

N°s 459106,459108
M. C...

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 12 janvier 2024
Lecture du 6 février 2024

Conclusions

M. Jean-François de Montgolfier, rapporteur public

En février 2021, l'Université de Bordeaux a publié comme susceptible d'être vacant un poste de professeur des universités en droit administratif et financier et droit de l'Union européenne. La procédure de recrutement ouverte était celle dite de la « voie longue » prévue par le 3° de l'article 46 du décret du 6 juin 1984. Cette procédure dérogatoire était réservée aux maîtres de conférences titulaires d'une habilitation à diriger des recherches. La sélection obéissait pour l'essentiel à celle prévue par les articles 9 à 9-2 de ce décret mais ceux des candidats retenus par le comité de sélection et transmis par le conseil d'administration mais qui n'avaient pas préalablement été inscrit sur la liste de qualification dressée par le Conseil national des universités (CNU) voyaient leur nomination soumise à une procédure d'avis conforme du CNU. A la différence de la procédure de droit commun, le CNU intervenait donc en aval et non en amont.

En mai 2021, le comité de sélection a retenu en première position la candidature de M. C..., maître de conférences à l'Université de Bordeaux et, en seconde position, celle de M. C..., maître de conférences à l'université d'Artois. Toutefois, en juillet, le CNU a émis un avis défavorable à la nomination de M. C.... M. B..., déjà inscrit sur la liste de qualification et donc dispensé de l'avis du CNU, pensait être nommé mais, par une décision du 18 octobre, le conseil d'administration de l'université a supprimé le poste ce qui a mis fin au recrutement.

M. C... vous a saisi en excès de pouvoir de deux requêtes que vous pourrez joindre.

La première vous demande d'annuler la délibération du conseil d'administration de l'université du 18 octobre 2021 supprimant le poste, ainsi que la décision du même jour par laquelle sa formation restreinte a mis fin au recrutement. La recevabilité de ces conclusions n'est pas contestée et ne nous paraît pas contestable. La seconde requête vous demande d'annuler une décision implicite du 2 novembre 2021 par laquelle la ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche aurait rejeté la demande de M. C... tendant à voir proposer sa nomination au président de la République, ainsi que la décision expresse du 15 novembre ayant le même objet.

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.

Le ministre soulève une fin de non-recevoir en défense sur les conclusions de cette seconde requête, laquelle nous paraît fondée s'agissant des conclusions tendant à l'annulation de la décision implicite. M. C... avait, le 2 septembre 2021, adressé au ministère une simple demande d'information sur l'avancée de la procédure de nomination sorte que le silence de l'administration n'a pu faire naître une quelconque décision implicite.

On peut au contraire hésiter sur la recevabilité des conclusions tendant à l'annulation du message électronique du 15 novembre par lequel l'agent de la DRH du ministère indiquait à M. C... que : « *les membres du CA ayant adopté la suppression du poste... le ministère ne peut procéder à votre nomination en qualité de professeur* ».

Vous jugez de façon constante que la notification d'une décision n'est pas un acte faisant grief (6 mars 1936, *D...*, p. 297 ; 12 novembre 1976, *Syndicat Unifié de radio et de télévision CFDT*, 98583 ; 27 novembre 1985, *M. E...*, 54564, A). Il n'en va autrement que lorsque la notification et la décision ne font qu'un (8 décembre 1982, *Commune de Dompierre-sur-Besbre*, n°33596, B ; 15 octobre 2003, *M. F...*, n°256165, B).

En l'espèce, il est assez probable que le fonctionnaire du ministère de l'enseignement supérieur qui a adressé le message électronique du 15 novembre 2021 n'a pas eu le sentiment d'exercer un quelconque pouvoir de décision et qu'il pensait se borner à informer l'intéressé de ce que la décision de l'Université de supprimer le poste avait pour effet d'arrêter le recrutement. Cela pourrait donc vous inciter à retenir la fin de non-recevoir soulevée par le ministre. Toutefois, jugez que le ministre dispose d'un pouvoir propre de ne pas soumettre à la signature du président de la République la proposition de nomination qui lui est transmise par l'université (4/1 SSR, 7 juin 1995, *G...*, n°159362, B ; 4/1 SSR, 14 mai 1997, *G...*, n°176806, 180269, B) et qu'il peut notamment ressaisir le CNU (4/1 SSR, 30 septembre 1994, *H...*, n°146476, A)

Même si vous ne l'avez jamais jugé, il nous semble que, réciproquement, le ministre qui avait été saisi par l'université d'une liste de candidats et à qui il a ultérieurement été demandé d'interrompre le processus de nomination en raison de la suppression du poste, était en droit d'examiner la régularité d'une telle interruption. Cela nous conduit à vous proposer de regarder le message électronique du ministère du 15 novembre comme une décision qui est susceptible d'être attaquée.

* Sur le fond, le requérant soutient d'abord que le conseil d'administration de l'université ne pouvait pas interrompre la procédure de recrutement après avoir transmis la liste des candidats au ministre. Il soulève à l'appui de cette position un moyen d'incompétence et un moyen de violation de la loi.

La lettre de l'article 49-3 du décret du 6 juin 1984 alors applicable confère une certaine force à l'argumentation du requérant. Cet article dispose en effet que : « *Dans l'ordre de la liste de classement proposée par l'établissement, le candidat le mieux classé qui a reçu un avis favorable [du CNU] est nommé.* » Dès lors qu'il était dispensé de l'avis du CNU parce qu'il avait déjà été inscrit sur la liste de qualification, M. B... pouvait légitimement s'attendre à **être nommé**. Vous avez déjà jugé par une décision du 19 octobre 2001, *M. I...*, 219965, T, en

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.

vous fondant sur une version de cet article 49-3 qui était alors moins explicite que celle que nous venons de citer, que le ministre commet une erreur de droit en estimant qu'il ne peut proposer le candidat ayant reçu un avis favorable du CNU et arrivant, dans la liste, après des candidats ayant fait l'objet d'un avis défavorable.

* Les dispositions de l'article 49-3 ne nous paraissent toutefois pas pouvoir faire obstacle à la règle, constamment rappelée dans votre jurisprudence, selon laquelle l'administration n'est jamais tenue de nommer les candidats admis à un concours (4 juillet 1952, *Boudol*, p. 360 ; 1^{er} février 1950, *Gardies*, p. 68) et que certaines de vos décisions ont formulé fermement : « l'autorité investie du pouvoir de nomination n'est pas tenue de pourvoir un poste pour lequel les opérations de concours se sont déroulées » (4 SSJS, 30 décembre 1996, *M. J...*, n°162766, C ; 4 SSJS, 21 juin 1995, *Mme K...*, n°160482, C). Vous en déduisez que « la décision d'interrompre la procédure de recrutement par concours ne constitue pas le retrait d'une décision créatrice de droit » (4 SSJS, 24 octobre 2014, *M. L...*, n°372133, C).

* Les moyens critiquant la décision d'interrompre la procédure de recrutement de M. B... ne peuvent donc qu'être écartés car la seule question qui mérite l'examen est de savoir si le conseil d'administration de l'université pouvait supprimer le poste pour lequel le recrutement avait été organisé. Tel est l'objet du troisième moyen formulé par les requêtes qui dénonce un détournement de pouvoir.

Les motifs pour lesquels l'administration décide de ne pas procéder au recrutement n'échappent en effet pas à votre contrôle (par exemple : 6 mars 1987, *CH de Meaux*, 42723, T).

En l'espèce, l'université soutient que le recrutement ne visait qu'un poste « susceptible d'être vacant » et que le poste a été supprimé pour des raisons budgétaires. Le motif budgétaire peut légalement fonder la décision de suppression de poste mais vous contrôlez qu'il ne dissimule pas l'intention d'évincer une personne désignée (4 juillet 1975, *Commune d'Arces*, 92471, T).

En l'espèce, la vérité ressort du dossier de façon assez évidente : le poste en cause, créé par une délibération du conseil d'administration du 11 décembre 2020 adoptant la campagne d'emploi 2021, est un poste qualifié « chapeau PR », c'est-à-dire une transformation d'un poste de maître de conférences en poste de professeur des universités (le « chapeau » désignant le surcoût budgétaire de l'opération). Pour tenter de démontrer le motif budgétaire, l'Université produit des documents de cadrage antérieurs à la création du poste en cause, ce qui souligne que l'Université avait décidé de transformer le poste de M. C.. en professeur des Universités mais non de recruter un nouveau professeur d'université sans supprimer le poste de maître de conférences occupé par M. C.... L'ambition était donc d'assurer la promotion interne de M. C... en transformant son poste. Les déclarations du président de l'université sur les vertus d'une politique de promotion interne dans ces procédures de recrutement et la présence, même en votant par procuration, de la compagne de M. C... dans le conseil d'administration ne vous dissuaderont pas de constater que la procédure de recrutement n'était ouverte que pour permettre à M. C... d'accéder aux fonctions de professeur des universités à Bordeaux. Tel est le véritable motif pour lequel, lorsque le CNU a fait obstacle à la nomination de M. C..., l'université a mis fin au recrutement.

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.

Certes, pour emprunter à la présidente Dumortier une formulation de ses conclusions sur une décision *M...* du 25 février 2015, l'université n'a pas eu, en l'espèce, « *l'honnêteté ou la naïveté d'indiquer par écrit qu'elle ne pouvait se permettre de recruter un professeur d'université sur le poste ouvert au concours que s'il s'agissait du candidat déjà maître de conférences à l'université, dont elle pourrait en contrepartie supprimer l'emploi.* » Elle ne l'a pas fait sachant sans doute qu'elle s'exposait à se voir appliquer la solution retenue en pareil cas par votre décision *N...* du 29 septembre 2013 (361259, C) qui juge qu'un tel motif n'est pas au nombre de ceux pouvant légalement justifier l'interruption du recrutement.

Dans un dernier accès de sincérité qui sonne comme un aveu, l'université soutient à titre subsidiaire que, puisque vous avez jugé par votre décision du 23 décembre 2014, *M. O...*, (4/5 SSR, n°364138, T) que l'objectif visant à promouvoir un recrutement extérieur à l'établissement peut légalement figurer dans la stratégie de l'établissement, vous pourriez reconnaître aujourd'hui un objectif de promotion interne.

Toutefois, comme les conclusions de Remi Keller sur cette décision le soulignent, si vous avez pu reconnaître la légitimité d'un tel objectif de promotion du recrutement externe, c'est d'abord parce que la lutte contre le "localisme" à l'université était un des objectifs affichés du législateur par la loi "LRU" du 10 août 2007. Certes, avec la loi du 24 décembre 2020 de programmation pour la recherche, le législateur paraît avoir quelque peu nuancé cette ambition. En outre, à la suite des accords dits de Matignon du 12 octobre 2020 annonçant la promotion de 2000 maîtres de conférences à des postes de professeur des universités d'ici 2025, un décret (2021-1722) du 20 décembre 2021 a créé une voie temporaire d'accès au corps des professeur d'université qui ne paraît pas, loin s'en faut, animée de l'ambition de lutter contre le localisme. De là conclure que, dans l'état du droit antérieur, la promotion du localisme pouvait constituer un motif légitime, il y a un pas que nous ne vous proposerons pas de franchir.

La décision de supprimer le poste de professeur des universités est donc entachée de détournement de pouvoir mais vous pourrez, comme vous l'avez fait par votre décision *N...* précitée, juger pudiquement que la décision de supprimer le poste est fondée sur un motif qui n'était pas de nature à la justifier. La décision du 18 octobre interrompant la procédure de recrutement et la décision du ministre de ne pas transmettre la candidature de M. B... à la nomination du président de la République doivent être annulées par voie de conséquence de cette annulation en application de votre jurisprudence *Mme P...*¹.

Ces annulations impliquent nécessairement que la procédure de nomination soit reprise là où elle a été interrompue, c'est-à-dire au stade de la décision du ministre de décider de soumettre à la signature du président de la République la candidature de M. C.... Il n'est donc pas nécessaire d'assortir l'annulation d'une injonction. Vous pourrez toutefois rappeler, comme vous l'aviez fait par votre décision *Ministre de la culture c. M. Q...* du 28 avril 2023 (454797, T), que l'effet utile de l'annulation des décisions contestées implique la reprise de la procédure de recrutement sur le fondement des dispositions en vigueur à la date de ces décisions. Une telle précision est en l'espèce particulièrement importante dès lors qu'un

¹ CE, Section, 30 décembre 2013, *Mme P...*, n°367615, A - Rec. p. 342.

décret (2022-227) du 23 février 2022 a modifié le décret du 6 juin 1984 et a notamment abrogé son article 49-3.

Enfin, vous pourrez mettre à la charge de l'Université de Bordeaux et de l'Etat une somme de 1500 euros chacun à verser à M. B... au titre des frais non compris dans les dépens.

Tel est le sens de nos conclusions.

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.