

N° 473461
Mme N...

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 10 juillet 2023
Lecture du 19 juillet 2023

CONCLUSIONS

M. Jean-François de MONTGOLFIER, Rapporteur public

Après avoir pris sa retraite de magistrat administratif, Mme N... a envisagé d'exercer la profession d'avocat et elle a saisi le vice-président du Conseil d'Etat afin que soit appréciée la compatibilité de cette activité libérale avec les fonctions qu'elle a exercées au cours des trois années précédentes dans la juridiction administrative. Le 29 août 2022, le président de la Haute autorité de la transparence de la vie publique (HATVP) a émis un avis de compatibilité assorti de plusieurs réserves, notamment l'interdiction de présenter des écritures ou de paraître à l'audience devant le tribunal administratif de Paris jusqu'au 31 août 2024, et devant le tribunal administratif de Caen jusqu'au 20 juin 2025. Le 3 novembre, le secrétaire général du Conseil d'Etat a informé Mme N... qu'elle était autorisée à exercer la profession d'avocat dans le respect des termes de la décision de la HATVP. Après que ses recours gracieux adressés tant à la HATVP qu'au Conseil d'Etat ont été rejetés, Mme N... vous a saisis en excès de pouvoir aux fins de voir annuler ces décisions ainsi que la décision de la Première ministre rejetant implicitement le recours qu'elle présente comme « hiérarchique » contre la décision du Vice-président du Conseil d'Etat.

Le 5 juin suivant, elle vous a saisis par mémoire distinct d'une QPC portant sur l'article L. 231-1 du code de justice administrative et les articles L. 124-5, -12 et -14 du code général de la fonction publique.

Depuis votre décision G... du 4 novembre 2020 A et T¹, vous jugez être compétents pour connaître en premier ressort du recours contre l'avis par lequel la HATVP s'est prononcée sur

¹ CE, 4 novembre 2020, M. G..., n°440963, A.

la compatibilité d'un projet d'activité lucrative privée avec les fonctions précédemment exercées.

En l'espèce, la recevabilité de certaines des conclusions de la requête de Mme N..., enregistrée le 19 avril 2023, ne nous paraît pas certaine et pourrait même rejaillir sur votre compétence mais vous n'êtes pas tenus de statuer sur ces questions avant de vous prononcer sur la demande de renvoi de la QPC et la décision que vous rendrez sur ce point n'en préjugera pas. (Pour la recevabilité : 21 novembre 2014, *Société Mutuelle des transports d'assurance*, 384353, T ; pour la compétence : CE, 3 juin 2019, *Mme V...*, n°424377, T).

L'article L. 231-1 du CJA dispose que les membres des TA et des CAA sont des magistrats dont le statut est régi par le livre 2 de ce code et, « *pour autant qu'elles n'y sont pas contraires, par les dispositions statutaires de la fonction publique de l'Etat* ». Ces dispositions sont issues d'une loi du 12 mars 2012 relatives à la fonction publique². Elles sont de forme et de valeur législative. Vous avez déjà jugé non sérieux des moyens soulevés à l'appui de QPC dirigés contre cette disposition (21 février 2014, *M. M...*, n°359716, T, et 14 octobre 2020, *M. G...*, n°439220, C) mais cela ne vous dispense pas d'examiner cette nouvelle QPC.

Les articles L. 124-5, -12 et -14 du CGFP reprennent respectivement, le IV, le VI et le IX de l'ancien article 25 *octies* de la loi du 13 juillet 1983 portant droit et obligations des fonctionnaires³.

Le premier de ces articles désigne la catégorie d'agents pour lesquels ce contrôle de compatibilité est exercé ; le deuxième définit le contrôle que la HATVP exerce et le troisième détaille les type d'avis qu'elle peut rendre, notamment l'avis sous réserve.

Leur rédaction est pour l'essentiel issue de la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique⁴, laquelle a confié à la HATVP, et non plus à la commission de déontologie, le soins de se prononcer sur la compatibilité des activités lucratives privées exercées par un fonctionnaire qui quitte son corps.

Ainsi recodifiées, ces dispositions sont issues de l'ordonnance du 24 novembre 2021⁵ qui n'a pas été ratifiée alors que le délai d'habilitation a expiré le 6 décembre 2021⁶. Par suite, celles de leurs dispositions qui relèvent du domaine de la loi peuvent faire l'objet d'une QPC (CC, décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020 ; CE, Assemblée, 16 décembre 2020, *Fédération CFDT des Finances et autres*, n°440258, 440289, 440457, A).

*** La QPC formule d'abord un triple moyen d'atteinte au principe d'égalité.**

1° Il est soutenu que ce principe imposerait de traiter les magistrats administratifs différemment des fonctionnaires mais, selon une jurisprudence constante et dernièrement confirmée par la décision n° 2023-1049 QPC, *Sté Nexta 2022*, du 26 mai dernier, le Conseil constitutionnel juge que le principe d'égalité n'impose pas de traiter différemment des personnes qui se trouvent dans des situations différentes⁷.

² n° 2012-347

³ n° 83-634.

⁴ n° 2019-828.

⁵ n° 2021-1574.

⁶ Délai de 24 mois accordé par la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 modifiée de transformation de la fonction publique, prolongé de 4 mois par l'article 14 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 modifiée d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

2° Le mémoire critique ensuite la différence de traitement entre les magistrats qui quittent leur corps pour exercer la profession d'avocat (dont l'activité est soumise au contrôle de compatibilité de la HATVP), et les magistrats nommés en détachement dans une administration, qui ne sont pas soumis à ce contrôle alors qu'ils peuvent rédiger et signer des mémoires devant la juridiction où ils ont servi.

Vous pourriez estimer que le moyen est inopérant car la QPC ne critique pas la disposition législative qui constitue le siège de la différence de traitement en cause⁸. En effet, si la HATVP est compétente pour contrôler la compatibilité seulement en cas de départ d'un fonctionnaire pour exercer des activités lucratives dans une entreprise privée ou une activité libérale, cela résulte de l'article L. 124-4 du CGFP qui n'est pas critiqué.

Nous ne voudrions toutefois pas laisser croire à Mme N... qu'elle aurait plus de chances de succès en présentant une nouvelle QPC dirigée contre cet article et nous vous invitons à juger que le moyen n'est en tout état de cause pas sérieux. Au regard des règles de prévention des conflits d'intérêts, les agents qui quittent leur corps pour exercer une activité privée ne se trouvent pas dans une situation identique à celle des agents en détachement dans une autre administration ou un organisme chargé d'un service public. S'agissant de la situation particulière évoquée par Mme N..., un fonctionnaire qui signe des mémoires contentieux pour le compte de son administration n'est pas un auxiliaire de justice et n'entretient pas, avec la juridiction, les relations professionnelles de même nature que celles qui se nouent entre les magistrats et les avocats.

3° **enfin**, la QPC dénonce la différence de traitement entre les magistrats administratifs et les magistrats de l'ordre judiciaire.

Ce moyen ne peut, là encore, qu'être écarté car la différence de traitement résulte de la Constitution elle-même qui confie à la loi organique le soin de fixer le statut des magistrats de l'ordre judiciaire alors que le statut des magistrats administratifs relève de l'article 34 de la Constitution. Selon une formule employée à plusieurs reprises par le Conseil constitutionnel, le constituant a entendu « *accroître les garanties d'ordre statutaire accordées aux magistrats de l'ordre judiciaire* » (CC : n° 92-305 DC, 21 février 1992, cons. 6 et n° 37 93-336 DC, 27 janvier 1994, cons. 3 ; n° 2001-445 DC, 19 juin 2001, cons. 3 ; n° 2019-778 DC, 21 mars 2019, paragr. 386 et 387).

Quelles que soient les différences statutaires entre les magistrats administratifs et les magistrats de l'ordre judiciaire, le principe d'égalité n'impose pas au législateur ordinaire d'adopter, dans son champ de compétence, des dispositions identiques ou analogues à celles que le législateur organique a adopté dans le sien (Voyez : pour la différence entre les magistrats de l'ordre judiciaire et les juges des tribunaux de commerce dans les conditions d'engagement de la procédure disciplinaire, CC, n° 2012-241 QPC du 4 mai 2012, cons. 35).

On précisera, pour faire reste de droit que, pour revendiquer le droit d'exercer la profession d'avocat devant la juridiction où elle siège, Mme N... est mal inspirée d'invoquer l'égalité avec les magistrats de l'ordre judiciaire. Ces derniers sont en effet soumis, sur ce point, à une interdiction statutaire expresse à la fois plus longue et plus radicale que celle qui s'applique aux magistrats administratifs⁹.

⁷ Décision n° 2023-1049 QPC du 26 mai 2023, *Société Nexta 2022 [Exclusion des opérations portant sur les titres et contrats financiers du champ de la révision pour imprévision]*, cons. 3.

⁸ Pour une inopérance de cette nature : Décision n° 2013-358 QPC du 29 novembre 2013, M. A... A. [*Conditions de renouvellement d'une carte de séjour mention « vie privée et familiale » au conjoint étranger d'un ressortissant français*], cons. 5.

⁹ L'article 8 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique sur le statut de la magistrature dispose :

*** Le mémoire invoque ensuite l'atteinte au principe d'indépendance et d'impartialité des magistrats administratifs.** La première branche, qui critique l'absence de garanties qui entourent le statut des magistrats de l'ordre judiciaire, appelle la même réponse que celle tirée de l'atteinte au principe d'égalité que nous venons d'évoquer. La seconde, qui critique l'absence de consultation du CSTACAA sur les dispositions de portée générale applicables aux fonctionnaires, est inopérante car les conditions de consultation du CSTACAA sont fixées par des dispositions du CJA que la QPC ne critique pas.

***Le mémoire présente, enfin, un double moyen d'incompétence négative. Incompétence qu'on devine susceptible d'affecter les principes d'indépendance et d'impartialité des juridictions** au sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel *Kimberly Clark/FNEM FO*.

- On ne peut d'abord reprocher au législateur de n'avoir pas mieux précisé, à l'article L. 231-1 du CJA, les conditions et les limites dans lesquelles le statut de la fonction publique s'applique aux magistrats administratifs. La lettre du renvoi opéré par cet article est claire : le statut de la fonction publique de l'Etat est applicable aux magistrats administratifs pour **toutes** les règles auxquelles les dispositions propres à ces magistrats ne dérogent pas. L'article L. 231-1 emploie ici une formule est qui identique à celle applicable aux membres du Conseil d'Etat (L. 131-1 du CJA), aux membres de la Cour des comptes ou à ceux des chambres régionales des comptes (L. 120-2 et L.220-2 du CJF). Là encore, la requérante est mal inspirée d'invoquer la comparaison avec le statut des magistrats de l'ordre judiciaire lequel ne renvoie qu'à certaines règles du statut de la fonction publique¹⁰, ce qui est parfois source de difficultés d'interprétation qui n'existent pas pour les magistrats administratifs.

- **Enfin**, il est soutenu que le législateur aurait dû fixer lui-même la liste des emplois dont les titulaires sont soumis au contrôle de la HATVP.

L'article L. 124-4 du CGFP prévoit que tous les fonctionnaires qui quittent leur corps pour des activités lucratives privées ou des activités libérales sont tenus de saisir leur autorité hiérarchique pour voir apprécier la compatibilité avec les fonctions précédemment exercées. Toutefois, selon l'article L. 124-5, la saisine de la HATVP n'est obligatoire que pour les agents ayant occupé précédemment « *un emploi dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient* ». L'article L. 124-26 du CGFP renvoie au décret le soin de fixer la liste de ces emplois¹¹.

Le grief d'incompétence négative serait sérieux si la Constitution imposait à la loi elle-même de fixer le statut des magistrats administratifs comme elle impose à loi organique de fixer le statut des magistrats de l'ordre judiciaire. Pour ces derniers, le Conseil constitutionnel a en effet déjà jugé qu'en « *laissant à un décret le soin de définir les activités privées, qui, en raison de leur nature, ne peuvent être exercées par un magistrat en disponibilité ou en*

« *Les magistrats et anciens magistrats ne peuvent exercer la profession d'avocat, de notaire, d'huissier de justice, de commissaire-priseur judiciaire, de greffier de tribunal de commerce, d'administrateur judiciaire ou de mandataire judiciaire ou travailler au service d'un membre de ces professions dans le ressort d'une juridiction où ils ont exercé leurs fonctions depuis moins de cinq ans.* »

¹⁰ Ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique sur le statut de la magistrature, articles 10-1 et 68.

¹¹ Décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique.

retraite, le législateur organique méconnaît l'étendue de la compétence qu'il tient de l'article 64 de la Constitution » (CC, décision n° 92-305 DC, 21 février 1992, cons. 30)

Toutefois, la mention du « statut des magistrats » dans l'article 34 de la Constitution ne désigne ni les magistrats administratifs ni les magistrats des juridictions financières mais les magistrats de l'ordre judiciaire.

Les travaux préparatoires de la Constitution de la Vème République¹² révèlent en effet qu'après l'examen du projet de Constitution par le Conseil d'Etat, il a été décidé confier le statut des magistrats judiciaires à la loi organique et non plus à la loi ordinaire (comme le prévoyait jusque-là le projet) mais la modification s'est faite par un ajout à l'article 64 sans procéder au retrait correspondant à l'article 34.

Par votre décision d'Assemblée du 2 février 1962, *Sieur Beausse*, Recueil p. 82, vous avez ainsi jugé qu'en faisant figurer « le statut des magistrats » dans l'énumération des matières qui relèvent du domaine législatif en vertu de l'article 34 de la Constitution, ses auteurs « *n'ont pas entendu donner à ces termes un sens différent de celui qu'ils ont attribué à ces mêmes termes dans l'article 64* », lequel « *vise seulement les magistrats de carrière de l'ordre judiciaire* ». Le Conseil constitutionnel a confirmé cette interprétation par sa décision du 21 février 1992¹³ déjà évoquée, fichée dans ses tables en référence à votre arrêt *Sieur Beausse*.

C'est donc au titre des garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils de l'Etat que le législateur est compétent pour traiter du statut des magistrats administratifs. Vous l'aviez jugé avant que la loi du 12 mars 2012 ne qualifie expressément de magistrats les membres des TA et des CAA (5 octobre 2003, *SJA et Mme B...*, 253515, T) et vous l'avez confirmé après (21 février 2014, *M. M...*, n°359716, B). C'est également la jurisprudence du Conseil constitutionnel : Décision n° 91-165 L du 12 mars 1991, *Sur la [demande de déclassement de certaines dispositions relative au recrutement des membres des tribunaux administratifs]*¹⁴.

Le renvoi au décret, dans le cadre législatif que nous avons rappelé, pour fixer la liste des emplois donnant lieu à un contrôle de l'activité envisagée après la cessation des fonctions, ne met donc pas en cause les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils de l'Etat.

Il ne met pas davantage en cause les garanties légales assurant le respect des principes d'indépendance et d'impartialité des juridictions, lesquelles relèvent aussi de la loi (CC : 2014-457 QPC, 20 mars 2015, *Composition du conseil national de l'ordre des pharmaciens statuant en matière disciplinaire*, cons. 4 à 6 ; 2014-704 DC, 11 décembre 2014, *Loi relative à la désignation des conseillers prud'hommes*, cons. 13 et 17).

Le législateur n'a donc, en tout état de cause, pas méconnu l'étendue de sa compétence

PCMNC :

A ce que vous jugiez qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel.

¹² Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Volume III, Du Conseil d'Etat au référendum 20 août - 28 septembre 1958 ; Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République ; La Documentation française, 1987.

¹³ Décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, cons. 6.

¹⁴ Décision n° 91-165 L du 12 mars 1991, Nature juridique de certaines dispositions des articles 1er et 2 de la loi n° 80-511 du 7 juillet 1980 relative au recrutement des membres des tribunaux administratifs.