

Chronique de jurisprudence du Tribunal des conflits et du Conseil d'État : le contentieux du monde judiciaire 278e8



Par
Sophie ROUSSEL
Maître des requêtes au
Conseil d'État

L'essentiel

Tous les deux mois, cette chronique revient sur l'actualité du contentieux du monde judiciaire. Une sélection de décisions commentées du Tribunal des conflits et du Conseil d'État fait le point de la jurisprudence en matière de droits fondamentaux et libertés publiques, d'administration judiciaire et de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. Ce mois-ci, sont commentées deux décisions relatives à la carrière des magistrats de l'ordre judiciaire, la première relative à la procédure de nomination des magistrats placés et la seconde aux faits pouvant être pris en compte dans le cadre d'une sanction disciplinaire. Est également analysé l'avis contentieux rendu par le Conseil d'État sur le contrôle des perquisitions administratives.

PLAN

I. DROITS FONDAMENTAUX ET LIBERTÉS PUBLIQUES.....	p. 44
II. ADMINISTRATION JUDICIAIRE.....	p. 47
III. RÉPARTITION DES COMPÉTENCES	(néant)

I. DROITS FONDAMENTAUX ET LIBERTÉS PUBLIQUES

Contrôle des perquisitions administratives : le Conseil d'État donne le mode d'emploi 278s2

L'essentiel Dans un avis contentieux, l'assemblée du contentieux du Conseil d'État précise les conditions de légalité des perquisitions administratives ordonnées dans le cadre de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence ainsi que celles de l'engagement de la responsabilité de l'État à raison de celles-ci.

CE, ass., 6 juill. 2016, n^{os} 398234 et 399135, M. N. et a., Lebon, M^{me} Barrois de Sarigny, rapp., M^{me} Bourgeois-Machureau, rapp. publ.

Note

Les dispositions du premier alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 permettent à l'autorité administrative, lorsque l'état d'urgence a été déclaré et si le décret déclarant ou la loi prorogeant l'état d'urgence l'a expressément prévu, « d'ordonner des perquisitions en tout lieu, y compris au domicile, de jour et de nuit, sauf dans un lieu affecté à l'exercice d'un mandat parlementaire ou à l'activité professionnelle des avocats, des magistrats ou des journalistes, lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ». Ces pouvoirs de police administrative, étendus dans le cadre d'un régime

de pouvoirs exceptionnels dont les effets doivent, ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel ⁽¹⁾, être limités dans le temps et dans l'espace, sont loin d'être mis en œuvre en dehors de tout contrôle : l'avis contentieux du 6 juillet dernier en dessine les contours.

Saisi de requêtes tendant à l'annulation pour excès de pouvoir d'ordres de perquisition édictés dans le cadre de l'état d'urgence déclaré à la suite des attentats du 13 novembre 2015 ainsi qu'à l'engagement de la responsabilité de l'État, les tribunaux administratifs de Cergy-Pontoise et Melun ont soumis au Conseil d'État, en mars dernier, des demandes d'avis portant sur les conditions de légalité des ordres de perquisition – voies de recours ouvertes, obligation de motivation pesant sur l'administration, nature du contrôle du juge administratif – ainsi que sur le régime de responsabilité applicable à raison de telles perquisitions. Il va sans dire que les trois conditions posées par l'article L. 113-1 du Code de justice administrative quant à la recevabilité de ces demandes d'avis étaient remplies (nouveauté, difficulté et fréquence des questions posées), compte tenu tant du nombre de perquisitions décidées dans le cadre de l'état d'urgence déclaré en 2015 et prorogé depuis lors que de l'absence de précédents en la matière, la juridiction administrative n'ayant jamais eu à connaître des perquisitions administratives susceptibles d'être ordonnées dans le cadre de la loi du 3 avril 1955, au

(1) Cons. const., 19 févr. 2016, n^o 2016-536 QPC.

demeurant sensiblement modifiée par la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015.

I. NATURE DES PERQUISITIONS ORDONNÉES SUR LE FONDEMENT DE LA LOI DU 3 AVRIL 1955

Les mesures de perquisitions prises dans le cadre de l'état d'urgence se décomposent en trois temps : l'ordre de perquisition, l'opération matérielle de perquisition et, le cas échéant, si une infraction est constatée, les suites judiciaires. Le constat d'infractions à la loi pénale, le rassemblement de preuves ou la recherche des auteurs ne sauraient cependant constituer la finalité de ces perquisitions. Prononcées dans le cadre d'un état d'urgence qui vise à répondre à une situation de « péril imminent », « lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que [le] lieu est fréquenté par une personne constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics », ces perquisitions n'ont d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions et constituent à ce titre des mesures de police administrative, placées sous le contrôle du juge administratif.

L'avis contentieux le rappelle en guise de préambule, faisant d'ailleurs expressément référence dans ses motifs à la décision QPC du 19 février 2016 qui avait déjà, sans ambiguïté, tranché la question et dont la réponse, compte tenu de l'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel en vertu de l'article 62 de la Constitution – au visa duquel l'avis contentieux est rendu – s'imposait en tout état de cause au Conseil d'État.

C'est en raison de cette finalité exclusivement préventive que l'avis déconnecte ensuite la légalité de l'ordre de perquisition ou la caractérisation d'une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'État des résultats qu'a donnés la perquisition.

II. LÉGALITÉ DES ORDRES DE PERQUISITION

La première question posée, qui pouvait paraître étonnante ⁽²⁾, interrogeait le Conseil d'État quant à l'existence d'un recours pour excès de pouvoir contre les décisions qui ordonnent des perquisitions sur le fondement de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955. Il est vrai que le Conseil constitutionnel avait dans sa décision QPC du 19 février 2016, reconnu l'exercice d'un recours effectif par le biais d'une action indemnitaire, et ce après avoir relevé que les perquisitions ne pouvaient être contestées qu'après avoir été exécutées. Sans surprise, traitant la perquisition administrative comme n'importe quelle autre mesure de police, le Conseil d'État confirme la possibilité d'introduire un recours pour excès de pouvoir contre une mesure de perquisition, rappelant de manière tout à fait classique, d'une part, l'absence de non-lieu du fait de la mise en œuvre de la perquisition avant la saisine du juge, d'autre part, l'indépendance entre l'introduction d'un tel recours et l'engagement d'une action indemnitaire recherchant la responsabilité de l'État à raison des conditions dans lesquelles ces perquisitions ont été ordonnées et mises à exécution.

Plus délicate était la question relative aux exigences en matière de motivation des ordres de perquisition. Ces décisions, qui présentent le caractère de décisions administratives individuelles défavorables constituant des mesures de police, doivent, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision QPC du 19 février 2016, être motivées en application de l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, désormais codifié à l'article L. 211-2 du Code des relations entre le public et l'administration. Le Conseil d'État a fait sur ce point preuve de réalisme. L'autorité administrative ne peut se contenter d'invoquer des raisons sérieuses qui l'ont conduit à penser que le lieu visé par la perquisition est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics et doit énoncer les considérations de droit et les motifs de fait qui l'ont amenée à une telle conclusion. Toutefois, cette exigence de motivation est tempérée par la prise en compte des conditions d'urgence dans lesquelles la perquisition a été ordonnée. Le Conseil d'État ne va cependant pas jusqu'à considérer que la condition d'urgence absolue posée par l'article 4 de la loi du 11 juillet 1979, codifiée à l'article L. 211-6 du Code des relations entre le public et l'administration, qui permet de considérer légale une décision dépourvue de toute motivation, serait par principe remplie du fait de l'état d'urgence dans le cadre duquel la perquisition a été décidée. L'absence de toute motivation ne peut être qu'exceptionnelle ; la logique de la loi du 11 juillet 1979 n'est à cet égard pas affectée par le caractère exorbitant du cadre juridique dans lequel ces mesures de police particulières sont prononcées. Et le juge administratif déterminera au cas par cas, en fonction des circonstances particulières de chaque espèce, si « une urgence absolue a fait obstacle à ce que la décision comporte une motivation même succincte. »

Quelques lignes directrices sont également données dans l'avis sur le contenu de la motivation s'agissant, outre l'énoncé des motifs, du lieu et du moment de la perquisition, que la loi du 3 avril 1955, dans sa rédaction issue de la loi du 20 novembre 2015, demande de préciser. Sur ce point encore, l'assemblée du contentieux du Conseil d'État a fait preuve de pragmatisme, en exigeant que les locaux devant être perquisitionnés puissent être identifiés « de façon raisonnable » et en exigeant seulement, s'agissant du moment, que soit précisé celui « à compter duquel la perquisition peut être mise à exécution, en fonction des contraintes opérationnelles », sans nécessité par ailleurs de préciser les raisons qui ont conduit à retenir ce moment. Ainsi, une perquisition ordonnée « sans délai » sera regardée comme suffisamment motivée au regard des critères fixés par la loi, les forces de l'ordre disposant néanmoins d'une marge de manœuvre, en fonction des contraintes opérationnelles, pour la mettre en œuvre immédiatement ou attendre par exemple la nuit.

Le degré de contrôle du juge sur le fond de la mesure ne diffère pas de celui consacré par la décision de section du 11 décembre 2015 ⁽³⁾ relative aux assignations à résidence prises sur le fondement de la loi du 3 avril 1955. Le juge administratif exerce ainsi un entier contrôle sur le respect

(2) V. sur ce point la chronique de Dutheil de Lamothe L. et Odinet G., « Perquisitions : le Conseil d'État fouille dans ses classiques », AJDA 2016, p. 1635

(3) CE, sect., 11 déc. 2015, n° 395009 : Lebon, p. 437, avec les conclusions.

de la condition relative à l'existence de raisons sérieuses de penser que les lieux objet de la perquisition sont fréquentés par au moins une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics, « afin de s'assurer, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, que la mesure ordonnée était adoptée, nécessaire et proportionnée à sa finalité, dans les circonstances particulières qui ont conduit à la déclaration de l'état d'urgence ». Une importante précision est apportée, en réponse à l'une des questions posées par l'un des tribunaux administratifs : ainsi qu'il en va classiquement en excès de pouvoir, les faits postérieurs au moment où la perquisition a été décidée, et notamment les résultats de celle-ci, n'ont pas à être pris en compte dans le contrôle de sa légalité. En vérité, et ainsi que l'indiquait le rapporteur public Béatrice Bourgeois-Machureau dans ses conclusions en tout point conformes à l'avis rapporté, cette conception stricte de l'appréciation temporelle découle des termes mêmes de la loi, qui conditionne les ordres de perquisition à « des raisons sérieuses de penser » plutôt qu'à une situation de fait objective.

III. CONDITIONS D'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

Plusieurs hypothèses et modalités d'engagement de la responsabilité devaient être traitées : illégalité de l'ordre de perquisition, conditions matérielles d'exécution de la perquisition, nature du préjudice réparable, cas de la personne visée par la perquisition et cas du tiers.

Pour les personnes concernées par une perquisition, « la responsabilité pour faute est seule susceptible d'être recherchée », indique l'avis.

S'agissant de la légalité de l'ordre de perquisition, la réponse du Conseil d'État n'est que la reprise d'une jurisprudence constante : en matière d'acte juridique de police administrative, toute illégalité est, sauf exceptions aujourd'hui anciennes et très circonscrites, fautive et entraîne la responsabilité de l'État dès lors qu'elle est à l'origine d'un préjudice ⁽⁴⁾. Toutefois, l'irrégularité de l'ordre de perquisition n'aboutira pas nécessairement à une indemnisation. Selon les canons de la jurisprudence *Carliez* ⁽⁵⁾, repris dans l'avis, le caractère direct du lien de causalité entre l'illégalité commise et le préjudice allégué ne peut être notamment retenu dans le cas où la décision ordonnant la perquisition est seulement entachée d'une irrégularité formelle ou procédurale et que le juge considère, au vu de l'ensemble des éléments produits par les parties devant lui, que la décision ordonnant la perquisition aurait pu être légalement prise par l'autorité administrative, au vu des éléments dont elle disposait à la date à laquelle la perquisition a été ordonnée.

En ce qui concerne les conditions matérielles d'exécution de la perquisition, la plus haute formation de jugement du Conseil d'État consacre l'abandon du critère de la faute lourde pour l'engagement de la responsabilité des personnes publiques en matière de police, achevant un mouvement largement amorcé depuis la fin des

années 1990 ⁽⁶⁾. Si la solution diffère de celle retenue par la Cour de cassation qui, contrainte par les termes mêmes de l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire ⁽⁷⁾, applique un régime de faute lourde pour les opérations de police judiciaire, l'interprétation souple de la faute lourde donnée par la Cour de cassation depuis 2001 ⁽⁸⁾ la rapproche de la faute simple. Au demeurant, un régime de faute simple n'exclut pas de prendre en compte, pour apprécier l'existence même d'une faute, les difficultés avec lesquelles l'administration, et en particulier les forces de l'ordre, sont contraintes d'agir. L'avis invite d'ailleurs directement les juges du fond à tenir compte, pour apprécier la faute, du comportement des personnes présentes ainsi que des difficultés de l'action administrative dans les circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence, et fournit en quelque sorte un cadre d'appréciation de ce qui serait ou non fautif dans le cadre de l'opération matérielle de perquisition. L'accent est notamment mis sur les conditions de stricte nécessité dans lesquelles les perquisitions peuvent avoir lieu la nuit et la force peut être utilisée pour pénétrer dans les lieux et mener à bien l'opération, ainsi que sur le respect de la dignité des personnes et la présence d'enfants mineurs.

L'avis prend la peine de préciser, au début du point 8, que ce régime de responsabilité pour faute est « seul susceptible » de s'appliquer pour les personnes concernées par les perquisitions. Ce faisant, le Conseil d'État exclut implicitement mais nécessairement l'engagement de la responsabilité sans faute de l'État sur le fondement de la rupture de l'égalité devant les charges publiques. En adoptant un comportement qui les rend suspectes aux yeux de l'administration de causer un trouble à l'ordre et à la sécurité publics en lien avec les raisons qui ont justifié de déclarer l'état d'urgence, les personnes objet des perquisitions sont réputées avoir accepté le risque de se voir appliquer l'une des mesures prévues par la loi de 1955 et ne peuvent soutenir avoir subi un préjudice insusceptible d'être regardé comme une charge leur incombant normalement, selon les critères de l'engagement de la responsabilité sans faute de l'État tels qu'ils résultent de la jurisprudence *Ax'ion* ⁽⁹⁾.

Pour les tiers en revanche, que l'avis définit comme les personnes autres que la personne dont le comportement a justifié la perquisition ou que les personnes qui lui sont liées et qui étaient présentes dans le lieu visé par l'ordre de perquisition ou ont un rapport avec ce lieu, la responsabilité de l'État est engagée sans faute, sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques. Le juge judiciaire retient une solution identique s'agissant des perquisitions judiciaires. Sont présentés dans l'avis à titre d'exemple les cas les plus fréquents : les occupants ou propriétaires d'un local perquisitionné par erreur ; le propriétaire du lieu visé par la perquisition, à condition que

(6) CE, sect., 13 mars 1998, n° 89370, A. et a., Lebon, p. 82, à propos d'opérations d'assistance en mer et de sauvetage d'un navire ; CE, sect., 29 avr. 1998, n° 164012, Commune de Hannappes, Lebon, p. 185, pour le service public de lutte contre l'incendie.

(7) « L'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice ».

(8) Cass. ass. plén., 23 févr. 2001, n° 99-16165, Cts Bolle-Laroche.

(9) CE, 2 nov. 2005, n° 266564, Coopérative agricole Ax'ion, Lebon, p. 426.

(4) CE, sect., 26 janv. 1973, n° 84768, Ville de Paris c/ D., Lebon, p. 77.

(5) CE, 19 juin 1981, n° 206619, M^{me} C., Lebon, p. 274.

l'occupant du lieu visé par la perquisition n'ait d'autre lien avec ce propriétaire que le bail.

On relèvera enfin la précision apportée par le Conseil d'État à deux reprises dans l'avis – et ce alors que la question ne lui était pas posée – s'agissant des types de

préjudice réparables : préjudices « de toute nature ». La formule inclut sans aucun doute la réparation du préjudice moral, conformément à une jurisprudence administrative déjà ancienne.

II. ADMINISTRATION JUDICIAIRE

Droit à la nomination des magistrats placés : quelle place pour l'avis du CSM ? 278s7

L'essentiel L'assemblée du contentieux du Conseil d'État précise la compétence d'avis du Conseil supérieur de la magistrature (CSM) sur la nomination des magistrats du siège bénéficiant, en leur qualité de magistrat placé, du droit d'être nommé dans certaines juridictions.

CE, ass., 8 juin 2016, n°s 382736 et 386701, M^{me} P., Lebon, M^{me} Le Corre, rapp., M^{me} von Coester, rapp. publ.

Note

La loi organique du 29 octobre 1980 relative au statut de la magistrature a créé le régime des magistrats dits « placés ». Ces magistrats, également qualifiés de « remplaçants » ou « volants », sont placés auprès du premier président d'une cour d'appel et auprès du procureur général pour ceux du parquet. Ils sont nommés pour exercer les fonctions du grade auquel ils appartiennent, à la cour d'appel et dans les tribunaux du ressort de cette cour, et ont vocation à exercer temporairement certaines fonctions à titre de remplacement ou de renfort, énumérées à l'article 3-1 de l'ordonnance du 22 décembre 1958. Suzanne von Coester, rapporteur public devant l'assemblée du contentieux, rappelait dans ses conclusions conformes les inquiétudes qu'avait suscitées ce dispositif au moment de son institution, en 1980, au regard du principe d'inamovibilité des magistrats du siège énoncé à l'article 64 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel l'a toutefois jugé conforme à la Constitution⁽¹⁾, estimant que la loi organique avait apporté suffisamment de garanties en déterminant limitativement les cas dans lesquels, à l'intérieur du ressort d'une cour d'appel, des magistrats du siège peuvent être appelés à effectuer un remplacement, en exigeant que l'ordonnance du chef de cour sur l'affectation de ces magistrats en précise le motif et la durée et en y fixant le terme.

Le système des magistrats placés joue aujourd'hui un rôle important dans le bon fonctionnement des juridictions. Citant l'étude d'impact du projet de loi organique relatif à l'indépendance et l'impartialité des magistrats et à l'ouverture des magistrats sur la société, M^{me} von Coester indiquait que leur nombre s'élevait en 2014 à environ 400, soit près de 5 % de l'emploi en juridiction. Le succès du dispositif, pourtant assez contraignant pour les magistrats qui sont amenés à changer souvent d'affectation au sein du ressort territorial d'une cour, s'explique par les droits

que le législateur organique a ouvert pour ces magistrats en termes de nomination. En vertu de l'article 3-1 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 : « Après deux ans d'exercice dans leurs fonctions et sur leur demande, ces magistrats sont nommés au tribunal de grande instance du siège de la cour d'appel à laquelle ils sont rattachés ou au tribunal de grande instance le plus important du département où est située ladite cour. La nomination intervient sur le premier emploi vacant respectivement du siège ou du parquet du niveau hiérarchique auquel ces magistrats appartiennent et pour lequel ils se sont portés candidats, à l'exception des emplois de chef de juridiction, premier vice-président, premier vice-président adjoint, procureur de la République adjoint ou premier vice-procureur de la République des tribunaux de grande instance ».

Le Conseil d'État, compétent pour connaître des recours contre les décisions relatives à la carrière des agents publics que sont les magistrats judiciaires, a déduit de ces dispositions un véritable droit de priorité au profit des magistrats ayant accompli deux ans de service comme magistrats placés auprès d'un chef de cour. Suzanne von Coester rappelait dans ses conclusions la jurisprudence en la matière. D'une part, le garde des Sceaux est tenu de procéder à la nomination d'un magistrat placé à l'emploi vacant auquel il s'est porté candidat dès lors que sa candidature satisfait aux conditions posées par l'article 3-1 de l'ordonnance du 22 décembre 1958⁽²⁾. D'autre part, l'administration ne peut légalement écarter la candidature d'un magistrat placé satisfaisant aux conditions posées par l'article 3-1 de l'ordonnance : « (...) qu'en particulier, elle ne pouvait lui objecter la circonstance que, dans le cadre d'une nouvelle politique de gestion des ressources humaines, elle entendait réserver certains postes de procureurs adjoints (...) aux magistrats ayant démontré des capacités particulières en termes de management »⁽³⁾. Enfin, deux décisions rendues en 2011 reconnaissent explicitement un « droit de priorité pour être nommé dans les fonctions auxquelles [le magistrat placé] se porte candidat, sans que puissent être légalement opposés par l'administration des motifs tels que les orientations de la politique de gestion des magistrats ou les qualités professionnelles et managériales des candidats à ces fonctions »⁽⁴⁾. Cette jurisprudence a d'ailleurs conduit le législateur organique, qui avait déjà exclu en 2001 du dispositif les emplois de chefs de juridiction, à exclure

(1) Cons. const., 24 oct. 1980, n° 80-123 DC, loi organique relative au statut de la magistrature.

(2) CE, 12 déc. 2007, n° 296818, M. V.

(3) CE, 6 oct. 2010, n° 332734, C.

(4) CE, 24 juin 2011, n° 342997, M^{me} B. ; CE, 24 juin 2011, n° 343391, M. N.

également en 2012 les emplois tout aussi sensibles de premier vice-président, premier vice-président adjoint, procureur de la République adjoint ou premier vice-procureur de la République des tribunaux de grande instance.

Suzanne von Coester faisait sur ce point remarquer que « le projet de loi relatif à l'indépendance et l'impartialité des magistrats et à l'ouverture de la magistrature sur la société prévoit d'étendre le champ des juridictions de débouché à l'ensemble des tribunaux du ressort de la cour d'appel tout en restreignant, concomitamment, les emplois au choix du magistrat, en excluant d'autres emplois que ceux mentionnés en 2001 puis en 2007, tels les emplois de premiers vice-présidents chefs de pôle. Cette évolution du régime, si elle était adoptée, rendrait bien compte de la distinction à opérer entre le droit à bénéficier d'une affectation dans le ressort de la cour d'appel et la priorité sur le choix de l'emploi : il s'agirait d'étendre le champ géographique du droit tout en restreignant celui, fonctionnel, de la priorité ».

Quelle place reste-t-il, dans le cadre de ce droit de priorité prévu par l'ordonnance statutaire, pour le rôle d'avis du Conseil supérieur de la magistrature (CSM), prérogative constitutionnelle ?

La question était posée au Conseil d'État dans le cadre inhabituel ⁽⁵⁾ d'un recours formé par un magistrat placé, candidat à un emploi du siège vacant et de son niveau hiérarchique, contre l'avis négatif rendu par le CSM sur la proposition de nomination du garde des Sceaux sur cet emploi.

Un tel recours est recevable, ainsi l'a jugé le Conseil d'État dans une décision du 29 octobre 2013 ⁽⁶⁾, dès lors que l'avis négatif du CSM fait obstacle, s'agissant d'un magistrat du siège, à la nomination et n'impose pas au président de la République de prendre un décret pour en tirer les conséquences. Il ne l'est pas en revanche s'agissant d'un avis conforme, lequel n'est pas détachable du décret de nomination, seul acte susceptible, en ce cas, de faire l'objet d'un recours ⁽⁷⁾. La compétence du Conseil d'État pour connaître directement des recours dirigés contre les décrets du président de la République portant nomination de magistrats a fondé, par ricochet, celle pour connaître d'un avis négatif du CSM, lequel constitue, ainsi que l'a lui-même relevé le Conseil constitutionnel, une décision de nature administrative ⁽⁸⁾.

L'avis du CSM était-il requis pour la nomination d'un magistrat placé exerçant son droit de priorité ? La réponse ne faisait guère de doute. La décision rapportée prend toutefois le soin de le préciser, indiquant à son point 16 que l'article 3-1 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, relatif aux magistrats placés, ne déroge pas à l'article 28 de la même ordonnance qui prévoit de façon générale que toute nomination d'un magistrat du siège est soumise à l'avis conforme du CSM. Le CSM se prononce ce faisant deux fois : la première, sur le placement du magistrat auprès

du premier président ou du procureur général d'une cour d'appel, lequel ouvre droit, à l'issue d'un certain délai, à être nommé au tribunal de grande instance du siège de la cour d'appel à laquelle ils sont rattachés ou au tribunal de grande instance le plus important du département où est située cette cour ; la seconde, deux ans plus tard au minimum, sur la sortie du dispositif dans le cadre de l'exercice de ce « droit de priorité ».

Les moyens soulevés par le requérant conduisaient le Conseil d'État à s'interroger sur l'appréciation que le CSM doit porter lorsqu'il est saisi pour avis par un garde des Sceaux dont le pouvoir de proposition, du fait de la priorité dont bénéficient les magistrats placés, est considérablement contraint.

Une réponse *a minima* aurait pu consister à considérer qu'il incombe seulement au CSM, se prononçant sur le projet de nomination d'un magistrat placé exerçant son « droit de priorité », de vérifier que les conditions de nomination prévues à l'article 3-1 de l'ordonnance de 1958 sont bien remplies, puisqu'un premier avis sur l'aptitude professionnelle du candidat a déjà été rendu quelques années auparavant lors du placement du magistrat auprès du premier président ou du procureur général de la cour d'appel.

L'assemblée du contentieux du Conseil d'État, qui rend au point 15 de sa décision un hommage appuyé au rôle constitutionnel du CSM en précisant que « l'exigence d'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature sur les nominations des magistrats du siège, prévue par l'article 65 de la Constitution, est une garantie essentielle de l'indépendance de l'autorité judiciaire et concourt au bon fonctionnement de l'institution judiciaire », ne s'est pas engagée dans cette voie mais a cherché, au contraire, à conférer un effet utile à cet avis, dans la lignée de la jurisprudence constitutionnelle. On se souvient en effet que, par une décision du 1^{er} mars 2007 ⁽⁹⁾, le Conseil constitutionnel a jugé contraires à la Constitution des dispositions prévoyant que, dans certaines conditions, les procureurs généraux près des cours d'appel soient nommés « de droit » avocats généraux à la Cour de cassation, au motif que l'avis du CSM prévu par la loi organique sur ces nominations « serait privé d'effet utile dès lors que la nomination serait de droit ».

Le Conseil d'État a ainsi jugé « qu'il appartient au Conseil supérieur de la magistrature de porter une appréciation sur toute proposition du garde des Sceaux, ministre de la Justice relative à la nomination d'un magistrat placé se prévalant du bénéfice des dispositions du neuvième alinéa de l'article 3-1 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 ; qu'il lui appartient, dans cette appréciation, de tenir compte des droits que ce magistrat tire des dispositions de cet article et de prendre en considération les mérites intrinsèques du candidat ainsi que son adaptation au poste à pourvoir ; qu'il peut ainsi émettre un avis non conforme sur cette proposition s'il lui apparaît que la candidature au poste sollicité est inadéquate au regard des aptitudes de l'intéressé, révélées en particulier pendant la période durant laquelle il a exercé les fonctions de magistrat placé, des exigences déontologiques et des besoins de l'institution judiciaire ».

(5) Le Conseil d'État n'avait en effet jusqu'alors été saisi que de recours contre le refus du ministre de proposer la nomination souhaitée par le magistrat placé.

(6) CE, 29 oct. 2013, n° 346569, V., Lebon, p. 259.

(7) CE, 22 janv. 2003, n° 225069, P., Lebon, tables, p. 897, et CE, 22 janv. 2003, n° 230523.

(8) Cons. const., 27 janv. 1994, n° 93-336 DC, cons. 18 : « Le Conseil exerce, dans la mise en œuvre de son pouvoir d'avis, une compétence administrative ».

(9) Cons. const., 1^{er} mars 2007, n° 2007-551 DC, loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, cons. 14 à 19.

On notera que le pouvoir d'appréciation du CSM ainsi défini a pour seul objet l'évaluation de la valeur du magistrat – « mérites intrinsèques du candidat », « adaptation au poste à pourvoir », adéquation au poste « au regard des aptitudes de l'intéressé » dit la décision – sans que n'interviennent à aucun moment des considérations tirées d'une comparaison avec les mérites d'autres candidatures. S'il est vrai que le CSM n'est pas autorisé à émettre un avis sur les candidats qui ne sont pas proposés par le garde des Sceaux, la communication des dossiers lui permet d'examiner toutes les candidatures et, le cas échéant, d'appeler l'attention du ministre sur une candidature non proposée qu'il estime digne d'intérêt. Dans le cadre de l'exercice, par un magistrat placé, de son droit de priorité, une telle comparaison n'a pas sa place ; elle pourrait en effet conduire à faire perdre au magistrat placé sa priorité, ce qui serait contraire au souhait du législateur organique. La responsabilité du ministre qui propose le placement d'un magistrat et lui donne ce faisant une priorité pour sa prochaine affectation, et celle du CSM qui rend un avis sur cette proposition, n'en sont que plus grandes.

Le contrôle exercé par le Conseil d'État, saisi d'un recours contre l'avis du CSM – uniquement, nous l'avons rappelé, si un avis conforme est requis et si cet avis est négatif –, est, comme le rappelle la décision rapportée, un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation. On aurait pu hésiter sur ce point, compte tenu des garanties particulières qui s'attachent à la qualité de magistrat de l'ordre judiciaire et qui ont par exemple justifié, avant que la solution ne soit étendue à l'ensemble des fonctionnaires et

agents publics⁽¹⁰⁾, qu'un contrôle normal soit exercé par le juge administratif sur les questions de savoir si les faits reprochés à un magistrat constituent des fautes de nature à justifier une sanction et si la sanction retenue est proportionnée à la gravité de ces fautes⁽¹¹⁾. Mais la question avait déjà été tranchée⁽¹²⁾, dans le sens d'un large pouvoir d'appréciation du CSM, lequel constitue en lui-même une garantie d'indépendance des magistrats.

Au cas d'espèce, le Conseil d'État a jugé que le CSM n'avait commis aucune erreur manifeste d'appréciation en émettant, au vu d'évaluations du magistrat comportant plusieurs réserves et des responsabilités attachées à l'emploi auquel il candidait, un avis négatif à la nomination du requérant. Les autres moyens soulevés, relatifs à la forme de l'avis et à la procédure suivie devant le CSM, ont également été écartés, notamment celui tiré de ce que l'avis n'était pas suffisamment motivé, en méconnaissance des dispositions de la loi du 11 juillet 1979 sur la motivation des décisions « refusant un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir ». La décision écarte le moyen sans se prononcer, comme l'y invitait pourtant le rapporteur public, sur son caractère opérant.

(10) CE, ass., 13 nov. 2013, n° 347704, M. D., Lebon, p. 279.

(11) CE, 27 mai 2009, n° 310493, H., Lebon, p. 207.

(12) CE, 24 févr. 2006, n° 282455, M. B., Lebon, tables, p. 1038 ; CE, 29 oct. 2013, n° 346569, V., Lebon, p. 259 ; CE, 2 déc. 2015, n° 376532, P.

Révocation d'un magistrat : des faits antérieurs à l'intégration au corps judiciaire peuvent-ils être pris en compte ? 278r9

L'essentiel Le Conseil d'État admet qu'une sanction de révocation d'un magistrat puisse être fondée sur des faits antérieurs à l'intégration de ce magistrat dans le corps judiciaire, ces faits n'ayant été connus du ministre qu'après son intégration et s'étant poursuivis depuis lors.

CE, 6^e et 1^{re} ch. réunies, 6 juill. 2016, n° 392728 et 394484, M^{me} M. et a., Lebon, tables, M. Mochon, rapp., M. de Lesquen, rapp. publ.

Note

Le principe de séparation des pouvoirs et celui de l'indépendance de l'autorité judiciaire, énoncés par les articles 16 et 64 de la Constitution, imposent que des garanties particulières s'attachent à la qualité de magistrat de l'ordre judiciaire. Ils impliquent notamment que ces derniers ne puissent se voir retirer cette qualité et les garanties particulières qui s'y attachent qu'en vertu de dispositions expresses de leur statut et dans les conditions prévues par ces dernières, c'est-à-dire uniquement dans le cadre de la procédure disciplinaire régie par les dispositions figurant au chapitre VII de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

La section du contentieux du Conseil d'État en a déduit, dans une décision du 1^{er} octobre 2010 (CE, sect., 1^{er} oct. 2010, n° 311938, M^{me} T., Lebon, p. 350), que le président de la République ne peut rapporter un décret nommant un magistrat, fût-il illégal, par exemple à raison de ce que le magistrat ne satisferait pas aux conditions exigées par le statut pour sa nomination.

La décision attaquée dans cette affaire avait, comme dans ce précédent de 2010, pour effet de retirer la qualité de magistrat à la requérante et mettait en jeu des faits antérieurs à la nomination du magistrat. À la différence toutefois du précédent de 2010, la mesure attaquée avait été prise dans le cadre de la procédure disciplinaire prévue par le statut. Était en cause une sanction de révocation d'une magistrate ayant accédé à la magistrature par la voie de l'intégration directe, prononcée à raison de manquements graves aux exigences de dignité, de probité et d'honneur et aux devoirs de l'état de magistrat constitués par des comportements antérieurs à la procédure d'intégration et dont une partie s'était poursuivie pendant la procédure d'intégration et même après l'intégration. Le Conseil d'État a jugé cette sanction légale.

Ainsi que l'indiquait le rapporteur public Xavier de Lesquen dans ses conclusions conformes, « l'impossibilité de retirer le décret de nomination du magistrat du fait

qu'il ne remplit pas les conditions subjectives exigées [– ici la bonne moralité –] a cependant pour corollaire que les éléments propres à cette condition puissent être pris en compte dans une procédure disciplinaire postérieure à la nomination ». Citant Mattias Guyomar dans ses conclusions prononcées devant la section en 2010, Xavier de Lesquen poursuivait ainsi : « Les faits commis avant l'entrée dans le corps judiciaire, dès lors qu'ils n'ont été connus de l'administration que postérieurement à celle-ci, relèvent bien de la procédure disciplinaire applicable aux magistrats. L'impossibilité de retirer la nomination d'un magistrat qui aurait commis, avant qu'elle n'intervienne, des faits incompatibles avec la dignité de magistrat n'implique donc pas que l'intéressé ne puisse être exclu du corps judiciaire. La sanctuarisation des effets de sa nomination est sans préjudice des procédures disciplinaires prévues par l'ordonnance du 22 décembre 1958 ».

La décision du 6 juillet dernier entérine cette position. La solution rappelle à certains égards celle retenue pour les

ordres professionnels. Le Conseil d'État (CE, 9 juin 2011, n° 336113, H., Lebon, tables, p. 1038) a ainsi jugé que la circonstance que des faits reprochés à un masseur-kinésithérapeute soient antérieurs à son inscription à un tableau de l'ordre ne faisait pas obstacle à ce que les juridictions disciplinaires de l'ordre puissent apprécier si ceux de ces faits qui n'étaient pas connus lors de l'inscription de l'intéressé étaient, par leur nature, incompatibles avec son maintien dans l'ordre et prononcer, si tel est le cas, la radiation du tableau de l'ordre, alors même que l'inscription n'aurait pas été obtenue par fraude et que plus de quatre mois se seraient écoulés depuis l'inscription. L'analogie trouve cependant rapidement ses limites : à la différence des magistrats, les membres des ordres professionnels ne bénéficient d'aucune protection particulière et peuvent, dans le délai de quatre mois suivant leur inscription au tableau de l'ordre, se voir retirer leur inscription si celle-ci est illégale.