

N° 458275

M. A T...

4<sup>ème</sup> et 1<sup>ère</sup> chambres réunies

Séance du 7 avril 2023

Décision du 28 avril 2023

## CONCLUSIONS

### M. Raphaël CHAMBON, Rapporteur public

La procédure de recrutement des professeurs des universités-praticiens hospitaliers (PU-PH) présente des similitudes avec celle en vigueur pour les professeurs des universités mais aussi des particularités, qu'il faut connaître pour comprendre les faits à l'origine du litige dont vous saisissez M. T.... Elle était, à la date des faits de l'espèce, régie par le décret du 24 février 1984<sup>1</sup> fixant leur statut ainsi que par l'arrêté du 17 septembre 1987 pris pour son application<sup>2</sup>.

Des concours nationaux sont organisés pour chaque discipline par arrêté conjoint des ministres chargés de l'enseignement supérieur et de la santé<sup>3</sup>. Les candidatures sont examinées par des jurys formés de membres du CNU. Le jury, qui examine les candidatures sur la base d'un exposé écrit des titres et travaux du candidat et d'une présentation orale de ses travaux, arrête la liste d'admission aux emplois de PU-PH<sup>4</sup>. Chaque candidat inscrit sur la liste d'admission peut ensuite postuler à un ou plusieurs des emplois mis au concours. Les candidatures sont soumises au conseil de l'unité de formation et de recherche et à la commission médicale d'établissement, le dossier des candidats accompagné de ces deux avis étant transmis aux deux ministres et les nominations faites par décret du Président de la

---

<sup>1</sup> Décret n°84-135 du 24 février 1984 portant statut des personnels enseignants et hospitaliers des centres hospitaliers et universitaires, abrogé depuis par le décret n° 2021-1645 du 13 décembre 2021 relatif au personnel enseignant et hospitalier des centres hospitaliers et universitaires.

<sup>2</sup> Arrêté du 17 septembre 1987 fixant la procédure de recrutement des professeurs des universités - praticiens hospitaliers, maîtres de conférences des universités-praticiens hospitaliers, professeurs des universités-praticiens hospitaliers des disciplines pharmaceutiques et maîtres de conférences-praticiens hospitaliers des disciplines pharmaceutiques, abrogé depuis par l'arrêté du 29 décembre 2021 fixant la procédure de recrutement du personnel enseignant et hospitalier titulaire des centres hospitaliers et universitaires.

<sup>3</sup> Article 61 du décret du 24 février 1984.

<sup>4</sup> Articles 52, 66 et 67 du décret.

République<sup>5</sup>. Le décret statutaire précise explicitement que l'inscription sur la liste d'admission non suivie d'une nomination ne confère aucun droit à l'intéressé<sup>6</sup>.

C'est dans la phase intermédiaire entre la publication de la liste des candidats admis au concours et la nomination par le Président de la République sur les emplois ouverts qu'est intervenu le déraillement de la procédure de recrutement de M. T... qui motive sa requête.

L'intéressé avait été recruté en qualité de praticien hospitalier par contrat par le centre hospitalier et universitaire (CHU) de Rouen au sein du service de clinique gynécologique et obstétricale en vertu du 3<sup>o</sup> de l'article L. 6152-1 du code de la santé publique, pour la période du 1<sup>er</sup> novembre 2020 au 31 août 2021, le CHU lui ayant précisé qu'il serait nommé de façon pérenne sur un poste de PU-PH à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2021. Par un arrêté du 3 mai 2021 il a été déclaré admis au concours ouvert pour le recrutement des PU-PH dans la spécialité « gynécologie-obstétrique ; gynécologie médicale » et par arrêté du même jour portant déclaration de vacance d'emplois un poste dans cette spécialité a été ouvert au CHU de Rouen pour lequel les personnes inscrites sur les listes d'admission pouvaient postuler, ce que fit M. T... le 25 mai, dernier jour pour le faire.

Le lendemain 26 mai, le conseil de l'UFR de santé de l'université et la commission médicale d'établissement du CHU ont chacun rendu un avis favorable à sa candidature, qui semble avoir été la seule pour le poste (5 candidats avaient été déclarés admis dans la spécialité gynécologie et 5 postes ouverts dans 5 CHU, ce qui laisse penser que les postes étaient largement fléchés pour des candidats déjà identifiés).

Mais par une coïncidence de calendrier, le 25 mai au soir une élève sage-femme s'est plainte d'un comportement de M. T... déplacé à son égard. Le chef du service dans lequel exerçait M. T... a diligencé une enquête interne qui a donné lieu à des entretiens avec des médecins, les sages-femmes, les internes et la secrétaire du service, tandis que le directeur de l'UFR a de son côté saisi la commission de déontologie de l'UFR, qui a auditionné des internes en gynécologie et des étudiantes sages-femmes. Ces enquêtes ont mis en évidence des témoignages multiples attestant d'un comportement inapproprié de M. T..., en particulier à l'égard des étudiantes sages-femmes et des internes de sexe féminin.

Par un courrier du 24 juin 2021, le directeur de l'UFR a alerté la ministre de l'enseignement supérieur et le ministre de la santé afin de les dissuader de procéder à la titularisation de M. T... en tant que PUPH sur le poste qu'il brigait. Par des courriers des 6 et

---

<sup>5</sup> Combinaison des articles 53 et 68 du décret et des articles 10 à 13 de l'arrêté du 17 septembre 1987. La nomination par le Président de la République résulte en tout état de cause de l'article 2 de l'ordonnance n°58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'Etat.

<sup>6</sup> Article 69 du décret.

7 juillet 2021, le président de l'université, d'une part, la directrice générale du CHU et le président de la CME, d'autre part, ont fait de même. Ils ont été entendus puisque les ministres n'ont pas proposé la nomination de M. T..., de sorte que sa candidature n'a pas été retenue dans le décret du 6 septembre 2021 du président de la République établissant la liste des candidats nommés et titularisés en qualité de PUPH au titre de l'année 2021, aucun autre praticien n'étant nommé dans l'emploi ouvert au CHU de Rouen. Ajoutons enfin que par un courrier du 25 juin 2021, M. T... a été informé par le CHU que son CDD ne serait pas renouvelé à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2021.

M. T... vous demande d'annuler le décret du 6 septembre 2021 en tant qu'il ne prononce pas nomination dans cet emploi, étant précisé que votre juge des référés a rejeté pour défaut d'urgence sa demande tendant à ce que son exécution soit suspendue<sup>7</sup>.

Rappelons d'abord que l'autorité administrative n'est jamais tenue de nommer les candidats admis à un concours, quel qu'il soit. Elle doit bien entendu refuser de procéder à la nomination d'un candidat qui ne remplirait pas les conditions légales pour être recruté (Section, 27 avril 1988, *X...*, n° 24039, au Recueil ; 3/5 SSR, 20 janvier 1989, *M...*, n° 41176, aux Tables) mais peut également se fonder sur l'inaptitude de l'intéressé à exercer les fonctions auxquelles il postule, en prenant en considération des faits non connus d'elle avant la date d'ouverture du concours et portés à sa connaissance postérieurement à l'établissement de la liste des candidats admis si le comportement de l'intéressé est de nature à établir que ce dernier ne présente pas les garanties requises pour exercer les fonctions auxquelles il postule. Voyez pour des faits entachant gravement la moralité de l'intéressé et qui auraient été de nature à justifier son exclusion du service, sous l'empire de l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires imposant un critère de bonne moralité pour la nomination aux emplois publics : 2/4 SSR, 25 octobre 1968, *R...*, n° 73471, aux Tables ; 5/3 SSR, 24 juillet 1981, *Ministre de l'intérieur c/ MN...*, n° 21004, au Recueil<sup>8</sup>. Vous jugez que la suppression de l'exigence de bonne moralité par le statut général de 1983 n'a pas remis en cause la faculté offerte à l'autorité de nomination, même sans base textuelle expresse : 1/4 SSR, 10 juin 1991, *Garde des sceaux c/V...*, n° 107853, au Recueil<sup>9</sup>.

Vous avez ainsi jugé que le ministre de l'enseignement supérieur peut refuser de proposer au Président de la République la nomination d'un candidat admis au concours en qualité de professeur des universités au motif que sa candidature ne remplit pas toutes les conditions requises pour qu'il puisse la proposer à la nomination du Président de la République sans méconnaître l'intérêt du service (4/1 SSR, 15 mai 1997, *Delaunay*, n° 176806, aux Tables), solution transposable à la nomination des PU-PH, *a fortiori* dès lors

<sup>7</sup> Ordonnance du 8 décembre 2021, n° 458307.

<sup>8</sup> Dans la continuité d'une décision plus ancienne : 16 mai 1930, *Grego*, p. 521.

<sup>9</sup> Voir aussi, *mutatis mutandis*, au stade du refus d'admission à concourir : 1/4 SSR, 27 janvier 1992, *Ministre de l'intérieur c/ C...*, n° 89074, aux Tables.

que le décret du 24 février 1984 précise, nous l'avons dit, que l'inscription sur la liste d'admission non suivie d'une nomination ne confère aucun droit à l'intéressé. Dans ce cadre, les ministres de la santé et de l'enseignement supérieur ne sont nullement tenus par les avis du conseil d'UFR et de la CME sur les candidatures sur chaque emploi mis au concours.

M. T... soutient en premier lieu que la décision de ne pas le nommer constituerait une sanction disciplinaire déguisée, si bien qu'elle serait illégale faute que les garanties de la procédure disciplinaire aient été respectées.

D'après le président Stahl dans ses conclusions sous votre décision *MI...* (3/5 SSR, 10 novembre 1999, n° 196136, aux Tables), la sanction déguisée se caractérise par la combinaison de trois critères, l'appréciation portée étant toujours fortement dépendante des circonstances de chaque espèce :

- la nature de la décision attaquée et les conséquences qu'elle emporte sur la rémunération et le déroulement de carrière du fonctionnaire concerné ;
- la nature des faits justifiant la mesure, et notamment ceux reprochés à l'intéressé ;
- l'appréciation portée sur l'intention de l'administration d'infliger une sanction. Ainsi que l'indiquait Vincent Daumas à ce pupitre, le juge doit rechercher si la décision « n'a été prise que dans l'intérêt du service, sans avoir aucunement pour objet de punir l'agent ».

La frontière entre mesure prise dans l'intérêt du service et sanction disciplinaire est ténue, d'autant plus que la circonstance que la décision puisse être au moins en partie justifiée par l'intérêt du service ne fait pas obstacle à ce que le juge la regarde comme principalement fondée sur des motifs disciplinaires (4/1 SSR, 5 juillet 1985, *M.*, n° 47872, au Recueil ; 4/1 SSR, 20 janvier 1989, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme D....*, n° 77494, aux Tables ; 4/6 SSR, 29 décembre 2000, *T....*, n° 197739, au Recueil ; 4/5 SSR, 27 avril 2012, *A....*, n° 327732, aux Tables sur un autre point). A l'inverse cependant, la circonstance que certains des faits pris en compte par l'administration soient passibles de sanction disciplinaire n'interdit pas de considérer que sa décision a été prise en considération de la manière de servir et dans l'intérêt du service. Ainsi, alors même que le refus de renouveler les fonctions d'un chef de service a pris en considération les dysfonctionnements dudit service auxquels les fautes disciplinaires commises par le médecin n'ont pas été étrangères, vous écarterez la qualification de sanction en estimant qu'il n'avait pas pour objet de sanctionner ces fautes (décision *MI...*).

Il nous semble qu'en l'espèce le moyen doit être écarté. Certes, les faits qui ont motivé le refus de le nommer auraient pu motiver l'infliction d'une sanction disciplinaire.

Trois raisons nous déterminent toutefois à ne pas suivre la thèse du requérant :

- en premier lieu, la nature de la décision en litige se distingue de l'immense majorité des cas rencontrés en jurisprudence, lesquels manifestent une dégradation de la situation de l'intéressé : il s'agit ici d'un refus de titulariser l'intéressé dans un emploi de PU-PH, alors qu'on l'a vu, son inscription sur la liste d'admission au concours ne lui conférait aucun droit à nomination et cette décision n'a eu par elle-même aucun effet sur la situation ou la rémunération de M. T..., dont le contrat le liant au CHU s'est poursuivi jusqu'à son terme, la décision de ne pas le renouveler, n'ayant pas fait l'objet de recours contentieux, étant tout à fait indépendante de celle de ne pas le titulariser, au demeurant prise par une autorité différente. Pour reprendre les mots d'Alexandre Lallet à ce pupitre<sup>10</sup>, il ne s'agit pas d'une mesure défavorable que l'administration prendrait d'initiative à l'encontre d'un agent fautif en cours de carrière, tendant à le déclasser, mais d'une décision préventive refusant l'entrée dans la carrière à un candidat n'y ayant aucun droit.
- En deuxième lieu, l'intention de l'autorité administrative ne nous paraît avoir été en l'espèce punitive mais préventive. C'est l'objectif, dans l'intérêt du service, de prévenir la titularisation d'un praticien au comportement problématique qui a été déterminant. Cela ressort des pièces du dossier, notamment des termes des courriers d'alerte adressés aux ministres, dont l'un indique qu'il n'y a certes pas eu de geste déplacé mais s'interroge : « faut-il les attendre ? » La mesure contestée est tournée vers l'avenir et ne vise pas à réprimer des actes passés.
- Enfin et plus radicalement, les ministres qui ont refusé de proposer sa nomination au Président de la République ne pouvaient par construction prendre une quelconque sanction disciplinaire à l'égard de M. T..., qui n'était pas agent de l'Etat. La requalification de la mesure contestée en sanction disciplinaire n'aurait par suite aucun sens. D'ailleurs, si en l'espèce M. T... était agent contractuel d'un CHU, qui aurait pu lui infliger une sanction sur le fondement des articles 20 à 22 du décret du 24 février 1984, même si son contrat expirait trois mois après la révélation des faits, ce que le CHU s'est au demeurant abstenu de faire, il aurait très bien pu ne pas être employé par une quelconque personne publique française.

A supposer que la décision de ne pas le nommer ne constitue pas une sanction déguisée, M. T... soutient en deuxième qu'il aurait dû être mis à même de consulter son dossier préalablement à l'édiction de cette décision qui constitue une mesure prise en considération de la personne, la circonstance qu'il n'ait pas pu prendre connaissance malgré ses demandes des témoignages recueillis pendant les enquêtes internes menées par le CHU et l'université méconnaissant les dispositions de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Conclusions sur : 1 SSJS, 9 avril 2014, *Centre départemental de l'enfance de Metz*, n° 367641.

<sup>11</sup> « Tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employés et ouvriers de toutes administrations publiques ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les notes, feuilles signalétiques et tous autres documents composant leur dossier, soit avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardé dans leur avancement à l'ancienneté ».

Dans le sillage de la décision de Section du 5 mai 1944 *Dame Veuve TR-G...* (p. 133, GAJA n° 56) consacrant le principe général du droit des droits de la défense, vous avez étendu le droit à la communication du dossier prévu par ces dispositions issues du fameux « scandale des fiches » qui avait révélé que les convictions politiques et religieuses de certains officiers de l'armée avaient été prises en compte pour leur avancement, au-delà des seuls cas qu'elles visent, aux décisions « prises en considération de la personne », notion consacrée par votre décision *Sieur Nègre* à propos de l'éviction d'un emploi à la discrétion du Gouvernement (Section, 24 juin 1949, n° 92073, p. 304). Ainsi que le soulignait le président Guyomar, cette extension n'est toutefois pas sans limite et il ne suffit pas qu'une décision revête un caractère subjectif pour que l'agent concerné doive être mis à même de consulter son dossier préalablement à son édiction : encore faut-il que la nature de la décision et ses effets d'une certaine gravité l'imposent, ce qui justifie que les décisions de refus qui n'affectent aucun droit ou aucune situation acquise n'entrent pas dans le champ de cette obligation. Votre décision de Section *Z...* (3 décembre 2003, n° 236485, au Recueil) a ainsi clairement dissocié une telle obligation de la notion de mesure prise en considération de la personne, à propos du refus de titulariser un fonctionnaire stagiaire à l'issue de son stage en considération de sa manière de service. Votre décision *MO...* (10/9 SSR, n° 304995, aux Tables) retient la même solution pour une décision de non renouvellement à son terme d'un contrat à durée déterminée d'un agent public, même prise pour des raisons tirées de la manière de servir de l'intéressé. Une telle solution vaut néanmoins sauf à ce que la décision querellée revête le caractère d'une mesure disciplinaire déguisée.

Lorsque les considérations relatives à la personne de l'agent sont de nature à caractériser un intérêt du service justifiant le non renouvellement du contrat d'un agent en CDD ou la non titularisation d'un fonctionnaire stagiaire sont par ailleurs susceptibles de justifier une sanction disciplinaire, sans aller jusqu'à exiger le même niveau de garanties procédurales que pour une sanction disciplinaire, vous avez néanmoins imposé une formalité minimale liée à la coloration disciplinaire du refus de renouvellement du contrat ou de titularisation : l'intéressé doit avoir été mis à même de faire valoir ses observations (3/8 CHR, 19 décembre 2019, *Commune du Vésinet*, n° 423684, aux Tables, pour le non renouvellement d'un CDD ; 3/8 CHR, 24 février 2020, *Commune de Marmande*, n° 421291, aux Tables, pour la non titularisation d'un fonctionnaire stagiaire).

Cette veine jurisprudentielle relative aux décisions prises dans l'intérêt du service mais pour des motifs bifaces pouvant également justifier une sanction disciplinaire ne nous paraît pas transposable au cas d'espèce. Dans ces deux précédents, l'employeur, face au comportement d'un agent, peut soit le sanctionner disciplinairement soit attendre la fin de son CDD ou de son stage pour décider dans l'intérêt du service de ne pas renouveler son CDD ou de ne pas le titulariser. C'est ce qui explique que même s'il fait ce second choix, il doit par exception à votre jurisprudence *Z... / MO...*, respecter une procédure contradictoire.

Contrairement à ces cas dans lesquels la décision de l'employeur a pour effet de rompre le lien avec le service (même si s'agissant du refus de titularisation cette rupture n'est pas nécessairement immédiate car le stage peut être prolongé : le refus persistant de titulariser l'intéressé se traduira tôt ou tard par son éviction), le refus de nommer un candidat à un concours d'entrée dans la fonction publique d'Etat, même s'il a été admis à l'issue des épreuves du concours, ne modifie en rien la situation du candidat. Si le candidat n'est pas déjà agent de l'Etat comme en l'espèce, l'autorité qui prend cette décision n'est pas son employeur et ne saurait lui infliger une sanction disciplinaire. Il n'y a donc pas lieu de lui offrir les garanties procédurales offertes aux agents contractuels ou stagiaire évincés dans l'intérêt du service pour un motif ayant une coloration disciplinaire. Relevons par ailleurs, même si le cas est un peu différent, que votre juge des référés a jugé que le décret nommant un magistrat sur un poste et critiqué par un autre magistrat en tant qu'il ne retenait pas sa candidature n'est pas au nombre des mesures qui ne peuvent intervenir sans que l'intéressé ait été mis à même de demander la communication de son dossier en vertu de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 (JRCE, 10 juin 2020, RZ..., n° 440572). Notons également que l'article L. 121-1 du CRPA imposant une procédure contradictoire préalable à l'édiction des décisions individuelles prises en considération de la personne, réserve l'exception des cas où il est statué sur une demande, le cas de la candidature à un concours pouvant être assimilé à une telle hypothèse.

Nous pensons donc que le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 65 de la loi de 1905 est inopérant, en précisant pour faire reste de droit qu'il est au demeurant infondé en l'espèce.

Les moyens tirés de ce que le décret aurait dû être contresigné par la ministre de l'enseignement supérieur, de ce qu'il aurait dû être motivé, de ce que les dispositions de l'arrêté du 17 septembre 1987 auraient été méconnues, de ce qu'il serait entaché d'incompétence négative en ce que le Président de la République se serait à tort cru lié par les avis défavorables émis sur la candidature de M. T..., de méconnaissance du principe d'égal accès aux emplois publics et de l'existence d'un détournement de pouvoir ou de procédure manquant en fait ou sont à l'évidence infondés.

Quant au fond de l'affaire, en estimant, au vu notamment de l'ensemble des circonstances de fait portées à leur connaissance, traduisant un comportement inapproprié de l'intéressé à l'égard d'étudiantes sage-femmes et d'internes dans l'exercice de ses fonctions d'agent contractuel du CHU de Rouen, que la candidature de M. T... ne remplissait pas toutes les conditions requises pour qu'ils puissent la proposer sans méconnaître l'intérêt du service, à la nomination du Président de la République, les ministres, dont il ne ressort pas des pièces du dossier qu'ils se seraient fondés sur des considérations matériellement erronées, n'ont à nos yeux pas commis d'erreur d'appréciation, étant précisé que vous exercez un contrôle normal sur ce point (voir notamment votre décision V... précitée).

PCMNC au rejet de la requête.