³⁶ Décision n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017, § 31.

³⁷ Décision n°2019-778 DC du 21 mars 2019, § 116.

³⁸ Article 76-4 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

obligation n'appelaient pas de remarque de constitutionnalité (décision n° 2007-551 DC du 1er mars 2007, § 20). Certes, l'administration dans laquelle les magistrats administratifs peuvent être détachée est susceptible d'être justiciable de la juridiction dans laquelle ils exercent mais cette situation, qui appelle l'application des règles traduisant le principe d'impartialité, ne méconnaît pas par elle-même le principe d'indépendance qui s'attache à l'exercice des fonctions juridictionnelles. Les deux mobilités imposées étant d'une durée minimale de deux ans chacune, durée à mettre en rapport avec la durée d'une carrière supérieure à 40 ans, il ne saurait, sérieusement être soutenu qu'elles portent atteinte au principe de magistrature de carrière, à supposer même que l'existence d'une obligation de mobilité soit susceptible d'y porter atteinte. En n'assignant pas de durée maximale à ces mobilités et ne définissant pas leurs modalités, le législateur n'a pas méconnu sa compétence.

Le SJA souligne en outre la difficulté plus grande à laquelle seront confrontés les magistrats administratifs résidant en province pour satisfaire aux obligations de mobilité, difficulté indéniable, d'une part en raison de la concentration des postes potentiels en région parisienne, d'autre part dès lors qu'une telle mobilité statutaire suppose *de facto* le plus souvent une mobilité géographique en raison des règles d'incompatibilité posées par L. 231-5 du CJA, applicables aux retours de mobilité statutaire ou de détachement³⁹. Mais outre que l'ordonnance assouplit les règles d'incompatibilité en question⁴⁰, il ne saurait résulter de cette difficulté une méconnaissance du principe d'égalité, lequel n'impose pas de traiter différemment des situations différentes, si bien que ne saurait davantage être retenue l'argumentation des deux organisations selon laquelle l'exercice d'une mobilité pénaliserait davantage les femmes, cette inégalité ne résultant au demeurant pas de la loi elle-même.

Pour les raisons déjà indiquées et *a fortiori*, le grief fait par l'USMA au 17° de l'article 7 de l'ordonnance modifiant l'article L. 233-2 du CJA pour prévoir que les élèves de l'INSP issus du concours externe choisissant l'affectation dans les TA à la fin de la scolarité doivent exercer deux ans au moins dans le corps des administrateurs de l'Etat avant d'être nommé dans le corps des conseillers de TA et affecté en juridiction de porter atteinte à la séparation des pouvoirs et à l'indépendance des magistrats administratifs ne peut être regardé comme sérieux.

De même, **l'AMCC ne saurait davantage sérieusement soutenir que l'obligation de mobilité statutaire instaurée, par le b du 13° de l'article 8 de l'ordonnance modifiant l'article L. 122-3 du code des juridictions financières**, pour l'accès des conseillers référendaires à la Cour des comptes au grade de conseiller maître porterait par elle-même atteinte au principe d'indépendance des membres de la Cour en faisant dépendre leur carrière d'employeurs soumis au contrôle des juridictions financières. S'il peut paraître étrange que l'ordonnance, à la différence des dispositions déjà évoquées relatives aux obligations de mobilité des magistrats administratifs, ne définisse pas sa durée minimale, elle n'en est pas

³⁹ La tentative de modification de sa rédaction actuelle a échoué en raison de la censure du Conseil constitutionnel (décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, § 120 à 124).

⁴⁰ Au 14° de son article 7, d'une part, en supprimant de la liste d'incompatibilités définie à l'article L. 231-5 du CJA les fonctions de délégué du préfet dans un arrondissement et de directeur régional ou départemental d'une administration publique de l'Etat et, d'autre part, en substituant dans cette liste la fonction de « directeur général des services dans une collectivité territoriale de plus de 100 000 habitants » à la notion beaucoup plus large de « fonction de direction dans une collectivité territoriale ».

pour autant entachée d'incompétence négative, le renvoi du soin de la définir à un décret en Conseil d'Etat nous paraissant une garantie suffisante.

PCMNC à ce que vous décidiez de :

- renvoyer au Conseil constitutionnel les QPC portant sur les dispositions de l'article 6 de l'ordonnance, des 7° et 11° de son article 7, du 13° du même article 7 en tant qu'il crée les articles L. 133-12-1 à L. 133-12-4 du code de justice administrative, du *a* du 1° et du 2° de son article 8 et du 16° du même article 8 en ce qu'il crée les articles L. 122-9 et L. 122-10 du code des juridictions financières ;
- ne pas renvoyer au Conseil constitutionnel les autres QPC ;
- surseoir à statuer sur les quatre requêtes jusqu'à ce que le Conseil Constitutionnel ait statué.