

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LES SPECIFICITES DU RECRUTEMENT AU CNAM, SOUS LE CONTROLE DU CONSEIL
D'ÉTAT*

MATHIEU TOUZEIL-DIVINA

Référence de publication : Touzeil-Divina, Mathieu (2013) [Les spécificités du recrutement au CNAM, sous le contrôle du Conseil d'État \[Note sous CE, Sect., 04 octobre 2012, ROUSSEAUX \(req. 347312\)\]](#). Actualité juridique. Fonctions publiques (n° 2).

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LES SPECIFICITES DU RECRUTEMENT AU CNAM, SOUS LE CONTROLE DU CONSEIL D'ÉTAT

Recours d'un candidat malheureux à un emploi de professeur titulaire d'une chaire au Conservatoire national des arts et métiers (CNAM), contre la procédure de recrutement qui a conduit à la nomination, sur la chaire convoitée, d'un autre candidat (qui se trouvait être l'adjoint au maire de Paris en charge de l'innovation, de la recherche et des universités). Annulation du décret de nomination litigieux : les deux listes qui devaient être présentées au ministre, respectivement par le CNAM et par l'Institut de France, ne pouvaient pas, légalement, ne comporter qu'un seul candidat dans les circonstances de l'espèce. Injonction tendant à la reprise des opérations de recrutement, sous réserve toutefois que la chaire soit maintenue.

L'arrêt de section Rousseaux du 4 octobre 2012 (au Lebon ; AJDA 2013. 131 , note B. Toulemonde ; ibid. 2012. 1879 ; RFDA 2012. 1195, concl. R. Keller , déjà signalé par nos soins in JCP A 2012. Actu. 670) présente un double intérêt. D'abord, d'un point de vue pédagogique, il met en avant de nombreux « fondamentaux » du droit des fonctions publiques et du contentieux administratif ; il revient en effet sur ce moment cardinal qu'est l'entrée dans la fonction publique (d'État en l'occurrence) par le biais du concours. En outre, il permet de rappeler le premier rôle du juge administratif dans la construction et l'érection d'une juridiction autonome non seulement protectrice des libertés et des droits des administrés, mais encore contre l'arbitraire administratif. Nous traiterons tout d'abord du cas d'espèce en tant qu'il fait valoir le principe du concours comme clef d'entrée substantielle sinon essentielle dans les fonctions publiques et des principes qui en découlent. Puis, il s'agira de souligner la façon dont le Conseil d'État, saisi ici en premier et dernier ressort, va être conduit à sanctionner et à annuler le recrutement litigieux dont la procédure était manifestement viciée.

Un rappel salutaire du et des principe(s) de l'entrée en fonctions publiques

Entrer en fonction publique, incarner et mettre en oeuvre l'intérêt général au nom de la nation est un privilège et ce dernier est entouré d'un principe majeur que chacune des révolutions françaises a voulu mettre en avant : le principe d'égalité d'accès des serviteurs de l'État aux fonctions publiques. Ainsi proclame la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (art. 6) à propos de la loi : « Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ». Et, ainsi qu'aime à le rappeler le juge administratif, même les fonctionnaires dits indépendants ou constitutionnellement « protégés » ne doivent pas oublier qu'ils sont - avant tout - des fonctionnaires, serviteurs soumis à la cause des administrations qui les emploient. En ce sens rappelait récemment le rapporteur public Keller (2) : « Le principe d'indépendance (des professeurs d'université) ne peut être invoqué à l'égard des décisions de modulation qui, comme les autres décisions individuelles d'attribution de service, relèvent de l'organisation du service » ce qui incite le Pr. Beaud (3) à conclure que la juridiction administrative « dénie aux universitaires le droit à une garantie législative de leur liberté académique » et « les assimile à des fonctionnaires ordinaires », ce qui aboutit à nier « toute effectivité aux libertés universitaires ». Cela dit, en quoi le présent arrêt revient-il sur le principe du concours et sur les principes qui en découlent ?

Du principe du concours

Le concours est un principe. En effet, comme y conduisent les textes révolutionnaires précités, l'article 19 de la loi statutaire (n° 84-16) du 11 janvier 1984 indique : « Les fonctionnaires sont recrutés par voie de concours ». Pour autant, rappelons que ce principe de l'entrée en fonction publique par le biais du concours n'est pas consacré de façon constitutionnelle. En effet, par sa décision n° 84-378 DC, le Conseil constitutionnel a considéré « qu'aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prévoir que les statuts particuliers de certains corps de fonctionnaires pourront autoriser le recrutement d'agents sans concours et qu'aucune disposition de la loi ne saurait être interprétée comme permettant de procéder à des mesures de recrutement en méconnaissance de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ». À titre personnel, nous le regrettons car l'article 6 précité nous semble précisément suffisamment engageant pour permettre une telle

reconnaissance. Alors, au nom du principe d'Égalité et parce que les agents ne doivent être choisis et promus qu'en fonction de leurs capacités et non par une désignation unilatérale avec tous les risques de dérives subjectives que cela entraîne, comment ne pas consacrer le principe du concours comme une obligation constitutionnelle ? Lui seul permettrait la mise en valeur la plus objective (ou disons la moins subjective) des talents. La nomination, en revanche, conduit davantage aux excès (même si ce n'est évidemment pas toujours le cas, l'administration pouvant être éclairée et à l'inverse un jury de concours pouvant être singulièrement partial). Alors, le choix d'individus hors concours peut se matérialiser en fonction d'autres critères sans bénéficier, la plupart du temps, des bienfaits de la collégialité où les différents avis se confrontent. En l'occurrence, le Conseil d'État rappelle « qu'en vertu des principes généraux du droit des concours, un jury de concours porte sur les mérites des candidats une appréciation souveraine qui n'est pas susceptible d'être remise en cause par l'administration ». Cela dit, il existe face à ce principe législatif du concours comme voie d'entrée principale à la fonction publique une multitude (malheureusement toujours croissante) d'exceptions : ainsi en est-il par le recours de plus en plus massif à la contractualisation qui s'exprime notamment lors de la création de certains postes (pour la première nomination), pour des besoins dits saisonniers, ou encore à travers les plus récents « pactes », emplois réservés et autres recrutements au tour extérieur, etc. De surcroît, la loi statutaire, en son article 93, dispose également : « Les dispositions réglementaires portant statuts particuliers applicables à la date en vigueur des titres II et III du statut général le demeurent jusqu'à l'intervention des statuts particuliers pris en application de celui-ci ». Or, en l'espèce, puisqu'il n'a toujours pas été pris de décret en Conseil d'État portant statut particulier du corps des enseignants « du CNAM pour l'application de la loi du 11 janvier 1984, le recrutement de ces professeurs continue d'être régi par la procédure particulière organisée par l'article 26 du décret du 22 mai 1920 ». Il résulte de ce dernier que le recrutement mis en place n'est pas un véritable concours mais une nomination (4).

Des principes généraux du droit des concours

Nous voici donc en présence d'un "faux concours" et, de fait, d'une nomination mais d'une nomination "éclairée". En effet, ainsi que le rappelle le Conseil d'État, le décret du 22 mai 1920 instaurant la procédure litigieuse fait bien partie des dérogations au principe du concours. Conséquemment - et dans l'absolu - le choix du nouvel enseignant peut se faire plus discrétionnairement par l'autorité de nomination. Toutefois, comme pour signifier que les

principes issus du concours influencent les opérations de recrutement de nominations qui s'y apparentent (comme c'est le cas en l'espèce), la Haute juridiction vient rappeler solennellement « qu'en vertu des principes généraux du droit des concours, un jury [...] porte sur les mérites des candidats une appréciation souveraine » et que ce même jury « doit comporter des spécialistes de la discipline examinée ». Certes, ni les conseils (scientifique et d'administration) du CNAM ni l'Institut de France ne sont qualifiés de jurys de concours, mais ce rappel des principes - alors que le juge sait qu'il ne les appliquera pas - ne peut être anodin ou insignifiant. Les pessimistes y verront une pratique regrettable en ce que le juge proclame ici des principes du droit des concours mais ne les applique pas aux requérants (ainsi que cela s'est par exemple fait, de façon tout à fait dommageable à nos yeux, lors de la reconnaissance d'un nouveau droit ou d'une nouvelle forme de contrôle - autrefois impossible - et ce, alors que le juge statue, au cas d'espèce, par une décision de rejet (5)). Les optimistes, dont nous sommes, préféreront y déceler le fait que le juge cherche davantage, par ce rappel de deux principes fondamentaux du droit des concours, à ce que l'ensemble des recrutements dans les fonctions publiques soit régi par l'esprit - au moins - de ces deux règles cardinales. Rappelons, à cet égard, que la jurisprudence avait déjà affirmé l'existence de « principes généraux du droit [PGD] des concours », ici réinvestis. Ainsi, le Conseil d'État prononce-t-il pour la première fois, semble-t-il, cette expression en 1988 (6) ce qu'il réitère à cinq reprises en 1998 (7), pour ne l'employer à nouveau qu'en 2005 (8), puis désormais en 2012 de façon encore plus solennelle par la formation de sections du contentieux.

En l'espèce sont donc affirmés deux PGD : celui de la souveraineté du seul jury pour apprécier les mérites des candidats et l'appartenance au sein de ce jury de spécialistes de la discipline examinée. Dans l'université, on peut ainsi constater que l'administration - conseil d'administration (CA) et président d'établissement en particulier - sont en effet liés (et doivent l'être) par les conseils scientifiques (CS) et, surtout, par les comités qui sélectionnent les futurs agents, car ce sont ces derniers qui constituent formellement les véritables « jurys de concours » (9). Cependant, on regrettera amèrement le glissement opéré récemment qui met en avant le fait que « des spécialistes » doivent naturellement être intégrés aux jurys, alors qu'il serait bien plus opportun d'exiger que ces mêmes spécialistes, seuls aptes à réellement pouvoir sélectionner les candidats, soient placés en majorité soutenue et qualifiée ou constituent la quasi-unanimité des membres. Sur ce point, il faut espérer une inflexion prétorienne ou normative qui pourrait imposer un tel renforcement. S'agissant du CNAM, la procédure est donc celle d'une nomination éclairée par l'existence de conseils notamment composés de spécialistes. Et, parce que cette

procédure ne peut ignorer l'idéal et l'esprit du concours (dont elle se rapproche), les deux principes fondamentaux précités ont été rappelés. Toutefois, formellement, les PGD ici exprimés n'ont pas à être strictement appliqués (ce qui ne va cependant pas empêcher les juges de sanctionner la décision présidentielle).

La sanction d'une nomination viciée et mal... éclairée

Le recrutement litigieux - contrairement à ce qu'en avaient peut-être pensé ses promoteurs - n'était donc pas un concours au sens juridique et rigoureux du terme, ce qui va entraîner quelques conséquences contentieuses vis-à-vis des actes réellement susceptibles de recours et s'agissant du rôle du juge administratif

Seule la nomination était décisive

Conséquence directe de l'absence de qualification juridique de « concours » à cette procédure de recrutement, seule pouvait être contestée la légalité de sa matérialisation (i.e. la décision décrétales de nomination) et non son organisation générale et tous les actes de sa procédure. En termes contentieux donc, seul le décret présidentiel (et non l'ensemble des actes y ayant conduit) était attaquant en excès de pouvoir. En effet, souligne le juge administratif, les avis des différents conseils (au CNAM comme à l'Institut de France) n'ont été en la matière « que » des propositions et des éclairages de « sachants » et notamment a priori de spécialistes des enseignements considérés. En cette qualité, ils n'ont pas de pouvoir décisif, mais simplement la faculté de conseiller l'autorité décisionnelle ce qui dénote, de jure, une différence profonde et fondamentale avec la constitution d'un véritable concours. En effet, dans ce dernier cas, le jury est seul apte à choisir le ou les candidats dont il estime les mérites et les talents supérieurs à ceux d'autres. L'administration est ensuite tenue - du point de vue scientifique en tout cas - par cette sélection. Pour reprendre l'exemple universitaire, un CA ne peut et ne doit revenir sur les choix du jury de concours au fond. Il peut seulement - et pour d'autres raisons que celles de l'expertise et de la valeur des candidats - invoquer pour contrer une nomination la non-conformité de la candidature au profil de l'emploi déclaré ou des arguments de pure administration (le manque de moyens par exemple). Il ne saurait en être autrement, et ce, au

nom du principe d'indépendance des enseignants-chercheurs (dans ce cadre académique tout au moins).

En revanche, s'agissant d'un recrutement par nomination, l'autorité décisionnelle n'est pas liée par les avis précédents qui, même s'ils sont bienvenus (et en l'occurrence nécessaires affirmons-nous), demeurent consultatifs et non décisifs. Conséquemment, et selon une jurisprudence classique établie, tous les actes précédant la nomination (avis des conseils comme de l'Institut et même la proposition du ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche) ne sont que des actes préparatoires insusceptibles de recours contentieux (10).

Alors, en conclut la Haute juridiction, le recours en excès de pouvoir intenté ne pouvait l'être qu'à l'égard du décret et non, comme le requérant et ses conseils l'avaient imaginé, s'agissant de l'ensemble des actes de la procédure de recrutement. Partant, le Conseil d'État ne va pas pour autant négliger l'impact de ces actes non décisifs et leur influence évidente dans la prise de décision définitive. En effet, même s'il ressort du présent arrêt que le président de la République n'était pas en position de « nomination liée » par l'existence d'un jury de concours, les faits ont indiqué que tous les acteurs de la procédure se sont crus au cœur d'un véritable concours et soumis à ce titre au premier des principes rappelés supra : la souveraineté du jury

Seul (ou presque) le juge administratif est un rempart contre l'arbitraire

Cela dit, précisément parce qu'il ne s'agissait pas d'un concours proprement dit mais d'une nomination, même éclairée, le juge va ici confirmer ce qui a fait la raison d'être du recours pour excès de pouvoir et la fierté, bien légitime, de ses promoteurs. En effet, rappelons-nous qu'en la matière le juge - incité en ce sens par la doctrine (11) et par les gouvernants (12) - a bel et bien mené une mission de protection des droits et libertés du citoyen, apparaissant comme un rempart contre l'arbitraire. C'est ainsi, à l'heure où le recours pour excès de pouvoir s'enracinait, que Léon Aucoc dans ses célèbres conclusions sur l'arrêt Bizet (13) a pu écrire que la jurisprudence du Conseil d'État traduisait désormais « une précieuse garantie pour les droits des citoyens et une véritable sauvegarde des intérêts les plus essentiels du gouvernement ». Sans tomber dans d'autres excès de lyrisme, convenons qu'il est remarquable, au nom de l'État de Droit et de la démocratie, d'avoir vu croître un tel recours au sein de la nation française. Car, même lorsque l'administration et en l'occurrence les gouvernants ne sont pas en situation de compétence liée, même si le contrôle n'est pas étendu à la qualification juridique des faits mais

à la seule potentielle erreur manifeste d'appréciation, le juge va contrôler et éventuellement sanctionner les tentations naturelles de ceux qui détiennent le pouvoir à en abuser.

En l'espèce, même si le juge ne considère pas les avis des instances du CNAM et de l'Institut de France comme étant décisives, il va en contrôler l'impact afin de censurer soit une éventuelle erreur de la part du signataire de la nomination soit une irrégularité dans la procédure y conduisant. Or, le conseil d'administration du CNAM et l'Institut de France se devaient, au titre de l'article 26 du décret du 22 mai 1920, de proposer une liste de deux ou trois candidats, quitte, souligne le juge, « à assortir leurs propositions d'un ordre de classement ou des observations qu'ils jugent opportunes ». Toutefois, précisément, et alors qu'existaient d'autres candidatures retenues par le CA (dont celle du requérant), le CA du CNAM et l'Institut ne pouvaient - puisqu'ils n'étaient pas des jurys souverains - décider de ne retenir qu'un seul candidat. Seul un jury souverain est en effet apte à procéder de la sorte, et ce bien entendu, à moins qu'il n'existe qu'une seule candidature formellement recevable, auquel cas, naturellement, le CA du CNAM et l'Institut n'auraient pas pu faire autrement que de retenir un seul nom. La procédure conduisant au décret de nomination était donc bien viciée.

Ainsi, si elle a permis, grâce à l'action du requérant évincé, de voir triompher la légalité au terme d'un « procès fait à un acte (14) » présidentiel, la présente décision implique cependant à nos yeux la mise en place de deux chantiers importants pour les administrateurs du CNAM et les gouvernants : décider de l'utilité de la chaire litigieuse puis du choix de son nouvel occupant (ce qui sera nécessairement scientifiquement et politiquement « tendu ») et surtout en profiter pour - enfin - réformer la procédure de recrutement afférente en mettant en place un véritable concours.