

CONCLUSIONS

Mme Marie-Gabrielle Merloz, rapporteure publique

1. La toile de fond de cette affaire a un air de « déjà vu ». Le requérant, le syndicat national de l'enseignement technique agricole public - Fédération syndicale unitaire (SNETAP-FSU), ne vous est pas inconnu puisque c'est, en peu de temps, la troisième requête dont il vous saisit. Comme dans ces précédents, il met en cause un aspect particulier de la procédure suivie par le ministère de l'agriculture et de l'alimentation pour organiser la campagne annuelle de mobilité géographique des personnels, titulaires et contractuels recrutés en vertu d'un CDI, de l'enseignement agricole technique public et sous statut « agriculture » de l'enseignement maritime, affectés dans les établissements publics locaux d'enseignement et de formation professionnelle agricoles ou qui souhaitent y être réintégrés pour la rentrée scolaire 2020.

Pour mémoire, avant le lancement de la campagne elle-même, ces agents doivent remplir des déclarations d'intention de mobilité (DIM) permettant au ministère de réunir les informations utiles à l'évaluation annuelle des emplois et d'identifier les postes d'enseignement, d'éducation et de direction qui sont susceptibles d'être offerts. Votre 3^{ème} chambre s'est penchée sur cette phase amont de la procédure à l'occasion du recours dirigé contre la note de service du 9 octobre 2019¹ relative aux modalités et au calendrier de recueil de ces DIM dont la légalité a été confirmée par une décision du 24 février 2020 (n° 435316, inédite au Rec.).

Ces intentions de mobilité sont formalisées ultérieurement à l'occasion du mouvement proprement dit, lorsque ces agents formulent leurs demandes de mobilité. Pour la rentrée scolaire 2020, les modalités de dépôt et de traitement de ces demandes ont été fixées par une note de service du 16 janvier 2020², rectifiée par une note du 23 janvier suivant³, contestées par le SNETAP-FSU sur la question spécifique de l'ouverture à la mobilité des emplois occupés par des agents en CDI. Le rejet de sa requête a été

¹ N° SG/SRH/SDCAR/2019-699.

² N° SG/SRH/SDCAR/2020-35.

³ N° SG/SRH/SDCAR/2020-47.

l'occasion de rappeler, par votre décision du 29 juillet 2020 (n° 437891, aux T.), que l'administration reste libre de décider, en fonction de l'intérêt du service, si elle entend ou non ouvrir à la mobilité des emplois occupés par de tels agents dans le cadre d'un mouvement collectif de mutation géographique.

Vous vous souvenez que la note de service rectificative du 23 janvier 2020 comporte en annexe les listes des postes vacants ou susceptibles d'être vacants qui sont offerts à la mobilité. La campagne de mobilité, qui ne porte que sur ces postes, est organisée en un seul cycle qui se décompose en plusieurs phases. La mesure d'instruction que vous avez ordonnée a levé tout doute sur leur nature exacte. Il ne s'agit pas d'ouvrir aux agents de nouvelles options de mobilité à l'issue de la première phase, close par la publication des mutations décidées à partir de ces listes. Le ministère n'a publié ultérieurement aucune nouvelle liste de postes à l'intention des personnels titulaires d'enseignement. Seuls les résultats du mouvement sont publiés en plusieurs temps : les mutations ayant recueilli un avis favorable sans réserve le sont dès le mois d'avril, tandis que les mutations effectives ne sont connues qu'un peu plus tard, après que l'administration a levé ou non les réserves qui tiennent à la situation individuelle des agents occupant certains postes ouverts à la mobilité et qui conditionnent leur vacance.

La présente affaire porte plus spécifiquement sur la première affectation des agents stagiaires des corps des professeurs de lycée professionnel agricole, des conseillers principaux d'éducation des établissements d'enseignement agricole et des professeurs certifiés de l'enseignement agricole qui ont vocation à être titularisés à la rentrée scolaire 2020, à l'issue de leur année de stage (dans le jargon du ministère les « néo-titulaires »).

Ces stagiaires participent à la campagne de mobilité. Ainsi que le prévoit expressément la note de service du 16 janvier 2020, y participent obligatoirement les lauréats de concours externes effectuant leur année de stage à l'école nationale supérieure de formation de l'enseignement agricole ainsi que les lauréats des concours internes affectés sur un poste d'ajustement pour leur année de stage au sein d'un établissement. Il n'en va différemment que pour les lauréats des concours internes affectés sur un poste de titulaire : ils peuvent être titularisés sur ce poste et ce n'est donc que s'ils souhaitent changer d'affectation qu'ils sont tenus de présenter une demande d'affectation sur des postes ouverts à la mobilité.

Que se passe-t-il si certains de ces stagiaires ne trouvent pas de poste au terme de ce mouvement ?

La note du 16 janvier 2020 ne permet pas de répondre à cette question. Si elle envisage l'hypothèse où des postes se libèreraient après la publication des résultats de la mobilité, elle prévoit seulement qu'ils peuvent être pourvus, à titre provisoire, par des

lauréats de concours interne de l'année scolaire 2020-2021, par des agents titulaires sollicitant leur réintégration ou par un agent contractuel.

Face à cette difficulté, le ministère chargé de l'agriculture a décidé de proposer aux stagiaires dépourvus d'affectation à l'issue de la première phase de la campagne de mobilité des postes devenus vacants. Le litige s'est noué lorsque le SNETAP-FSU a découvert cette pratique. Le secrétaire général adjoint du SNETAP-FSU s'en est ouvert auprès de la directrice générale de l'enseignement et de la recherche et du chef du service des ressources humaines par un courriel du 30 avril 2020 leur demandant, notamment, de revenir sur cette règle et de « retirer » tous les postes ajoutés et qui n'avaient pas été publiés sur les listes annexées à la note de service du 23 janvier 2020.

Par un courriel du 6 mai 2020, la directrice générale de l'enseignement et de la recherche a confirmé avoir proposé directement 19 postes devenus vacants postérieurement à cette publication à 16 stagiaires ayant vocation à être titularisés à la rentrée scolaire 2020 mais demeurés sans affectation à l'issue de la première phase de la campagne de mobilité. On comprend que cette difficulté est liée à la procédure particulière des DIM et plus précisément au fait que certains agents ne déclarent pas leur intention de mobilité alors qu'ils peuvent participer ensuite à la campagne de mobilité. Mettant en avant son obligation d'affecter ces « néo-titulaires » sur des postes permanents correspondant à leur spécialité et le faible nombre des agents concernés, la directrice générale a refusé de faire droit à la demande du syndicat. Le ministre précise devant vous que 9 de ces postes ont finalement été pourvus par des stagiaires, les dix autres l'étant, à titre provisoire, par des agents non titulaires.

Le SNETAP-FSU vous a alors saisi de la présente requête en vous demandant l'annulation pour excès de pouvoir de la décision, révélée par ce courriel, de « réserver » des postes à des agents stagiaires « titularisables » au 1^{er} septembre 2020. Le référé suspension introduit parallèlement a été rejeté pour défaut d'urgence (JRCE, 5 juin 2020, n° 440558).

2. Les questions préalables ne sont pas discutées par le ministre et ne méritent guère, à nos yeux, de s'y arrêter.

Votre compétence de premier et dernier ressort ne paraît pas douteuse au regard du 2° de l'article R. 311-1 du CJA. La décision attaquée, compte tenu de sa portée générale, peut être regardée comme un acte réglementaire du ministre chargé de l'agriculture.

La requête est par ailleurs recevable. Cette décision est susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir selon la grille de lecture actualisée par la décision de Section *Gisti* (CE, 12 juin 2020, n° 418142, au Rec.) et aucune tardiveté ne saurait être opposée. Comme vous l'avez admis implicitement dans les deux précédentes affaires, le SNETAP-FSU justifie bien d'un intérêt à agir suffisant au vu de son objet. Son

secrétaire général a en outre qualité pour le représenter en justice conformément à l'article 38 de ses statuts.

3. Nous en venons au cœur du litige : le ministère pouvait-il déroger à l'obligation de publicité préalable prévue par l'article 61 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat⁴ ?

Comme vous le savez, cet article prescrit aux autorités compétentes « *de faire connaître au personnel, dès qu'elles ont lieu, les vacances de tous emplois, sans préjudice des obligations spéciales imposées en matière de publicité par la législation sur les emplois réservés* ».

Votre jurisprudence fait de longue date une application stricte de cette règle. Une nomination sur un emploi public doit être annulée, dès lors que l'obligation de publicité préalable a été méconnue. Vous jugez en ce sens, alors même que la vacance de l'emploi aurait été connue des personnels intéressés et notamment de celui qui avait introduit le contentieux (CE, 27 novembre 1996, *Lassagne*, n° 139760, aux T.). Vous avez refusé d'admettre qu'une telle irrégularité puisse être couverte par la circonstance que la vacance de poste, comblée lors du mouvement examiné par les commissions administratives paritaires, se serait seulement ouverte par suite de ce mouvement et n'aurait pu, en conséquence, être connue ni publiée à l'avance (CE, 8 février 1965, *Bocage*, n° 55417, au Rec. p. 81).

Il en va de même si cette obligation n'a pas été régulièrement remplie, par exemple si l'administration n'a pas procédé à la publication des vacances d'emploi en temps utile (CE, 26 juin 1968, *Auregan et autre*, n° 69166, au Rec.) ou si elle en a réservé la diffusion à certains personnels et non à tous ceux ayant vocation à occuper l'emploi concerné (CE, 4 novembre 1981, *Syndicat général de la navigation aérienne C.F.T.C.*, n°28255, aux T.⁵).

A titre de comparaison, vous avez estimé, dans cette même ligne, que l'exigence de publicité prescrite par l'article 41 de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale⁶ doit être respectée alors même que la collectivité entend pourvoir l'emploi par le recrutement d'un agent contractuel (CE, 14 mars 1997, *Département des Alpes-Maritimes*, n° 143800, au Rec.). Plus récemment encore, vous avez jugé que cette exigence ne peut être regardée comme respectée par une vacance d'emploi qui précise, sans qu'un texte autorise une telle restriction, le mode de recrutement envisagé (CE, 6 février 2019, *Communauté d'agglomération du Nord Grande-Terre*, n° 414066, aux T.). On ne saurait plus

⁴ N° 84-16.

⁵ Pour l'application de l'article 49 de l'ordonnance du 4 février 1959, repris en substance par l'article 61 de la loi du 11 janvier 1984.

⁶ N° 84-53.

nettement rappeler que, sauf dispositions législatives spéciales, la publicité préalable constitue la règle et que ce n'est que dans un second temps que l'administration retrouve sa liberté d'action pour choisir, parmi les candidats qui se sont déclarés au vu de cette large publicité, l'agent qu'elle souhaite recruter (vous pouvez voir sur ce point les éclairantes conclusions d'Olivier Henrard).

Le ministre se prévaut, il est vrai, de votre décision du 13 octobre 2006, *Sionneau* (n°281911, aux T.) qui marque un certain inflexionnement en dérogeant au raisonnement suivi dans la décision *Bocage*. Vous avez jugé que si les dispositions de l'article 61 de la loi du 11 janvier 1984 exigent la publication des vacances d'emplois connues de l'administration, qu'elles soient effectives ou normalement prévisibles, à la date à laquelle les demandes de mutation sont examinées, elles ne font pas obstacle, dans le cas où les mutations de fonctionnaires sont organisées de manière collective sur le fondement d'un tableau de mutation, à ce que les agents candidats à une mutation puissent solliciter leur affectation à un emploi correspondant à leur grade susceptible de devenir vacant par le jeu du mouvement lui-même, quand bien même cet emploi n'aurait pas été déclaré vacant à la date à laquelle les demandes de mutation ont été formulées.

Ce précédent ne nous paraît toutefois pas directement transposable dans la présente affaire. Ainsi que le souligne Isabelle de Silva dans ses conclusions, cette solution a été adoptée dans un système de mutation où les personnels ne connaissent pas à l'avance les postes effectivement vacants et formulent des vœux d'affectation « à l'aveugle », c'est-à-dire y compris sur des postes déjà occupés. Les affectations sont ensuite effectuées sur la base de tableaux de mutation qui sont réalisés dans le cadre du mouvement proprement dit. Ce n'est donc que si les personnels obtiennent une affectation conforme à l'un de leurs vœux que les postes qu'ils occupaient deviennent vacants. Ces vacances « par ricochet », pour reprendre la formule d'Isabelle de Silva, ne peuvent, par construction, être connues avec certitude de l'administration avant le lancement du mouvement. Sensibles aux problèmes pratiques que causerait, eu égard à l'ampleur de ces mutations collectives, l'application mécanique de la jurisprudence *Bocage*, vous avez admis, dans cette hypothèse, qu'il puisse être dérogé à la règle de la publicité préalable.

Mais, vous l'aurez compris, la configuration d'espèce est différente. Le ministère chargé de l'agriculture, à l'inverse d'autres départements ministériels, n'a pas opté pour un tel système de mutation. Il est expressément exclu que les personnels participant à la campagne de mobilité formulent des vœux d'affectation sur des postes qui ne sont pas inscrits sur les listes préalablement publiées par les notes de service déjà mentionnées. Après la première phase de publication des résultats de la campagne de mobilité, les jeux sont faits pour les agents titulaires, même si des postes deviennent vacants par le jeu du mouvement lui-même.

Deux options s'offrent à vous. La première est de ménager, par voie prétorienne, une nouvelle exception à l'obligation de publicité préalable. Cette solution permettrait au ministère de régler la difficulté à laquelle il est confronté dans le cadre de ce système pour affecter, comme il y est tenu, les « néo-titulaires » restés sans affectation à l'issue de la première phase sur des emplois permanents correspondant à leur discipline. Vous feriez ainsi prévaloir, à l'instar de la décision *Sionneau*, un certain pragmatisme ou réalisme au nom de l'intérêt du service. Imposer la publication des postes devenus vacants à l'issue de cette première phase peut en outre paraître formaliste, dès lors que, sauf à réformer la procédure applicable, les agents titulaires ne pourront pas, en tout état de cause, formuler de nouveaux vœux d'affectation sur ces postes.

La seconde option est, à l'opposé, de s'en tenir à l'obligation de publicité de la vacance d'un emploi préalablement à tout recrutement sur cet emploi, ce y compris lorsque l'emploi est devenu vacant par le jeu d'un mouvement collectif (sous la seule réserve que l'administration souhaite effectivement pourvoir cet emploi). C'est la stricte application de la règle fixée à l'article 61 de la loi du 11 janvier 1984, conformément à la lettre claire de ce texte et à l'objectif de transparence qu'il poursuit. Une telle solution serait également en phase avec votre jurisprudence qui, nous l'avons dit, n'a admis d'y déroger qu'avec parcimonie, dans une configuration particulière et circonscrite.

Les arguments avancés en défense - assez pauvres - ne nous convainquent guère de la nécessité de consentir un effort jurisprudentiel comparable à celui de l'affaire *Sionneau*. Aucune raison pratique ne s'oppose à l'application, dans toute sa rigueur, de la règle de publicité préalable. Par ailleurs, la liberté de choix de l'administration reste intacte. Une telle solution ne l'empêche pas d'affecter *in fine* les « néo-titulaires » sur les postes qu'elle estime les plus adéquats mais elle le fera après avoir fait connaître la liste de ces postes et en effectuant ses choix en toute transparence. L'intérêt du service nous paraît en ce sens devoir jouer, non pour justifier une exception à la règle de publicité préalable des postes vacants, mais en aval, au stade de l'affectation des personnels sur un poste donné. C'est donc cette solution rigoureuse qui, à la réflexion, a notre faveur.

Ce litige met plus radicalement en lumière les fragilités du système de mutation du ministère chargé de l'agriculture qui ne satisfait apparemment ni les syndicats ni les personnels. La directrice générale de l'enseignement et de la recherche le reconnaît d'ailleurs en filigrane dans son courriel du 6 mai 2020. Nous comprenons de la fin de sa réponse que le ministère n'exclut pas de réformer son système de mutation et qu'une réflexion serait en cours. Dans ce contexte, vous pourriez d'autant plus hésiter, en opportunité, à vous s'engager vers la consécration d'une nouvelle exception.

Nous vous invitons donc à accueillir la requête du SNETAP-FSU, sans qu'ils soit besoin d'examiner l'autre moyen soulevé, ainsi que les conclusions à fin d'injonction.

PCMNC à :

- l'annulation de la décision, révélée par le courriel du 6 mai 2020 adressé par la directrice générale de l'enseignement et de la recherche du ministère de l'agriculture et de l'alimentation au secrétaire général adjoint du SNETAP-FSU, réservant 19 postes à des agents stagiaires ayant vocation à être titularisés à la rentrée scolaire 2020 ;

- à ce qu'il soit enjoint au ministre de l'agriculture et de l'alimentation de publier les postes ainsi réservés qui ne figuraient pas sur les listes annexées à la note de service du 23 janvier 2020 ;

- à ce que l'Etat verse au SNETAP-FSU la somme de 1 500 euros demandée au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.