N° 408358 M. H...

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 3 juillet 2019

Lecture du 24 juillet 2019

CONCLUSIONS

Mme Sophie-Justine Lieber, Rapporteure publique

Vous connaissez bien M. L. H..., ingénieur des travaux publics de l'Etat, qui souhaite devenir ingénieur des ponts, eaux et forêts (IPEF) - corps dont les membres sont nommés par décret du Président de la République. M. H... a tenté deux fois le concours interne : une première fois en 2014, mais il a échoué après avoir été admissible (il avait alors contesté la délibération du jury et le décret de nomination des candidats admis, requête que vous aviez rejeté par une décision du 16 octobre 2017, n°s 383459-395480, aux T.) ; et une deuxième fois en 2015, où il s'est retrouvé juste au-dessous du seuil d'admissibilité. Il vous saisit donc à nouveau, mais dans une configuration originale puisqu'il ne conteste pas la délibération du jury du 5 juin 2015 fixant la liste des candidats admis sur liste principale et complémentaire, mais vous demande l'annulation du décret du Président de la République du 29 août 2016 nommant et titularisant comme IPEF les lauréats à ce concours, à l'issue d'une année de stage, ou du moins, à titre subsidiaire, l'annulation de ce décret en tant qu'il nomme et titularise M. C..., qui était inscrit sur la liste complémentaire. Il ne conteste pas le déroulement du concours lui-même mais, on le verra, les modalités selon lesquelles l'administration a fait appel, justement, à un candidat de la liste complémentaire.

1

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

1. Avant d'entrer dans le vif du sujet, quelques questions préalables se posent. La première est celle de l'intérêt à agir du requérant. Vous jugez de longue date qu'un candidat non admis qui a participé à l'ensemble des épreuves d'un concours (ce qui est le cas de M. H...) à intérêt à agir contre les opérations du concours (Sect., 3 mai 1957, Sieur A..., n° 3081, p. 278 ; 15 février 1978, P..., p. 73). Il n'en va autrement que si le candidat a renoncé à se présenter aux épreuves (21 novembre 1986, Mme S..., aux T.), ou si, en amont du concours, l'admission à concourir lui a été légalement refusée (31 mars 2014, H..., n°s 348806, et suivants, aux T., l'intéressé, déjà fonctionnaire, s'étant vu opposer un refus d'admission à concourir au concours externe)¹.

Qu'en est-il lorsque le candidat déçu attaque seulement le décret de nomination, et que ce décret n'intervient qu'après une période de stage, donc très en aval du concours ? Les lauréats du concours interne d'IPEF doivent en effet effectuer, en application de l'article 4 d'un arrêté du 27 novembre 2009, un an de stage de perfectionnement avant d'être titularisés. Peut-on alors considérer que le lien est trop distendu avec le concours ? Vous n'avez jamais tranché explicitement ce point, mais vous n'avez jamais non plus, dans des litiges où vous avez examiné, pour déterminer si vous étiez compétents directement en premier et dernier ressort, le lien entre les opérations du concours et l'acte de nomination par le Président de la République, écarté l'intérêt à agir des candidats – voir par ex. 18 mars 1983, M..., n° 34782, p. 125 ; 10 octobre 1986, D..., n° 73140, aux T. ; 17 mai 1999, G..., n° 199154, aux T., ou plus récemment, admettant votre compétence de premier et dernier ressort pour un litige de refus d'admission à concourir, Section du 21 juin 2013, Mme V..., n° 349730, au Rec. Cette solution se justifie d'autant plus que, depuis votre décision de Section du 10 octobre 1997, L..., n° 170341, au rec., vous jugez que l'annulation de la

¹ Sauf cas particuliers tels que manœuvres exercées par les membres du jury (27 oct. 1956, Ministre de l'Éducation nationale c/ Sudaka et Lamas, p. 357), ou irrégularités que l'administration refuse de corriger (21 nov. 1973, OPHLM Bouches-du-Rhône c/ Genatiempo, Rec. p. 661).

2

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

délibération du jury n'emporte pas mécaniquement l'annulation des décisions individuelles de nomination devenues définitives. Le candidat malheureux a donc tout intérêt à attaquer, pendant le délai de recours, ces décisions de nomination, s'il veut que l'annulation des opérations du concours ait un effet utile...

Enfin l'intéressé peut-il demander l'annulation du décret en tant qu'il nomme l'un des candidats reçus au concours ? Autrement dit, le décret de nomination est-il divisible ? Vous jugez que la délibération déclarant les candidats admis à un concours est un acte indivisible dès lors que le jury a porté une appréciation unique sur l'ensemble des candidats (6 novembre 2000, X..., n° 289398, aux T. ; 21 juillet 2006, L..., n° 267853, aux T.). Mais ce raisonnement ne nous semble pas transposable au décret de nomination, la nomination d'une seule personne pouvant avoir été entachée – comme le soutient en l'espèce l'intéressé – d'une irrégularité. Vous avez au demeurant admis que le ministre puisse modifier une décision de nomination en tant qu'elle nommait un lauréat qui ne remplissait pas les conditions pour concourir (20 janvier 1989, Z..., n° 41176, aux T.).

2. Nous pouvons en venir à l'analyse des moyens. M. H... invoque tout d'abord trois moyens qui visent les opérations du concours : une fiche de renseignements a été demandée aux candidats, qui n'est pas mentionnée dans l'arrêté du 3 décembre 2009 fixant les modalités d'organisation du concours ; elle comporte une rubrique « âge du candidat » qui serait discriminatoire ; enfin le dossier à renseigner sur les acquis de l'expérience professionnelle comporte des rubriques qui ne figurent pas dans le modèle de dossier annexé à l'arrêté du 3 décembre 2009. Ces moyens, déjà formulés dans la précédente requête de M. H..., peuvent s'écarter sur le fond : les rubriques de la fiche de renseignement sont comparables à celles du dossier figurant en annexe de l'arrêté ; la rubrique demandant l'âge du candidat n'est pas par elle-même constitutive

d'une discrimination (cf. votre précédente décision *H...*, n°s 383459-395480) ; enfin, les différences entre le dossier à remplir pour les candidats et le modèle en annexe de l'arrêté sont pour le moins ténues.

Il faut toutefois, nous semble-t-il, pour examiner ces moyens, tenir compte du séquençage particulier du recrutement des IPEF. L'article 5 de leur décret statutaire n° 2009-1106 du 10 septembre 2009 prévoit qu'ils sont recrutés « 3° Parmi les fonctionnaires ayant satisfait aux épreuves d'un concours interne à caractère professionnel et à un stage de perfectionnement (...) ». Ce n'est qu'après ces deux opérations (concours et stage) que les intéressés sont « *nommés et titularisés* », cette fois-ci en une seule opération, par décret du Président de la République. Dès lors, ces trois premiers moyens, qui portent uniquement sur les modalités du concours, ne peuvent viser que la liste des admis au concours (formalisée par la décision du jury), et non le décret de nomination et titularisation. Or M. H... n'attaque par voie d'action, on l'a vu, que le décret. Il soulève ici, en réalité, une exception d'illégalité à l'encontre de la délibération du jury.

Peut-il le faire ? Vous pourriez d'abord hésiter à regarder la délibération du jury, qui formalise la liste des candidats admis, comme base légale du décret, au sens de votre jurisprudence Sodemel². Elle constitue plutôt une condition légale de ce décret. Mais vous admettez l'opérance d'une exception d'illégalité dans des hypothèses où la décision dont l'illégalité est excipée ne constitue pas exactement la base légale de la décision contestée (cf. 8 novembre 2017, *Université de Lorraine*, 394764, aux T., admettant l'opérance d'une exception d'illégalité de la désignation de membres d'un

² Section, 11 juillet 2011, *Société d'équipement du département de Maine-et-Loire Sodemel et ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, n°s 320735, 320854, p. 347

organisme collégial à l'appui de conclusions dirigées contre une délibération de cet organisme).

On peut donc admettre que le requérant soulève cette exception d'illégalité. Or vous jugez que l'exception d'illégalité soulevée contre un acte non réglementaire devenu définitif est irrecevable (17 décembre 1997, *Préfet de l'Isère c/A...*, n° 171201) y compris à l'appui de conclusions dirigées contre une décision ultérieure qui est la conséquence directe de cet acte, sauf si les différents actes en cause forment une opération complexe.

Il faut tout d'abord vérifier si l'acte visé par l'exception d'illégalité – donc, ici, la délibération du jury – est devenu définitif. Nous n'avons, tout d'abord, pas de doute sur le fait qu'une telle délibération n'a pas de caractère réglementaire. La liste des candidats, formalisée par la délibération, a été, on l'a vu, publiée, et chaque candidat s'est vu notifier le résultat le concernant. M. H... s'est donc vu notifier un résultat de non-admissibilité. Il n'y a pas d'accusé de réception de cette notification au dossier, mais la requête ayant été introduite le 24 février 2017, le délai CZ... est largement atteint. Vous pourriez donc juger que l'intéressé n'ayant pas attaqué, dans un délai raisonnable, la délibération du jury, qui n'a pas de caractère réglementaire, n'est pas recevable à soulever, par la voie de l'exception, de moyens contestant sa légalité. Un mop a d'ailleurs été adressé aux parties en ce sens.

Il vous faut ensuite vérifier si, malgré le caractère définitif de la délibération portant les résultats, M. H... pouvait quand même soulever une exception d'irrecevabilité à son encontre parce qu'elle formerait, avec le décret qu'il attaque, une opération complexe. On a vu que vous admettez, depuis longtemps, l'intérêt à agir d'un candidat à un concours contre le décret nommant les candidats reçus – ce qui reflète l'idée que le

concours et l'acte de nomination des reçus forme une opération complexe. Vous en tirez la conséquence qu'un candidat malheureux qui attaque la décision ou la délibération consacrant les résultats d'un examen ou d'un concours peut invoquer l'illégalité de toutes les décisions relatives au déroulement de celui-ci, telles que la liste des candidats admis à concourir, la liste des admissibles, la composition du jury³... (par ex. Sect., 1^{er} juillet 1955, B..., p. 376 ; Sect., 3 mai 1957, A..., p. 278 ; 15 février 1978, P..., p. 73, ; 1^{er} avril 1996, Mme W..., n° 108667). Vous admettez, de même, que l'ensemble des actes pour un concours de recrutement de professeur, depuis l'arrêté d'ouverture du concours jusqu'à la nomination du candidat choisi, forme une opération complexe : 7 juillet 1976, SS..., n°s 94469-95180, p. 348. Mais vous n'identifiez pas, en revanche, d'opération complexe entre la décision qui, à l'issue d'une délibération de jury de concours, nomme en qualité de stagiaire et la décision de titularisation ou de non-titularisation prise à l'issue de ce stage (voir ainsi, sur l'absence d'opération complexe entre la décision de nomination en qualité de stagiaire et la décision mettant fin à un stage : Section, 15 novembre 1935, Sieur DD..., n° 43367 p. 106 ; plus récemment, absence d'opération complexe entre la décision autorisant le fonctionnaire stagiaire à effectuer un deuxième stage et la décision de refus de titularisation : 7 juillet 2010, CC..., n° 330407, aux T.)⁴. Autrement dit, l'opération complexe s'arrête à la décision de nomination des lauréats, et ne s'étend pas au-delà, c'est-à-dire à l'opération de titularisation. Or, en l'espèce, on a vu que le décret de nomination procède, en même temps que la nomination, à la titularisation, et qu'il intervient seulement après le stage d'un an qui suit immédiatement la réussite au concours. Nous vous proposons, par conséquent, de juger qu'il n'y a pas, ici, d'opération complexe entre la liste des candidats admis (qui n'a pas de caractère réglementaire) et le décret de nomination et titularisation. Si vous nous suivez, l'absence d'opération complexe

³ Cf. Article d'O. Gohin, *Exception d'illégalité*, dans le Répertoire de contentieux administratif, Dalloz.

⁴ A la différence de l'opération complexe constituée par le processus d'évaluation de fin de stage puis de la décision de titularisation : 6 janvier 1989, SI..., aux T.

rend alors irrecevables les moyens d'exception d'illégalité à l'encontre de la délibération du jury, et vous pourrez les écarter sur ce terrain.

3. Nous pouvons en venir au dernier moyen, qui est délicat. Il est tiré de l'illégalité du décret pour avoir procédé illégalement à la nomination d'un candidat surnuméraire eu égard au nombre de postes ouverts au concours par l'arrêté du 30 janvier 2015. Cet arrêté ouvrait 13 postes « au titre de l'année 2015 ». Le décret de nomination/titularisation, intervenu en 2016, nomme lui aussi 13 personnes. Mais la comparaison de ces deux chiffres ne rend pas entièrement compte du processus : en effet, l'une des candidates reçues sur la liste principale (Mme Reinette), enceinte, a été autorisée à reporter son stage d'une année – comme le permettent les dispositions de l'article 4 du décret n° 94-874 du 7 octobre 1994 fixant les dispositions communes applicables aux stagiaires de l'Etat et de ses établissements publics. Pour ne pas laisser une place vacante, l'administration a alors fait appel à M. C..., candidat de la liste complémentaire. Le décret de 2016 nomme et titularise donc 12 personnes admises sur liste principale et une personne admise sur liste complémentaire. Mme Reinette, qui a effectué son stage l'année d'après, a été titularisée avec les admis au concours de 2016, dans le décret de nomination/titularisation pris en 2017.

Mais M. H... observe que le décret du 11 septembre 2017 portant nomination et titularisation dans le corps des IPEF, nomme 13 personnes, alors que l'arrêté ouvrant le nombre de places au concours 2016 n'en prévoyait que 12. L'administration a probablement anticipé le report de nomination de Mme reinette, et a ouvert un poste de moins au concours. M. H... en déduit qu'il y a eu une nomination « en trop » puisque 12 places ont été ouvertes pour la session 2016, et 13 personnes nommées et titularisées au titre de cette session. Autrement dit, Mme Reinette n'ayant pas renoncé au bénéfice du concours mais seulement demandé à reporter son stage, M. C...,

7

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

n'aurait pas dû, selon le requérant, occuper sa place dans le décret de nomination/titularisation, qui serait dès lors illégal.

L'administration pouvait-elle procéder comme elle l'a fait, en pourvoyant par le biais de la liste complémentaire la place laissée vacante par un départ temporaire et en ajustant, l'année suivante, à la baisse, le nombre des places offertes pour tenir compte du recrutement surnuméraire de l'année précédente ? Tâchons de nous repérer dans ce labyrinthe – car comme écrivait Murakami (*L'Etrange bibliothèque*), « *l'embêtant, avec les labyrinthes, c'est qu'on ne saura qu'à la fin si l'on a choisi le bon chemin ou pas. Et si en fin de compte on s'est trompé, il est en général trop tard pour repartir en arrière et recommencer. C'est le problème avec les labyrinthes* ».

Vous relèverez que l'article 20 de la loi du 11 janvier 1984 prévoit que chaque concours donne lieu, non seulement à « *l'établissement d'une liste classant par ordre de mérite les candidats déclarés aptes par le jury* » mais également « *à une liste complémentaire afin de permettre le remplacement des candidats inscrits sur la liste principale qui ne peuvent pas être nommés ou, éventuellement, de pourvoir des vacances d'emplois survenant dans l'intervalle de deux concours* ». Il y a selon nous deux façons d'interpréter ces dispositions, qui correspondent à deux manières opposées d'envisager les choses.

Soit l'on considère qu'elles s'entendent comme ne permettant à l'administration de faire appel à des candidats de la liste complémentaire que lorsque l'un des candidats admis renonce définitivement au bénéfice du concours, ou, pour une raison ou une autre, ne peut absolument pas être nommé (conditions pour concourir non réunies, par exemple). En ce cas, une candidate qui demande un report pour cause de grossesse ne peut, bien évidemment, être considérée comme se désistant et l'administration est

tenue de lui conserver le poste auquel elle a droit ; par conséquent elle ne peut nommer à sa place un candidat de la liste complémentaire. Cette interprétation conduit alors à annuler le décret comme illégal.

Soit, et c'est la solution que nous privilégions, la locution « *qui ne peut être nommé* » n'a pas entendu distinguer les situations définitives et les situations temporaires – les travaux parlementaires sur cette disposition ne permettent pas de connaître l'intention du législateur en la matière. Dans ce cas, l'administration peut, nous semble-t-il, puiser dans la liste complémentaire si l'une des places reste vacante à la suite d'un report temporaire demandé par un candidat admis sur la liste principale. Avec pour conséquence que le nombre de places ouvertes au concours par l'arrêté régissant ledit concours ne coïncidera plus avec le nombre de nominations des personnes admises lors de cette session. Ce décalage est-il de nature à fragiliser le décret de nomination, comme le soutient le requérant ? Nous ne le pensons pas.

En effet, la relation entre l'arrêté ouvrant les places au concours et le décret de nomination n'est pas tout-à-fait directe. L'arrêté régit la procédure de concours proprement dite, jusqu'à la délibération du jury, incluse : le jury ne peut en effet déclarer admis plus de candidats que le nombre prévu par l'arrêté. La décision de nomination peut, elle, intégrer des éléments supplémentaires : certes, ne peuvent être nommés que des personnes qui ont réussi le concours. Mais des aléas peuvent se produire entre les résultats du concours et le processus de nomination (désistement, reports, nécessité de refaire une année de stage...). Vous jugez d'ailleurs qu'une autorité de nomination peut pourvoir moins de postes qu'il n'y a de lauréats, si elle estime que certains candidats ne remplissent pas les conditions nécessaires pour être nommés (18 décembre 1957, LL..., rec. p. 684, concl. Marceau-Long). L'acte de nomination peut donc ne pas être entièrement symétrique à l'arrêté ouvrant le nombre

de places au concours. C'est particulièrement le cas ici, puisque la nomination/titularisation intervient après une année de stage – stage qu'il faut avoir entrepris avec succès pour pouvoir être nommé.

Autrement dit, nous pensons que l'arrêté d'ouverture des places au concours permet l'organisation du concours mais ne sert pas de fondement à la décision de nomination, qui obéit à d'autres logiques, d'aptitude au poste (puisque le stage s'intercale entre le concours et la titularisation) voire de moyens budgétaires. Et qu'il ne peut, par conséquent, pas avoir d'incidence sur la légalité de la décision de nomination et de titularisation prise, un an plus tard, au vu du stage, par le Président de la République. Le seul acte qui a une incidence sur ce décret est la délibération du jury, l'autorité de nomination étant tenue de procéder aux nominations dans l'ordre de mérite établi par le jury.

Ajoutons que cette solution nous paraît d'autant plus opportune que le respect d'une symétrie parfaite entre le nombre de places ouvertes au concours pour une session spécifique et le décret de nomination correspondant à cette seule session peut mener à des situations embrouillées. Ainsi, si l'on suivait le raisonnement de M. H..., l'administration, pour respecter cette identité de nombre alors qu'un candidat de la liste complémentaire avait été admis, aurait dû par exemple, prévoir dans l'arrêté ouvrant l'année suivante le nombre de places au concours, une place de plus, destinée à être laissée vacante, afin que le décret de 2017 et l'arrêté d'ouverture des places pour 2016 comportent le même nombre de personnes. Mais ce processus serait incompréhensible pour les candidats au concours 2016, qui verraient qu'une place n'a pas été pourvue...

Nous vous proposons donc d'écarter ce dernier moyen.

PCMNC au rejet de la requête.