N° 463830 – Hôpitaux de Saint-Maurice

5ème et 6ème chambres réunies

Séance du 24 mai 2024
Décision du 10 juillet 2024

CONCLUSIONS

M. Florian ROUSSEL, Rapporteur public

Dans leur chronique sur une décision de section F… de 1990[1]*, les présidents Honorat et Schwartz observaient que les nominations pour ordre « ne sont à l'abri d'aucune contestation, fût-elle très tardive ». « Leur apparente régularité », ajoutaient-ils, « n'est pas forcément un gage de leur longévité. Pour l'administration comme pour l'agent bénéficiaire, [leur prix] est l'éventualité d'une remise en cause à tout instant, de situations qu'ils peuvent croire, à tort, acquises à tout jamais ». Elles se font ainsi « aux risques et périls de leurs auteurs et de leurs bénéficiaires ».*
Ce constat remonte à 34 ans à peine, mais il aurait déjà pu être dressé à une époque bien moins récente. Et le présent litige vous donnera l'occasion de confirmer qu'il peut encore l'être aujourd'hui. Les Hôpitaux de Saint-Maurice[2] *[HSM] entendent, en effet, remettre en cause la nomination de leur directrice adjointe. Une nomination intervenue il y a plus de vingt ans…*

Mme B..., alors directrice adjointe dans un autre établissement psychiatrique, a ainsi été chargée, par arrêté ministériel du 20 juin 2003, de ces mêmes fonctions au sein de ce qui était alors l'Hôpital national de Saint-Maurice. Ce même jour, elle a cependant été mise à disposition d'une direction d'administration centrale du ministère. Une convention « tripartite » entre l'agent, l'Etat et l'Hôpital a entériné cette situation trois mois plus tard.

L'intéressée a ensuite été nommée officiellement directrice adjointe de l'établissement, le 7 novembre suivant, tout en restant mise à disposition du ministère. Après son détachement

[1] Section, 9 novembre 1990, F…, p. 319, AJDA 1990.864
[2] Établissement issu en 2011 de la fusion de l'ESP Esquirol avec l'hôpital national de Saint-Maurice

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.

dans le corps des administrateurs civils, puis son placement en congé maternité et en congé parental, elle a finalement été réintégrée, en surnombre, aux HSM par un arrêté du Centre national de gestion du 1er juillet 2014. C'est alors que s'est noué le présent litige, le directeur des HSM s'opposant à sa réintégration.

Un double contentieux s'est ainsi engagé : les HSM entendaient obtenir l'annulation de la nomination pour ordre et de la réintégration, tandis que Mme B... contestait le refus de l'établissement de lui attribuer des fonctions correspondant à son grade.

Le tribunal a fait droit au recours de l'agent et rejeté celui de l'établissement. Pour confirmer le jugement, la cour a retenu que l'arrêté du 20 juin 2003 ne pouvait être qualifié de nomination pour ordre et que la nomination officielle de l'intéressée, cinq mois plus tard, n'était pas contestée.

L'examen du pourvoi vous conduira à rappeler votre jurisprudence sur les critères de la qualification de nomination pour ordre et ses conséquences contentieuses et à préciser ses effets sur les mesures prises ultérieurement.

La qualification de nomination pour ordre

Sur le premier point, l'article 12 de la loi du 13 juillet 1983, alors applicable[3], qualifie de nomination pour ordre « *toute nomination ou toute promotion dans un grade qui n'intervient pas exclusivement en vue de pourvoir à un emploi vacant et de permettre à son bénéficiaire d'exercer les fonctions correspondantes* ».

Selon la cour, les mots « dans un grade » renvoient aussi bien aux « nominations » qu'aux « promotions ». Cependant, cette interprétation, qui n'était pas celle de la rapporteure publique, nous paraît méconnaître la lettre et l'esprit du texte. Celui-ci nous paraît applicable, d'une part, à toute nomination à un nouvel emploi, quel qu'il soit, et d'autre part, à la promotion dans un nouveau grade, même sans modification de l'emploi correspondant.

Votre jurisprudence est clairement fixée en ce sens. Ainsi que l'exprimait le président Bacquet dans ses conclusions sur votre décision d'assemblée Maurice du 15 mai 1981[4] : « *(...) le critère auquel on reconnaît une nomination pour ordre est, exclusivement, le caractère fictif de [la] nomination* », « (…) *l'avantage procuré au bénéficiaire de la décision n'[étant]*

[3] Ces dispositions sont aujourd'hui reprises à l'article L. 411-8 du CGFP.
[4] n° 33041

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.

qu'une considération corollaire, secondaire et factuelle, contribuant seulement à établir que la nomination n'avait pas pour objet de pourvoir effectivement aux fonctions en cause ». La doctrine incline également en ce sens (V. par ex. les développements que consacre à la notion Alain Plantey dans son ouvrage de référence[5]).

Certes, certains précédents, comme une ancienne décision M... de 1926[6], relèvent que la nomination pour ordre était destinée uniquement à procurer à l'agent le bénéfice d'un avancement. Mais il n'en résulte pas, a contrario, que cette qualification devrait être réservée à cette seule hypothèse. Des décisions plus récentes le confirment (V. par ex.[7] CE, 22 mai 2015, H..., n° 376079, B, qui qualifie de nomination pour ordre une décision maintenant un agent en détachement dans un emploi fonctionnel de sous-directeur).

En écartant la notion de qualification pour ordre, la cour a ainsi entaché sa décision d'erreur de droit[8].

<u>La possibilité de contester indéfiniment les nominations pour ordre</u>

▪ Nous en venons aux conséquences de cette qualification sur les délais de recours. Selon votre jurisprudence constante, l'inexistence d'un acte implique qu'il peut être contesté à tout moment. Nous ne vous proposerons pas d'étendre à une telle hypothèse l'exigence, posée par votre décision C..., selon laquelle une décision individuelle ne peut être contestée au-delà d'un délai raisonnable. Cela n'est d'ailleurs pas soutenu en l'espèce.

▪ En effet, comme le souligne le commentaire au GAJA sur votre décision G..., le constat de l'inexistence d'un acte va plus loin que l'annulation d'un acte pour excès de pouvoir : il permet de le contester et de le retirer indéfiniment, en l'absence de tout droit pouvant en résulter.

Difficile ainsi de concevoir qu'un acte réputé n'être jamais intervenu devienne définitif au-delà d'un certain délai. Son existence juridique pourrait-elle se déduire de l'écoulement du temps, comme c'est parfois le cas du droit de propriété en droit civil ? Cela nous semble peu concevable.

---

[5] La fonction publique, n° 1231 et 1232
[6] CE, 19 novembre 1926, sieur M..., p. 1001
[7] Ou encore CE, 1er octobre 1990, Ministre des PTT et N..., p. 262, AJDA 1990, p. 911
[8] Vous pourriez également retenir une erreur de qualification juridique, conformément au contrôle qui est le vôtre en la matière (CE, 21 juillet 2006, M. GG..., n° 279527, B), ou encore une insuffisance de motivation.

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.

La portée de la solution interrogerait par ailleurs. Au-delà de la nomination pour ordre, devrait-elle s'étendre aux autres cas d'inexistence juridique, tel qu'un acte adopté au vu d'une fausse délibération de l'organe délibérant[9] ? Ou encore à l'hypothèse où l'acte est matériellement inexistant ? Et, si vous rentriez dans cette logique, quel serait le délai regardé comme « raisonnable » ? Un délai de seulement un an ?

La solution soulèverait encore de sérieuses interrogations en termes de cohérence d'ensemble :

- D'une part, parce que la jurisprudence C... ne s'applique pas au retrait d'un acte administratif, ce qui implique que l'auteur de la décision de nomination pour ordre conserve la possibilité de la retirer à tout moment. La solution ne pourrait valoir qu'en ce qui concerne le recours contentieux contre cette nomination.
- Et, d'autre part, parce qu'un tiers est recevable à contester la décision de l'administration refusant de faire droit à sa demande de retrait d'un acte obtenu par fraude, quelle que soit la date à laquelle l'administration a été saisie d'une demande à cette fin (1/4, 5 février 2018, société Cora, n° 407149[10]). Si la légalité prévaut sur la sécurité juridique en ce qui concerne les actes frauduleux, on voit mal pourquoi il n'en serait pas de même en ce qui concerne les actes inexistants.

<u>Portée de la cassation prononcée</u>

▪ Nous en venons à la question des effets de la qualification de nomination pour ordre sur les actes ultérieurs. Votre jurisprudence étend traditionnellement la déclaration d'inexistence aux « mesures subséquentes » rendues possibles par cette nomination. Mais leur périmètre n'est pas toujours aisé à définir.

Dans le présent litige, la question se pose d'abord en ce qui concerne l'arrêté du 7 novembre 2003 nommant officiellement Mme B…. dans ses fonctions de directrice adjointe. En effet, dans leurs écritures, les HSM se bornaient à demander aux juges du fond d'annuler « *les arrêtés <u>subséquents</u>* » à l'arrêté du 20 juin 2003, « *dont l'arrêté du CNG du 1er juillet 2014* ». L'arrêté du 7 novembre 2003 n'était donc pas expressément mentionné.

[9] CE, 7/2 CHR, 3 mars 2017, X..., n°398121, B - Rec. T. pp. 432-435-533

[10] Il est vrai qu'en ce cas, le contrôle du juge sur l'appréciation portée par administration sur l'opportunité de procéder ou non à l'abrogation ou au retrait est limité à l'erreur manifeste, compte tenu notamment de la gravité de la fraude et des atteintes aux divers intérêts publics ou privés en présence. Mais c'est parce qu'un tiers n'est pas recevable à contester directement l'acte obtenu par fraude après l'expiration des délais, ce en quoi il se distingue de l'acte inexistant.

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.

Et la question se retrouve en ce qui concerne l'arrêté du 1er juillet 2014 portant réintégration de l'intéressée dans ses fonctions aux HSM. Celui-ci est cette fois expressément contesté, mais peut-il être lui aussi qualifié d'inexistant ? Au cas contraire, les conclusions tendant à son annulation devraient être rejetées comme tardives.

▪ De façon générale, selon la formulation retenue par une décision GAEC des Garrigues Arquettoises du 6 juin 2023[11], non fichée, la déclaration d'inexistence d'un acte administratif emporte celle des décisions administratives consécutives qui n'auraient pu légalement être prises en l'absence de l'acte inexistant ou qui sont intervenues en raison de cet acte.

Dans le cas d'une nomination pour ordre, l'inexistence s'étend ainsi aux actes qui en découlent juridiquement. Il ne suffit pas que les deux décisions concernent le même agent et qu'elles aient été prises par le même employeur public.

Vous avez, par exemple, jugé, dans votre décision Maurice précitée, que l'arrêté nommant pour trois ans un ancien magistrat à des fonctions de juge au TGI de Meaux était uniquement destinée à permettre sa nomination quelques jours plus tard au TGI de Paris, à un grade différent, afin de lui permettre de remplir les fonctions d'assesseur à la cour d'assises. Vous en avez déduit que la 2nde nomination devait être annulée par voie de conséquence de la première. La solution a eu cette conséquence notable de permettre au requérant, condamné à mort, d'échapper à la guillotine, en lui offrant une chance de réinsertion qu'il a d'ailleurs su saisir…

De même, dans votre décision F... précitée, où les enjeux étaient évidemment moindres, vous avez qualifié de nomination pour ordre le recrutement d'un attaché stagiaire et en avez déduit l'inexistence de la décision de titularisation ultérieure.

▪ En l'espèce, l'inexistence de l'arrêté de nomination initial en juin 2003 ne s'étend pas à l'arrêté du 7 novembre suivant. La nomination de Mme B... comme « chargée des fonctions » de directrice adjointe n'impliquait en rien, sur le plan juridique, sa nomination en tant que directrice adjointe, cinq mois plus tard. Comme l'a relevé la cour, le second acte ne faisait qu'anticiper illégalement la nomination de l'intéressée. Cela ne le rendait pas inexistant pour ce seul motif.

En revanche, une éventuelle déclaration d'inexistence de l'arrêté du 7 novembre emporterait celle de la décision du CNG du 1er juillet 2014. En effet, la réintégration de l'agent trouve

[11] n° 464325

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.

bien son fondement dans sa nomination initiale. Les HSM peuvent donc utilement contester cette décision en se prévalant de l'inexistence de la nomination de l'agent onze ans plus tôt.

Examen du pourvoi

▪ Si vous nous avez suivi sur ces trois points, vous jugerez d'abord que la cour a commis une erreur de droit en refusant de qualifier l'arrêté du 20 juin 2003 de nomination pour ordre. L'absence de promotion de l'agent dans un grade ne suffisait pas à exclure cette qualification.

L'arrêt attaqué doit donc être annulé en tant qu'il se prononce sur les conclusions dirigées contre cet arrêté. Et il doit l'être également en tant qu'il rejette, pour le même motif, les conclusions contre la décision de réintégration du 1er juillet 2014, lui aussi expressément contesté. Et encore en tant qu'il confirme l'annulation de la décision du directeur des HSM du 11 janvier 2016 portant refus de procéder à la réintégration effective de l'agent.

▪ En revanche, la cour ne s'est pas méprise sur la portée des écritures de l'établissement en ne s'estimant pas saisie de conclusions contre l'arrêté du 7 novembre 2003. Cet arrêté ne pouvait, comme on l'a vu, être regardé comme une mesure « subséquente » à l'arrêté pris au mois de juin précédent.

L'établissement fait certes valoir que l'arrêté du 7 novembre 2003 constituait lui-même une nomination pour ordre, dont l'inexistence aurait dû être relevée d'office. Mais encore eût-il fallu que l'annulation en soit demandée. Le juge ne peut, en effet, soulever d'office que des moyens, pas des conclusions. Au cas contraire, il se méprend sur les termes du litige (V. en droit de la responsabilité, CE, 27 mai 2015, Z..., n° 371697, B). Il n'y a donc pas lieu d'annuler l'arrêt sur ce dernier point. Mais, comme nous allons le constater dans un instant, cela ne modifie pas réellement la situation de Mme B....

Règlement de l'affaire au fond

▪ Réglant l'affaire au fond dans la mesure de la cassation prononcée, vous écarterez d'abord la fin de non-recevoir soulevée par Mme B..., le directeur de l'établissement ayant qualité pour agir sans être habilité par son organe délibérant[12].

[12] Article L. 6143-7 du CSP

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 ne pourrez ensuite que constater l'inexistence l'arrêté de juin 2003, l'ensemble des conditions d'une nomination pour ordre étant, à l'évidence, satisfaites. Les circonstances que le détachement de Mme B... en administration centrale a fait l'objet, peu après, d'une convention tripartite avec l'Etat et l'établissement est, à cet égard, sans incidence.

Vous constaterez également l'inexistence de la décision de réintégration prise par le CNG en juillet 2014. L'arrêté de nomination de novembre 2003, dont cette décision découle, doit, en effet, être également qualifiée de nomination pour ordre, Mme B... ayant continué à exercer exclusivement en administration centrale après son édiction. Il vous faudra donc encore annuler le jugement du tribunal en tant qu'il rejette les conclusions des HSM contre la décision de 2014 et en tant qu'il annule sa décision de janvier 2016 portant rejet de la demande de réintégration.

Enfin, nous vous proposerons, dans les circonstances de l'espèce, de rejeter les conclusions des parties au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

Nous avons conscience de la sévérité de la solution pour Mme B.... Mais elle ne pouvait ignorer le caractère gravement illégal de sa situation administrative à compter de 2003. Et, si le directeur de l'établissement a alors cosigné la convention organisant le détachement, il n'était pas en mesure de s'opposer à un choix politique qui lui a été, selon toute vraisemblance, imposé.

Nous concluons donc dans le sens qui vient de vous être indiqué.

PCM :
Cassation de l'arrêt attaqué en tant qu'il se prononce sur les arrêtés du 20 juin 2013 et du 1er juillet 2014 ainsi que sur la décision du 11 janvier 2016 portant rejet de la demande de réintégration
Rejet du surplus des conclusions du pourvoi
Règlement au fond : Constat de l'inexistence des arrêtés du 20 juin 2013 et du 1er juillet 2014 et annulation du jugement du tribunal en tant qu'il rejette les conclusions de l'établissement hospitalier contre cet arrêté et en tant qu'il annule sa décision de janvier 2016 portant rejet de la demande de réintégration
Rejet des conclusions des parties au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

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.