

Questions de droit :

Le garde des sceaux, ministre de la justice peut-il légalement, lorsqu'il préside le Conseil supérieur de la magistrature, en qualité de suppléant du Président de la République, retirer de l'ordre du jour, tel qu'il avait été fixé par ce dernier, l'examen de la proposition de nomination d'un avocat général à la Cour de cassation ? (Analyse de Conseil d'Etat).

La modulation des effets de l'annulation contentieuse peut-elle être mise en oeuvre à l'égard de l'annulation de décrets de nomination d'un avocat général et d'un procureur général près la Cour de cassation et si oui, dans quelles mesures ?

Proposition de plan :

I) L'application réaffirmée de la modulation des effets de l'annulation contentieuse de la nomination des magistrats

Après avoir reconnu l'illégalité substantielle pour vice de procédure de la nomination de l'avocat général et par voie de conséquence annulé celle du procureur général (A), le Conseil d'Etat se pose la question de savoir s'il est nécessaire de moduler les effets de l'annulation de ces deux décrets sans recourir à la théorie des fonctionnaires de fait, une position jurisprudentielle constante à l'égard des magistrats (B).

A) Une annulation usuelle d'un acte administratif entaché d'une illégalité substantielle

1 - L'annulation de deux actes administratifs (dont l'un par voie de conséquence)

- Le CE annule le décret du 23 juin 2009 du fait de l'irrégularité résultant du défaut de consultation du Conseil supérieur de la magistrature et annule par voie de conséquence le décret du 9 juillet 2009.
- L'annulation par voie de conséquence : « en raison de l'annulation de la nomination de M. R... en qualité d'avocat général près la Cour de cassation, laquelle est donc réputée n'être jamais intervenue, l'emploi de procureur général près la cour d'appel de Riom n'était pas vacant, à la date du décret portant nomination de M. L. » (Conclusions)

2 - L'appréciation d'un vice de procédure : une irrégularité substantielle

- Vice de procédure substantiel privant les intéressés de leurs garanties

3 - Une solution encore d'actualité

- JP CE, sect., 23 déc. 2011, *Danthony et autres*.

B) L'absence persistante de la reconnaissance de la théorie des magistrats de fait

1 - Le principe de l'annulation contentieuse : une annulation rétroactive

- Dans l'arrêt **CE, 26 décembre 1925, Rodière** : le CE exige que les mesures d'exécution de l'arrêt annulant la décision rétroactive aient une portée rétroactive. L'arrêt concerne des mesure de reconstitution de carrière

2 - Le recours traditionnel à la théorie des fonctionnaires de faits pour palier l'annulation rétroactive

- Théorie du fonctionnaire de fait* : « un fonctionnaire irrégulièrement nommé aux fonctions qu'il occupe doit être regardé comme légalement investi de ces fonctions tant que sa nomination n'a pas été annulée » (C. Cass. 1ère. Civ., 7 août 1883, affaire dite des mariages de Montrouge).

3 - Le cas particulier des magistrats justifiant la question du recours à la modulation des effets de l'annulation contentieuse

- Inapplicabilité de la théorie des fonctionnaires de fait aux magistrats* : « là où la continuité du SP doit l'emporter parce que le fonctionnaire s'efface derrière sa fonction, la justice exige au contraire une véritable personnalisation de la fonction de juger » (Conclusions du RP)

II) Une application contestable de la modulation des effets de l'annulation contentieuse

Pour appliquer la modulation des effets de l'annulation contentieuse, le Conseil d'Etat décide que l'annulation de la nomination des deux magistrats porterait une atteinte excessive au fonctionnement du service public de la justice en faisant état d'une mise en balance expéditive des intérêts publics et privés en présence, mais aussi du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif. Cette solution est de nature à remettre en cause le caractère exceptionnel du recours à ce pouvoir du et par le juge administratif et n'est pas sans faire écho à certaines critiques doctrinales de la banalisation de cet outil (A). Enfin, de manière assez contradictoire, le Conseil d'Etat retient simplement une annulation différée dans le temps, alors que son argumentaire présentait justement des arguments en faveur d'une protection des effets définitifs de ces deux décrets (B).

A) La remise en cause du caractère exceptionnel de la modulation des effets de l'annulation contentieuse

Rappels :

- **CE, ass., 11 mai 2004, Association AC ! :** « considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif - après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause - de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de celle-ci contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine ; »
- la modulation d'une annulation d'une décision individuelle est permise : (CE, 17 déc. 2007, S..., n° 296072 : s'agissant de l'annulation de la nomination d'un magistrat sur l'emploi de Procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Narbonne)

1 - L'appréciation des conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics et privés en présence :

- « intérêt général qui s'attache à l'autorité des décisions de justice auxquelles les intéressés ont concouru respectivement en qualité d'avocat général près la Cour de cassation et de procureur général près la cour d'appel de Riom »
- L'irrégularité ou annulation de la nomination d'un avocat général est-elle de nature à affecter la régularité de la procédure dans laquelle il est intervenu ?
- Quelles conséquences auraient l'annulation rétroactive d'une nomination d'un procureur général ?

2- La prise en compte des inconvénients de la limitation des effets de l'annulation dans le temps au regard du :

- Principe de légalité : principe impliquant que les actes de l'Administration et ceux du législateur soient conformes aux règles de droit qui leur sont supérieures.
- Droit des justiciables à un recours effectif : article 6-1 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.
- « en égard à la nature du motif d'annulation retenu et qu'aucun autre moyen n'est de nature à justifier les annulations prononcées »

3 - Une mise en balance tronquée

B) Le choix discutable d'une simple annulation différée dans le temps

Prononce une annulation à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la présente décision : pour donner le temps de procéder à une nouvelle consultation du CSM pour régulariser la situation de M. L.

Choix étonnant d'uniquement différer dans le temps les effets de l'annulation et de ne pas appliquer le caractère définitif des effets des deux actes

1 - L'absence de reconnaissance de reconnaissance des effets définitifs des décrets de nomination

2 - Une annulation différée dans le temps

3 - L'ambiguïté des effets la régularisation laissée au CSM

Commentaires sur les devoirs.

A éviter :

- Pour l'annonce de plan : « il s'agira de traiter cette question de droit plus en profondeur en deux temps ».
- Ne vous perdez pas dans un plan structuré sur les critères de l'intérêt à agir, sauf à ce que l'arrêt à commenter porte essentiellement sur l'intérêt à agir. Les critères sont souvent difficiles à distinguer, ou alors faites un travail exigeant de définition au préalable.