



**HAL**  
open science

## Conventionnalité du cumul des fonctions et consécration de l'obligation de déport.

Cécile Guérin-Bargues

► **To cite this version:**

Cécile Guérin-Bargues. Conventionnalité du cumul des fonctions et consécration de l'obligation de déport.. Actualité juridique Droit administratif, 2010, pp.1178-1784. hal-01920213

**HAL Id: hal-01920213**

**<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01920213v1>**

Submitted on 13 Nov 2018

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## **Conventionnalité du cumul des fonctions et consécration de l'obligation de déport**

*Signe que les rapports entre la Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil d'Etat s'inscrivent dans un climat dorénavant apaisé. Ce dernier affirme la conformité aux exigences de l'article 6 de sa participation à la gestion du corps des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel et aux jugements des litiges relatifs aux carrières des magistrats administratifs. Cette conventionnalité est néanmoins subordonnée au respect de l'obligation de déport dont le champ d'application se trouve ainsi significativement étendu.*

**PROCÉDURE CONTENTIEUSE - Règle générale de procédure - Impartialité**

**DROIT ET LIBERTÉ FONDAMENTAUX - Procès équitable - Carrière des magistrats administratifs**

**Conseil d'Etat, 26 mai 2010**

M. Vigouroux, prés. - M<sup>me</sup> Mariani-Ducray, rapp. -

M. Keller, rapp. publ.

**M. Marc-Antoine - req. n° 309503**

(sera mentionné aux tables du Lebon)

### **ARRÊT**

Considérant que les demandes de récusation formulées par le requérant doivent être regardées comme visant l'ensemble des formations de jugement du Conseil d'Etat, et, par suite, comme une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime; qu'il y a lieu, dès lors, pour le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, devant lequel la procédure de renvoi pour cause de suspicion légitime n'est pas applicable, de se prononcer sur les requêtes; qu'aucun des membres de la formation de jugement appelée à statuer n'a pris la moindre part à la préparation administrative des décrets contestés;

Considérant qu'il ressort de l'article R. 432-4 du code de justice administrative que le garde des Sceaux, ministre de la justice, pouvait régulièrement produire un mémoire en défense sans justifier d'une délégation particulière du président de la République;

*Sur la compétence au sein de la juridiction administrative et la procédure devant le Conseil d'Etat:*

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article R. 311-1 du code de justice administrative dans sa rédaction applicable au litige, le Conseil d'Etat est compétent pour connaître en premier et dernier ressort des litiges relatifs à la situation individuelle des fonctionnaires nommés par décret du président de la République, au nombre desquels figurent les membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel; que ces dispositions ne sauraient faire obstacle à l'application de la règle générale de procédure, selon laquelle aucun membre d'une juridiction administrative ne peut participer au jugement d'un recours dirigé contre une décision administrative ou juridictionnelle dont il est l'auteur; qu'il en résulte que la formation de jugement d'un litige relatif à un membre du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ne peut être composée de membres du Conseil d'Etat ayant préparé ou pris des actes relatifs à ce litige; que dès lors, M. Marc-Antoine n'est pas fondé à soutenir que la compétence donnée en premier et dernier ressort au Conseil d'Etat par les dispositions de l'article R. 311-1, alors que le chef de cette juridiction est chargé de la gestion du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel par les

dispositions de l'article R. 231-3 du même code, méconnaîtraient le principe constitutionnel d'indépendance des membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ou le droit à un procès équitable garanti par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales;

*Sur les conclusions dirigées contre les décisions de notation au titre de 2006 et de 2007 et l'avis du président du tribunal administratif de Montpellier sur son avancement de grade au titre de 2007:*

Considérant que l'avis du président du tribunal administratif de Montpellier émis en vue du tableau d'avancement 2008, au titre de 2007, n'a pas le caractère d'une décision faisant grief;

Considérant qu'il résulte des pièces du dossier qu'une notation de M. Marc-Antoine a été régulièrement établie pour 2006 par le président du tribunal administratif de Montpellier et notifiée à l'intéressé le 29 août 2007; que les conclusions tendant à ce que soit déclarée nulle et non avenue cette notation au motif qu'elle n'aurait été ni datée ni signée doivent donc être rejetées;

Considérant que l'application des dispositions du décret du 29 avril 2002 relatif aux conditions générales d'évaluation, de notation et d'avancement des fonctionnaires de l'Etat, auquel l'article R. 234-7 du code de justice administrative renvoie pour la notation des membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, est subordonnée, pour permettre au chef de service d'apprécier la valeur professionnelle de l'agent, à l'exercice effectif de ses fonctions par celui-ci pendant une durée suffisante au cours de l'année au titre de laquelle est établie la notation; qu'il ressort des pièces du dossier que M. Marc-Antoine a été placé en congé de longue maladie puis de longue durée sans discontinuité au cours de 2007; qu'il est ainsi fondé à soutenir que la décision établissant sa notation pour cette année est entachée d'illégalité et, par suite, à en demander l'annulation;

*Sur les conclusions dirigées contre des décrets du 13 juillet 2007 et du 10 juillet 2008 portant inscription au tableau d'avancement au titre de l'année 2007 et au titre de l'année 2008:*

Considérant que tout agent a intérêt à poursuivre l'annulation des nominations et promotions faites soit à son grade, soit aux grades supérieurs de son corps, soit dans un corps différent dont les agents sont susceptibles de se trouver en concurrence avec lui pour l'accès par voie d'avancement normal à des grades ou emplois supérieurs; que, dès lors, la fin de non-recevoir opposée par le ministre et tirée du défaut d'intérêt à agir de M. Marc-Antoine doit être écartée;

Considérant que le moyen tiré de ce que les décrets attaqués ne viseraient pas la proposition du conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (CSTACAA), ainsi que les dispositions du code de justice administrative, manque en fait;

Considérant qu'aux termes de l'article 9 de la loi du 11 janvier 1984: «La loi fixe les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs»; que le législateur a, d'une part, par la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif, d'où sont issues les dispositions de l'article L. 232-2 du code de justice administrative, fixé la composition du CSTACAA et confié sa présidence au vice président du Conseil d'Etat; que ces dispositions constituent une garantie de l'indépendance des membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel; qu'il a, d'autre part, prévu par les dispositions de l'article L. 234-1 du code de justice administrative que la proposition d'inscription au tableau d'avancement est établie par le CSTACAA; que, par suite, le requérant n'est pas fondé à soutenir que les propositions du CSTACAA de ne pas l'inscrire sur le tableau d'avancement seraient irrégulières en raison de ce que, tant la présence de membres du Conseil d'Etat en son sein, que la compétence de gestion du corps attribuée au vice-président du Conseil d'Etat, porteraient atteinte à l'indépendance des membres de ce corps et méconnaîtraient les dispositions de l'article 9 de la loi du 11 janvier 1984 et les stipulations des articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales;

Considérant que l'article R. 232-17 du code de justice administrative vise le cas où un membre élu du CSTACAA doit être remplacé par suite de sa démission ou de l'impossibilité de poursuivre son

mandat; qu'il ne fait pas obstacle à ce qu'un membre titulaire momentanément remplacé par son suppléant siège à nouveau lors d'une séance ultérieure; que le moyen tiré de l'irrégularité de la composition du CSTACAA qui a statué en 2007 doit donc être écarté;

Considérant que le requérant invoque par voie d'exception l'illégalité des dispositions de l'article R. 234-7 du code de justice administrative au motif que le décret du 25 mars 2005 dont elles sont issues n'aurait pas été soumis au conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat, sans expliquer en quoi ces dispositions, qui portent exception, pour les membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, à la prise en compte de la notation pour les avancements d'échelon, auraient été appliquées pour établir les tableaux d'avancement attaqués; que ce moyen ne saurait dès lors être accueilli;

Considérant qu'il ne résulte d'aucune disposition législative ou réglementaire, ni d'aucun principe, que les agents susceptibles d'être promus doivent recevoir communication de leur dossier et des motifs de l'avis émis par leur chef de juridiction afin d'être mis à même d'y répondre; que, par suite, le moyen tiré de l'absence de procédure contradictoire, et celui tiré, par voie d'exception, de l'illégalité du décret du 29 avril 2002 en tant qu'il ne prévoit pas l'obligation de permettre aux membres du corps susceptibles d'être promus de prendre connaissance de leur dossier avant la réunion du CSTACAA, doivent être écartés;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier, notamment des procès-verbaux des réunions du CSTACAA, que ce conseil a procédé, pour les exercices 2007 et 2008, à un examen approfondi de la valeur professionnelle et du mérite de chacun des conseillers de tribunaux administratifs et de cours administratives d'appel susceptibles d'être promus premier conseiller; que si, au titre de 2007, pour l'établissement du tableau 2008, ni une appréciation de la manière de servir, ni, ainsi qu'il a été dit, une notation, ne pouvaient être faites pour M. Marc-Antoine, qui avait été continuellement placé en congé de longue maladie et de longue durée, il ressort du dossier que le conseil supérieur n'a pas fondé son appréciation sur des éléments relatifs à cette année, mais sur les éléments du bilan acquis antérieurement; que, ce faisant, le conseil supérieur n'a fondé sa proposition, ni sur une note ou une appréciation irrégulière, ni sur des éléments étrangers aux mérites professionnels de l'intéressé, tels que son état de santé; qu'il n'a pas entaché son appréciation d'une erreur manifeste;

Considérant que le président de la République ne pouvait inscrire au tableau d'avancement des conseillers ne figurant pas sur la proposition faite par le CSTACAA; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier qu'en adoptant le tableau proposé il ait méconnu l'étendue de ses compétences;

Considérant que si, en vertu de l'article 17 du décret du 29 avril 2002, les tableaux d'avancement de grade pour une année donnée doivent être arrêtés au plus tard le 15 décembre de l'année qui précède, le respect de ce délai n'est pas prescrit à peine de nullité; que, contrairement à ce que soutient le requérant, les conditions statutaires à remplir pour être promu doivent être remplies au plus tard le 31 décembre de l'année au titre de laquelle les promotions sont effectuées;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le requérant n'est pas fondé à demander l'annulation des décrets du 13 juillet 2007 et du 10 juillet 2008 portant inscription au tableau d'avancement;

*Sur les conclusions dirigées contre les décrets du 13 juillet 2007 et du 11 juillet 2008 portant nomination au grade de premier conseiller:*

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le moyen tendant à l'annulation des décrets portant nomination au grade de premier conseiller par voie de conséquence de l'illégalité du décret portant inscription au tableau d'avancement pour l'année en cause doit être écarté;

Considérant que l'absence dans les visas des décrets attaqués de la mention de l'avis donné par le CSTACAA ainsi que du décret du 28 décembre 2005 est, en tout état de cause, sans influence sur la légalité des décrets attaqués;

Considérant qu'il ne ressort des pièces du dossier ni que le président de la République aurait renoncé à exercer son pouvoir de

promotion au choix, ni que les décrets attaqués soient entachés d'erreur manifeste d'appréciation ;

Considérant toutefois que le décret attaqué du 13 juillet 2007 a promu au grade de premier conseiller à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2007 neuf conseillers et que le décret attaqué du 11 juillet 2008 a promu au grade de premier conseiller à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2008 vingt-sept conseillers ; qu'en l'absence d'obligation de reconstitution de carrière découlant soit d'une décision de justice, soit d'une disposition législative, soit encore de l'obligation d'assurer au fonctionnaire le déroulement continu de sa carrière, le caractère rétroactif de ces nominations est illégal ; que, dès lors, le décret attaqué du 13 juillet 2007 doit être annulé en tant qu'il a nommé M<sup>me</sup> Bailly, M. Arnould, M<sup>me</sup> Rimeu, M<sup>me</sup> Simon, M<sup>me</sup> Jorda-Lecroq, M<sup>me</sup> Baes Honoré, M<sup>me</sup> Amat-Clot, M. André, M<sup>me</sup> Baux, M<sup>me</sup> Sirinelli, pour la période allant du 1<sup>er</sup> au 13 juillet 2007, au grade de premier conseiller ; et que le décret attaqué du 11 juillet 2008 doit être annulé en tant qu'il a nommé M. Marjanovic, M<sup>me</sup> Buteri, M. Simonnot, M<sup>me</sup> Legrand, M<sup>me</sup> Perrin, M<sup>me</sup> Lagasse-Féjerdy, M. Mauget, M. de Saussure, M<sup>me</sup> Von Bardeleben, M<sup>me</sup> Bories, M<sup>me</sup> Baratin, M<sup>me</sup> Séveno, M. Expert, M. Thielé, M. Coudert, M. Laloye, M. Autin, M. Besse, M. Salvage de Lanfranchi, M. Fouassier, M. Aymard, M. Berthon, M<sup>me</sup> Rey-Coquais Salzmänn, M. Froger, M<sup>me</sup> Madelaigue, M<sup>me</sup> Orio, M. Tixier, pour la période allant du 1<sup>er</sup> au 11 juillet 2008, au grade de premier conseiller ;

*Sur les conclusions à fin d'injonction :*

Considérant que la présente décision n'appelle aucune mesure d'exécution ; que, par suite, les conclusions à fin d'injonction ne peuvent être accueillies ;

*Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :*

Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de l'Etat les sommes que demande M. Marc-Antoine au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ;

Décide :

Article 1<sup>er</sup> : La décision du président du tribunal administratif de Montpellier de notation de M. Marc-Antoine au titre de 2007 est annulée.

Article 2 : Le décret du président de la République du 13 juillet 2007 portant nomination (tribunaux administratifs et cours administratives d'appel) est annulé en tant qu'il a nommé, pour la période du 1<sup>er</sup> au 13 juillet 2007, au grade de premier conseiller, M<sup>me</sup> Bailly, M. Arnould, M<sup>me</sup> Rimeu, M<sup>me</sup> Simon, M<sup>me</sup> Jorda-Lecroq, M<sup>me</sup> Baes Honoré, M<sup>me</sup> Amat-Clot, M. André, M<sup>me</sup> Baux et M<sup>me</sup> Sirinelli.

Article 3 : Le décret du président de la République du 11 juillet 2008 portant nomination (tribunaux administratifs et cours administratives d'appel) est annulé en tant qu'il a nommé, pour la période du 1<sup>er</sup> au 11 juillet 2008, au grade de premier conseiller, M. Marjanovic, M<sup>me</sup> Buteri, M. Simonnot, M<sup>me</sup> Legrand, M<sup>me</sup> Perrin, M<sup>me</sup> Lagasse-Féjerdy, M. Mauget, M. de Saussure, M<sup>me</sup> Von Bardeleben, M<sup>me</sup> Bories, M<sup>me</sup> Baratin, M<sup>me</sup> Séveno, M. Expert, M. Thielé, M. Coudert, M. Laloye, M. Autin, M. Besse, M. Salvage de Lanfranchi, M. Fouassier, M. Aymard, M. Berthon, M<sup>me</sup> Rey-Coquais Salzmänn, M. Froger, M<sup>me</sup> Madelaigue, M<sup>me</sup> Orio et M. Tixier.

Article 4 : Le surplus des conclusions de M. Marc-Antoine est rejeté.

## NOTE

Déçu de ne pas avoir été promu au grade de premier conseiller, M. Marc-Antoine, membre du corps des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, demande au Conseil d'Etat d'annuler quatre décrets du président de la République portant respectivement inscriptions au tableau d'avancement et nominations pour les années 2007 et 2008. Il avance à cet effet, dans deux requêtes quasiment identiques, plusieurs arguments de compétence et de fond d'importance inégale. Sur le fond, la décision peut paraître attendue : nombre des moyens ici invoqués ont déjà fait l'objet d'un rejet, dans une décision *M. Marc-Antoine* antérieure (CE 8 avr.

2009, *M. Marc-Antoine*, req. n° 297851, concl. R. Keller), relative à des décrets de même nature datant de 2006. Comme dans ce dernier arrêt, le Conseil d'Etat se situe dans une perspective assez favorable aux agents publics : il admet l'intérêt de M. Marc-Antoine tant à contester les nominations intervenues à un grade supérieur au sien (conformément à la décision *Rodière*, CE 26 déc. 1925, req. n° 88369, *GAJA*, 16<sup>e</sup> éd., p. 261) qu'à demander l'annulation de sa propre notation. Le requérant toutefois n'obtient qu'en partie gain de cause. L'illégalité de sa notation pour 2007 est reconnue, la valeur professionnelle du requérant, alors en congé de longue maladie puis de longue durée, n'ayant pu cette année-là être correctement mesurée, faute de présence effective du magistrat à son poste (CE sect. 31 janv. 1964, *Ville de Lyon c/ Dame Dupeuble*, req. n° 55589, Lebon 69, et, plus récemment, CE 3 sept. 2007, *Villeneuve*, req. n° 284954, AJDA 2007. 167). En revanche, les moyens relatifs aux décrets portant inscription à un tableau d'avancement sont écartés, le conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel (CSTACAA), chargé de la préparation desdits décrets, n'ayant pas, en la fondant sur ses états de service antérieurs à 2007, entaché son appréciation des mérites du requérant d'une erreur manifeste (sur la nature du contrôle, CE 12 févr. 1971, *Ministre de l'économie et des finances c/ Dubois*, req. n° 78048, et CE 12 févr. 2003, *M<sup>me</sup> Puechmaille*, req. n° 218983, AJFP 2003. 55). Quant aux décrets portant nominations au grade de premier conseiller, ils ne sont annulés qu'en tant qu'ils donnent un effet rétroactif à certaines nominations, rien ne justifiant en l'espèce qu'il soit dérogé au principe de non-rétroactivité des actes administratifs.

En vérité, l'intérêt de l'arrêt ne réside pas tant dans la solution d'espèce que dans l'originalité de l'angle sous lequel est abordée la problématique désormais classique de la conventionnalité du cumul des fonctions assurées par les membres du Conseil d'Etat. Le requérant conteste en effet la capacité du Conseil à statuer de manière impartiale sur sa requête, au motif que ce dernier est à la fois gestionnaire du corps des magistrats administratifs et, selon la formule en vigueur à l'époque de l'article R. 311-1 du code de justice administrative, compétent pour connaître, en premier et dernier ressort, des litiges relatifs à la situation individuelle des fonctionnaires nommés par décret du président de la République (texte par la suite modifié par l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives). Depuis vingt ans en effet, la gestion du corps des membres des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel ne relève plus du ministère de l'intérieur mais du Conseil d'Etat (v. M.-A. Latournerie, *Réflexions sur l'évolution de la juridiction administrative française*, RFDA 2000. 921). La responsabilité de cette gestion administrative et financière incombe au vice-président du Conseil d'Etat qui, à ce titre, préside le CSTACAA. Ce Conseil, dont les avis ou propositions sont systématiquement suivis par l'autorité de nomination, joue un rôle déterminant dans la gestion du corps et des juridictions en étant consulté sur les décisions prises en matière de discipline ou relatives au déroulement des carrières (v. B. Foucher, *L'organisation et les moyens des tribunaux administratifs : état des lieux 50 ans plus tard*, AJDA 2004. 634). Or, composé de

treize personnes, le CSTACAA comprend de droit, outre son président, deux autres membres du Conseil d'Etat. Cette proportion est d'ailleurs susceptible d'augmenter, rien n'interdisant à un membre du Conseil d'Etat d'être désigné parmi les trois personnalités extérieures qui siègent au CSTACAA. Selon le requérant, la compétence juridictionnelle du Conseil d'Etat, alors que certains de ses membres ont participé à la préparation des décrets attaqués au sein du CSTACAA, serait à la fois contraire au principe d'indépendance des juges administratifs et aux exigences du procès équitable.

Il s'agit là d'un problème à certains égards inédit. Si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'impartialité et d'indépendance des juridictions est aujourd'hui sans doute plus nuancée qu'elle a pu l'être jadis, elle n'en a pas moins incité le pouvoir réglementaire à renforcer la spécialisation au sein des formations juridictionnelles du Conseil d'Etat: adoption de nouvelles règles relatives à leur composition et transformation de la pratique coutumière du déport en obligation posée par l'article R. 122-21-1 du code de justice administrative, selon lequel «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» (sur ces réformes, v. P. Gonod, *Le Conseil d'Etat à la croisée des chemins?*, AJDA 2008. 630). Les faits de l'espèce se situent toutefois en dehors du champ d'application de ces réformes qui ne tirent les conséquences du principe d'impartialité qu'au regard de la dualité des fonctions consultatives et contentieuses au sein du Conseil d'Etat. Les situations de cumul ne sauraient pourtant être réduites à cette seule hypothèse. L'affectation d'un membre du Conseil à une section administrative implique en effet son concours à diverses commissions à caractère administratif ou juridictionnel instituées auprès des administrations, entreprises ou établissements publics. La question de la conformité aux exigences conventionnelles de la participation de certains de ses membres à la préparation de l'acte attaqué, dans le cadre de fonctions administratives exercées en dehors du Conseil d'Etat, ne pouvait donc manquer de se poser.

Quant aux prétentions du requérant, elles apparaissent moins originales peut-être, mais tout aussi audacieuses. Comme le précise le Conseil d'Etat, dès le début de la décision, «aucun des membres de la formation de jugement n'a pris la moindre part à la préparation administrative des décrets contestés». On se situe donc dans une configuration proche de celle qui prévalait dans l'affaire *Sacilor-Lormines* (CEDH 9 nov. 2006, req. n° 65411/01), dans laquelle aucun membre siégeant au contentieux n'avait participé à l'adoption de l'avis sur les conditions d'application du code minier (v. not. J.-L. Autin et F. Sudre, *L'impartialité structurelle du Conseil d'Etat hors de cause?*, RFDA 2007. 342). En d'autres termes, non seulement est ici mise en cause l'impartialité objective du Conseil d'Etat, qui s'apprécie en fonction de «considérations organiques et fonctionnelles» (concl. S. Hubac sur CE sect. 27 avr. 1988, *Sophie*, req. n° 66650), mais est implicitement soutenue l'absence de caractère déterminant du critère tenant à la composition des formations administrative et de jugement. La soumission d'une question juridique à deux formations du Conseil d'Etat dont les compositions diffèrent est-elle

de nature à faire douter de l'impartialité de la haute juridiction statuant sur la légalité des décrets contestés? Signe que les périodes de pacification des rapports entre Cour européenne des droits de l'homme et Conseil d'Etat allègent immédiatement la pression qui pèse sur les juridictions nationales en matière d'équité du procès et d'impartialité des juges, le Conseil d'Etat oppose, à l'argument de cette «partialité structurelle» invoqué par le requérant, une solution nuancée, fondée sur l'affirmation d'une «conventionnalité conditionnelle» du dualisme des fonctions.

### **L'invocation, par le requérant, d'une «partialité structurelle»**

Les membres du corps des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel bénéficient depuis la loi du 6 janvier 1986 d'un statut protecteur qui, sur certains points, déroge au statut général de la fonction publique auquel ils demeurent néanmoins soumis (art. L. 231-1 CJA; v., sur ce point, P.-L. Frier et J. Petit, *Précis de droit administratif*, Domat Montchrestien, Paris, 5<sup>e</sup> éd., 2008, p. 397). Leur indépendance est législativement garantie par la règle de l'immovibilité et par l'existence du CSTACAA. Ainsi, les tableaux d'avancement, formalisés par le premier type de décret attaqué sont établis «sur proposition du CSTACAA». La notion de proposition doit être ici entendue de manière stricte: elle lie l'autorité de nomination, qui ne peut que reprendre à son compte la proposition de tableau dans son ensemble ou s'abstenir d'y donner suite (concl. D. Kessler sur CE 25 sept. 1992, *Ynden-Allart*, req. n° 99203). Deux conséquences en résultent. D'une part, contrairement à l'avis purement consultatif émis par le chef de juridiction en matière d'avancement (CE 7 juin 2004, *Bonnet*, req. n° 247881; CE 8 avr. 2009, *M. Marc-Antoine*, préc.), la proposition du conseil supérieur fait grief. D'autre part, le requérant ne saurait reprocher au président de la République d'avoir méconnu l'étendue de ses compétences en refusant d'inscrire «au tableau d'avancement des conseillers ne figurant pas sur la proposition faite par le CSTACAA». En matière de promotions, dont relève la seconde catégorie de décrets attaqués, la règle ne diffère que partiellement. Le président de la République n'est pas tenu d'accorder toutes celles qui figurent au tableau d'avancement (CE 30 mars 1973, *Association générale des administrateurs de la préfecture de Paris*, req. n° 81887, cité in concl. R. Keller sur CE 8 avr. 2009, *M. Marc-Antoine*, préc.), mais il ne peut nommer qu'en fonction et dans l'ordre de celui-ci (art. 58 de la loi n° 84-16 du 11 janv. 1984). La participation du CSTACAA – au sein duquel le Conseil d'Etat bénéficie d'une représentation non négligeable – apparaît donc décisive.

C'est au regard de ces modalités particulières de gestion qu'est ici contestée la compétence du Conseil d'Etat. Elle porterait atteinte au principe d'indépendance des juges administratifs des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel ainsi qu'aux droits à un recours effectif et à un procès équitable garantis par les articles 13 et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Si l'indépendance de la juridiction administrative a valeur constitutionnelle (Cons. const., 22 juill. 1980, décis. n° 80-119 DC, *GDCC*, 14<sup>e</sup> éd., 2007, p. 385), l'exigence d'impartialité, déjà ancienne (CE sect. 2 mars

1973, *D<sup>lle</sup> Arbousset*, req. n° 84740, concl. M. Braibant, RD publ. 1973. 1066; *GAJA*, 16<sup>e</sup> éd., 2007, p. 802), a été consacrée par le Conseil d'Etat en tant que principe général du droit (CE 27 oct. 1999, *Fédération française de football*, req. n° 196251, et surtout CE ass. 3 déc 1999, *Didier*, req. n° 207434, RFDA 2000. 584, concl. A. Seban). Cette double exigence d'impartialité et d'indépendance des juridictions, inhérente au fait même de juger, est «rappelée» par l'article 6 § 1 de la CEDH (sur cette analyse traditionnelle au sein du Conseil d'Etat, v. P. Fombeur, concl. sur CE ass. 6 déc. 2002, *Maciolak*, req. n° 239540, et *Trognon*, req. n° 240028, AJDA 2003. 492, chron. F. Donnat et F. Casas, RFDA 2003. 694; v. également B. Quirigny, Actualité du principe général d'impartialité administrative, RD publ. 2006. 375), dont l'invocation, contrairement à celle du principe interne d'impartialité, offre aux requérants français l'avantage de permettre la mise à l'écart de l'application d'une loi pour incompatibilité avec le droit conventionnel. Composition et compétence du CSTACAA ayant été fixées par la loi du 31 décembre 1987, la référence à l'article 6 § 1 permet à M. Marc-Antoine de contester la régularité des propositions du CSTACAA tout en inscrivant son recours dans la perspective de la jurisprudence européenne. Or, dans l'arrêt *Sacilor-Lormines*, la Cour européenne des droits de l'homme avait accepté d'examiner au fond le grief de défaut d'impartialité tenant à la dualité d'attribution du Conseil d'Etat, en dépit de l'absence de magistrats communs aux formations consultatives et de jugement (particularité de l'espèce – par rapport aux décisions DEDH 28 sept. 1995, *Procola c/ Luxembourg*, req. n° 14570/89, et 6 mai 2003, *Kleyn et autres c/ Pays-Bas*, req. n° 39343/98, AJDA 2003. 1490, note F. Rolin – d'ailleurs soulignée par la Cour, § 72). De la même manière la Cour, dans l'arrêt *Kleyn*, déclarait ne pas être aussi certaine que le gouvernement des Pays-Bas que l'exclusion de la formation de jugement de l'ensemble des membres ayant participé à l'adoption de l'avis litigieux soit propre à garantir que, dans tous les cas, la section du contentieux du Conseil d'Etat néerlandais constitue un tribunal impartial (§ 198). Même en France, le Conseil d'Etat semblait un temps s'être engagé dans la voie de cette conception exigeante de l'«impartialité structurelle» (notion d'origine européenne qui associe l'indépendance à l'impartialité dans la lignée de l'article 6 de la Convention: v. J.-L. Autin et F. Sudre, observations sous CEDH 28 sept. 1995, *Procola c/ Luxembourg*, préc., RFDA 1996. 789), lorsque, statuant sur la procédure applicable au sein de la Cour des comptes dans l'arrêt *Labor Metal* (CE ass. 23 févr. 2000, req. n° 195715, AJDA 2000. 404. 464, chron. M. Guyomar et P. Collin; RFDA 2000. 435, concl. A. Seban; RSC 2000. 852, obs. D. Commaret), il avait considéré qu'un rapport public, adopté en assemblée générale et relevant l'irrégularité des faits litigieux faisait obstacle au prononcé ultérieur, par quelque formation que ce soit de la Cour des comptes, d'une décision juridictionnelle sur les mêmes faits.

Il semble toutefois que ce dernier arrêt soit demeuré relativement isolé au sein de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme ont en effet incité le Conseil à concentrer ses efforts sur les situations les plus risquées du point de vue de l'impartialité: celles où il y a cumul de fonctions de la part d'une seule et même personne.

Le risque de partialité est depuis lors subordonné non seulement à l'identité des litiges, mais aussi à celle des formations consultatives et juridictionnelles (v., *a contrario*, l'affaire *Kleyn* préc. où l'absence d'identité des litiges permet à un juge néerlandais de se prononcer en formation consultative plénière, puis en tant que président de la section du contentieux; v. également CE sect. 12 mai 2004, *Commune de Rogerville*, req. n° 265184, AJDA 2004. 1354, chron. C. Landais et F. Lenica; *GACA*, 1<sup>re</sup> éd., 2007. 4, 63, P. Cassia; D. 2005. 26, obs. P.-L. Frier, et 2005. 1182, chron. P. Cassia; RFDA 2004. 723, concl. E. Glaser; qui n'exclut pas «eu égard à la nature de l'office attribué au juge des référés», qu'un juge puisse siéger au fond après avoir statué sur une affaire au titre d'une procédure de référé). C'est très exactement sur cette dernière condition qu'insiste l'arrêt commenté, tout en affirmant la conventionnalité de la double fonction du Conseil d'Etat, gestionnaire du corps des magistrats administratifs et juge des litiges relatifs à leurs situations individuelles.

#### **L'affirmation, par le Conseil d'Etat, d'une «conventionnalité conditionnelle**

» En rappelant que sa compétence juridictionnelle suppose le respect de la règle selon laquelle aucun membre d'une juridiction administrative ne peut participer au jugement d'un recours dirigé contre une décision dont il est l'auteur et en soulignant qu'en l'espèce aucun des membres de la formation de jugement n'a pris la moindre part à la préparation des décrets attaqués, le Conseil d'Etat subordonne clairement tout constat de partialité à une composition au moins partiellement identique des formations administratives et contentieuses. Loin de se rallier à la thèse de la partialité structurelle défendue par le requérant, le Conseil affirme au contraire la conformité aux exigences conventionnelles de la pluralité des fonctions exercées par ses membres. S'éloignant de toute interprétation extensive des décisions *Labor Metal* ou *Sacilor-Lormines*, il s'inscrit ici dans la lignée d'une jurisprudence selon laquelle le risque de partialité ne découle pas du doublement fonctionnel en tant que tel (CE 27 févr. 2006, *Association Alcaly*, req. n° 257688, consid. 7, AJDA 2006. 655, note R. Hostiou), mais de l'exercice, par une personne au moins, des deux types de fonctions. Encore implicite au début des années quatre-vingt-dix (CE 6 juill. 1994, *Comité mosellan de sauvegarde de l'enfance*, req. n° 110494; CE sect. 5 avr. 1996, *Syndicat des avocats de France*, req. n° 116594, consid. 12, RFDA 1996. 1195, concl. J.-C. Bonichot), ce lien entre identité et partialité s'affirme à partir de la décision *Procola*, selon laquelle le seul fait que certaines personnes exercent successivement, à propos des mêmes décisions, les deux types de fonctions est, sur le fondement de la théorie des apparences, de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de l'institution (CEDH 28 sept. 1995, *Procola c/ Luxembourg*, préc., AJDA 1996. 383: le lien identité/partialité apparaît § 45). Ce lien mène à la redécouverte d'un principe un peu oublié du XIX<sup>e</sup> siècle, selon lequel l'examen d'un texte en formation consultative interdit ensuite à la personne concernée d'en connaître au contentieux (v., par ex., CE 11 août 1864, *Ville de Montpellier*, Lebon 767 ou l'article 20 de la loi du 24 mai 1872; *contra*, après abrogation de cette règle, CE sect. 25 janv. 1980, *Gadiaga*, req. n° 14260, AJDA 1980. 283;

sur cette évolution, v. P. Gonod, art. préc.). Le Conseil d'Etat en vient ainsi à exiger des juridictions administratives classiques ou spécialisées que les auteurs d'avis s'abstiennent de siéger dans la formation qui examine au contentieux la décision liée à cet avis (v., à propos de la formation de jugement d'un TA, CAA Paris 23 mars 1999, *Sarran*, req. n° 97PA02245, AJDA 1999. 623, note M. Chauchat; pour la Cour de discipline budgétaire et financière: CE ass. 4 juill. 2003, *M. Dubreuil*, req. n° 234353, AJDA 2003. 1596, chron. F. Donnat et D. Casas; RFDA 2003. 713, concl. M. Guyomar et, au sujet du Conseil d'Etat lui-même, CE 11 juil. 2007, *USMA*, req. n° 302040, AJDA 2007. 2218, note T. Gründler; CE sect. 4 févr. 2004, *Griet*, req. n° 241669, AJDA 2004. 1319; CE sect. 6 déc. 2002, *Aïn-Lhout*, req. n° 221319, AJDA 2003. 492, chron. F. Donnat et D. Casas; RFDA 2003. 705, concl. F. Séners; CE 18 juill. 2010, *Guingnet*, req. n° 326515, Dr. adm., août-sept. 2010, note P.-O. Caille).

L'arrêt commenté signe ainsi l'ancrage, au sein du Conseil, d'une réception raisonnée de la jurisprudence européenne, qui ne cherche pas à aller au-delà de ses exigences (B. Genevois, *Le Conseil d'Etat et la Convention européenne des droits de l'homme*, Gaz. Pal. 12 juin 2007, n° 163, p. 13). Ce processus est facilité par une jurisprudence européenne, qui, ces dernières années, s'est efforcée de tempérer ce que son approche inspirée de la théorie des apparences pouvait avoir d'excessif (v., en ce sens, concl. F. Séners, préc.). Alors qu'à une époque un «simple doute aussi peu justifié soit-il» suffisait à conclure au défaut d'impartialité (*Procola c/ Luxembourg*, préc., § 45; v., dans le même sens, *McGonnell c/ RU*, req. n° 28488/95, § 42, selon lequel un doute sur l'impartialité, «quelle que soit la légèreté de sa justification» suffit à altérer l'impartialité de la *Royal Court*), il est dorénavant nécessaire que les appréhensions du requérant soient objectivement justifiées (v. not., parmi de très nombreux arrêts, CEDH 6 juin 2000, *Morel c/ France*, req. n° 34130/96, § 42; 10 févr. 2004, *D. P. c/ France*, req. n° 53971/00, § 33; 9 nov. 2006, *Société Sacilor-Lormines c/ France* préc., § 63), c'est-à-dire qu'elles reposent sur des faits vérifiables (*Sacilor-Lormines* préc., § 60). Cette volonté d'apaisement, qui est notamment perceptible à travers l'évolution de la jurisprudence relative au commissaire du gouvernement/rapporteur public (v., sur ce point, l'affirmation de la conventionnalité du maintien de l'assistance du commissaire de gouvernement au délibéré du Conseil d'Etat, prévu par l'article R. 733-3 CJA in CEDH 15 sept. 2009, *Etienne c/ France*, req. n° 11396/08 [décision d'irrecevabilité], Dr. adm. 2010, n° 1, p. 33, note P.-O. Caille; AJDA 2009. 2468, note. S. El Boudouhi), s'est manifestée de manière particulièrement claire dans la récente décision d'irrecevabilité *UFC Que Choisir de Côte-d'Or* (CEDH 15 juill. 2009, req. n° 39699/03, RFDA 2009. 885, note B. Pacteau; AJDA 2009. 2468, préc.), à propos du refus, par le Conseil d'Etat, d'annuler un décret pris après avis de sa section des travaux publics. La Cour européenne des droits de l'homme met tout d'abord un terme aux spéculations relatives à l'interprétation de l'arrêt *Sacilor-Lormines* en précisant que ce n'était qu'à titre surabondant qu'elle avait alors procédé à un certain nombre de vérifications (§ 2b, argument d'ailleurs repris par le Conseil d'Etat, le 16 avril 2010, pour refuser de transmettre au Conseil constitutionnel la QPC n° 320667 qui soulevait le problème de la conformité à la Constitution du

double rôle du Conseil d'Etat, juge et conseiller du gouvernement). Elle déduit ensuite et surtout de l'absence de membres communs aux formations contentieuses et consultatives, la possibilité pour le Conseil d'Etat de se prononcer en toute impartialité sur un acte pris après avis de la seconde.

Dès lors, si l'on en croit le rapporteur public de l'affaire *Marc-Antoine*, une simple transposition du raisonnement tenu par la Cour européenne des droits de l'homme dans la décision *UFC Que Choisir* suffirait à résoudre le cas d'espèce: à partir du moment où aucun des membres de la formation de jugement n'a participé aux décisions attaquées, «le moyen tiré de la méconnaissance des règles du procès équitable doit être écarté». En d'autres termes et conformément à la jurisprudence européenne, il pourrait y avoir vice fonctionnel – en cas de cumul des fonctions par une même personne – mais on ne saurait soutenir qu'il y a ici vice organique, tenant à l'absence institutionnelle d'impartialité. Le Conseil d'Etat adopte, dans le 4<sup>e</sup> considérant, une position pareillement distanciée: la pluralité des fonctions exercées par ses membres ne suffit pas, en elle-même, à disqualifier, au nom des exigences du procès équitable, la compétence juridictionnelle qu'il détient en vertu de l'article R. 311-1.

Toutefois, plutôt que de se contenter, comme il le faisait jusque-là (CE 11 juill. 2007, *USMA*, préc.), d'une approche purement circonstancielle, le Conseil fonde cette conventionnalité sur l'existence de la règle du déport. En qualifiant cette dernière de «règle générale de procédure», il étend ce faisant à toutes les situations de cumul une pratique coutumière, qui, partiellement consacrée par l'article R. 122-21-1, ne s'exerçait traditionnellement qu'au regard de la double affectation aux formations administratives et contentieuses du Conseil d'Etat. La conventionnalité du cumul affirmée par le Conseil d'Etat est donc conditionnelle, subordonnée à l'absence de confusion des fonctions dans le chef de ses membres et donc au respect, le cas échéant, de la pratique du déport ici promue au rang de véritable obligation.

La consécration de cette obligation de déport, au-delà de l'hypothèse prévue par le décret du 6 mars 2008, peut être interprétée de diverses manières. En un sens, elle semble prouver l'efficacité de la stratégie de pacification que poursuit la Cour européenne des droits de l'homme, en matière d'équité du procès appliquée aux juridictions administratives. En se gardant d'une trop grande rigueur qui l'inciterait à condamner l'organisation même de juridictions biséculaires, la Cour non seulement évite crispations et remise en cause de sa légitimité (sur ce risque, v. F. Rolin, «Encore une minute, Monsieur le bourreau...», AJDA 2003. 1490), mais obtient des juridictions nationales, comme en témoigne la décision commentée, des résultats qui vont légèrement au-delà de ce qu'elle pouvait espérer. Mais on peut aussi voir derrière la consécration de cette obligation de déport, un Conseil d'Etat soucieux de «garder la main», de préserver son autonomie d'organisation en choisissant d'accompagner plutôt que de subir les évolutions du système juridique dans lequel il s'inscrit (sur cette longue tradition d'autonomie, v. P. Gonod, art. préc., p. 630).

Pour le requérant, l'affirmation par le Conseil d'Etat de la conventionnalité, même conditionnée, de sa double fonction contentieuse et gestionnaire, n'en demeure pas moins lourde de conséquences. S'affirmant en mesure de statuer de manière

impartiale grâce à l'existence de l'obligation de départ, le Conseil d'Etat procède en effet à un double glissement de l'impartialité à l'indépendance qui lui permet d'affirmer la conformité des articles R. 311-1 – qui attribue compétence contentieuse au Conseil d'Etat – et R. 231-3 – qui charge le vice-président du Conseil d'Etat de la gestion des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel – au principe constitutionnel d'indépendance des magistrats administratifs. Si en effet une juridiction indépendante n'est pas toujours impartiale, une juridiction impartiale est nécessairement indépendante. Dès lors, parce que le Conseil d'Etat peut se prononcer dans des conditions impartiales – c'est-à-dire en toute indépendance –, sa compétence pour trancher des litiges relatifs à la situation individuelle des magistrats administratifs, prévue par l'article R. 311-1, vient à son tour garantir l'indépendance des membres des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel. Il en résulte que le requérant « n'est pas fondé à soutenir que la compétence donnée en premier et dernier ressort au Conseil d'Etat par les dispositions de l'article R. 311-1 [...] méconnaîtrait le principe constitutionnel d'indépendance des membres des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel ».

En dépit de sa logique apparente, le raisonnement, faute d'être poussé jusqu'à son terme, peine à emporter la conviction. Les magistrats administratifs sont certes des fonctionnaires soumis au statut général mais, parce qu'ils exercent des attributions juridictionnelles, ils n'en nécessitent pas moins une protection particulière. Des textes législatifs propres s'imposent donc pour traiter des questions relatives à l'indépendance des juridictions (F. Scanvic, concl. sur CE 29 déc 1993, *Syndicat de la juridiction administrative*, req. n° 67922.). Tel est d'ailleurs le cas de la composition et du rôle du CSTACAA, définis respectivement par les articles L. 232-2 et L. 234-1 du code de justice administrative. Or, si on part du principe selon lequel le Conseil d'Etat est susceptible de statuer de manière impartiale sur les litiges relatifs aux magistrats administratifs, sa compétence en la matière, loin de se contenter de ne pas méconnaître le principe de leur indépendance, participe à sa garantie. En conséquence, l'attribution de compétence au Conseil d'Etat fait figure de règle qui « garantissant l'indépendance des membres du corps des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel » ne saurait relever d'une disposition réglementaire générale (l'art. R. 311-1 en l'occurrence), mais aurait dû, conformément aux dispositions des articles 34 de la Constitution et 9 de la loi du 11 janvier 1984, être prévue par le législateur. Le même raisonnement aurait permis à la haute juridiction d'accueillir une seconde exception d'illégalité à propos de l'article R. 231-3. Il y a en effet là encore quelque paradoxe à admettre – comme le fait le Conseil dans son 10<sup>e</sup> considérant – que composition et vice-présidence du CSTACAA constituent une garantie de l'indépendance des membres des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel et relèvent à ce titre du domaine de la loi (art. L. 232-2 CJA), mais qu'il n'en va pas de même d'une règle d'attribution de la gestion d'un corps tout entier, surtout lorsque l'on se souvient que cette dernière trouve son origine dans la volonté de libérer le corps de la tutelle, au moins symbolique, du ministère de l'intérieur.

**Cécile Guérin-Bargues**

*Maître de conférences à l'université d'Orléans*