

Commentaire des jugements n° 1805869, n° 1805870 et n° 1805981 du 30 avril 2021 du tribunal administratif de Lille

Par François Abouadaou,
Doctorant contractuel à l'Université de Lille,
EA n° 4487 – Centre Droits et Perspectives du Droit
Equipe de recherches en droit public

Examens et concours – Recrutement des enseignants-chercheurs – Principe d'égalité de traitement des candidats – Préférence pour l'un des candidats exprimée par la direction de l'établissement dès le lancement de la procédure de recrutement – Impartialité du jury – Manquement au principe d'égalité de traitement

Le 18 décembre 2017, l'Institut d'études politiques de Lille a ouvert un concours de recrutement d'un maître de conférence en sociologie avec un profil en « sociologie financière et fiscale ». Au terme de la procédure, trois candidats malheureux ont saisi la juridiction administrative afin de faire annuler cette procédure de recrutement.

Par trois jugements du 30 avril 2021, le tribunal administratif de Lille a procédé à l'annulation de la procédure de recrutement de l'établissement d'enseignement supérieur au motif que celle-ci était entachée, dès le lancement des opérations de recrutement, d'une méconnaissance du principe d'égalité entre les candidats. En effet, la juridiction relève que le conseiller du directeur de l'établissement avait adressé un courriel à l'un des membres du comité de sélection en indiquant que la direction de l'institut souhaitait recruter, sur le poste ouvert au concours, un docteur en sociologie intervenant déjà au sein de l'établissement et dont ce même conseiller avait auparavant présidé la thèse.

L'intérêt principal de ces décisions réside dans les éléments retenus par la juridiction pour admettre la rupture d'égalité entre les candidats à un concours de la fonction publique en élargissant les obligations pesant sur le seul jury, à l'établissement de recrutement.

Classiquement, le défaut d'impartialité du jury conduit à rompre l'égalité entre les candidats.

A ce titre, le Conseil d'Etat a posé un principe d'impartialité subjectif du jury selon lequel il ne peut y avoir, pour un membre de jury, avec un candidat « *des liens, tenant à la vie personnelle ou aux activités professionnelles, qui seraient de nature à influencer sur son appréciation* » (CE, Section, 18 juillet 2008, *Mme BAYSSE*, n° 291997, rec. p.302 ; AJDA 2008. 2124, concl. Aguila). L'analyse de la jurisprudence démontre à ce propos que le juge administratif adopte une position plus ferme vis-à-vis des liens personnels que professionnels dans son analyse de l'impartialité subjective.

Le Conseil d'Etat a ainsi pu censurer le recrutement d'une professeure des universités dont l'ancien mari faisait partie de la commission de spécialiste (CE, 10 février 1995, n° 109204, *Mme Perrin*, T. p.851 ; Dr. Adm. 1995, n°270). On pourrait pourtant penser que la présence d'un ancien mari ne soit pas nécessairement favorable à la candidate mais dans ce cadre le juge administratif opère un contrôle objectif. Il se bornera à constater l'existence de tels liens personnels ou familiaux sans rechercher les éventuels effets de ceux-ci sur la procédure.

Si la décision du Conseil d'Etat *Thiébaud et Gehin* (CE, 19 juillet 2010, n° 326383, T.p.812. AJDA 2010. 1509, obs. de Montecler ; AJDA 2010. 1996, note critique Peiser) a pu laisser penser que la présence du compagnon d'une candidate n'était pas de nature à établir l'illégalité de la délibération du jury, cette solution doit être circonscrite aux circonstances de l'espèce et ne peut s'ériger en position de principe. Plus précisément, le membre du jury en cause n'avait pas examiné le dossier de sa compagne et cette dernière n'avait finalement pas été admise à ce concours. Cette méthode d'analyse tranche avec la jurisprudence constante en la matière car il est aisément perceptible que la seule admissibilité à un concours ait déjà des répercussions sur les autres candidats, ce qui aurait dû justifier d'admettre une rupture d'égalité entre les candidats.

A contrario des liens personnels et familiaux, les liens professionnels ont toujours été appréciés de façon plus nuancée. Ces liens font d'ailleurs l'objet d'une jurisprudence que d'aucuns qualifieraient de particulièrement fine, quand d'autres y verraient au contraire une ligne de démarcation floue.

Ainsi, si la présence dans le jury d'un médecin-hospitalier, chef d'un service au sein duquel l'un des candidats avait pu réaliser ses travaux soumis à l'appréciation du jury, vicie la procédure (CE, Section, 18 mars 1983, *Spina*, n° 33379, rec. p.125), il n'en ira pas de même de la présence au sein d'un jury du supérieur hiérarchique d'un candidat (CE, 28 mars 1984, *Swoboda*, n° 40172). Dans le même sens, et cela est plus proche du cas d'espèce, la jurisprudence estime que « *la circonstance que l'un des membres du jury ait présidé le jury de thèse de M. X ne saurait établir, à elle seule, le manque d'impartialité du jury* » (CE, 13 mars 1991, *Mme Marti-Mestre*, n° 109792, T. pp.692, 697, 991), ou encore que les circonstances qu'un membre du jury et un candidat aient réalisé certains travaux de recherche et cosigné des publications « *ne sont (pas), à elles seules, de nature à caractériser un manque d'impartialité* » (CE, 4 février 2004, *Mme Bata*, n° 239219 ; AJDA 2004.791 ; Voir a contrario, CE, 15 mai 2002, *Chevet*, n° 245462 ; AJFP 2003. 21).

Il ressort donc de ces décisions qu'en principe la seule présence d'une personne ayant des liens professionnels avec le candidat ne suffit pas, à elle-seule, à établir une rupture d'égalité entre les candidats.

Pourtant, le tribunal administratif de Lille adopte une approche globale de la procédure de recrutement qui transcende largement le seul jury avec un niveau d'exigence accru. Dans les faits, seule l'attitude d'un représentant de l'établissement a été prise en compte pour établir la rupture d'égalité, dès le début des opérations de recrutement, sans que l'impartialité du jury n'ait été remise en cause.

Il y a donc un glissement de l'obligation d'impartialité du jury vers une obligation plus large de neutralité de l'établissement de recrutement au cours de cette procédure, ceci constituant d'ailleurs une application inédite de ce principe au recrutement des agents publics, au-delà des exigences traditionnelles s'imposant au seul jury.

Cette position implique, en conséquence, que l'établissement, ou l'un de ses représentants, ne puisse pas indiquer une préférence pour un candidat au détriment des autres. Cette consécration du principe de neutralité impose alors une vigilance particulière des établissements puisque leur attitude sera prise en compte pour apprécier l'égalité entre les candidats dans la procédure de recrutement. Cette solution étant extrêmement ferme puisque le fait qu'un membre de l'établissement exprime une position sur un candidat conduit à une rupture d'égalité entre les candidats, là où la participation de l'intéressé au jury n'aurait pas nécessairement conduit à une solution analogue au titre de l'impartialité subjective.

Cette position jurisprudentielle méritera donc d'être confirmée et précisée par les décisions postérieures afin de déterminer la portée exacte de la notion de neutralité s'imposant aux personnes publiques dans la procédure de recrutement de leurs agents.

MARCHES ET CONTRATS ADMINISTRATIFS

Commentaire du jugement n° 1805025 du 15 juin 2021, Société Enedis,
du tribunal administratif de Lille

Par François Abouadaou,
Doctorant contractuel à l'Université de Lille,
EA n° 4487 – Centre Droits et Perspectives du Droit
Equipe de recherches en droit public

Fin des contrats – Distribution d'électricité

Résiliation de contrats de concession de la distribution d'électricité – Incompétence de la personne publique qui n'est plus partie aux contrats à la suite d'un transfert de compétence – Actes inexistant

Le réseau électrique de la commune de Loos se compose d'un réseau haute tension (HTA) et d'un réseau basse tension (BT). Pour le premier de ces deux réseaux, la commune a conclu deux conventions les 8 février et 1^{er} août 1913 portant concession pour une durée de trente ans, pour « tous les usagers autres que l'éclairage public et privé », à la société lilloise d'éclairage électrique (SLEE) et à la société électrique et gaz du Nord (SEGN). L'exécution de la concession, arrivée à échéance en 1943, a été poursuivie par les parties au-delà de cette date. Les droits et obligations nés de ces contrats ont été transférés à l'établissement public Electricité de France (EDF) par l'effet de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 relative à la nationalisation de l'électricité et du gaz, puis à la société Electricité Réseau Distribution France (ERDF) et enfin à la société Enedis.

Pour la construction et l'exploitation du second réseau, la commune de Loos a créé, le 10 octobre 1922, une régie municipale d'électricité (RME) ayant pour objet la construction et l'exploitation d'un réseau de distribution électrique de basse tension ; cette régie a été transformée à compter du 1^{er} janvier 2000 en établissement public industriel et commercial ayant notamment pour objet la distribution d'énergie électrique, la gestion de l'éclairage public et de la signalisation lumineuse.

Ainsi, sur le territoire Loossois, le réseau de distribution d'électricité est pris en charge par la société Enedis en ce qui concerne la distribution d'électricité en HTA et par la RME en ce qui concerne la distribution de l'électricité en BT ; la RME assure cependant une partie de la distribution de l'électricité en HTA alors même que l'autorisation préfectorale du 4 juin 1923 autorisait la régie à prendre en charge uniquement le réseau BT pour tous usages.

Souhaitant unifier le réseau de distribution électrique autour de la RME, la commune de Loos, par une délibération du 7 décembre 2017, a décidé de résilier ou de « constater l'expiration » des conventions de concession conclues pour l'exploitation du réseau HTA et de demander à la société Enedis de lui remettre les ouvrages constituant le réseau HTA situé sur le territoire de la commune et, enfin, d'autoriser le maire à négocier son indemnisation en contrepartie de la remise des biens.

La société Enedis a alors formé un recours gracieux tendant au retrait de la délibération, recours qui a été rejeté par une décision du 5 avril 2018. En conséquence, la société a saisi le tribunal administratif de Lille pour obtenir l'annulation de la délibération et de la décision rejetant son recours gracieux.

Par son jugement du 15 juin 2021, le tribunal administratif de Lille a déclaré la délibération et la décision portant rejet du recours gracieux, nulles et non avenues.

L'intérêt essentiel de cette décision se trouve dans la reconnaissance de l'inexistence de la délibération du conseil municipal au regard de la gravité des vices qui l'affectent et marque ici un exemple particulièrement remarquable d'application de l'inexistence d'un acte au contentieux contractuel (voir également, TA Versailles, 12 décembre 1991, *Préfet du Val d'Oise c/ Commune de Goussainville, Compagnie des eaux de Goussainville*, CJEG 1992. 126 ; à propos du contenu d'une convention d'affermage).

Tout d'abord, le tribunal analyse la compétence de la collectivité pour procéder à la résiliation de telles conventions de concession en matière d'électricité. Après avoir rappelé de façon laconique que les conventions conclues en 1913 ont fait l'objet de tacite prolongation depuis l'échéance prévue du fait de la continuité d'exécution du contrat - et sans même s'interroger sur l'éventuelle légalité de telles tacites reconductions -, la juridiction énonce que la commune de Loos a été substituée de plein droit par la Métropole européenne de Lille dans les droits et obligations des contrats de concessions par l'effet des dispositions des articles L. 5217-2 et L. 5217-5 du code général des collectivités territoriales opérant un transfert de compétences de plein droit vers cet établissement public de coopération intercommunale en matière de concession de distribution publique d'électricité et de gaz. Le tribunal en déduit, alors que la commune de Loos n'est plus partie au contrat mais est uniquement un tiers à celui-ci, qu'elle

n'est pas compétente pour opérer une telle résiliation. C'est principalement de cette incompétence que le tribunal va déduire l'inexistence de l'acte attaqué.

En précisant que la commune est intervenue dans « *une matière réservée aux pouvoirs législatif et judiciaire* », le tribunal adopte une position claire quant à la ligne de partage entre l'incompétence, vice d'illégalité, et l'incompétence, vice d'inexistence de l'acte. Cette formulation, qui était historiquement celle de Laferrière dans son *Traité de la juridiction administrative*, est pourtant singulière puisque les décisions en la matière n'y font classiquement pas référence. D'ailleurs, ici la qualification d'empiètement sur le pouvoir judiciaire interroge d'autant plus qu'elle semble ignorer le cas du pouvoir de résiliation du contrat par le juge administratif. L'énonciation aurait probablement gagné en précision en mentionnant de façon plus générale l'atteinte aux pouvoirs dévolus aux autorités juridictionnelles ou au juge du contrat.

En adoptant un contrôle du respect de la séparation des pouvoirs pour pouvoir qualifier l'inexistence, le tribunal revient à une analyse soutenue de longue date par la doctrine qui tend à reconnaître l'inexistence de l'acte administratif dès lorsqu'il s'agit d'une « *usurpation inconstitutionnelle* » (Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2^{ème} éd., 1896, t.2, p.489).

Alors même que l'inexistence de l'acte est déjà acquise à ce stade et qu'il n'y a donc pas lieu à statuer sur les moyens de la requête (CE, 18 mars 1921, *Gaubert*, rec. p.328 ; DP 1922.3.31) puisqu'il s'agit d'un moyen d'ordre public (CE, 5 mai 1971, *Préfet de Paris et ministre de l'intérieur*, rec. p. 329 ; AJ 1972.301, note V.S.), la juridiction adopte une approche didactique pour purger le contentieux d'éventuelles autres contestations en précisant l'impossibilité pour une collectivité de porter atteinte à une position monopolistique de distribution d'électricité.

En ce sens, le tribunal rappelle que l'intervention de la loi du 8 avril 1946 a eu pour effet d'interdire toute nouvelle extension du périmètre d'activité, tant géographique que fonctionnel, des entreprises locales de distribution (ELD) tout en prenant soin de rappeler que l'exclusivité d'intervention de la société Enedis a été confirmée par le Conseil d'Etat tant au regard des principes constitutionnels (CE, 28 septembre 2020, n° 440703) que du droit de l'Union européenne (CE, 10 juillet 2020, n° 423901). A ce titre, la commune ne peut se prévaloir d'une gestion de fait par la RME d'une partie du réseau HTA dès lors que celle-ci n'était pas prévue par l'autorisation préfectorale créant cette régie avant l'intervention de la loi du 8 avril 1946.

Enfin, sur les conséquences à tirer de la déclaration d'inexistence, si l'adage veut que « la fraude corrompt tout », il en va de même pour l'inexistence de l'acte. Ceci conduit donc le tribunal administratif de Lille à censurer, également comme inexistant, le rejet du recours gracieux. Par le passé, le juge administratif n'a pas toujours tiré, alors qu'il le devait, les conséquences de l'acte inexistant en procédant seulement à l'annulation de l'acte pris sur le fondement de celui-ci (CE, Ass, 31 mai 1957, n° 26188, *Rosan Girard*, rec. p.355, concl Gazier ; AJ 1957. II.273, chr. Fournier et Braibant ; D. 1958.152, note P.W.). Il est désormais plus prompt à reconnaître l'inexistence juridique d'un acte découlant d'un acte inexistant matériellement (CE, 3 mars 2017, *Mme Goupil*, n° 398121, rec. p. 432 ; BJCL 2017 p.203, concl. Pellissier) ou encore, dans le présent jugement, le rejet d'un recours portant sur un acte inexistant.

Pourtant, ce jugement et son recours à la théorie de l'inexistence de l'acte interrogent. Pourquoi le juge administratif s'est-il efforcé de reconnaître une pareille inexistence de la délibération du conseil municipal alors même qu'une simple annulation aurait atteint les mêmes buts ? Si la théorie de l'inexistence est un instrument éminemment fonctionnel pour le juge qui permet de s'affranchir notamment des restrictions de délais et des effets créateurs de droits d'un acte, ici son usage ne se justifie pas par ces raisons. En effet, il ne faut y voir qu'une volonté du juge de se faire pouvoir disciplinaire de l'administration en lui soulignant solennellement la gravité du vice qui entachait sa délibération afin de la dissuader d'adopter une nouvelle décision similaire.