

Recommandation n° 1-2019

La jurisprudence administrative relative au contentieux des élections, telle qu'elle a été dégagée depuis la fin du XIXe siècle, fait l'objet d'un large consensus. Son application donne rarement lieu à des contestations d'ordre véritablement juridique. En revanche l'extrême sensibilité de la matière électorale fait que la juridiction administrative se trouve parfois prise ici ou là dans des polémiques et qu'une vigilance particulière s'impose pour les prévenir.

La recommandation 1/2013 du 12 décembre 2013 avait évoqué diverses précautions en ce sens.

L'approche des élections municipales de 2020 incite le Collège à reprendre cette recommandation, en la complétant et la mettant à jour, au vu notamment de certains avis récents, et sans se limiter au cas de ce prochain scrutin.

I.- La candidature à une élection

Selon une longue tradition, expressément rappelée par la Charte de déontologie (point 41) et par divers avis du Collège¹, les membres de la juridiction administrative peuvent participer à la vie politique et électorale. Ils peuvent ainsi être candidats à des élections politiques, sous la seule réserve des cas particuliers où une disposition législative a édicté une inéligibilité à certains mandats : c'est ainsi que les articles L. 195, L. 231 et L. 342 du code électoral prévoient que, tout comme d'autres titulaires de certains emplois publics, les membres des tribunaux administratifs ne peuvent être élus membres d'un conseil municipal, départemental ou régional dans le ressort où ils exercent ou ont exercé depuis moins de six mois.

Cette liberté de candidature est toutefois assortie de règles que -sans qu'il y ait lieu de distinguer entre scrutin uninominal ou scrutin de liste et, dans ce dernier cas, quelle que soit la place sur la liste- le magistrat candidat à une élection doit observer.

1.- Il doit, suffisamment à l'avance, informer de son intention le vice-président du Conseil d'Etat et, pour un magistrat affecté dans un TA ou une CAA, son chef de juridiction.

¹ cf notamment l'avis 2016-3 du 14 septembre 2016, relatif à la participation à des « élections primaires » et l'avis 2019-4 du 2 juillet 2019 relatif au soutien à une proposition de loi visant à l'organisation d'un référendum en vertu de l'article 11 de la Constitution

Sous réserve, le cas échéant, de dispositions imposant la mention de la profession sur l'acte de candidature, il doit, pendant toute la période précédant l'élection, s'abstenir de se prévaloir de sa qualité de magistrat administratif.

Il doit tenir la juridiction administrative à l'écart de toute polémique électorale et, dans les conditions précisées au 3 ci-dessous, respecter l'obligation de réserve.

2.- Indépendamment de ces précautions minimales, le candidat doit par ailleurs veiller à ce que la campagne électorale n'affecte pas sa disponibilité pour l'exercice des responsabilités inhérentes à sa fonction. Si les contraintes de la campagne électorale font qu'il est temporairement amené à s'y consacrer d'une façon qui ne serait pas compatible avec ses obligations, les principes du droit de la fonction publique tout comme les exigences de l'équité du débat démocratique impliquent que pour la période durant laquelle il sera ainsi indisponible -et, le cas échéant, dès avant le début de la campagne officielle- il soit placé en position de disponibilité, en congé, ou dans toute autre situation statutaire appropriée. Sous réserve que ce soit compatible avec le fonctionnement de la juridiction la durée de cette indisponibilité peut être imputée sur les droits à congé ou sur le compte épargne-temps.

Ces principes de portée générale doivent être mis en oeuvre en fonction de l'ensemble des circonstances de chaque cas particulier et, notamment, de la nature de l'élection, de la taille de la circonscription électorale, du rôle dévolu au magistrat dans la campagne.

Pour un magistrat affecté en juridiction, les dispositions correspondantes et notamment, s'il y a lieu, la fixation de la durée de la période d'indisponibilité sont arrêtées à l'initiative du chef de juridiction.

A l'occasion de son avis 2019-2 du 20 mai 2019 qui a rappelé ces principes, le Collège, saisi par un magistrat envisageant d'être tête de liste à Paris, a estimé que le déroulement de la campagne serait, pour une durée au moins égale à un mois, incompatible avec l'exercice normal des fonctions et indiqué qu'il appartiendrait à l'autorité gestionnaire de le placer pour une période équivalente dans une position administrative appropriée déterminée en liaison avec lui.

3.- Le même avis 2019-2 s'est efforcé de préciser comment le principe de l'obligation de réserve s'applique à la façon dont le magistrat candidat à une élection peut conduire sa campagne : « *Le magistrat candidat à une élection politique n'est pas délié de l'obligation de réserve, qui s'impose à lui en toute circonstance et, ainsi que le rappelle la charte de déontologie (point 40), revêt «...eu égard à la nature des fonctions exercées, une acuité particulière »./ De façon usuelle, la portée de l'obligation de réserve s'apprécie au regard de*

l'ensemble des circonstances de temps et de lieu dans lesquelles le magistrat s'exprime ainsi que des caractéristiques concrètes de ses attributions. /Dans le cas particulier de la candidature à une élection, la liberté d'expression dont dispose le magistrat doit être appréciée compte tenu des exigences du débat électoral, de façon à lui permettre de faire campagne à l'instar des autres candidats. Ces exigences ne sauraient toutefois justifier des propos ou comportements de nature à affecter l'image de la juridiction administrative et notamment à mettre en doute pour les justiciables l'impartialité que ceux-ci sont en droit d'attendre d'un magistrat dans l'exercice de ses fonctions ».

L'avis ajoute que dans ce cadre il y a lieu de veiller au respect dans l'utilisation d'internet et des réseaux sociaux des principes et règles énoncés aux points 47 à 47-5 de la Charte de déontologie de la juridiction administrative.

II.- L'exercice d'un mandat électif

1.- La Charte de déontologie indique que, sous réserve des incompatibilités prévues par la loi, « *un membre de la juridiction administrative peut en principe, comme tout fonctionnaire, cumuler un mandat électif avec ses fonctions* » (point 41).

Ce principe est toutefois assorti de divers tempéraments.

Comme pour l'ensemble des agents de l'Etat, les mandats de député, de sénateur ou de représentant européen, sont incompatibles avec l'exercice des fonctions, mais, depuis le statut général de la fonction publique de 1946, ouvrent droit à la mise en position de détachement ou de disponibilité.

S'agissant des mandats locaux, il y a lieu de distinguer ceux de membre délibérant et ceux de titulaire d'une fonction exécutive.

-1.1 L'avis n° 2019-2 indique que, quelle que soit la taille de la commune, la détention, sans responsabilité exécutive, d'un mandat de conseiller municipal n'appelle pas d'objection au plan déontologique et applique ce principe au cas de Paris.

On peut en déduire qu'il en va de même pour un mandat de conseiller départemental ou régional.

La question de la compatibilité entre les calendriers et horaires de l'organe délibérant et ceux de la juridiction ne semble pas s'être posée. Il y a lieu de considérer que la détention du mandat ne confère pas par elle-même un droit à s'abstraire des contraintes de fonctionnement de la juridiction et qu'il appartient

à l'intéressé de prévenir suffisamment à l'avance le chef de juridiction pour le mettre à même de rechercher avec lui les voies d'une solution pratique.

-1.2 Le cas du titulaire d'une fonction exécutive est un peu plus nuancé.

L'article L. 231-7 du code de justice administrative dispose que « *l'exercice des fonctions de membre du corps des magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel est incompatible avec l'exercice des fonctions de président d'un conseil régional ou général* ». Cette disposition, introduite par la loi du 6 janvier 1986 «fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs», n'est pas marquée du sceau de la cohérence : elle ne couvre pas le cas du maire d'une grande ville et ne vaut pas pour les membres du Conseil d'Etat.

Sans doute est-ce pourquoi, depuis 2017, la Charte énonce (point 50) que «*lorsqu'elle n'est pas frappée par une incompatibilité, l'accession d'un membre de la juridiction administrative à un mandat local exécutif important, comme ceux de président de conseil régional ou départemental ou de maire d'une grande ville justifie pour des raisons de disponibilité le placement de l'intéressé en position de détachement(..)* ».

Ces dispositions peuvent raisonnablement être interprétées comme ne faisant pas obstacle à l'exercice d'un mandat d'adjoint au responsable d'un exécutif local. En revanche, on peut hésiter sur le point de savoir à partir de quelle taille d'une « grande ville »² (ou d'une structure intercommunale) la prise en charge de la direction d'un exécutif local serait incompatible avec l'exercice des fonctions juridictionnelles. Si la question venait à se poser concrètement, il y aurait sans doute lieu, faute de mieux, de tenter de la résoudre *in concreto* en appréciant l'incidence pratique du mandat sur la disponibilité pour l'exercice des fonctions juridictionnelles.

2.- S'agissant des modalités d'exercice d'un mandat électif, le Collège a été récemment saisi par un magistrat par ailleurs conseiller municipal et qui s'interrogeait sur le point de savoir si l'attitude critique qu'il manifestait publiquement vis-à-vis de la gestion communale était compatible avec ses obligations déontologiques et notamment avec son obligation de réserve. Le Collège a répondu de la façon suivante : «*La qualité de conseiller municipal*

² Pour reprendre les termes du point 50 de la charte

implique nécessairement la possibilité de s'exprimer librement sur les questions intéressant les « affaires de la commune », au sens de l'article L. 2121-29 du Code général des collectivités territoriales./ Le conseiller municipal qui se trouve par ailleurs être magistrat administratif dispose naturellement de la même possibilité, sous la double réserve qu'il ne doit pas se prévaloir à cette occasion de sa qualité de magistrat et que ni son attitude ni ses propos n'excèdent le cadre normal du débat démocratique » (avis 2018-2 du 19 novembre 2018).

En d'autres termes, l'obligation de réserve du magistrat ne fait pas obstacle à l'exercice de la liberté d'expression de l' élu, sous réserve des limites inhérentes à la qualité de magistrat.

III- La période préélectorale

1.- Il va de soi que l'obligation de réserve qui, selon la Charte, est applicable de façon générale à « *l'expression publique par les magistrats de leurs opinions* », « *notamment lorsqu'ils font état de leurs convictions politiques, syndicales ou religieuses* », s'impose avec une vigilance toute particulière durant la période préélectorale et la campagne, compte tenu de la sensibilité de ces périodes.

Il en va d'autant plus ainsi que le fait pour un magistrat d'avoir pris une position publique pendant une campagne se déroulant dans le ressort de la juridiction à laquelle il appartient pourra faire obstacle à ce qu'il siège si l'élection donne lieu à protestation.

Le contentieux électoral est sans doute celui qui appelle l'observation la plus vigilante du principe général que le Collège a eu l'occasion d'énoncer par son avis 2013-1 du 5 février 2013 : « *il incombe (..) à tout magistrat de veiller à ce que sa participation à l'élaboration d'une décision juridictionnelle, éventuellement rapprochée de données notoirement liées à sa personne, ne puisse donner lieu à des interprétations ou à des polémiques propres à affecter l'attente et la perception légitimes des justiciables* ». (avis 2013-1 du 5 février 2013).

2.- Pour autant, il ne faut pas trop songer à s'en remettre ici à l'idée que, le cas échéant, on pourra se déporter.

Ce serait d'abord se méprendre sur la fonction du déport. Ce mécanisme est parfaitement approprié dans le cas où l'opportunité de siéger dans une affaire peut être mise en doute pour des considérations extérieures au comportement du magistrat et tenant par exemple à une situation personnelle ou familiale, à des fonctions administratives antérieures ou à l'exercice d'activités accessoires. Il l'est beaucoup moins s'il s'agit de tenir compte d'un comportement antérieur :

utilisé comme une sorte de session de rattrapage d'une erreur ou d'une imprudence, le déport ne fait – c'est le cas de le dire – que sauver l'apparence... C'est dire que la possibilité d'y recourir ne doit pas dispenser d'anticiper une éventuelle difficulté en se posant à part soi les bonnes questions et en tentant d'y apporter les bonnes réponses.

Par ailleurs il ne faut pas sous-estimer que, lors même qu'elle est justifiée, la pratique du déport a des incidences sur le fonctionnement de la juridiction. Devoir y recourir fréquemment pourrait - indépendamment des problèmes pratiques touchant à la composition des formations de jugement -se retourner contre l'image de la justice en donnant à penser que nombreuses sont les situations où la personne d'un magistrat ne le met pas à même de donner aux justiciables les garanties et de leur inspirer la confiance qu'appellent sa fonction et son statut.

3.- Ces considérations doivent conduire les magistrats à n'envisager qu'avec beaucoup de prudence toute prise de position publique ayant un lien avec le débat préélectoral : prise de parole en public, signature de tracts ou communiqués, prise de position sur un réseau social. Une vigilance toute particulière est souhaitable de la part des magistrats exerçant les fonctions de rapporteur public et appelés à ce titre à s'exprimer à l'audience.

4.- Mais bien entendu, l'expression publique au cours de la période préélectorale doit être distinguée de la simple assistance à une réunion électorale qui, sauf situation particulière, est possible.

5.- Traditionnellement, les juridictions administratives veillent à ce que des affaires qui pourraient trouver un fort écho pendant la campagne ne soient pas mises au rôle pendant les semaines qui précèdent l'élection: celles touchant directement à la sphère politique, mais aussi, surtout s'agissant des élections municipales, celles relatives à un important enjeu de la vie locale, comme, par exemple une déclaration d'utilité publique ou une autorisation d'urbanisme controversées.

C'est assurément une contrainte dont la conciliation avec d'autres objectifs tels que le souci de célérité dans la gestion des dossiers importants, peut n'être pas aisée. Mais il convient d'éviter qu'une décision juridictionnelle ait une incidence sur le vote ou que la juridiction soit soupçonnée d'avoir cherché à interférer dans le débat électoral.

IV- Le contentieux électoral

1.- Attribution des dossiers

Qu'il s'agisse de la répartition des dossiers entre les diverses formations de la juridiction ou de la désignation du rapporteur ou du rapporteur public, protestataires et élus sont souvent suspicieux. Il y a dès lors avantage à ce que les modalités selon lesquelles ces attributions interviennent -et qui peuvent être fort diverses- revêtent un caractère objectif et puissent être aisément expliquées. En indiquer en avance les grandes lignes aux représentants des avocats et, le cas échéant à la presse, peut être de nature à prévenir des risques d'incompréhension.

2.- Période d'instruction

Il arrive parfois que des parties cherchent à accéder à des informations couvertes par le secret de l'instruction. Il appartient à chacun de veiller à ne donner aucune indication qui, même anodine en apparence, pourrait être utilisée à cette fin.

3.- Déport

Qu'il ne soit pas souhaitable, ainsi qu'on l'a dit (cf supra III.2), de miser sur la possibilité du déport pour se dispenser d'une vigilance préventive ne signifie évidemment pas qu'il n'y ait pas lieu de s'interroger sur la nécessité de s'abstenir dans telle ou telle affaire. Il va au contraire de soi que la sensibilité du contentieux électoral justifie tout particulièrement qu'on soit parfois amené à envisager une telle éventualité. Il ne saurait pourtant s'agir de céder au premier scrupule.

Que dans une situation donnée un magistrat s'interroge sur son éventuel déport est légitime ; toutefois sa décision de s'abstenir ne doit être prise qu'après réflexion et, si le doute persiste, après avoir recueilli l'opinion de collègues et si besoin l'avis du président de la formation voire du chef de juridiction.

Plus généralement, compte tenu des délais très brefs dont disposent les juridictions administratives pour statuer sur les protestations, il est souhaitable que les cas dans lesquels un magistrat peut envisager de se déporter soient exposés au président de la formation suffisamment à l'avance pour que, le cas échéant, les modalités de son remplacement puissent être envisagées.

Au-delà de ces considérations générales, le Collège souhaite appeler l'attention des magistrats sur quelques hypothèses particulières :

- a) Il peut arriver que la question d'un déport se pose à un magistrat du fait de fonctions non juridictionnelles antérieurement exercées par lui.

Ce peut être le cas de membres de la juridiction ayant retrouvé une affectation en juridiction après avoir fait partie d'un cabinet ministériel ; pendant une durée minimale approximative de deux ans une grande prudence est alors de mise (cf la recommandation n° 1-2012 du 4 juin 2012).

Ce peut être aussi comme l'avait illustré l'avis n° 2013-1 du 5 février 2013, le cas où le magistrat a antérieurement exercé dans le ressort du tribunal des fonctions l'exposant, notamment en raison de connotations politiques, à une forme de notoriété. Le Collège a alors indiqué « *que l'exercice antérieur dans le ressort de fonctions revêtant une connotation politique appelle une vigilance particulière et une pratique renforcée d'abstention dans le jugement de litiges présentant avec ces fonctions un lien susceptible d'affecter l'image d'impartialité que doit donner la juridiction* ». Et, a-t-il ajouté : « *le contentieux électoral appelle, bien entendu, une vigilance toute particulière* ».

- b) L'existence de liens personnels avec un candidat peut aussi conduire à devoir s'abstenir.

Ainsi, dans l'avis 2015/2 du 25 mars 2015, le Collège, interrogé par un magistrat sur la situation tenant à ce que sa sœur, portant le même patronyme, était candidate aux élections départementales dans un département faisant partie du ressort, s'est exprimé ainsi : « *Le Collège ne peut bien entendu qu'approuver votre analyse selon laquelle vous devriez, le cas échéant, vous déporter si le tribunal venait à être saisi d'un contentieux relatif au scrutin intéressant la circonscription dans laquelle votre soeur est candidate. /Ainsi que vous l'indiquez, ni la circonstance que vous n'avez-vous-même aucun engagement politique notoire ni celle que vous n'êtes pas « associée de manière visible aux engagements et actions » de votre soeur ne sont de nature à vous relever de cette obligation déontologique./ Des considérations similaires conduisent le Collège à estimer, en réponse à votre interrogation, que vous devriez adopter la même attitude pour un contentieux relatif à une autre circonscription du département, sans qu'il y ait lieu à cet égard de distinguer si ce contentieux met ou non en cause un candidat ayant la même appartenance politique que votre sœur* ».

Parce que ces questions ne se posaient pas en l'espèce, le Collège n'a pris parti ni sur le point de savoir s'il y aurait eu matière à déport sur une protestation relative à une circonscription d'un autre département ni jusqu'à quel degré de parenté la solution serait transposable. Parce que ces deux hypothèses se prêtent moins à une

réponse tranchée, peut-être faudrait-il alors prendre en compte aussi des données propres au cas d'espèce.

c) Par elle-même l'adhésion à un parti politique n'entraîne pas d'obligation générale d'abstention dans des dossiers électoraux. Mais il en va différemment lorsque cette appartenance est notoire et notamment en cas d'exercice au sein de ce parti de fonctions de responsabilité.

d) Ainsi qu'il a été indiqué au II-1 ci-dessus le fait d'avoir pris des positions publiques soit sur la vie politique nationale soit sur des situations locales impose d'envisager l'obligation d'avoir à se déporter.

4.- Communication et secret de l'instruction et du délibéré

C'est à dessein que ces deux notions sont rapprochées : elles ne sont pas antagonistes mais complémentaires.

La saisine du juge de l'élection suscite légitimement intérêt et interrogations : le résultat sorti des urnes va-t-il être modifié ? Il est probablement souhaitable de devancer cette attente en prenant l'initiative de donner des informations compatibles avec le principe du secret de l'instruction. Après l'expiration du délai de saisine, le chef de juridiction peut par exemple donner à la presse des indications d'ordre statistique sur le nombre de protestations ainsi que des informations générales sur le droit et la pratique du contentieux électoral. Ultérieurement, le site du tribunal peut indiquer, au moins pour les affaires les plus sensibles, la date de l'audience puis celle de la lecture.

A cette occasion, pourraient être portées à la connaissance du public les grandes lignes des modalités d'attribution des dossiers mentionnées au III-1.

On ne le répétera jamais assez : en matière électorale plus que dans toute autre, une extrême vigilance s'impose pour le respect du principe fondamental du secret du délibéré. Les divers protagonistes du débat électoral et plus encore peut-être les journalistes s'efforcent souvent de disposer d'informations couvertes par ce secret, notamment du sens de la décision avant que celle-ci soit rendue publique. Il convient d'autant plus d'être sur ses gardes que l'expérience montre qu'il peut arriver qu'un interlocuteur chevronné, procédant en recoupant divers entretiens, puisse, bien souvent sans poser de question directe, parvenir à accéder à une information qu'aucune des personnes avec lesquelles il s'est successivement entretenu n'a le sentiment d'avoir livrée.