

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE CHÂLONS-EN-CHAMPAGNE  
(2<sup>ème</sup> chambre)

Audience du 23 mai 2023

**Dossiers n°s 212760 et 212846 : M. A.../ I... de gestion de la FPT de la Marne**

*Conclusions de Violette de Laporte,*

*Objet : FPT – Lignes directrices de gestion*

Les deux affaires qui viennent d'être appelées présentent un intérêt juridique certain, et vous donneront l'occasion de trancher des questions nouvelles, non encore jugées à notre connaissance, concernant le régime juridique applicable au nouvel instrument juridique issu de la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, que sont les lignes directrices de gestion.

Commençons par vous présenter les litiges qui vous sont soumis dans les deux requêtes. M. A..., technicien territorial de 1<sup>ère</sup> classe de la communauté d'agglomération d'Épernay, Côteaux et Plaine de Champagne, a présenté, au titre de l'année 2021, sa candidature pour être promu, au titre de la promotion interne, au grade d'ingénieur territorial. Le 9 novembre 2021, il a été informé du rejet de sa candidature, son nom ne figurant pas sur la liste d'aptitude. Il vous demande, par la 1<sup>ère</sup> requête n°212760, d'annuler la liste d'aptitude établie par une décision du président du centre de gestion du 13 octobre 2021. Au soutien de sa demande d'annulation, il excipe de l'illégalité des lignes directrices de gestion, sur le fondement desquelles la liste d'aptitude a été établie, qui ont été fixées par un arrêté du 1<sup>er</sup> juillet 2021. Dans la 2<sup>nd</sup>e requête n°212846, M. A..., qui a présenté une demande de retrait ou d'abrogation de l'arrêté fixant les lignes directrices de gestion, vous demande d'annuler la décision du 23 novembre 2021 refusant de retirer ou d'abroger cet arrêté.

**S'agissant d'abord de la 1<sup>ère</sup> requête,**

Nous l'avons dit, M. A..., pour obtenir l'annulation de la liste d'aptitude, excipe de l'illégalité des lignes directrices de gestion, fixées par un arrêté du 1<sup>er</sup> juillet 2021.

Par une décision **CE, 14 octobre 2022, M. et Mme F..., n°462784 au Rec.**, le CE a admis l'**opérance** de l'exception d'illégalité des lignes directrices de gestion à l'encontre des décisions individuelles qu'elles orientent. Dans ses conclusions, le rapporteur public Clément Malverti indique en effet « Le requérant peut alors utilement soutenir que la décision n'est pas conforme aux lignes directrices ou, au contraire, que celles-ci n'auraient pas dû lui être appliquées, soit parce que la particularité de sa situation ou un motif d'intérêt général

justifiaient de s'en écarter, soit en invoquant, par voie d'exception, leur illégalité au regard des textes pour la mise en œuvre desquelles elles ont été édictées ».

Mais vous savez que pour être examiné au fond, un moyen soulevé par la voie de l'exception doit non seulement être opérant, mais il doit également être recevable. C'est la 1<sup>ère</sup> question délicate que vous avez à trancher dans ce dossier.

Vous connaissez très bien les conditions de recevabilité d'un moyen tiré de l'exception d'illégalité d'un acte, conditions qui ont été rappelées, et précisées, par la décision de principe **CE, 30 décembre 2013, Mme D..., n°367615 au Rec.** : il en résulte que la recevabilité du moyen dépend de la nature de l'acte dont l'illégalité est excipée. Ainsi, l'exception d'illégalité d'un acte réglementaire peut être formée à tout moment, même après l'expiration du délai de recours contentieux contre cet acte. C'est le caractère perpétuel de l'exception d'illégalité d'un acte réglementaire. Inversement, s'agissant d'un acte non réglementaire, l'exception n'est recevable que si l'acte n'est pas devenu définitif à la date à laquelle elle est invoquée, et ce, afin de préserver le principe de sécurité juridique. Enfin, la décision D... rappelle une exception « dans le cas où l'acte et la décision ultérieure constituent les éléments d'une même opération complexe » : dans ce cas, l'illégalité de l'acte peut être invoquée en dépit du caractère définitif de cet acte.

Le régime juridique est donc clairement établi. Son application n'en sera pour autant pas aisée, car il vous faut déterminer quelle est, en l'espèce, la nature de l'acte dont l'illégalité est invoquée, à savoir les lignes directrices de gestion, telles qu'elles ont été fixées par un arrêté du 1<sup>er</sup> juillet 2021. La question se pose bien en l'espèce puisque cet arrêté mentionne, en tête, un affichage au 1<sup>er</sup> juillet 2021. Ainsi, si les lignes directrices de gestion ne sont pas un acte réglementaire, alors le moyen est tardif, tardiveté qu'il vous appartient, le cas échéant, de relever d'office. La réponse n'est pas aisée. Nous pensons d'abord que les lignes directrices de gestion ne sont pas des actes réglementaires, suivant en cela la doctrine, et étendant en cela la jp, bien établie, en matière de « lignes directrices » (tout court), qui indique qu'elles ne sont pas de nature réglementaire. Le CE a en effet clairement indiqué, dans une décision de principe **CE, 19 septembre 2014, M. H..., n°364385 au Rec.**, que les lignes directrices, parce qu'elles sont arrêtées par des autorités ne disposant pas du pouvoir réglementaire, ne constituent pas des actes réglementaires. De même, et même si nous n'avons trouvé aucune décision qui le précise expressément, il nous semble évident de dire que ces lignes directrices de gestion ne constituent pas, non plus, par leur objet, des actes individuels. En réalité, et pour reprendre le terme utilisé par le rapporteur public Guillaume Odinet sous la décision de principe **CE, 12 juin 2020, Gisti, n°418142 au Rec.**, les lignes directrices sont des **actes « para-réglementaires »**, des actes non clairement identifiés, à mi-chemin du réglementaire et de l'individuel. Par suite, quel régime de recevabilité de l'exception d'illégalité faut-il appliquer à ces actes ?

Si nous appliquons strictement cette 1<sup>ère</sup> partie de la jp D..., qui distingue seulement, non pas entre les actes réglementaires et les actes individuels, mais entre les actes réglementaires et les actes non réglementaires, alors en l'espèce, l'exception d'illégalité ne nous semble pas recevable, du fait de l'affichage de l'arrêté le 1<sup>er</sup> juillet, et ce, en dépit du fait que les LDG n'ont pas à être affichées, puisque le décret n°2019-1265 du 29 novembre 2019, ne prévoit

aucune formalité de publication ou d'affichage permettant de leur assurer une date certains, l'article 5 énonçant seulement que « les lignes directrices de gestion sont rendues accessibles aux agents par voie numérique et, le cas échéant, par tout moyen ».

Mais il ne vous aura pas échappé que la jp D... pose une exception à ce régime, en admettant la recevabilité perpétuelle de l'exception d'illégalité d'un acte non réglementaire, lorsque les deux décisions s'inscrivent dans le cadre d'une opération complexe. Est-ce bien le cas en l'espèce ? Nous avons trouvé une ancienne décision **du CE 2 juin 1967, Ville de Toulon, n°62502 aux T.**, qui l'a déjà jugé, estimant qu'un fonctionnaire était recevable à exciper de l'illégalité de la liste d'aptitude, à l'encontre de son refus de nomination, dès lors que ces décisions s'inscrivent dans le cadre d'une opération complexe. Voyez également **TA Nouvelle-Calédonie, 28 septembre 2017, Barthelemy, n°1700088**, qui indique que « l'ensemble des opérations conduisant à l'établissement de la liste d'aptitude (...) relèvent d'une même opération complexe », ainsi que **TA Châlons, 11 février 2014, Syndicat démocratique unitaire des services publics des Ardennes, n°1301222**.

Il nous semble que vous pourrez également le considérer dans notre espèce, car l'arrêté fixant les lignes directrices de gestion n'a été pris qu'en vue d'établir ensuite les listes d'aptitude, qui seront bien prises pour son exécution, en en suivant les orientations. Cette solution nous semble également la plus à même de limiter les inconvénients de la jp D..., dans les premiers temps de son raisonnement, car il nous paraît extrêmement sévère de fonder la recevabilité de l'exception d'illégalité sur le caractère définitif des lignes directrices de gestion, alors qu'aucune condition de publicité donnant date certaine n'est fixée. De même, un délai de recours de deux mois, alors que les lignes directrices de gestion présentent un caractère pluriannuel, serait fort préjudiciable aux requérants qui contesteraient les listes d'aptitude établies quelques années plus tard. Aussi, nous vous proposons d'admettre l'opérance et la recevabilité du moyen, tiré de l'exception d'illégalité.

Au fond, M. A... soutient que le centre de gestion ne pouvait, sans instaurer de discrimination illégale, ni méconnaître les dispositions du décret du 29 novembre 2019, fixer des lignes directrices de gestion qui favoriseraient excessivement les agents entrés dans le corps ou promus par le biais de concours, alors que le décret précise qu'il s'agit d'apprécier la valeur professionnelle des agents. L'article 19 du décret indique en effet que les lignes directrices ont pour objet de « *préciser les modalités de prise en compte de la valeur professionnelle et des acquis de l'expérience professionnelle des agents, notamment à travers la diversité du parcours et des fonctions exercées, les formations suivies, les conditions particulières d'exercice attestant de l'engagement professionnel, de la capacité d'adaptation et, le cas échéant, de l'aptitude à l'encadrement d'équipes* ».

A ce stade, il vous faut préciser le contenu des lignes directrices de gestion arrêtés par le centre de gestion de la Marne. Le centre de gestion a conçu ces lignes en deux parties : la 1<sup>ère</sup> partie est notée, sur 117 points, et est divisée en deux sous-parties : une partie « acquis de l'expérience professionnelle », notée sur 58 points, et une sous-partie « valeur professionnelle », notée sur 59 points. La 2<sup>ème</sup> partie n'est pas notée. Elle est composée d'un rapport établi par l'autorité territoriale ou le supérieur hiérarchique, rapport dont l'objet est de permettre au centre de gestion de comparer les candidatures entre elles. Il est précisé que

« cette partie fait l'objet d'une analyse comparée de tous les dossiers soumis à la promotion interne, par grade d'accès. Elle pèse un poids équivalent à la partie relative à la valeur professionnelle et les acquis de l'expérience professionnelle ».

Vous l'aurez compris, cette partie, qui compte donc pour 50% de l'appréciation finale, est particulièrement imprécise, ce qui pourrait être vu comme ne fixant en réalité aucune ligne directrice de gestion, mais aucun moyen n'est présenté en ce sens. Le requérant conteste en réalité la 1<sup>ère</sup> sous-partie, qui pèse donc pour près d'1/4 de l'appréciation finale. Or, sur les 58 points, près de 43 ont consacré à apprécier le niveau académique de l'agent, et sa réussite à des concours, et non à son appréciation professionnelle : vous constaterez d'ailleurs que l'appréciation portée sur la valeur professionnelle du candidat lors de son entretien professionnel, mentionnée à la 2<sup>e</sup> sous-partie, ne compte que pour 15 points au total. Certes, nous pensons, contrairement à ce que soutient le requérant, que ces critères ne sont pas étrangers à la valeur professionnelle de l'agent, puisque, par exemple, l'agent qui présente des concours interne révèle ainsi sa volonté de progresser, mais nous considérons que la proportion consacrée est en l'espèce excessive. Nous vous proposons en conséquence de juger que les lignes directrices de gestion sont, pour ce motif, entachées d'illégalité, et ainsi, vous prononcerez l'annulation de la liste d'aptitude établie au grade d'ingénieur territorial au titre de l'année 2021.

S'agissant ensuite de la 2<sup>nd</sup>e requête, M. A... vous demande d'annuler la décision la décision refusant de retirer ou d'abroger l'arrêté fixant les lignes directrices de gestion.

Vous connaissez bien le régime juridique du retrait et de l'abrogation des actes administratifs, fixé au CRPA. Vous savez qu'il opère deux distinctions majeures entre, d'une part, les actes réglementaires et les actes non réglementaires, d'autre part, les actes créateurs et les actes non créateurs de droit. Vous l'aurez compris, il est bien difficile d'appliquer ce régime au nouvel instrument juridique que constituent les lignes directrices de gestion. Là encore, vous devrez vous interroger sur la nature juridique des lignes de gestion, puis sur le régime juridique qui leur est applicable.

Ainsi, nous l'avons dit, les lignes directrices de gestion ne sont pas des actes réglementaires, donc à première vue, vous devrez leur appliquer le régime juridique du retrait et de l'abrogation des actes non réglementaires, mais, nous l'avons dit, leur nature para-réglementaire pourrait vous conduire à imaginer une déconnexion entre la nature de l'acte et le régime juridique qui lui est applicable. En d'autres termes, on pourrait imaginer que les lignes directrices de gestion soient des actes non réglementaires qui, pour autant, suivraient le régime juridique du retrait et de l'abrogation des actes réglementaires. Cette proposition, si elle nous paraît intéressante, nous semble toutefois bien audacieuse car elle va à l'encontre des termes du CRPA, qui sont des articles de valeur législative. Nous ne vous proposons donc pas de suivre ce raisonnement et vous proposons d'appliquer aux lignes directrices de gestion le régime juridique des actes non réglementaires.

Vous devrez ensuite vous demander si les lignes directrices de gestion sont, ou non, créatrices de droits, notion qui n'est pas précisément définie par la jp. Vous savez que les actes

réglementaires ne sont pas créateurs de droits. Or en l'espèce, s'agissant d'un acte para-réglementaire, nous vous proposons de juger que les LDG ne sont pas créatrices de droits.

Les dispositions applicables sont donc celles applicables aux actes non réglementaires non créateurs de droits, soit les articles L.243-1 à -4 du CRPA.

**L'article L.243-2 pose les conditions de retrait d'un acte non créateur de droits :** l'administration ne peut retirer un acte réglementaire ou un acte réglementaire non créateur de droits que s'il est illégal et si le retrait intervient dans un délai de 4 mois suivant son édicition. Or en l'espèce, la demande de retrait a été réceptionnée le 2 novembre 2021, soit 1 jours après l'expiration du délai de 4 mois, qui est un délai non franc. Le délai de 4 mois étant expiré, c'est donc à bon droit que le directeur du centre de gestion a rejeté la demande de retrait.

**Le régime de l'abrogation des actes non créateurs de droits est fixé aux articles L.243-1 et -2 du CRPA :**

- **Article L.243-1 :** Un acte réglementaire ou un acte non réglementaire non créateur de droits peut, pour tout motif et sans condition de délai, être modifié ou abrogé sous réserve, le cas échéant, de l'édiction de mesures transitoires dans les conditions prévues à l'article L. 221-6.
- **Article L.243-2 :** (...) L'administration est tenue d'abroger expressément un acte non réglementaire non créateur de droits devenu illégal ou sans objet en raison de circonstances de droit ou de fait postérieures à son édicition, sauf à ce que l'illégalité ait cessé. Nous ne nous trouvons pas dans cette situation car l'acte n'est pas devenu illégal mais était entaché d'illégalité, ab initio.

Les dispositions applicables sont bien l'article L.243-1 du CRPA, qui institue, pour l'administration, une faculté.

Vous devrez alors trancher une dernière question, encore délicate, celle de savoir si vous exercez, sur cette faculté, un contrôle. Par un arrêt **CAA Douai, 20 septembre 2022, Société Aris, n°21DA01756**, la CAA de Douai s'est prononcée clairement en faveur de l'absence de contrôle, estimant qu'une telle décision « n'est pas susceptible de contrôle par le juge administratif », l'administration disposant alors d'un pouvoir discrétionnaire.

La lecture des conclusions du rapu Nil Carpentier-Daubresse, vous éclaire sur les motifs de cette décision. Il commence par rappeler la Jp établie, posant le principe de l'exercice d'un contrôle du juge, qualifié de restreint, sur la faculté donnée à l'administration de retirer ou abroger une décision créatrice de droits, faculté qui est instituée à l'article L.242-4. Voyez (CE, 29 octobre 2003, Mme C..., n° 241235, B ; CE, 16 septembre 2007, Mme G..., n° 290059, B ; CE, 24 avril 2019, M. E..., n°427422, C ; CE, 13 juillet 2020, M. B..., n° 431561, C). La CAA de Marseille a appliqué ce raisonnement à un refus d'abrogation mais toujours concernant une décision créatrice de droits (11 juillet 2011, I.. de rééducation et de réadaptation fonctionnelle Les Feuillades, n° 09MA01913, C+).

Le rapu explique ensuite les motifs qui l'ont conduit à proposer, à la différence de ces décisions, de ne pas contrôler le refus de l'administration de procéder à ce retrait ou abrogation, s'agissant des décisions non créatrices de droit. Il explique d'abord que ce

contrôle serait difficile en pratique, car il n'existe pas d'intérêts en présence à mettre en balance. Il explique ensuite qu'un tel contrôle ferait obstacle au principe de mutabilité, qui veut que l'abrogation ou la modification d'un acte puisse être décidée librement par l'administration.

Il précise, je cite ses conclusions : « Vous pouvez voir, sur cette problématique, un récent jugement du TA de Paris qui va dans ce sens et fait une lecture combinée des dispositions des articles L. 243-1 et L. 243-2 du CRPA (TA de Paris, 8 décembre 2021, n° 2019442 et les intéressantes conclusions de Xavier Pottier publiées à l'AJDA, 14 mars 2022, n° 9, p.526 qui mentionnent que *« Ce « peut », qui est utilisé à l'article L. 243-1, signale il est vrai souvent, en droit administratif, un pouvoir autant qu'un devoir. Mais, ici, il indique un pouvoir discrétionnaire de l'administration qui n'est pas susceptible de contrôle, sauf le cas, régi par l'article suivant, des circonstances nouvelles. »*)

Sur cette question, on peut aussi utilement se référer, même s'il s'agissait d'un cas de retrait et non d'abrogation, aux conclusions éclairantes d'Alexandre Lallet sous la décision du 27 mai 2021, association Pupu Here Ai'ia Nunaa Ia'ora, n° 439927, C, qui indique, selon lui, qu'il n'y a pas lieu de contrôler une éventuelle erreur manifeste d'appréciation dont serait entaché le refus de retirer un acte non créateur de droits qu'il assimile à une mesure purement gracieuse et qui est, dans cette mesure, insusceptible de recours. »

Or en l'espèce, si les lignes directrices de gestion ne sont pas créatrices de droits, elles ne sont pas non plus des actes non créateurs de droits comme les autres, et si elles ne sont pas des actes réglementaires, elles ne sont pas non plus des actes non-réglementaires comme les autres, et nous vous proposons d'exercer un contrôle sur la faculté ainsi donnée à l'administration, contrôle que nous vous proposons seulement restreint.

Ainsi, compte tenu de l'illégalité de l'acte, et du fait qu'il emportera, par exception d'illégalité, l'illégalité des listes d'aptitude qui seront établies pour son application, nous considérons qu'en refusant d'utiliser cette faculté, le directeur du centre de gestion a entaché sa décision d'une *ema*.

Si vous nous suivez, vous prononcerez, pour ce motif, l'annulation de la décision du 23 novembre 2021, en tant qu'elle refuse d'abroger l'arrêté du 1<sup>er</sup> juillet 2021.

Vous pourrez enfin mettre à la charge du centre de gestion, pour chacune des requêtes, une somme de 1500 euros à verser à M. A... au titre des frais liés au litige.

**Tel est le sens de nos conclusions dans ces deux affaires.**