

Note sous Tribunal Suprême, 27 juin 1978, Demoiselle A. S.

GEORGES VEDEL,

Doyen honoraire de la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris

1 - un arrêté municipal du 15 juin 1977 avait ouvert un concours en vue du recrutement d'une bibliothécaire à la Bibliothèque communale. Aux termes de l'article 4 de l'arrêté, « le concours (avait) lieu sur titres et références ». Le jury, placé sous la présidence du Maire, comportait la présence du premier adjoint, du secrétaire général de la mairie, d'un secrétaire au Ministère d'État et d'un représentant du syndicat autonome des fonctionnaires.

Deux concurrentes s'étant présentées, le jury, à l'unanimité, décida de « proposer de retenir la candidature de l'une d'elles, Mme K., « pour le poste de bibliothécaire à la Bibliothèque communale ».

Conformément aux dispositions concordantes de l'article 11 de l'Ordonnance n° 421 du 28 juin 1951 constituant le statut des fonctionnaires et agents de l'ordre communal et de l'article 52 de la loi n° 959 du 24 juillet 1974 sur l'organisation communale, la nomination devait intervenir « par Ordonnance Souveraine, sur proposition du Maire ». Effectivement, une Ordonnance Souveraine du 16 septembre 1977 publiée au Journal de Monaco du 23 septembre suivant nomma Mme K.

2 - cependant, après la décision du jury, mais antérieurement à l'intervention de cette Ordonnance Souveraine, le Maire de Monaco avait informé Mlle S., l'autre candidate, que sa candidature n'avait pas été retenue et lui avait demandé de reprendre le dossier qu'elle avait déposé en vue du concours.

Par requête en date du 26 septembre 1977, Mlle S. demanda au Tribunal Suprême d'« annuler la décision de M. le Maire prise sur proposition du jury d'examen, portée à la connaissance de Mlle S. par lettre du 27 juillet 1977, et par là même la nomination au poste de bibliothécaire qui en a été la conséquence et dire qu'il sera procédé à un nouveau concours ».

En outre, le 28 octobre 1977, Mlle S. déposait une seconde requête dirigée contre l'Ordonnance Souveraine ayant nommé sa concurrente au poste de bibliothécaire et demandait la jonction des deux recours.

3 - l'affaire ainsi soumise dans son ensemble au Tribunal Suprême posait deux questions : la première intéressait à la fois la compétence de la Haute Juridiction et la recevabilité des recours ; elle a été tranchée en faveur de la requérante ; la seconde concernait le fond et a été résolue par le rejet de la requête.

4 - la question concernant à la fois la compétence et la recevabilité avait été posée dans les termes suivants par les autorités défenderesses.

Dans sa défense au premier recours, le Maire de Monaco soutenait qu'il s'était borné à informer la requérante de ce que sa candidature n'avait pas été retenue par le jury. Il ne lui appartenait d'ailleurs pas de prendre de décision puisqu'en vertu des textes de 1951 et de 1974 déjà évoqués, il ne pouvait que faire une proposition, la nomination devant être effectuée par voie d'Ordonnance Souveraine. Par conséquent, aucune décision administrative au sens propre du mot n'étant en cause, il s'ensuivait l'incompétence du Tribunal Suprême en ce qui concernait le premier recours formé par Mlle S.^[1] En tout

¹ On peut s'étonner de ce que, dans sa défense, le Maire attache comme effet à l'absence de décision faisant grief non l'irrecevabilité de la requête, mais l'incompétence du Tribunal Suprême. En droit français, jamais le Conseil d'État, lorsqu'il est saisi à tort d'une mesure administrative dépourvue d'élément décisive (p. ex. avis, information,

état de cause la seule décision faisant grief étant l'Ordonnance Souveraine ayant nommé Mme K., tout recours contre de simples actes préparatoires (avis du jury de concours, proposition du maire) étaient irrecevables.

Quant à la requête dirigée contre l'Ordonnance Souveraine elle-même, elle n'était pas moins irrecevable selon l'Administration car elle ne comportait pas d'argumentation propre et renvoyait simplement à l'argumentation développée dans le premier recours, ce qui devait entraîner son irrecevabilité (cf. la jurisprudence citée par Auby et Drago, *Traité de contentieux administratif*, 2^e éd. t. 1, n° 683).

5 - telles étaient, sur le terrain de la compétence et sur celui de la recevabilité, les conclusions développées respectivement par le Maire de Monaco et le Ministre d'État.

Le Tribunal Suprême ne leur a pas fait droit et a admis la recevabilité tant du premier que du second des recours dont il avait à connaître.

6 - en ce qui concerne le premier recours, il était en effet dirigé, selon les termes mêmes de la requête citée plus haut, contre la « décision de M. le Maire prise sur proposition du jury d'examen, portée à la connaissance de Melle S. par lettre du 27 juillet 1977, et, par là même, la nomination au poste de bibliothécaire qui en a été la conséquence ».

A prendre cette formule au pied de la lettre, le recours visait à la fois une prétendue décision du Maire et la décision de nomination elle-même.

Le Maire avait-il pris une décision faisant grief à l'encontre de Mlle S. ? En tant que sa lettre suivie d'éclaircissements à l'intention de l'intéressée se fondait sur la décision du jury, elle ne constituait de la part du Maire qu'une notification, échappant comme telle au recours contentieux. Mais on pouvait aussi y saisir une décision du Maire de ne pas proposer Melle S. à la nomination par Ordonnance Souveraine, et, sous cet angle, la question était plus délicate.

En effet, lorsqu'une proposition « s'insère dans un dispositif juridique, en ce sens qu'une décision ne peut être prise par une autorité que sur proposition d'une autre autorité » (G. Peiser, note sous Cons. d'État 13 juill. 1968-Yana : Act. Jur. D.A. 1969, 293), ce qui était le cas en l'espèce, il faut distinguer. La proposition, lorsqu'elle est faite, constitue un simple acte préparatoire, ne faisant pas grief et ne donnant pas prise au recours contentieux (Cons. d'Etat 29 janv. 1947, Brevet : Rec. Lebon p. 35. - 9 juill. 1958, Dhamelincourt : Rec. Lebon p. 424) puisque l'autorité ayant pouvoir de décision peut y donner ou ne pas y donner suite. Au contraire, le refus de formuler une proposition, bloquant la procédure de décision, constitue une décision faisant grief et peut donc faire l'objet d'un recours en annulation (Cons. d'État 30 sept. 1955, Syndicat des laitiers détaillants de la région de Troyes - Rec. Lebon p. 770. - 5 juill. 1957, Anglade : Rec. Lebon p. 452. Sur l'ensemble de la question cf. G. Peiser, note précitée et Auby et Drago,

acte préparatoire) ne se déclare incompétent ; il se borne à déclarer la requête irrecevable comme dirigée contre une décision ne faisant pas grief. Il est vrai que, en France, le juge administratif n'est pas un juge d'exception ; sa compétence dépend de la nature du litige et même s'il est saisi à tort d'un recours contre des décisions ne faisant pas grief, il s'agit encore d'un litige administratif qui, par nature, relève bien de la juridiction devant laquelle il a été porté. On peut, au contraire, remarquer qu'à Monaco, le Tribunal Suprême n'a pas une vocation générale de juge administratif. Il n'est compétent, comme juge d'attribution, que dans les cas strictement visés par les textes définissant sa compétence. Or, l'article 90, B, 1^o / de la Constitution lui attribue « les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les décisions des diverses autorités administratives ». Si donc un recours se rapporte à un acte qui n'est pas une « décision », le Tribunal Suprême est incompétent, quitte à ce que le litige qu'on avait voulu porter à tort devant lui soit ensuite porté devant la juridiction judiciaire, juge de droit commun.

Le raisonnement est subtil. Il ne semble pourtant pas correspondre à la jurisprudence du Tribunal Suprême qui paraît user des notions d'incompétence et d'irrecevabilité dans le même sens que le Conseil d'État français.

op. cit. t. II, n° 1026 - 5°). Ne pouvait-on dès lors considérer que la lettre faisant l'objet du recours de Melle S. impliquait nécessairement le refus du Maire de proposer au Ministre d'État la nomination de la requérante et constituait une décision faisant grief ?

La question ainsi posée appelle une réponse négative et, si le recours est déclaré recevable par le Tribunal Suprême, ce n'est pas en vertu du raisonnement que l'on vient d'esquisser. Il faut bien comprendre en effet le sens et la portée de la jurisprudence distinguant, quant à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, les propositions et les refus de propositions. Lorsqu'une proposition est faite, elle prépare une décision future de l'autorité ayant pouvoir de décision. Celle-ci prendra une mesure positive ou négative, expresse ou tacite le cas échéant et contre laquelle un recours contentieux sera possible, recours qui, d'ailleurs, pourra faire état des illégalités de fond ou de forme ayant entaché la proposition. C'est donc à bon droit que celle-ci est regardée comme un acte simplement préparatoire. Au contraire, lorsque l'autorité ayant un pouvoir de proposition refuse d'en user, l'autorité ayant pouvoir de décision n'est pas saisie et ne peut statuer. La décision de refus n'est pas une simple mesure préparatoire ; le blocage de la procédure fait vraiment grief et il faut laisser la possibilité au contrôle du juge de s'exercer à son encontre, puisqu'il ne pourra s'exercer à un stade postérieur.

Mais il suit nécessairement de là que ce qui donne prise au recours contentieux c'est le refus de l'autorité compétente d'user de son pouvoir de proposition ; ce n'est pas le fait de refuser de faire telle proposition déterminée.

Or, si la lettre du Maire impliquait bien le refus de celui-ci de faire une proposition de nomination en faveur de Melle S., elle n'impliquait pas qu'il refusât de faire usage de son pouvoir de proposition en faveur d'une autre candidate. Dès lors, la lettre, faisant seulement état de l'échec de Melle S. et du fait qu'elle ne serait pas proposée pour la nomination par l'autorité compétente, constituait une simple mesure préparatoire ne donnant pas prise à un recours contentieux, Melle S. conservait évidemment la possibilité d'attaquer la nomination de sa concurrente le moment venu et, le cas échéant, de faire valoir les vices entachant l'ensemble de la procédure et notamment les opérations du jury et la proposition du Maire.

7 - il est vrai que, dans ce premier recours, la requérante avait cru pouvoir considérer que, en attaquant la prétendue décision du Maire, elle attaquait « par là même » la décision de nomination qui, d'ailleurs, à la date où le recours était déposé (26 sept. 1977), était déjà prise et publiée au Journal de Monaco.

Mais cette précaution de forme, assez naïve, était d'une efficacité douteuse. Sans doute le fait de n'avoir pas produit copie de la nomination attaquée et de ne pas même en avoir donné la référence aurait-il pu donner lieu à régularisation. Mais le recours était-il recevable en tant qu'il était dirigé contre la décision de nomination, alors que celle-ci émanait d'une autorité autre que celle contre qui était dirigée en premier lieu la requête ?

En effet, quand un requérant attaque plusieurs décisions, il doit, en principe, former autant de requêtes qu'il y a de décisions. (Auby et Drago, op. cit. t. 1 n° 677 bis). Sans doute, le Conseil d'État français admet-il qu'un seul recours soit formé lorsque des décisions ont entre elles un lien impliquant qu'il y a une même question à juger (ibid). Mais, dans le cas que l'on examine, les décisions attaquées émanaient de deux autorités agissant au nom de personnes publiques différentes, le Maire étant organe de la commune, l'Autorité Souveraine étant organe de l'État. On pouvait donc soutenir que, conformément à la jurisprudence française, la requête devait n'être regardée comme valablement formée qu'à l'encontre de la première des décisions, réelle ou prétendues, qu'elle visait, c'est-à-dire celle du Maire.

8 - ainsi, à prendre au pied de la lettre les termes par lesquels la requérante avait défini l'objet et la portée de son premier recours, on était vraisemblablement conduit à le rejeter avant tout examen au fond. En tant que le recours était dirigé contre un acte juridique imputable au Maire, il ne visait pas une décision faisant grief. En tant qu'il était dirigé contre l'Ordonnance Souveraine nommant une autre candidate que la requérante, il aurait dû faire l'objet d'une requête distincte.

Si pourtant ce recours a été déclaré recevable c'est parce qu'il a bénéficié d'une interprétation miséricordieuse de la part du Tribunal Suprême. Celui-ci a admis que la requête « devait être regardée comme dirigée contre les opérations du concours ». Cette interprétation trouve certainement sa source dans le fait que l'essentiel des moyens développés par la requérante à l'appui de sa demande d'annulation met en cause les prétendues illégalités qu'aurait commises le jury dans l'appréciation des mérites respectifs des candidates.

A partir du moment où le juge admettait, par une interprétation aussi audacieuse que bienveillante, que la décision attaquée n'était autre que la décision prise par le jury sur les résultats du concours, le problème de recevabilité ne se posait plus. Il est en effet de jurisprudence constante que bien qu'ayant un caractère simplement préparatoire par rapport aux décisions de nomination, les listes d'admission établies par les jurys des concours de recrutement sont constitutives de décisions administratives faisant grief et peuvent faire l'objet d'un recours contentieux en annulation (Cons. d'État 18 mars 1949, Chalvon-Demersay : Rec. Lebon. p. 134).

9 - on sait que Melle S., sans doute inquiète sur la recevabilité de son premier recours, en avait formé un second, dirigé celui-là contre l'Ordonnance Souveraine nommant Mme K.

Déposée dans le délai du recours contentieux qui avait couru à compter de la publication de l'Ordonnance attaquée, la seconde requête avait un objet classique : l'annulation d'une nomination prononcée à la suite d'opérations de recrutement prétendument irrégulières. Sans doute, l'Administration avait-elle fait valoir dans sa défense que ladite requête ne comportait aucune argumentation propre et renvoyait simplement aux moyens développés à l'appui du premier recours. Mais à partir du moment où il était jugé que le premier recours était dirigé en réalité contre les opérations du concours, il était clair que la requérante, en faisant valoir dans sa seconde requête que l'annulation demandée dans sa première requête et qui, dès lors, devait mettre à néant les résultats du concours, entraînait nécessairement l'annulation de la nomination de sa concurrente, avait fourni une motivation suffisante à l'appui de cette seconde requête.

10 - victorieuse sur la recevabilité, la requérante devait cependant succomber sur le fond et peut-être ceci explique-t-il cela.

En effet, sur le fond, Melle S. invoquait deux moyens dont la faiblesse était évidente.

11 - le premier était fondé sur une prétendue atteinte à l'égalité des candidats, principe général du droit valable en matière de concours (Cons. d'État 19 oct. 1960, Beaufort : Rec. Lebon. p. 545, concl. Braibant. - 9 oct. 1966, Commune de Clohars-Carnoet : D. 1967, 92, concl. Braibant ; Rev. dr. publ. 1967, 334, note Waline). La prétendue atteinte aurait consisté en ce que la candidate retenue par le jury était, au moment du concours, déjà employée à la bibliothèque municipale et exerçait en fait, sans avoir le titre correspondant, l'emploi mis au concours. Il va de soi que, non seulement il n'y avait pas là une atteinte à l'égalité des concurrentes, mais encore que la solution contraire qui aurait consisté à interdire à Mme K. de concourir aurait, elle, très évidemment méconnu le principe d'égalité. Le moyen ne pouvait être retenu.

12 - le second moyen développé par la requérante était tiré de ce que le jury qui devait statuer sur la valeur des titres et références produits par les deux candidates aurait à tort écarté celle qui avait les meilleurs titres et références.

Ce second moyen pouvait être envisagé soit sous l'angle de la violation de la loi, soit sous celui du détournement de pouvoir.

Sous l'angle de la violation de la loi, il obligeait la requérante à prouver que le jury s'était décidé sur d'autres critères que les « titres et références ». Or, le procès-verbal des délibérations du jury établissait que la discussion entre les membres du jury avait uniquement porté sur la comparaison des titres et références des deux candidates.

Sous l'angle du détournement de pouvoir, le moyen obligeait la requérante à prouver que la décision du jury s'était inspirée de considérations étrangères aux mérites des candidates et à l'intérêt du service. Et, de fait, Mlle S. alléguait que la décision du jury n'avait eu d'autre objet que d'entériner la situation de fait dont bénéficiait Mme K. Mais rien, dans le dossier, ne permettait de tenir cette allégation pour exacte.

13 - en réalité, c'est l'appréciation faite par le jury que Mlle S. entendait contester devant le juge de l'excès de pouvoir. Or, cette appréciation, traditionnellement discrétionnaire, en matière d'examens et de concours, ne pouvait être contestée que dans le cadre du « contrôle restreint » (Cons. d'État 26 janv. 1968, Sté Maison Genestal : Rec. Lebon 62, concl. Bertrand, Act. Jur. D.A. 1968, 101 chr. Massot et Dewost). Pour réussir dans sa critique de la décision du jury, la requérante aurait dû établir :

- soit que cette décision était entachée de détournement de pouvoir (on a vu qu'elle l'avait tenté sans succès) ;
- soit qu'elle était viciée par une erreur matérielle (par exemple : omission dans l'examen des titres et références d'un des documents produits par la candidate) ; or, rien de tel n'était établi ;
- soit que la décision procédait d'une erreur de droit (par exemple : prise en compte d'autres mérites que ceux résultant des titres et références ; ici encore le dossier ne donnait aucun appui à une telle allégation) ;
- soit que la comparaison faite par le jury entre les mérites de chacune des candidates était entachée d'une erreur manifeste d'appréciation.

Sur ce dernier point, l'on peut pourtant s'interroger. En effet, le Tribunal Suprême a admis, comme le Conseil d'État français, la notion d'« erreur manifeste » et, comme lui, l'utilise comme une sorte d'ultima ratio à l'encontre des abus du pouvoir discrétionnaire (cf. Trib. Suprême 3 fév. 1972, Bergeret en matière de refus d'autorisation de construire). Le Conseil d'État français quant à lui, a fait un usage relativement fréquent de l'« erreur manifeste » dans la matière de la fonction publique et s'en est servi pour contrôler les appréciations que les autorisations compétentes portent sur les aptitudes ou les mérites des fonctionnaires ou candidats fonctionnaires (appréciation des titres exigés pour certains emplois : Cons. d'État 28 oct. 1977, Association des ingénieurs des travaux publics de l'État ; appréciation de l'aptitude d'un fonctionnaire à recevoir un avancement : Cons. d'État 22 fév. 1963, Maurel : Rec. Lebon p. 119). Récemment, renversant une jurisprudence jusque-là sans faille, le Conseil d'État a admis qu'une sanction disciplinaire excessive par rapport à la gravité des fautes la motivant pouvait être annulée au titre de l'erreur manifeste d'appréciation (Cons. d'État 9 juin 1978 : Rec. Lebon p. 239 ; D. 1979, p. 30 ; Act. Jur. D.A. 1978, p. 573).

Mais le juge administratif monégasque est libre de s'inspirer ou non du droit administratif français. C'est ainsi que, contrairement au Conseil d'État français, il a refusé d'utiliser en matière d'expulsion des étrangers, la technique de contrôle juridictionnel que constitue la notion d'erreur manifeste (Trib. suprême 28 juin 1977, Dame Ten Hoopen épouse Manus).

Sans doute, le pouvoir discrétionnaire exceptionnellement étendu que le Tribunal Suprême laisse aux services chargés du contrôle des étrangers trouve-t-il sa raison d'être dans les particularités qu'offre la Principauté en ce qui concerne les facilités d'entrée et de séjour des non-monégasques. A première vue il ne semble pas qu'un particularisme analogue se retrouve dans la matière du recrutement des agents publics et l'on ne doit pas exclure la possibilité de voir un jour le Tribunal Suprême accueillir, au moins pour l'examiner, le moyen tiré d'une erreur manifeste d'appréciation qu'aurait commise le jury de concours.

L'affaire Delle S. ne se prêtait pas à cette innovation. Le dossier ne permettait nullement d'envisager que la préférence donnée par le jury à une candidate sur l'autre candidate procédât d'une erreur manifeste. Il ne faut donc pas s'étonner de ce que l'arrêt se borne, sans autre précision, à rappeler que l'appréciation par le jury des mérites des candidates n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de l'excès de pouvoir, et ceci sans faire la réserve relative à l'éventualité d'une erreur manifeste. Comme il faut de bonnes terres aux jeunes pousses, il faut donc de bons cas d'espèce aux jeunes jurisprudences.