

Mme Maria J. ESTEBAN

Présidente

Société de Mathématiques

Appliquées et Industrielles

Institut Henri Poincaré

11, rue Pierre et Maire Curie

75231 PARIS Cedex 05

Paris, le 14 décembre 2011

AFF : SMAI / publications concours

N/réf. : 2011/071/PR

Madame la Présidente,

Vous avez soumis à notre expertise juridique, ce dont nous vous remercions, une série de documents portant sur les règles applicables en matière de résultats des concours de recrutement des enseignants-chercheurs en mathématiques organisés sous l'égide des établissements universitaires et scientifiques.

Plus précisément, vous nous avez sollicités aux fins de répondre à des questions ayant trait à la légalité de l'hébergement, par votre serveur Web, du site de l'opération « Postes » qui donne les résultats de l'ensemble desdits concours, comprenant les listes des candidats auditionnés et classés.

Vous nous indiquez que cette pratique se fait avec l'accord implicite de toute la communauté mathématique française ; mais depuis l'année dernière, quelques universités dénoncent votre méthode et vous vous interrogez donc sur les possibilités de pérennisation de la diffusion des résultats ainsi que sur les risques qu'elle induit.

L'argument principal qu'avancent les universités contestataires pour fonder leur critique tient à la prétendue atteinte au caractère secret et confidentiel dont seraient revêtues la procédure de recrutement des enseignants chercheurs et les délibérations des jurys.

Ces universités tentent de justifier leur position de principe en se basant, notamment, sur les textes relatifs à la protection des informations personnelles et à l'impossible communication des actes préparatoires d'une décision administrative.

Elles n'hésitent pas non plus à évoquer, à l'appui de leur démonstration sur l'illégalité de cette pratique, l'obligation de discrétion et de secret professionnels des agents publics et, partant, l'infraction pénale constituée par la diffusion des résultats intermédiaires ; à

leurs yeux, la violation de ces principes ferait même naître un risque d'annulation contentieuse des concours.

Vous disposez d'éléments de réponse qui, à des degrés divers, valident la diffusion des résultats que vous avez mise en place, même si aucun d'entre eux ne permet de considérer définitivement la pratique comme légale, en particulier :

un Professeur d'Université, de manière assez frondeuse mais bien argumentée, appréhende la pratique que vous avez inaugurée comme légale, quand bien même elle ne repose sur aucun fondement textuel, tout étant question d'interprétation.

Un juge administratif aboutit à des conclusions similaires, même s'il atténue le raisonnement précédent en n'assimilant pas le recrutement des enseignants chercheurs aux concours organisés par ailleurs dans la fonction publique.

Aussi, et eu égard à cette incertitude, avez-vous souhaité disposer d'une analyse objective vous permettant, avec un souci de sécurisation juridique maximale, de continuer à diffuser les résultats de l'ensemble de la procédure sur votre site Internet.

Notre propos ne sera pas de reprendre les analyses dont vous disposez et dont nous ne contestons pas les conclusions, mais d'insister sur la qualification juridique des délibérations du comité de sélection et sur l'existence d'un éventuel statut juridique des opérations préparatoires à la décision de recrutement d'un enseignant chercheur.

2

Les conclusions que nous pouvons en tirer tiennent en deux points :

1. Le comité de sélection étant un jury de concours, la diffusion de ses délibérations est possible, comme pour tout jury, ce que le Conseil d'Etat vient explicitement de reconnaître, par une décision récente (cf. infra).
2. La question de l'identité de l'organe de diffusion – en l'occurrence, ici, le serveur Web hébergeant le site qui donne directement les résultats des concours des sections CNU n°25, 26, 27 et 29 – ne nous paraît pas être essentielle, dès lors que la communication des délibérations d'un jury de concours est de droit.

§ 1 – Les délibérations des comités de sélection, qualifiés de jurys de concours de recrutement des enseignants chercheurs, sont susceptibles de recours juridictionnel et sont nécessairement communicables.

- ❖ La loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat définit les conditions dans lesquelles doivent être pourvus les emplois civils permanents de l'Etat et de ses établissements publics.

- Les maîtres de conférences et les professeurs sont recrutés par concours ouverts par l'établissement universitaire, en vue de pourvoir un ou plusieurs emplois d'une même discipline parmi les candidats inscrits sur une liste de qualification aux fonctions de maître de conférences ou de professeur, établie par le Conseil national des universités (CNU).
 - ◇ Le décret n°84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences, modifié par le décret n°2008-333 du 10 avril 2008 relatif aux comités de sélection des enseignants-chercheurs, détermine, en ses articles 9 et suivants, les règles applicables aux comités de sélection (anciennement commissions de spécialistes), lesquels sont créés par délibération du conseil d'administration selon des règles très précises aux termes desquelles, notamment, leur composition est rendue publique avant le début de leurs travaux.
 - ◇ Le comité de sélection examine les dossiers et établit la liste des candidats qu'il souhaite entendre, les motifs pour lesquels leur candidature n'a pas été retenue étant communiqués aux candidats qui en font la demande. Après avoir procédé aux auditions, il délibère sur les candidatures et émet un avis motivé, à la majorité des voix de ses membres.
 - ◇ C'est au vu de cet avis émis par le comité de sélection que le conseil d'administration propose le nom du candidat sélectionné ou, le cas échéant, une liste de candidats classés par ordre de préférence, le président ou le directeur de l'établissement ne pouvant modifier l'ordre de la liste de classement, sauf avis motivé.
- Peut-on déduire de la lecture analytique de ces dispositions réglementaires que le comité de sélection constitue le jury du concours de recrutement et, sans pour autant disposer d'un pouvoir décisionnel, prend des « décisions » qui font grief et ont donc vocation à être publiées ? Certes non, mais le Conseil d'Etat a statué depuis et la question n'a plus lieu d'être : les décisions sont contestables par la voie juridictionnelle.
- ❖ Dans la mesure où, par le choix qu'effectue le comité de sélection, l'autorité de nomination voit toujours son pouvoir discrétionnaire limité, il est donc impossible d'appréhender le résultat issu des délibérations du comité de sélection comme un acte préparatoire, car il fait incontestablement grief.
- D'ailleurs, la sélection effectuée par la commission de spécialistes (désormais comité de sélection) est incontestablement susceptible d'être soumise au contrôle du juge administratif, qui vérifie l'existence d'une éventuelle erreur manifeste d'appréciation dans l'analyse du profil scientifique des candidats au poste mis au concours (CE 12 octobre 2006, n°282148) : « *considérant que, s'il appartient au juge de l'excès de pouvoir de s'assurer que, dans l'appréciation de*

l'adéquation du profil scientifique du candidat au poste mis au concours, la commission de spécialistes ne commet pas d'erreur manifeste, en revanche, l'appréciation portée par cette commission sur les mérites scientifiques des candidats n'est pas susceptible d'être discutée devant lui ; »

- Certes, cette jurisprudence ne permet pas, à elle seule, d'affirmer que la pratique de la diffusion des résultats des délibérations des comités de sélection est légale. Pour autant, elle est riche d'enseignements sur la « valeur juridique » que donne le juge administratif aux résultats du comité de sélection, lesquels sont ainsi susceptibles d'être soumis à son contrôle, ce qui semble justifier leur diffusion. Et il est impossible, à cet égard, de se réfugier derrière les dispositions de la loi de 1978 relatives à la communication des documents administratifs pour en déduire que les avis du comité de sélection, pour n'être pas des « décisions » au sens juridique du terme, ne seraient pas communicables. Certes, l'administration n'est pas tenue de les communiquer, au sens de la loi. Pour autant, cela ne signifie pas qu'il est interdit de les diffuser.
- ❖ En tout état de cause, le comité de sélection est plus qu'un « organe consultatif » dont le juge administratif contrôle les délibérations, notamment au titre de l'impartialité dont il doit faire preuve (*CE 13 novembre 1989, n°73896 et 89953 / CE 26 janvier 2007, Mme A., n° 280955*), car leur illégalité rejaillit sur celles de l'organe décisionnaire, en l'occurrence le conseil d'administration (*R. Chapus, Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 2006, n° 1251 et s.*).
- Aucune règle de droit ne fixe une quelconque interdiction de publier les résultats d'un jury, la seule obligation de secret étant imposée aux débats qui ont précédé le choix effectué. Mais tel n'est pas l'objet des diffusions opérées par le site Internet que vous hébergez.
- Le Conseil d'Etat a confirmé récemment la qualification juridique des comités de sélection, assimilables à celle des anciennes commissions de spécialistes : ils ont la qualité de jury et il leur incombe de choisir le ou les candidats présentant des mérites, notamment scientifiques, suffisants. C'est au vu de l'avis motivé émis par le comité de sélection que le conseil d'administration siégeant en formation restreinte – qui n'a pas, lui, la qualité de jury – décide des propositions à transmettre au ministre, en jugeant l'adéquation des candidatures à la stratégie de l'établissement, mais sans pouvoir remettre en cause l'appréciation des mérites scientifiques des candidats retenus par le seul comité de sélection (*CE 15 décembre 2010, n°316927 / CE 9 février 2011, n° 317314 et 329584*).

§ 2 – Les délibérations des comités de sélection doivent pouvoir être publiées, au même titre que celles des jurys de concours auxquels elles sont assimilées par la justice administrative.

- ❖ En l'absence de règles imposant des modalités de proclamation des résultats, l'autorité organisant le concours est libre de choisir le mode de diffusion des résultats (télématique, électronique, affichage,...).
 - Une notification individuelle des résultats à chacun des candidats et une publicité suffisante aux tiers sont nécessaires pour faire courir les délais de recours contentieux (*CE 27 mars 1987, M. Simon*) et assurer la sécurité juridique de ces résultats.
 - La publication par serveur télématique d'une liste de candidats admissibles à un concours n'a pas été considérée comme une mesure de publicité suffisante susceptible de faire courir les délais de recours à l'égard des tiers (*CE 18 février 1994, Ministre de l'éducation nationale c/ Wrobel*).
 - Seule la délibération du jury est créatrice de droit et est susceptible d'être contestée (*CE 2 mars 1960, Picard*). Le procès verbal doit être daté et signé par le président du jury qui l'arrête dans sa forme définitive. Le document affiché ne doit comporter aucune rature non contresignée par le président du jury.
- ❖ De ces quelques principes jurisprudentiels classiques, on peut tirer une conséquence à incidence directe sur les questions que vous nous posez, quand bien même, en l'espèce, le rôle du comité de sélection est particulier : les délibérations d'un jury de concours – puisque c'est ainsi que doit être qualifié, incontestablement, le comité de sélection – doivent être publiées.
 - Certes, contrairement aux autres concours organisés dans la fonction publique, qu'elle soit d'Etat, territoriale ou hospitalière, les concours de recrutement des enseignants chercheurs ne présentent pas la même nature. Nous suivrons ici volontiers la position défendue par le juge administratif dans ses réflexions sur la question.
 - Pour autant, dès lors qu'un comité de sélection est un jury de concours, la publication du classement opéré s'impose, et ce nonobstant le fait qu'il ne transmet qu'un avis. La fin du concours, c'est la publication des résultats du jury : en ce sens, il est impossible d'appréhender comme illégale la diffusion du classement issu des délibérations du comité de sélection, quand bien même elle serait antérieure à la publication officielle.
 - Mais ici, il ne saurait être question de publication officielle, dans la mesure où le comité de sélection n'est pas, juridiquement, l'organe qui effectue le choix, pas plus, d'ailleurs, que le Conseil d'administration n'est l'autorité de nomination. Aussi, en publiant les listes des candidats classés par les comités de sélection,

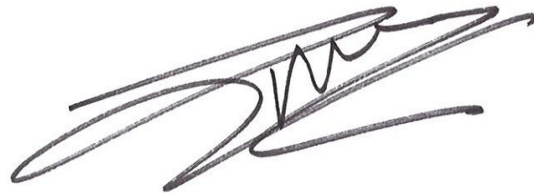
vous vous mettez sûrement en situation de heurter des susceptibilités, mais pas de courir un risque juridictionnel.

- Pour ce qui est de la publication de la liste des auditionnés, on ne voit pas en quoi une telle diffusion serait illégale, et ce quelle que soit la personne qui y procède. Ou alors, cela revient à considérer que les comités de sélection auraient éliminé a priori certains candidats, hors de toute considération objective.
- ❖ La question doit donc désormais être sérieuse autour de l'identité de la personne habilitée à communiquer les délibérations du jury de concours de recrutement des enseignants chercheurs.
 - Autant l'on peut comprendre le raisonnement consistant à dissocier un concours de recrutement classique de celui qui prévaut pour les enseignants chercheurs (avec déphasage entre classement, choix et nomination, qui émanent de trois entités différentes), autant les conséquences qu'en tirent les universités contestataires nous paraissent totalement infondées.
 - Il faut retenir dans un premier temps – et si l'on part du postulat que la diffusion serait irrégulière, ce qu'elle n'est pas –, que, sauf à considérer que preuve serait apportée du rôle joué par un des membres du comité de sélection dans la diffusion « sauvage » de la liste de classement, les risques de sanction disciplinaire, voire d'infraction pénale allégués dans les courriers desdites universités, ne résistent pas à l'analyse juridique. C'est en effet sous l'égide de la SMAI et/ou du site Internet qu'elle héberge que la publication a lieu et, a priori, le lien avec un enseignant chercheur « coupable » d'avoir divulgué les résultats paraît difficile à établir.
 - Dans un deuxième temps – et quand bien même une telle diffusion serait condamnable, non pas dans son principe car il s'agit de communiquer les résultats des délibérations d'un jury de concours de recrutement, mais dans son « timing » –, on imagine mal quel préjudice pourraient invoquer les universités concernées pour introduire une action contre l'association et/ou le site Internet, dès lors qu'aucune infraction pénale n'est constituée et que la menace de la sanction disciplinaire à l'encontre des fonctionnaires n'est absolument pas pertinente.
 - Dans un troisième temps, enfin – et pour sortir du cadre juridique qui ne nous permet que de vous faire part d'une interprétation, logique, de textes muets sur la question –, il nous semble indispensable de retenir que la pratique que vous avez inaugurée depuis quelques années va dans le sens de la transparence dont l'administration est censée faire preuve dans l'édition de ses décisions. On voit donc mal en quoi la diffusion du classement des candidats avant le choix effectué par le conseil d'administration en formation restreinte pourrait être une source de contentieux risqué pour la SMAI, et/ou pour le site Internet qu'elle héberge, et un moyen d'annulation des résultats des concours de recrutement.

Telles sont, en l'état, les remarques analytiques que nous sommes en mesure de vous fournir.

Restant naturellement à votre écoute pour tout échange, je vous prie d'agréer, Madame la Présidente, l'expression de ma considération distinguée.

D4 Avocats Associés



Philippe ROUQUET
Avocat à la Cour, Associé
Spécialiste en Droit Public

7