



HAL
open science

**Note sous Cour administrative d'appel de Bordeaux, 29
décembre 2006, numéro 03BXO2057, Mme Agnès
Bodereau**

Frédéric Sauvageot

► **To cite this version:**

Frédéric Sauvageot. Note sous Cour administrative d'appel de Bordeaux, 29 décembre 2006, numéro 03BXO2057, Mme Agnès Bodereau. *Revue juridique de l'Océan Indien*, 2008, 08, pp.300-303. hal-02610884

HAL Id: hal-02610884

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02610884v1>

Submitted on 18 May 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

FONCTION PUBLIQUE ET DROIT DU TRAVAIL - Refus d'emploi d'une infirmière - position de disponibilité - absence de priorité - décision n'ayant pas à être motivée car ne

¹ CE, 10 novembre 2004, *Patrick Noddings*, *Rec. Tab.* p. 738 (rejet de la requête en l'espèce en raison de l'absence d'ambiguïté quant à l'objet de l'entretien).

² CE, Sect., 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, *Rec.* p. 133 ; *GAJA*, 2005, n° 56, p. 348.

³ *JORF* du 21 février 2007, p. 3041.

⁴ Un plus grand nombre de personnes publiques est aujourd'hui concerné par l'article 53, étant donné la baisse du seuil d'habitants opérée par le législateur de 2007.

constituant pas un droit

CAA Bordeaux, 29 décembre 2006, Mme Agnès Bodereau, n°03BXO2057

Frédéric SAUVAGEOT, Maître de conférences HDR à l'université de la Réunion

L'arrêt commenté, rendu par la Cour d'appel administrative de Bordeaux le 29 décembre 2006, dans une espèce *Mme Bodereau*, paraît devoir retenir l'attention en ce qu'il précise les conditions de mise en oeuvre de la priorité de recrutement reconnue au fonctionnaire hospitalier par l'article 38 du titre IV du statut général de la fonction publique (loi n°86-33 du 9 janvier 1986), pour ce qu'il est convenu d'appeler le rapprochement de conjoint¹. L'arrêt affirme tout à la fois, que cette disposition n'est pas invocable par les fonctionnaires placés en position de disponibilité, que la décision d'un directeur de centre hospitalier refusant de faire droit à cette priorité n'a pas à être motivée, et que le fonctionnaire ne saurait se prévaloir des dispositions de la circulaire du 16 avril 1996 (n°96/257) relative à l'article 38.

L'article 38 de la loi précitée du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relative à la fonction publique hospitalière établit une priorité de recrutement au bénéfice des fonctionnaires hospitaliers *“séparés de leur conjoint pour des raisons professionnelles”*. Dans l'arrêt commenté, la Cour considère que cette disposition ne bénéficie pas à un fonctionnaire placé en disponibilité par son établissement d'origine, car cette disposition suppose que *“le fonctionnaire ne soit pas déjà placé hors de l'établissement qu'il veut quitter pour être nommé dans un autre établissement”*. Et la Cour d'ajouter que la requérante ne satisfait pas aux conditions prévues par cette disposition *“alors même que cette mise en disponibilité lui a été accordée pour suivre son conjoint”*. Cette solution rigoureuse retiendra en premier lieu l'attention par son caractère novateur. Une telle question ne paraît en effet pas avoir été tranchée auparavant s'agissant de l'application du statut des fonctionnaires hospitaliers. Elle semble en outre conforme à la solution retenue par le Conseil d'Etat pour l'application de l'article 60 du titre II du statut général des fonctionnaires, propre aux fonctionnaires étatiques. Depuis un arrêt *Baux*, du 23 novembre 2005, celui-ci considère en effet que *“le bénéfice de la priorité qu'instaure l'article 60 (...) en faveur des fonctionnaires séparés de leur conjoint pour des raisons professionnelles ne s'applique qu'aux fonctionnaires ayant sollicité leur mutation, sous réserve de dispositions particulières en étendant le bénéfice aux agents réintégré dans leur corps d'origine après avoir été placés dans certaines positions statutaires, parmi lesquelles ne figure pas le détachement”*². Ainsi, le Conseil d'Etat considère-t-il d'une manière générale que le bénéfice de la priorité de recrutement, aussi bien en matière de fonction publique étatique qu'en matière de fonction hospitalière, suppose que l'intéressé se trouve en situation d'activité au moment il formule cette demande.

L'affirmation de l'absence de nécessité de motiver le refus de recrutement d'un fonctionnaire qui sollicite le bénéfice de l'article 38 paraît conforme à la jurisprudence administrative relative à la loi du 11 juillet 1979 sur la motivation administrative. Cette loi, est-il

¹ **Art. 38.** (Modifié en dernier lieu par loi n° 2005-102 du 11 février 2005, art. 35, 3°) - Dans la mesure compatible avec les nécessités du service, l'autorité investie du pouvoir de nomination fait bénéficier par priorité du changement d'établissement, du détachement ou, le cas échéant, de la mise à disposition, les fonctionnaires séparés de leur conjoint pour des raisons professionnelles, les fonctionnaires séparés pour des raisons professionnelles du partenaire avec lequel ils sont liés par un pacte civil de solidarité et les fonctionnaires handicapés relevant de l'une des catégories mentionnées aux 1°, 2°, 3°, 4°, 9°, 10° et 11° de l'article L. 323-3 du code du travail

² Rec., p. 519 ; AJDA 2006, p. 713, note S. Slama.

besoin de le rappeler, loin d'établir une obligation générale de motivation, n'impose en effet que celle des décisions individuelles défavorables ou dérogatoires émanant d'une autorité administrative, et qui, au surplus, intéresse l'un des catégories de décisions expressément visées par son article 1er¹. En l'espèce, la requérante se prévalait de la catégorie des décisions qui *“refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir”*. La Cour lui dénie sèchement le bénéfice de cette disposition en considérant que *“la nomination de Mme Bodereau dans un autre établissement, n'étant pas un avantage dont l'attribution constitue un droit au sens de la loi n°79-587 du 11 juillet 1979, le refus opposé à sa demande n'avait pas être motivé”*. Cette solution est logique par rapport à la considération précédente selon laquelle l'intéressé n'avait pas droit au bénéfice de l'article 38. En outre, cette solution est conforme à la jurisprudence du Conseil d'Etat qui protège le caractère exceptionnel de l'obligation de motivation. On rappellera en effet que, notamment, n'ont pas à être motivées au titre des décisions qui *“refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir”*, le refus de titulariser un stagiaire à la fin de son stage (CE, 29 juill. 1983, *Min. just. c/ Lorraine*, tables, p. 595), le refus de réintégrer un agent dans un corps de fonctionnaires à la suite d'une amnistie (CE, 6 juin 1984, *Poirier*, tables, p. 477), la décision de radier un agent d'un corps et de le reverser dans un autre corps (CE, 1er déc. 1982, *Verdejo*, AJDA 1983, p. 299).

L'affirmation par la Cour de l'impossibilité d'invoquer les dispositions de la circulaire n°96/257 du 16 avril 1996 intervient sur deux fondements. En premier lieu, et à titre principal, la Cour relève que cette circulaire se trouve *“dépourvue de tout caractère réglementaire”*. En second lieu, à titre nettement accessoire, la Cour relève *“qu'en tout état de cause ne peuvent être invoqués les termes de cette circulaire relatifs à la situation des agents relevant de l'article 38 de la loi du 9 janvier 1986, qui, ainsi qu'il est dit ci-dessus, n'est pas celle de la requérante”*. Cette seconde précision paraît présenter une vertu essentiellement pédagogique à l'égard de la requérante : la Cour lui rappelle ici qu'elle n'a pas à nourrir de regret de l'impossibilité de se prévaloir des dispositions de la circulaire dès lors que, plus fondamentalement, elle ne saurait en aucun cas bénéficier de la priorité de recrutement prévue par l'article 38 quelque soit les éléments caractéristiques de sa situation particulière. L'impossibilité radicale de se prévaloir des dispositions de la circulaire du fait de l'absence de tout caractère *“réglementaire”* est pour sa part des plus logique au regard de la jurisprudence classique du Conseil d'Etat. Il ne s'agit en effet nullement pour la Cour de rejeter un recours en annulation direct contre la circulaire. Si tel avait été le cas, l'invocation de l'absence de caractère réglementaire serait apparue des plus curieuse au regard du revirement opéré par le Conseil d'Etat dans l'arrêt de Section du 18 décembre 2002 *Mme Duvignères*². Rompant avec la *“vieille”* jurisprudence *Notre-Dame du Kreisker* de 1936, qui subordonnait la recevabilité d'un recours contre les dispositions d'un circulaire à leur caractère *“réglementaire”*, ce arrêt subordonne dorénavant cette recevabilité au caractère *“impératif”* des dispositions de la circulaire. Mais, en l'espèce, tout au contraire la requérante entendait invoquer à son bénéfice les dispositions d'une circulaire. Or, on sait qu'un tel raisonnement ne saurait prospérer devant le juge administratif. Ainsi que le note R. Chapus, traditionnellement, *“dans les rapports entre l'administration et les administrés, elles (les circulaires) sont comme si elles n'existaient pas ; elles sont la transparence même (...) les circulaires (...) ne sont pas invocables par les administrés ; notamment, ces derniers ne sauraient utilement faire valoir qu'une décision devrait être annulée, parce que prise en méconnaissance des dispositions d'une circulaire. (...) Le juge administratif ne connaît que la loi ou le règlement*

¹Pour une présentation détaillée de l'ensemble du dispositif, notamment, J.Y. Vincent, motivation des actes administratifs, J-Cl. Administratif, fasc. n°107-30.

²MM. Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, coll. “Grands arrêts”, 16e éd, 2007, p. 888.

*et la décision qui en procède, et c'est en se référant à l'une ou l'autre qu'il appréciera si la décision déferée à sa censure est ou non ce qu'elle doit être*¹. Et, en l'espèce, la circulaire invoquée n'ayant pas été publiée², le requérant ne pouvait, en tout état de cause, se prévaloir de l'article 1er du décret du 28 novembre 1983 qui dispose que *“tout intéressé est fondé à se prévaloir, à l'encontre de l'administration, des (..) circulaires publiées (..)”*. On le regrettera presque dans la mesure où la Cour aurait alors dû se prononcer sur la possibilité pour la requérante de se prévaloir de ce texte, question semble encore loin d'être tranchée en jurisprudence³. On pourrait toutefois considérer que la Cour statue implicitement sur cette solution. En effet, en ne recherchant aucunement si ladite circulaire avait fait l'objet d'une publication, elle semble considérée *a contrario* qu'elle telle publication n'aurait rien changé à son analyse.

¹*Droit administratif général*, Montechestien, 11e éd., 2001, p. 513, n°684 a).

²L'affirmation d'une telle absence de publication résulte d'une recherche sur legifrance.

³Sur la diversité des solutions retenues sur cette question, H-M. Crucis, *Notion d'acte administratif*, J-Cl. Administratif, fasc. n°106-10, n°50 ; également, R. Chapus, *Droit administratif général*, précité, p. 516, n°687 c)