Assemblée du contentieux

Séance du 29 mars 2024

Décision du 15 avril 2024

CONCLUSIONS

M. Thomas JANICOT, Rapporteur public

Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs,

La présente affaire vous conduira à vous prononcer sur les règles de déport applicables à un membre de la juridiction administrative saisi, dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles, d'un litige impliquant une personne publique auprès de laquelle il a exercé des fonctions administratives.

Elle se situe ainsi à la jonction de deux éléments constitutifs de l'identité même du juge administratif. Le premier est le principe d'impartialité, « *indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles* »¹. Le second est la vocation de chacun des membres de la juridiction à en sortir à un moment de son parcours pour exercer des fonctions administratives, ce qui renforce sa capacité à proposer « *des réponses innovantes aux défis du monde contemporain* »² grâce à sa connaissance de l'administration et des enjeux qu'elle doit affronter.

1. Les faits à l'origine de l'affaire sont simples.

M. C... a été recruté par le département des Bouches-du-Rhône pour y exercer les fonctions d'auditeur qualité pour une durée d'un an, à compter du 3 juin 2019. A la suite de désaccords avec sa hiérarchie, il a présenté sa démission le 5 décembre de la même année. Celle-ci a été acceptée le 12 décembre 2019. Par une décision du 15 juillet 2020, la collectivité a toutefois refusé de lui verser l'allocation d'aide au retour à l'emploi qu'il sollicitait. M. C... en a demandé l'annulation au tribunal administratif de Marseille, qui a fait droit à sa demande par un jugement du 13 octobre 2022 et condamné la collectivité à lui verser le montant

¹ CC, 28 décembre 2006, n° 2006-545 DC

² Entretien 3 questions à Thierry-Xavier Girardot, DA, n° 7, Juillet 2019, entretien 1.

d'allocation qu'il aurait dû percevoir. Le département se pourvoit en cassation contre ce jugement.

Son premier moyen a justifié l'inscription de l'affaire au rôle de votre formation de jugement. Selon le département, le jugement attaqué aurait été rendu par une formation de jugement qui n'était pas impartiale, au motif que la rapporteure du dossier était, moins de deux ans auparavant, cheffe de son service juridique et contentieux et avait, en cette qualité, contribué à la préparation du mémoire en défense destiné à être produit dans le cadre de l'instance introduite par M. C... le 3 août 2020.

Précisons que le département n'invoque pas spécifiquement l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales mais se place sur le terrain du principe général d'impartialité, dont le contenu nous paraît, en tout état de cause, bien aligné avec les exigences conventionnelles en la matière.

2. Avant de l'examiner au fond, levons vos éventuels doutes sur l'opérance du moyen.

En effet, l'irrégularité procédurale alléguée par le département paraît, à première vue, léser uniquement les droits de M. C... et non ceux de la collectivité. Dans la lignée de votre jurisprudence *Mme DD...*³, vous pourriez ainsi envisager de lui refuser la possibilité de critiquer l'impartialité de la magistrate au motif qu'elle aurait travaillé dans ses propres services. Cependant, non seulement sa présence passée dans les services du département ne signifie pas nécessairement l'existence d'un parti pris favorable envers celui-ci mais surtout la régularité de la composition de la formation de jugement étant une règle d'ordre public, elle nous semble pouvoir être critiquée par toutes les parties au litige, y compris pour la première fois en cassation (CE, Section, 12 octobre 2009, *P...*, n° 311641, Rec.). Le moyen est donc bien opérant.

3. Venons-en à l'examen de son bien-fondé. Même si vous n'en avez jamais donné une définition, le principe d'impartialité irrigue vos pratiques depuis l'origine de la juridiction administrative et fait l'objet d'une jurisprudence aussi ancienne qu'abondante (v. déjà sur l'impossibilité pour un conseiller général de siéger dans un conseil de préfecture s'il a pris part aux délibérations du conseil municipal sur le sujet à l'origine du litige, CE, 11 août 1864, *Ville de Montpellier*, p. 767). Permettez-nous donc seulement d'en rappeler en quelques mots la portée.

3.1. Le principe d'impartialité fait partie, au même titre que le principe d'indépendance, des principes « *généraux applicables à la fonction de juger* », placés au cœur de l'Etat de droit. Bénéficiant tous les deux d'une protection constitutionnelle et conventionnelle⁴, les deux

³ CE, 15 mars 2000, n° 185837, T.

⁴ Pour le principe d'impartialité, CC, 28 décembre 2006, préc. ; CEDH, 26 octobre 1984, *De Cubber c/ Belgique*, n° 9186/80,

principes constituent ainsi les deux faces d'une même médaille, à savoir la garantie d'un procès équitable pour le justiciable. Si l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, comme le code de justice administrative et même le serment prêté depuis peu par les membres de la juridiction administrative, les distinguent l'un de l'autre⁵, il est « parfois malaisé »⁶ de clairement différencier dans votre jurisprudence la portée de l'exigence d'indépendance de celle d'impartialité, vos décisions faisant souvent application ensemble des deux principes⁷.

Ils nous semblent toutefois recouvrir deux exigences distinctes. Alors que le principe d'impartialité impose au juge de n'avoir ni « *parti pris, réel ou apparent, ni volonté de favoriser l'une des parties plutôt que l'autre* »⁸, le principe d'indépendance, qui découle du principe de séparation des pouvoirs, se traduit par l'obligation, mais également le droit, pour tout juge de se prononcer en toute indépendance, sans recevoir quelque instruction que ce soit (CE, Assemblée, 6 décembre 2002, *M. T...*, n° 240028, Rec. ; CE, Section, 6 décembre 2002, *M. AL...*, n° 221319, Rec.). Le juge doit ainsi être « à l'abri » de toute pression (v. sur cette expression, CEDH, 1^{er} décembre 2020, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande*, 26374/18, § 125).

En ce qui concerne la justice administrative, le principe d'indépendance revêt une double dimension. Il concerne d'abord la juridiction prise dans son ensemble, dont l'indépendance est consacrée par le Conseil constitutionnel et reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme⁹ et qui est notamment assurée par un ensemble de garanties qui gouvernent les règles statutaires applicables aux membres du Conseil d'Etat et des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel (v. pour les premiers, CE, 5 octobre 2005, *H...*, n° 281041, Rec). Il revêt également une dimension individuelle, en ce qu'il se présente à la fois comme une protection et un devoir absolus pour chaque juge appelé à siéger sur une affaire de ne pas recevoir, de ne pas accepter et même de ne pas intérioriser lui-même une quelconque pression extérieure.

En somme, si nous devons nous risquer à distinguer les deux principes, nous dirions que le principe d'indépendance constitue à la fois une protection et un devoir pour le juge, alors que le principe d'impartialité constitue un devoir qui lui incombe. De même, alors que l'indépendance désigne tout à la fois « *un état d'esprit qui dénote l'imperméabilité du juge*

§30. Pour le principe d'indépendance de la juridiction administrative, CC, 22 juillet 1980, n° 80-119 DC et CC, 20 février 2003, n° 2003-466 DC.

⁵ Voir les articles L. 131-2, L. 231-1-1, L. 131-3 et L. 231-4 du code de justice administrative. Et pour le serment, le nouvel article L. 12, introduit par l'article 52 de la loi n° 2023-1059 du 20 novembre 2023.

⁶ Mattias Guyomar, Bertrand Seillier, *Contentieux administratif*, Dalloz, 3e édition, pt. 720.

⁷ V. par ex. CE, 7 août 2008, *M. A...*, n° 278769, T.

⁸ Pascale Fombeur, Alexandre Lallet, « Jugement – Impartialité de la juridiction – Prévention des conflits d'intérêts des juges – Abstention et récusation », Fasc. 70-11, Lexis nexis.

⁹ CC, 22 juillet 1980 préc. ; CEDH, 9 novembre 2006, *Sacilor-Lormines c/France*, aff. n° 65411/01.

envers toute pression extérieure »¹⁰ et un ensemble de garanties institutionnelles et fonctionnelles protégeant la juridiction, l'impartialité relève d'abord et avant tout de l'affaire du juge, à qui il appartient d'examiner, pour chaque litige dont il est saisi, s'il y a lieu de se déporter.

Au-delà de ce qui les distingue en théorie, en pratique, les deux principes entretiennent des liens. La méconnaissance de l'exigence d'indépendance entraîne mécaniquement une violation du principe d'impartialité. Votre décision du 7 juillet 1998 *M. X...*¹¹ et votre précédent *M. AL...* reconnaissent cette articulation en jugeant que l'absence de garanties appropriées assurant l'indépendance d'un fonctionnaire appelé à siéger dans une juridiction est de nature à remettre en cause son impartialité. Dans ce cas, comme l'indique le président Guyomar, « *la partialité du juge découle directement de sa dépendance* »¹². A l'inverse, un juge peut être partial mais cela ne signifie pas nécessairement qu'il n'est pas indépendant, le parti pris adopté en faveur de l'une des parties pouvant ne résulter d'aucune pression extérieure. Pour résumer, si un juge qui n'est pas indépendant est toujours partial, un juge partial peut tout à fait être indépendant.

La présente affaire vous offre l'occasion, si cela vous semble opportun, de préciser les contours de ces deux principes et leur articulation. Mais c'est avant tout sous l'angle du principe d'impartialité qu'elle doit être examinée, seule exigence dont la méconnaissance est invoquée devant vous.

3.2. A cet égard, vous savez que le principe d'impartialité n'a été qu'inscrit que récemment au sein du code de justice administrative, peut-être parce qu'il est inhérent à l'office du juge administratif et que vous l'aviez déjà hissé au rang de principe général du droit applicable à toutes les juridictions administratives, à tous les membres de la formation de jugement ainsi qu'au rapporteur public (CE, Assemblée, 23 février 2000, *Société Labor Metal*, n° 195715, Rec. ; CE, Section, 3 décembre 1999, *L...*, n° 195512, Rec. ; CE, Section, 10 juillet 1957, *G...*, p. 466).

Ainsi c'est seulement à l'occasion de la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires¹³ que le législateur a rappelé, aux articles L. 131-2 et L. 231-1-1 du code, que les membres du Conseil d'Etat et les magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel « *exercent leurs fonctions en toute indépendance, dignité, impartialité, intégrité et probité et se comportent de façon à prévenir tout doute légitime à cet égard* ». Ces exigences font écho aux articles L. 131-3 et L. 231-4 du

¹⁰ CE, 19 juillet 2022, *Association pour l'égal accès aux emplois publics et la défense de la méritocratie républicaine*, n° 453971, inédite et reprenant CEDH, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande* préc.

¹¹ CE, n° 163581, Rec.

¹² Mattias Guyomar, « Le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative », AJDA 2001 p. 518

¹³ Loi n° 2016-483.

même code, imposant, depuis 2013¹⁴, à ces mêmes personnes, de veiller « à prévenir ou à faire cesser immédiatement les situations de conflit d'intérêts », ce qui recouvre « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ».

De nombreuses tentatives de classifications des situations donnant lieu à une méconnaissance du principe d'impartialité ont été esquissées ces dernières années¹⁵. La plus connue est probablement celle dégagée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt du 1^{er} octobre 1982 *Piersack c/ Belgique*, qui distingue l'impartialité « subjective » et « objective »¹⁶.

La première concerne les cas où le juge entretient, à titre personnel, un préjugé sur l'affaire. Il se rapporte à la personne même du juge, à ses opinions, ses convictions personnelles, ses sentiments, qui peuvent le conduire à manifester une préférence pour l'une des parties. C'est le cas lorsqu'il entretient des liens familiaux ou amicaux avec celle-ci¹⁷ ou s'il fait montre d'une hostilité notoire à son encontre¹⁸. C'est également le cas lorsqu'il a entretenu un lien professionnel étroit avec l'une des parties¹⁹ ou s'il dispose d'un intérêt personnel à la solution du litige²⁰.

La seconde forme d'impartialité est dite « objective ». Elle se rapporte non pas à la personne même du juge mais à la composition de la juridiction au sens organique et fonctionnel. Elle impose, selon la présidente Hubac, de « s'assurer que, même en l'absence de la moindre preuve de partialité personnelle, la personne en cause « vue de l'extérieur » en quelque sorte ne puisse être soupçonnée de manque d'objectivité et donne toutes les apparences de l'impartialité »²¹. Tel est notamment le cas, dans l'hypothèse distincte de la nôtre, où l'exercice d'une première activité par le juge risque de révéler « un préjugement de l'affaire de nature à entacher de partialité l'exercice » de son activité juridictionnelle²², par exemple lorsqu'il a été amené à connaître du litige dans une phase administrative préalable ou lorsqu'il a statué dans le cadre d'une procédure de référé sur un recours dont il doit examiner la

¹⁴ Introduits par les articles 1 et 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

¹⁵ Sur la distinction entre impartialité personnelle et fonctionnelle, v. Jean Lessi, Louis Dutheillet de Lamothe, « Conflits d'intérêt : le déport implique-t-il le départ ? », AJDA 2015, p. 1626 ; pour une typologie en cinq catégories, v. Pascale Fombeur, Alexandre Lallet, Fasc. 70-11, préc.

¹⁶ CEDH, 1er oct. 1982, série A n° 53, § 30 et une jurisprudence constante depuis lors, v. par ex. CEDH, 25 juill. 2000, *Tierce et a. c/ Saint-Marin*, n° 24954/94, n° 24971/94 et n° 24972/94, § 75.

¹⁷ CE, 8 juillet 1897, *Élection Saint-André-de-Tallano*, Rec. ; CE, Section, 27 octobre 2006, *Parent*, n° 276069, Rec.

¹⁸ CE, 7 février 2003, D..., n° 219923, inédite.

¹⁹ CE, 3 septembre 1997, B..., T. p. 1012.

²⁰ CE, 14 janvier 1981, PU..., p. 17.

²¹ Conclusions sur CE, Section, 27 avril 1988, M. S..., n° 66650, Rec.

²² Mattias Guyomar concluant sur CE, Assemblée, 4 juillet 2003, M. Dubreuil, n° 234353, Rec.

pertinence au fond²³. Si l'approche objective donne une large place aux apparences d'impartialité et à la perception qu'en ont les parties, il faut toutefois que leurs appréhensions disposent d'une certaine consistance, la CEDH exigeant à ce titre qu'elles soient « *objectivement justifiées* » pour retenir une méconnaissance du principe d'impartialité²⁴.

Cette grille d'analyse est assurément précieuse. Nous pensons toutefois qu'il ne s'agit pas de la meilleure clé d'entrée dans notre litige. Les incidences juridiques de la distinction sont en effet « *très limitées sinon nulles* »²⁵, ce qui explique pourquoi vos décisions n'y ont jamais fait référence. Quant à la frontière entre l'impartialité subjective et objective, elle n'est pas toujours hermétique, comme l'admet elle-même la CEDH²⁶. L'hypothèse du juge confronté à un litige impliquant son ancien employeur public l'illustre bien. Dans certains cas, il pourra s'agir de vérifier qu'il n'est pas personnellement animé d'un quelconque sentiment envers lui, de nature à le détourner de l'exercice impartial de sa mission. Dans d'autres, il s'agira de s'assurer que le simple exercice de ses fonctions antérieures ne fasse pas naître chez le justiciable de soupçons sur son impartialité.

Il nous paraît donc préférable d'examiner le moyen soulevé par le département moins en vous référant à cette classification qu'en mobilisant les règles spécifiquement applicables à cette hypothèse.

4. De manière étonnante compte tenu de la vocation des membres de la juridiction administrative à se confronter à l'exercice de fonctions administratives, la contestation de l'impartialité d'un juge saisi d'un litige impliquant son ancien employeur est un angle mort de votre jurisprudence.

Disons-le tout de suite, c'est une bonne nouvelle. Cette circonstance illustre l'importance que confère de longue date chaque membre de la juridiction aux exigences déontologiques qui s'attachent à l'exercice de sa profession. Le juge administratif n'a en effet attendu ni la consécration textuelle du déport aux articles L. 131-9 et L. 231-4-3 du code de justice administrative, ni votre décision de ce jour pour mettre en œuvre la « *pratique coutumière du déport* »²⁷ et veiller à ne pas faire naître de soupçon sur son impartialité chez le justiciable, notamment lorsque l'une des parties est son ancien employeur public. Si cette affaire est soumise à votre assemblée, ce n'est donc pas pour régler un problème mais parce qu'il nous semble utile de profiter de l'occasion qui vous est donnée pour nourrir votre jurisprudence

²³ CE, Assemblée, 3 décembre 1999, Didier, n° 207434, Rec. ; CE, *M. Dubreuil*, préc. ; CE, Section, 12 mai 2004, Commune de Rogerville, n° 265184, Rec.

²⁴ CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, n° 10486/83, § 48

²⁵ Pascale Fombeur, Alexandre Lallet, préc.

²⁶ CEDH, 15 octobre 2009, *Micaleff c/ Malte*, n° 17056/06, § 95 ; pour une critique, S. Guinchard et alii, *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès équitable*, Paris, Dalloz, 11e éd. 2021, p. 938.

²⁷ Cécile Guerin-Bargues, « Conventionalité du cumul des fonctions et consécration de l'obligation de déport », *AJDA* 2010, p. 1778.

relative à cette configuration particulière, en rappelant et en explicitant certaines règles ou pratiques appliquées de longue date, afin d'éclairer les membres de la juridiction sur la conduite à tenir en la matière.

Votre intervention est d'autant plus opportune qu'elle concerne une hypothèse au croisement de deux dynamiques. D'une part, une vigilance accrue des justiciables sur l'impartialité du juge se prononçant sur leur affaire, qui est alimentée par la connaissance plus aisée qu'ils peuvent avoir des fonctions qu'il a antérieurement exercées grâce à internet et aux réseaux sociaux. D'autre part, des aller-retours plus fréquents des membres de la juridiction administrative entre celle-ci et l'administration, alors que l'article 7 de l'ordonnance du 2 juin 2021 portant réforme de l'encadrement supérieur de la fonction publique de l'Etat a introduit dans le code de justice administrative de nouvelles obligations de mobilité²⁸.

5. Pour tracer ce cadre juridique, vous pourrez vous reposer sur quelques points de repères déjà établis.

5.1 Votre décision pourra d'abord rappeler que l'exercice passé de fonctions administratives par un membre de la juridiction administrative ne peut, par lui-même, constituer une raison sérieuse de mettre en doute son impartialité. L'alternance de fonctions administratives et juridictionnelles constitue la principale force de la juridiction et l'une de ses raisons d'être. La connaissance de l'administration qu'en retire le juge lui permet de juger son action à la bonne distance, sans aucune complaisance, tout en tenant compte des buts d'intérêt général qu'elle poursuit et de la réalité administrative. Mais, elle ne saurait remettre en cause, par principe, l'impartialité des membres de la juridiction, comme le jugent implicitement vos précédents *M. T...* et *M. AL...*, en s'appuyant sur le principe d'indépendance de la juridiction administrative.

Appelés à examiner l'hypothèse où le juge est fonctionnaire d'une administration centrale et siège à ce titre au sein d'une formation de jugement spécialisée, vous avez ainsi déduit de ce principe que la présence de fonctionnaires parmi les membres d'une juridiction « *ne peut par elle-même être de nature à faire naître un doute objectivement justifié sur l'impartialité de celle-ci* ».

En refusant de reconnaître un manquement au devoir d'impartialité par la seule présence de fonctionnaires en activité dans l'administration au sein de la formation de jugement, vous avez donc nécessairement jugé que l'exercice de fonctions administratives par ses membres, qu'elles soient passées, concomitantes ou futures, ne pouvait constituer, par lui-même, une

²⁸ Une double mobilité pour passer au grade de premier conseiller et de président pour les magistrats des tribunaux administratifs et des cours et une mobilité obligatoire de deux ans pour les maîtres des requêtes au Conseil d'Etat en vue d'accéder au grade de conseiller d'Etat v. les art. L. 234-2-1, L. 234-2-2 et L. 133-3, introduits par l'article 7 de l'ordonnance n° 2021-702 du 2 juin 2021.

raison sérieuse de mettre en doute leur impartialité. Si vous aviez à l'époque appliqué le principe d'impartialité consacré par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, rien ne s'oppose à ce que vous adoptiez la même solution au titre du principe général d'impartialité. Votre décision pourra ainsi utilement expliciter ce que vos précédents avaient déjà acté.

Cette solution est d'ailleurs partagée par d'autres juridictions. Le Conseil constitutionnel juge que les fonctions de magistrat administratif doivent en principe être exercées par des personnes qui entendent y consacrer leur vie professionnelle, mais que cela ne fait pas obstacle à ce qu'ils exercent des activités administratives dans le cadre d'un détachement ou d'une mobilité²⁹. Et la CEDH n'a jamais trouvé à redire, sur le plan des principes, à ce que les membres du Conseil d'Etat, et partant de la juridiction administrative, exercent en alternance des fonctions administratives et contentieuses, préférant apprécier *in concreto* une éventuelle méconnaissance du principe d'impartialité (voyez pour le cas où un membre de la formation de jugement s'apprête à rejoindre le secrétariat général d'un ministère qui est aussi l'une des parties à un litige qu'elle doit examiner, CEDH, 9 novembre 2006, *Sacilor Lormines c. France*, n° 65411/01).

5.2. Vos précédents appelant à retenir une approche casuistique en la matière, votre décision pourra s'attacher à identifier les différents cas de manifestation de la partialité lorsqu'un juge est saisi d'un litige impliquant son ancien employeur. La tâche n'est pas aisée au regard de la variété des situations à appréhender et vous veillez souvent à éviter toute forme de systématisation en matière de déontologie. Deux configurations se dégagent toutefois de la loi et de votre jurisprudence.

5.2.1 La première concerne les cas où le juge est saisi d'un recours portant sur une décision dont il est l'auteur ou à l'élaboration de laquelle il a pris part dans l'exercice de ses fonctions antérieures.

Dans une telle hypothèse, votre jurisprudence est nettement engagée pour lui refuser toute possibilité de statuer sur l'affaire, en vertu de la règle selon laquelle nul ne peut être à la fois juge et partie et que le président Guy Braibant qualifiait de principe « *très général et très ancien* »³⁰. Vous jugez ainsi depuis une décision du 2 mars 1973 *Mlle Z...* qu'« *un membre d'une juridiction administrative ne peut pas participer au jugement d'un recours relatif à une décision administrative dont il est l'auteur ou qui a été prise par un organisme collégial dont il était membre et au cours de délibérations auxquelles il a pris part* » (CE, Section, n° 84740, Rec.).

²⁹ CC, 21 mars 2019, n° 2019-778 DC ; CC, 1er mars 2007, n° 2007-551 DC.

³⁰ Conclusions sur CE, Section, *Mlle Z...*, n° 84740, Rec.

Vous avez ainsi annulé un jugement se prononçant sur une affaire d'expulsion parce que le commissaire du Gouvernement avait été membre de la commission d'expulsion ayant préalablement eu à connaître du cas de l'étranger³¹. De même, vous avez jugé qu'un commissaire du Gouvernement ne pouvait conclure sur une affaire ayant trait à l'imposition d'un contribuable dont il a eu à connaître lorsqu'il a présidé la séance de la commission départementale des impôts au cours de laquelle les éléments servant à déterminer le forfait du requérant ont été examinés.³² Vous avez par la suite élargi le spectre des décisions concernées en jugeant plus généralement qu'il en allait de même pour les décisions à l'élaboration desquelles le membre de la juridiction administrative a participé (CE, 30 novembre 1994, *PO...*, n° 123452, T.)³³.

Ainsi, lorsque le juge est saisi d'une affaire mettant en cause une décision administrative dont il est l'auteur, qui a été prise sous son autorité ou à l'élaboration de laquelle il a pris part, les choses sont claires : il doit toujours se déporter, quel que soit le délai écoulé entre l'intervention de cette décision et la date à laquelle il en est saisi. Dans ce cas de figure, le délai de déport est éternel.

5.2.2. La seconde configuration est plus complexe et plus délicate à manier. Il s'agit du cas où le juge administratif est saisi d'un litige impliquant son ancien employeur public, mais sans qu'il ne porte sur une décision dont il serait l'auteur ou à l'élaboration de laquelle il aurait pris part.

La philosophie est donc différente de la précédente hypothèse : il ne s'agit pas de veiller à ce qu'il ne soit pas juge et partie puisque le magistrat découvre à l'occasion du litige la décision attaquée. Ici, l'objectif est de s'assurer que le juge ne soit pas, compte tenu de ses activités professionnelles passées, sensible au sort du litige et aux intérêts de l'administration auprès de laquelle il a exercé ses fonctions, ou à tout le moins que le justiciable ne dispose pas de raisons sérieuses de le soupçonner. Cette démarche laisse donc place à une marge d'appréciation plus importante que l'hypothèse *Mlle Z...* ainsi qu'aux apparences d'impartialité, ce qui explique peut-être pourquoi cette configuration a fait l'objet de plusieurs interventions du législateur.

Deux dispositions attireront notamment votre attention. Il s'agit des articles L. 231-5 et L. 231-5-1 du code de justice administrative. Leur histoire et leur articulation méritent de s'y arrêter un instant.

³¹ CE, 24 octobre 1997, *E...*, n° 165516, T.

³² CE, 16 janvier 1995, *PP...* n° 135343, inédite ; CE, 22 mai 2002, *SARL Berre Station*, n° 231105, T.

³³ Voir aussi CE, 25 mars 2020, *M. G...*, n° 411070, Rec. sur un autre point ou encore CEDH, 8 février 2000, *McGonnell c. Royaume-Uni*, n° 28488/95. La même logique sous-tend les dispositions de l'article R. 721-1 du code de justice administrative, selon lesquelles, les membres du Conseil d'Etat ne peuvent participer au jugement des recours dirigés contre les actes pris après avis du Conseil d'Etat, s'ils ont pris part à la délibération de cet avis.

A l'origine, l'article 5 de la loi du 6 janvier 1986 fixant les règles garantissant l'indépendance des magistrats administratifs³⁴ a fixé des règles d'incompatibilité : un magistrat ne pouvait être nommé membre d'un tribunal administratif s'il avait exercé depuis moins de trois ans dans son ressort une fonction élective, une fonction de préfet de région ou de département, de sous-préfet, de directeur régional ou départemental d'une administration de l'Etat ou une fonction de direction dans une collectivité territoriale. Cette disposition a depuis été codifiée à l'article L. 231-5 du code de justice administrative.

Elle constituait toutefois un frein aux mobilités des magistrats, parfois difficiles à organiser en dehors des grandes villes, faute de postes adaptés. Par une loi du 23 mars 2019³⁵, le législateur a donc réduit la liste des fonctions frappées d'incompatibilité en y supprimant celles de directeur régional ou départemental d'une administration de l'État et les fonctions de direction dans l'administration d'une collectivité territoriale autre que celle de directeur général des services (DGS) d'une collectivité de plus de 100 000 habitants. Cette modification a cependant été censurée par le Conseil constitutionnel au motif que « *compte tenu de la nature de ces fonctions et de celle du contentieux dont ont à connaître les tribunaux et cours, en supprimant de tels cas d'incompatibilité sans prévoir de condition de délai après l'exercice des fonctions administratives en cause, le législateur a méconnu les exigences constitutionnelles* » d'indépendance et d'impartialité³⁶.

Le législateur en a tiré les conséquences à l'article 7 de l'ordonnance du 2 juin 2021 déjà citée, en scindant l'article L. 231-5 en deux dispositions distinctes. Ce dernier prévoit ainsi que ne peuvent être nommés membre d'un tribunal ou d'une cour les personnes ayant exercé depuis moins de trois ans dans leur ressort une fonction élective, une fonction de préfet de région ou de département et une fonction de DGS d'une collectivité territoriale de plus de 100 000 habitants.

Par ailleurs, l'ordonnance a créé un nouvel article L. 231-5-1, divisé en deux alinéas. Son premier alinéa commence par fixer des obligations de déport pour quelques fonctions bien circonscrites. Ainsi, « *un magistrat ayant exercé les fonctions de délégué du préfet dans un arrondissement, une fonction de directeur départemental ou régional d'une administration de l'Etat ou une fonction de direction dans l'administration d'une collectivité territoriale ne peut, pendant une durée de trois ans, participer au jugement des affaires concernant les décisions prises par les services au sein desquels il exerçait ses fonctions ou sur lesquels il avait autorité* ».

³⁴ Loi n° 86-14 du 6 janvier 1986 fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel.

³⁵ Article 37 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

³⁶ CC, 21 mars 2019, n° 2019-778 DC

Son second alinéa porte sur les conditions de nomination de ces magistrats ainsi que de ceux ayant exercé toute autre fonction placée sous l'autorité directe du préfet de région ou de département. Lorsqu'il est envisagé de les affecter dans une juridiction dont le ressort comprend un département dans lequel ils exerçaient leurs fonctions dans les trois années précédentes, il est prévu que le collège de déontologie de la juridiction administrative se prononce préalablement sur la compatibilité de cette affectation avec les principes d'impartialité et d'indépendance et précise, en cas d'avis favorable, les obligations d'abstention à respecter et leur durée.

Ces dispositions législatives, sur lesquelles nous reviendrons, fixent donc les règles de déport applicables aux magistrats ayant exercé une fonction listée par le premier alinéa de l'article L. 231-5-1. Mais cet article ne couvre pas l'ensemble étendu des fonctions pouvant être exercées par les membres de la juridiction administrative, pour lesquels les obligations de déport applicable peuvent être identifiées au regard de quelques indices figurant dans votre jurisprudence.

Nous avons identifié deux décisions par lesquelles vous vous êtes prononcés sur l'impartialité d'un magistrat saisi d'un litige impliquant son ancienne administration. Vous jugez ainsi que ne méconnaît pas le principe d'impartialité un rapporteur public ayant conclu dans un litige portant sur une décision rendue par une commune dont il avait été le secrétaire général adjoint cinq auparavant, compte-tenu, selon le fichage, de « *l'écoulement d'un délai suffisant depuis la fin de ces fonctions et de l'absence de part prise à la décision contestée* » (CE, 7 août 2008, *M. A...*, n° 278769, T.). Le dernier motif se rattache à votre décision *Mlle Z...* mais le premier témoigne de l'intérêt que vous portez au délai écoulé entre la fin des fonctions administratives et le litige dont le juge est saisi pour apprécier la partialité, réelle ou apparente, de celui-ci. Le même raisonnement vous a conduit à ne pas voir d'irrégularité lorsqu'un magistrat précédemment affecté au sein d'une communauté urbaine a tranché un litige impliquant celle-ci, « *compte-tenu du délai écoulé entre la fin des fonctions de ce magistrat à la communauté urbaine et la date à laquelle la cour a statué* » (CE, 7 octobre 2016, *Société lyonnaise des eaux France*, n° 392351, inédite).

L'importance de l'écoulement du temps pour apprécier une méconnaissance du principe d'impartialité ressort également de la charte de déontologie de la juridiction administrative, qui a vocation depuis 2011 à rappeler les principes et obligations déontologiques applicables à ses membres³⁷. Son article 32 recommande ainsi au juge de s'abstenir, « *pendant une période d'environ deux ans* » « *de participer au jugement des litiges concernant les décisions prises par l'autorité auprès de laquelle il exerçait précédemment ses fonctions (...)* ».

³⁷ CE, *M. G...*, préc.

6. Une fois rappelés ces points de repères relatifs à la situation où un juge est saisi d'un litige impliquant son ancienne administration, venons-en plus concrètement à l'examen du moyen soulevé par le département.

6.1. Relevons d'abord que la magistrate ayant rapporté l'affaire en première instance a bien été employée par le département en qualité de cheffe de son service juridique et contentieux jusqu'au 31 décembre 2020, date à laquelle elle a rejoint la juridiction administrative par le tour extérieur. Elle a donc statué sur l'affaire impliquant son ancien employeur environ vingt-et-un mois après avoir quitté ses services. Précisons ensuite que le département ne se place pas sur le terrain de l'impartialité subjective en soutenant par exemple qu'elle aurait eu à son encontre des sentiments hostiles qui l'auraient conduit à statuer de manière partielle. Le requérant se contente de contester sa participation à la formation de jugement au motif, d'une part, qu'elle aurait participé à la préparation du mémoire en défense destiné à être produit par la collectivité dans l'instance, et d'autre part, qu'elle faisait partie de ses services moins de deux ans avant qu'elle ait à traiter le litige.

Le département se place donc sur deux terrains argumentatifs.

Le premier est celui de votre décision *Mlle Z...* Le département n'allègue certes pas que la magistrate serait l'auteure de la décision attaquée par M. C... ou qu'elle aurait pris part à son élaboration. Mais en mettant en avant sa participation à la rédaction du mémoire en défense destiné à être produit devant le tribunal administratif, il doit être regardé comme critiquant une position concomitante de juge et de partie, ce qui s'inscrit pleinement dans la philosophie sous-jacente au précédent de 1973. Si cette critique se vérifiait, la magistrate aurait bien dû se déporter de l'affaire, quel que soit le délai écoulé depuis son départ des services du département.

Toutefois, ce dernier ne produit aucune preuve de ce qu'elle aurait préparé ce mémoire, signé par un avocat à la cour, ou participé à son élaboration, ce qu'il lui était pourtant aisé à démontrer. Or l'impartialité étant une qualité attachée à la fonction de juger, c'est à la partie la remettant en cause d'indiquer précisément la raison pour laquelle le juge amené à se prononcer sur son litige est suspecté d'être partial. Cette exigence, consacrée en matière de récusation par l'article R. 721-4 du code de justice administrative, s'applique à nos yeux également lorsque le juge est saisi d'un moyen critiquant l'impartialité d'un juge. Vous écarterez donc la première critique du pourvoi. Votre décision pourra en profiter pour étendre la décision *Mlle Z...* au cas où le magistrat est saisi d'un recours mettant en cause une décision pour laquelle il a assuré la défense en justice de l'administration, qui l'a été sous son autorité ou à l'élaboration de laquelle il a pris part.

6.2. La seconde argumentation du département consiste à critiquer l'impartialité de la rapporteure, au seul motif qu'elle aurait fait partie de ses services moins de deux ans avant le

litige, ce qui aurait dû la conduire à se déporter. Il s'agit donc de la seconde configuration que nous évoquions précédemment, où le juge est saisi d'un litige impliquant son ancien employeur mais qui ne porte pas sur une décision dont il serait l'auteur ou à l'élaboration de laquelle il aurait pris part.

6.2.1. Pour y répondre, vous devrez d'abord vous interroger sur le point de savoir si la magistrate entrait dans le champ d'application de l'article L. 231-5-1 du code de justice administrative. Il vous appartient donc de vérifier qu'elle n'exerçait pas une « *fonction de direction dans une administration d'une collectivité territoriale* », qui lui imposait de respecter, en application du premier alinéa, un délai de déport de trois ans sur les affaires concernant « *les décisions prises par les services au sein desquels il exerçait ses fonctions ou sur lesquels il avait autorité* ».

Si vous n'avez jamais eu à appliquer ces dispositions, entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2022, elles ne nous paraissent pas applicables en l'espèce. Il est vrai qu'une lecture extensive de la notion de « *fonction de direction dans l'administration d'une collectivité territoriale* » pourrait conduire à y intégrer toutes les fonctions comportant une mission d'encadrement, à l'image de celles confiées à la magistrate, qui supervisait un adjoint, neuf conseillers juridiques et trois secrétaires. Nous ne sommes toutefois pas convaincus qu'il faille donner une telle portée à ces dispositions.

D'abord, parce que le premier alinéa de l'article L. 231-5-1 vise aussi les fonctions de sous-préfet ou de directeur d'une administration régionale ou départementale de l'Etat, ce qui plaide pour réserver son application à quelques fonctions de direction *stricto sensu*. Ensuite, parce que ces fonctions étaient autrefois concernées par une règle d'incompatibilité stricte à l'article L. 31-5. La soumission, depuis l'ordonnance du 2 juin 2021, des personnes les ayant exercées à une règle de déport et non plus d'incompatibilité, à leur retour en juridiction plaide aussi pour ne pas en retenir une acception qui soit trop étendue. Enfin, si la magistrate était cheffe du service juridique et contentieux du département, ce service constituait l'un des trois services composant la direction des affaires juridiques du département. Elle était donc placée sous l'autorité du directeur des affaires juridiques et de son adjoint, eux-mêmes placés sous l'autorité du secrétaire général de la collectivité. Dans ces conditions, nous ne pensons pas qu'elle puisse être regardée comme ayant occupé des fonctions de direction au sens du premier alinéa de l'article L. 231-5-1.

6.2.2. Si vous nous suivez pour écarter cette disposition, vous devrez identifier les règles de déport applicables à la magistrate.

Nous avons d'abord songé à vous proposer d'étendre de manière prétorienne la règle de déport de trois ans fixée au premier alinéa de l'article L. 231-5-1 à l'ensemble des fonctions

qui ne sont pas couvertes par cette disposition, comme celles occupées par la rapporteure. Plusieurs arguments pouvaient conduire à une telle solution.

Premièrement, puisqu'il s'agit de préserver les apparences d'impartialité, vous pourriez considérer que rien ne justifie de réserver le délai de déport de trois ans aux seules fonctions qu'il vise. Un sous-préfet, un directeur départemental ou régional d'une administration de l'Etat ou d'une collectivité exercent bien sûr des fonctions plus exposées, ce qui mérite peut-être de prévoir des règles de déport plus strictes. Mais du point de vue du justiciable, car c'est de lui qu'il s'agit lorsque l'on parle d'apparences, le critère tenant au niveau de responsabilités exercé ne paraît pas, à première vue, réellement décisif pour apprécier une méconnaissance du principe d'impartialité.

Deuxièmement, définir un délai de déport de trois ans commun à l'exercice de toutes fonctions administratives antérieures, renforcerait l'unité et la lisibilité des règles de déport applicables en cas de retour de mobilité dans la juridiction administrative. Elles pourraient être plus aisées à appliquer pour les magistrats, qui n'auront notamment pas à s'interroger sur le point de savoir si leur cas particulier entre dans le champ d'application du premier alinéa de l'article L. 231-5-1, ce qui peut s'avérer difficile à apprécier. Une règle unique de déport permettrait aussi de transposer le délai qu'il fixe à des fonctions équivalentes à celles qu'il liste mais qu'il ne mentionne pas, comme des fonctions de direction au sein de la fonction publique hospitalière ou d'un établissement public.

Troisièmement, généraliser un délai de déport de trois ans s'inscrirait en cohérence avec les règles déontologiques applicables aux agents publics en matière de conflits d'intérêt, pour lesquelles ce délai apparaît comme une norme de référence. Pour l'exercice d'activités lucratives par des agents publics ayant cessé leurs fonctions, la Haute autorité pour la transparence de la vie publique examine les fonctions exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité³⁸. Le même délai s'applique en cas de retour de l'agent dans la fonction publique³⁹. C'est aussi un délai de trois ans qui est pris en compte par la Haute autorité lorsqu'elle prononce une compatibilité avec réserve ou lorsqu'elle est saisie par des autorités hiérarchiques sur une situation de conflits d'intérêt d'un agent⁴⁰.

Enfin, il est d'autant plus envisageable de fixer une règle de déport uniforme que cette démarche est déjà celle adoptée par la charte de déontologie, qui retient une durée de déport « *d'environ deux ans* ». Elle illustre l'utilité qu'il peut y avoir à offrir à ses membres un point de repère temporel, modulable en fonction de la situation propre à chacun d'entre eux.

Cependant, la fixation d'une règle générale de déport se heurte à plusieurs obstacles de taille.

³⁸ art. L. 124-4 du code général de la fonction publique

³⁹ art. L. 124-7 du même code.

⁴⁰ art. L. 124-14 et art. L. 124-13 du même code.

Le premier est l'article L. 231-5-1. En fixant un délai de déport de trois ans pour l'exercice de quelques fonctions précisément identifiées, le législateur a selon nous souhaité réserver son application à ces seules hypothèses. Alors que ces fonctions frappaient celui qui les occupait d'une incompatibilité stricte à son retour au sein de la juridiction, il est désormais prévu que leur exercice se traduise, en principe, par un délai de déport fixe de trois ans. Ce faisant, le législateur a plus entendu assouplir les conditions de retour de mobilité des magistrats concernés que fixer une règle de déport transposable à d'autres fonctions que celles listées au premier alinéa.

Nous sommes d'autant plus réticents à l'idée de fixer une règle de déport généralisée de trois ans qu'un tel mouvement contredirait ce que prévoit le second alinéa de l'article L. 231-5-1, qui renvoie notamment les magistrats ayant occupé les fonctions listées au premier alinéa vers le collège de déontologie, à charge pour lui de définir, le cas échéant, leurs obligations d'abstention.

Ce faisant, le législateur a ouvert la possibilité pour le collège de prévoir des délais de déport plus étendus dans certaines hypothèses. Définir une règle de déport uniforme de trois ans reviendrait à systématiser une approche mécanique et rigide de la règle de déport, là où le législateur lui-même a entendu compenser cette approche retenue au premier alinéa, par une approche plus souple et casuistique au second, incarnée par la saisine obligatoire du collège. Fixer une règle uniforme pourrait aussi interférer avec le délai défini *in fine* par le collège lui-même dans le cadre de l'examen prévu au second alinéa. L'éventuelle généralisation d'une règle de déport de trois ans nous semble donc être un choix devant relever en premier chef du législateur, alors qu'elle contredirait l'approche retenue en 2021.

Le second obstacle qui se dresse devant vous n'est pas moins sérieux. En effet, si la fixation d'une règle unique de déport de trois ans est séduisante, ses modalités de mise en œuvre sont délicates. S'agissant du délai de déport, il existera des situations où ce délai devra être allongé, compte tenu notamment des fonctions antérieurement exercées par le membre de la juridiction. A l'inverse, un délai de trois ans pourra dans certains cas paraître trop étendu. A l'image du délai retenu par la charte de déontologie, le délai de trois ans que vous fixeriez serait ainsi nécessairement modulable, ce qui affaiblirait l'utilité de la règle ainsi définie.

La définition du périmètre du déport présente aussi de redoutables difficultés. Vous pourriez transposer celui retenu par le premier alinéa de l'article L. 231-5-1, qui évoque les « *affaires concernant les décisions prises par les services au sein desquels* » le juge « *exerçait ses fonctions ou sur lesquels il avait autorité* ». Mais cette formule est ambiguë.

Recouvre-t-elle toutes les décisions prises par la personne publique qui employait l'intéressé, indépendamment de sa taille et de la nature des fonctions exercées, ce qui l'empêcherait par exemple de connaître d'un recours dirigé contre un permis de construire délivré par une

grande collectivité, alors même qu'il aurait servi dans sa direction relative à l'aide sociale ? Cette approche a le mérite de la lisibilité et pousse au maximum la théorie des apparences. Elle nous semble cependant interpréter de façon trop extensive la notion de « services » et risquerait, en multipliant de façon excessive les obligations de déport, de déstabiliser l'organisation des juridictions, notamment lorsque la personne publique concernée est l'Etat. Nous avons ainsi grand-peine à imposer une obligation de déport à un juge ayant par exemple servi dans une direction du ministère chargé de la santé et qui serait saisi d'un contentieux impliquant celui chargé de l'agriculture, au seul motif que ces administrations relèvent de la même personne publique, à savoir l'Etat.

Faut-il alors assimiler la notion de « services » à d'autres notions, comme celle de « ministère » lorsque l'employeur est l'Etat, au risque de buter sur les nombreuses directions interministérielles existantes au niveau central ou déconcentré ? Faut-il dans ce cas descendre à un niveau d'analyse encore plus fin, en renvoyant à la notion de « direction » comme l'évoquait un rapport rendu en avril 2007 par un groupe de travail sur la déontologie des membres du Conseil d'Etat ? Et que recouvre la notion de « services » dans les collectivités territoriales, dont les formes d'organisation sont protéiformes ?

Comme nous, vous ressentirez peut-être à la présentation de ces différentes hypothèses un certain vertige à l'idée de fixer depuis le Palais-Royal une règle de déport unique, applicable aussi bien à celui ou celle qui a exercé des fonctions au sein d'une sous-préfecture qu'au secrétariat général du gouvernement, au sein d'une P...e collectivité territoriale ou d'une direction d'administration centrale, au sein d'un cabinet ministériel ou d'une autorité administrative indépendante.

Compte tenu de la riche sociologie administrative, de la diversité des décisions prises par l'administration, des fonctions exercées, des employeurs publics et des politiques publiques mises en œuvre par ceux-ci, nous pensons donc qu'il est impossible de fixer, à votre niveau, une règle de déport qui puisse saisir la multiplicité des situations existantes sans déstabiliser les parcours des membres de la juridiction, son organisation et l'attractivité de certaines administrations. Ce constat tient à une raison simple : la déontologie est avant tout une affaire de casuistique. Comme le soulignait le président Labetoulle, la tentation est forte de « *pouvoir régler sa conduite sur des idées claires et rectilignes* » mais « *il n'en va pas toujours ainsi en déontologie* »⁴¹.

C'est probablement la raison pour laquelle nous n'avons identifié ni dans la législation nationale, ni dans celle d'autres Etats européens⁴² de règles générales de déport concernant les

⁴¹ Daniel Labetoulle, « La déontologie des magistrats administratifs », Justice et Cassation, 2022, p. 73.

⁴² Aucune durée n'a ainsi été fixée en Allemagne, Espagne et Belgique. Seule l'Italie a fixé législativement, et très récemment, une règle de déport à l'issue de l'exercice de hautes fonctions non électives (article 20 de la loi n° 71/2022), prévoyant l'impossibilité d'exercer des fonctions juridictionnelles pendant un an.

affaires impliquant un ancien employeur public. La charte de déontologie admet d'ailleurs elle-même « *qu'elle n'a pas l'ambition de tout prévoir, ni de tout régler* ». C'est aussi pourquoi le second alinéa de l'article L. 231-5-1 prévoit, en dépit de la règle de déport de trois ans fixée au premier, une saisine du collège de déontologie, qui aura, le cas échéant, la charge de préciser l'étendue de cette obligation. Les avis rendus depuis le 1^{er} janvier 2023 dans ce cadre illustrent cette approche casuistique en faisant varier ce délai jusqu'à cinq ans, en fonction notamment de la nature des décisions attaquées⁴³.

Si vous ne reprenez pas une règle de déport uniforme, vous pourriez toutefois mettre à profit la présente affaire pour définir ce qu'implique, en dehors de l'hypothèse de l'article L. 231-5-1, la circonstance que le juge soit saisi d'un litige impliquant son ancien employeur public. Votre décision pourrait ainsi éclairer les membres de la juridiction sur deux points.

En premier lieu, elle pourra identifier une liste non exhaustive de critères dont il appartient au juge de tenir compte pour savoir s'il doit se déporter d'une affaire impliquant son ancien employeur. Ces critères n'ont à ce jour jamais été formalisés dans vos décisions. Mais ils sont en pratique déjà couramment mobilisés par les membres de la juridiction lorsqu'ils s'interrogent sur la nécessité de s'abstenir de siéger sur une affaire. Votre décision aura pour principal intérêt de les expliciter et de préciser, s'il cela était nécessaire, qu'ils ont vocation à être mobilisés par tous les membres de la juridiction administrative, indépendamment de leur corps d'appartenance. Les mêmes exigences déontologiques valent en effet pour l'ensemble de la juridiction, comme l'illustrent l'existence d'un collège de déontologie et d'une charte de déontologie uniques⁴⁴.

Le premier critère est celui du délai écoulé entre l'exercice de ses fonctions administratives et la date à laquelle le juge statue sur l'affaire. Ce critère a déjà été consacré dans votre décision fichée *M. A...* et par la charte déontologie et l'on en trouve même trace dans la jurisprudence de la CEDH. Celle-ci a ainsi conclu à l'impartialité d'un juge qui, dans une procédure civile antérieure intentée par les requérants, avait été le représentant légal de leur adversaire, en s'appuyant notamment sur des considérations temporelles sans fixer une durée précise de référence⁴⁵. Ainsi, plus ce délai sera étendu et plus les risques que le juge soit sensible aux intérêts de son ancienne administration, ou suspecté de l'être, s'amenuisent. A l'inverse un délai très rapproché renforcera les doutes sur l'impartialité du magistrat.

Un autre critère est celui de l'identité de l'autorité administrative auprès de laquelle le juge exerçait ses fonctions. Les risques qu'il soit sensible aux intérêts de son ancien employeur, ou

⁴³ Pour l'ancienne directrice générale adjointe d'une commune et d'un centre de gestion de la fonction publique, avis n° 2023-1 du 27 mars 2023 ; pour une ancienne sous-préfète, avis n° 2023-3 du 27 mars 2023.

⁴⁴ C. Vigouroux, P. Gonod, « A propos de la charte de déontologie des membres de la juridiction administrative », AJDA 2012, p. 875.

⁴⁵ CEDH, 23 novembre 2004, *Puolitaival et Pirttiaho c/ Finlande*, n° 54857/00.

perçu comme tel, varient en effet selon la dimension de ses services. Ainsi, on pourra davantage douter de l'imperméabilité à ces intérêts d'un juge ayant travaillé dans une structure de P...e taille, marquées par une forte imbrication des relations humaines et professionnelles. A l'inverse, cette imperméabilité semble plus assurée lorsque son ancien employeur comporte une importante diversité de services administratifs.

Ce critère doit être combiné avec celui tiré de la nature des fonctions exercées par l'agent auprès de son ancien employeur, ce qui comprend le contenu et l'étendue des missions qui lui étaient confiées, son positionnement hiérarchique ou sa proximité institutionnelle avec le service ou l'autorité à l'origine de la décision attaquée. Plus cette proximité est importante et plus élevé est le risque que le justiciable doute de l'impartialité de son juge. A l'inverse, plus son positionnement hiérarchique était éloigné d'eux et plus le risque qu'il soit partial ou perçu comme tel s'atténue.

Ce critère pourra être complété par celui tiré de l'objet du litige porté devant le juge, la décision attaquée pouvant être plus ou moins éloignée des matières et politiques publiques sur lesquelles il a travaillé dans ses précédentes fonctions ou présenter une sensibilité politique, financière ou encore médiatique telle qu'elle justifie d'adopter une vision plus extensive de l'obligation de déport.

Nous pensons en revanche inopportun d'apprécier les risques de partialité du juge en fonction de la juridiction dans laquelle il exerce ses fonctions. Nous n'ignorons pas combien il peut être difficile dans une P...e juridiction de conjuguer les exigences déontologiques pesant sur ses membres et la nécessité d'assurer son bon fonctionnement. Mais ces exigences ne peuvent en aucun cas être modulées selon les moyens alloués à la juridiction. Ce critère nous paraît donc inopérant.

Précisons que l'ensemble de ces critères devront être conjugués les uns aux autres pour déterminer si le juge doit ou non se déporter. Dans certains cas, il suffira du poids d'un seul pour emporter une obligation d'abstention. Dans d'autres, c'est leur confrontation qui fera pencher la balance dans le sens du déport. Ainsi, une faible durée écoulée entre la fin des fonctions exercées auprès de la personne publique et le litige pourrait être contrebalancée par la déconnexion complète entre le contenu des missions qui incombaient au fonctionnaire et l'objet de la décision attaquée. A l'inverse, l'exercice de fonctions hiérarchiques élevées pourrait nécessiter de se déporter malgré l'écoulement d'un certain délai depuis l'exercice de ces fonctions, compte tenu de l'intensité des liens ainsi noués entre la personne publique et le juge.

En second lieu, votre décision pourra identifier le degré d'impartialité ou de soupçon d'impartialité imposant une abstention, autrement dit le cadre d'analyse à l'aune duquel seront examinés les critères évoqués précédemment. Vous pourriez retenir celui mobilisé dans vos

décisions *Aïn Lhout* et *T...* et juger qu'il convient de s'abstenir si la réunion de ces critères ou un seul d'entre eux « *est de nature à créer un doute objectivement justifié sur l'impartialité* » du juge.

Toutefois, ces précédents répondaient à un moyen tiré de la méconnaissance de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui explique qu'ils fassent usage de cette formule conventionnelle. Or, vous êtes uniquement saisis d'une critique de droit interne fondée sur le principe général d'impartialité. Nous vous proposons donc plutôt d'examiner si la réunion de ces critères ou l'un d'eux conduit à penser qu'il « *existe une raison sérieuse de mettre en doute* » l'impartialité du juge, ce qui correspond, selon l'article L. 721-1 du code de justice administrative, au motif justifiant de faire droit à une demande de récusation.

Si vous adoptez cette grille d'analyse, vous l'appliquerez au cas de la magistrate ayant rapporté l'affaire en première instance. Rappelons à nouveau qu'à ce stade il est acquis qu'il n'est pas établi qu'elle aurait pris part à la préparation du mémoire en défense présenté en première instance par le département.

Il est certain que le délai écoulé depuis son départ de ses services est relativement court, puisqu'elle a statué sur l'affaire moins de deux ans après celui-ci, ce qui s'éloigne de la bonne pratique identifiée par la charte de déontologie. Mais son poste de cheffe du service juridique et contentieux du département, qui la plaçait en position de N-3 du secrétaire général de la collectivité, était relativement peu élevé d'un point de vue hiérarchique. Par ailleurs, la décision en litige est un refus de versement de l'allocation d'aide au retour à l'emploi. Elle a donc été adoptée par un service distinct de celui où travaillait la magistrate. Et si elle présentait une importance particulière pour l'agent qui la réclamait, elle ne soulevait aucun enjeu financier ou politique spécifique pour cette collectivité de grande taille. La probabilité que la rapporteure soit sensible aux conséquences de la décision juridictionnelle sur son ancienne administration était donc faible.

Si nous convenons qu'il y a matière à hésitation et qu'il aurait probablement été de bon usage qu'elle se déporte, nous ne pensons donc pas, au regard de l'ensemble de ces éléments, qu'il existe une raison sérieuse de douter de son impartialité. Vous écarterez donc le moyen soulevé par le département.

7. Nous finirons par quatre observations plus générales.

En premier lieu, votre décision pourra se pencher sur deux autres configurations que celle du juge saisi d'un litige impliquant son ancien employeur : la première est celle où il serait saisi d'un litige impliquant une administration auprès de laquelle il exerce une activité accessoire d'intérêt général, dans les conditions conformes à son statut. La seconde est celle où le litige implique une administration qui s'apprête à le recruter, à bref délai, dans ses services.

Dans les deux cas, et comme pour l'exercice passé de fonctions administratives, aucune méconnaissance du principe d'impartialité ne doit, par principe, être constatée. La partialité du juge, réelle ou apparente, relève là encore d'une approche casuistique consistant à rechercher l'existence d'une raison sérieuse de douter de son impartialité. Votre décision pourra le préciser, alors que votre jurisprudence est peu diserte sur les règles de déport applicables dans ces deux hypothèses (v. pour le défaut d'impartialité d'un commissaire du gouvernement faisait partie, à la date de lecture de la décision, du cabinet du maire président le conseil d'administration de l'hôpital requérant, CE, 10 mars 1995, *M. V...*, n° 112859, Rec.)⁴⁶.

Relevons à ce titre que si la CEDH a récemment identifié une méconnaissance du principe d'impartialité lorsque trois magistrats de la Cour de Cassation exercent de façon « régulière, étroite et rémunérée » une activité accessoire auprès d'une maison d'édition et sont saisis d'un litige impliquant cette dernière, elle n'a pas remis en cause le principe même qu'un juge puisse exercer des activités accessoires extérieures à la juridiction (CEDH, 14 décembre 2023, *Syndicat national des journalistes c/ France*, n° 41236/18 et les opinions de trois membres de la formation de jugement)⁴⁷.

En outre, puisqu'il s'agit d'examiner s'il existe une raison sérieuse de douter de l'impartialité du juge, la même grille de critères que celle esquissée pour l'exercice passé de fonctions administratives pourra être mobilisée pour l'apprécier. Il est vrai que l'intensité des relations professionnelles entre le juge et l'administration est plus marquée dans le cas où il exerce auprès d'elle une activité accessoire ou s'appête à rejoindre ses services. Cependant, cette circonstance ne condamne pas les critères précédemment évoqués mais conduit selon nous à procéder à une pesée différente de ces derniers.

S'agissant des activités accessoires, le délai écoulé entre l'exercice des fonctions administratives et le jugement de l'affaire est par définition nul. Dans la pesée globale des critères, il faudra donc que celui relatif à ce délai soit compensé par ceux tirés notamment de l'objet du litige, de l'identité de l'employeur ou de la nature des fonctions exercées, pour écarter l'existence d'une raison sérieuse de douter de l'impartialité du juge. Il nous semble envisageable d'ajouter le critère de l'existence d'une rémunération de l'activité accessoire, retenu par la CEDH dans sa décision *Syndicat national des journalistes*, qui pourrait conduire à apprécier plus strictement l'obligation de déport s'il est rempli.

En ce qui concerne l'exercice à venir de fonctions administratives, la CEDH a relevé dans sa décision *Sacilor Lormines* une méconnaissance du principe d'impartialité lorsqu'un membre de la formation de jugement était en « pourparlers » avec un ministère pour le rejoindre en

⁴⁶ Pour la partialité d'un juge saisi d'un litige impliquant l'université auprès de laquelle il exerce une activité accessoire d'enseignement, CE, 6 mars 1998, *Ravet et autres*, nos 173546, 173549, 173550, T. ; pour un autre exemple, CE, 7 juillet 2006, *Association sauvegarde région Langeais et autre*, n° 259252, T.

⁴⁷ V. aussi, CEDH, 17 juin 2003, *Pescador Valero c/ Espagne*, n° 62435/00

tant que secrétaire général alors que cette administration est l'une des parties au litige qu'elle devait examiner. Mais l'existence de discussions ne constitue pas à notre sens un critère permettant d'apprécier son impartialité. Cette notion marque davantage le point de départ à partir duquel le juge doit être en alerte sur les obligations d'abstention qui s'imposent à lui en cas de litige impliquant la personne publique désireuse de le recruter. Et ces obligations se mesurent à l'aune de la grille de critères examinée précédemment.

En deuxième lieu, votre décision pourra rappeler que chaque juge est en première ligne pour assurer la régularité de sa présence au sein de la formation de jugement. Il lui appartient ainsi de se faire remplacer s'il « *suppose en sa personne une cause de récusation* » mais aussi s'il « *estime en conscience devoir s'abstenir* » pour des raisons qui lui sont propres et alors même qu'il n'y aurait aucune irrégularité à siéger sur l'affaire, ainsi que l'indique l'article R. 721-1 du code de justice administrative. Dans tous les cas, rien n'interdit au juge de consulter, avant toute décision, un collègue, son président de chambre ou son chef de juridiction pour recueillir leur opinion. Ce réflexe est au contraire de bonne méthode pour dissiper certains doutes, conforter un choix et pour prendre la meilleure décision possible d'un point de vue déontologique⁴⁸.

En troisième lieu, il nous semble que la décision prise par le juge de statuer sur une affaire impliquant son ancien, actuel ou futur employeur, sera sanctionnée différemment selon qu'elle traduit une véritable irrégularité ou consiste en la simple méconnaissance d'une bonne pratique. Dans certaines hypothèses, cette décision entachera le jugement d'irrégularité, par exemple lorsque les critères que nous avons esquissés démontreront l'existence d'une raison sérieuse de douter de son impartialité. Dans d'autres, ce seuil ne sera pas suffisamment atteint pour justifier une censure, alors même que ne pas siéger sur l'affaire aurait constitué une précaution de nature à éviter toute difficulté, à l'image du cas d'espèce (v. pour un raisonnement similaire pour la manifestation du déport d'un membre d'une commission administrative consultative, CE, Section, 22 juillet 2015, *Société Zambon France*, n° 361962, Rec. ; pour la précision du sens des conclusions du rapporteur public lors de leur mise en ligne, CE, Section, 21 juin 2013, *Communauté d'agglomération du pays de Martigues*, n° 352427, Rec.).

En dernier lieu, nous pensons que la configuration dont vous êtes saisis aujourd'hui restera assez rare en pratique. D'abord, parce que les membres de la juridiction sont de longue date sensibilisés aux impératifs déontologiques qui pèsent sur eux et n'hésitent pas à se déporter pour éviter la naissance de tout soupçon à leur encontre. Ensuite, parce qu'une partie des mobilités sont régies par les règles prévues par les articles L. 231-5 et L. 231-5-1 précités ou

⁴⁸ La Charte de déontologie indique que le déport doit être pris après réflexion et chaque fois que cela est possible, « *après avoir recueilli l'opinion de collègues et si besoin, du président de la formation de jugement voire du chef de juridiction* ».

échapperont à tout risque de conflit d'intérêt, par exemple lorsqu'elles sont réalisées au sein de la magistrature judiciaire. Enfin, parce que la juridiction administrative s'est dotée ces dernières années d'outils lui permettant de prévenir l'apparition de situation de partialité, comme la déclaration d'intérêts⁴⁹, l'entretien de déontologie ou la possibilité de saisir à tout moment le collège de déontologie d'une demande d'avis. Ces instruments permettent notamment au président de juridiction de choisir une affectation limitant autant que possible les risques de partialité ou au président de la formation de jugement, plus rarement, à inviter un juge à ne pas statuer sur une affaire s'il estime qu'il se trouve dans une situation de conflit d'intérêts⁵⁰. Ils conduisent enfin souvent le président de chambre à ne pas confier à un juge des dossiers impliquant son ancienne administration.

En définitive, vous écarterez le premier moyen du département. Vous en ferez de même des deux autres moyens qu'il soulève. Le jugement attaqué est suffisamment motivé et les premiers juges n'ont commis ni dénaturation ni erreur de droit en estimant que M. C... avait procédé à des recherches actives d'emploi.

Par ces motifs, nous concluons au rejet du pourvoi.

⁴⁹ Prévues par les articles L. 131-7 et L. 231-4-1 du code de justice administrative.

⁵⁰ V. art. L. 131-9 et L. 231-4-3 du CJA.