

# La "nomination pour ordre": un acte de gestion du personnel juridiquement inexistant

(paru dans La Gazette des communes du 09 décembre 2002)

I- Qu'est-ce que la nomination pour ordre ? .....	2
<b>A. Les bases légales de la définition jurisprudentielle</b> .....	2
<b>B. Les présomptions de qualification de nomination pour ordre</b> .....	2
1. L'absence d'exercice effectif des fonctions .....	3
2. L'absence d'emploi vacant.....	3
3. L'anticipation de la vacance d'emploi .....	4
4. L'absence de modification réelle des fonctions.....	4
II- Les effets liés à la reconnaissance par le juge d'une nomination pour ordre.....	5
<b>A. Les effets en matière de procédure</b> .....	5
1. L'inexistence fait perdre à l'acte son caractère administratif.....	5
2. Une nomination pour ordre peut faire l'objet d'un recours à tout moment .....	5
<b>B. Les effets sur les règles du retrait d'un acte administratif</b> .....	5
<b>C. Les effets pratiques de l'inexistence par voie de conséquence</b> .....	5
1. Les effets sur les actes réglementaires .....	5
2. Les effets sur les actes individuels .....	6
3. Les effets sur les tiers .....	6
4. La sécurité juridique des actes pris par un agent nommé pour ordre : la théorie du fonctionnaire de fait .....	7

## A retenir

- **Toute nomination ou toute promotion dans un grade qui n'intervient pas exclusivement en vue de pourvoir à un emploi vacant et de permettre à son bénéficiaire d'exercer des fonctions correspondantes est nul, selon le statut général des fonctionnaires.**
- **Tirant les conséquences de ce principe, le Conseil d'Etat définit la « nomination pour ordre » comme le fait d'investir une personne d'une fonction, non pour qu'elle l'exerce mais pour qu'elle bénéficie des avantages qui y sont attachés.**
- **Ainsi, des nominations alors qu'il y a absence d'exercice effectif des fonctions, absence d'emploi vacant, anticipation d'une vacance d'emploi peuvent constituer des cas de « nomination pour ordre ».**
- **La nomination pour ordre étant considérée par le juge comme un acte inexistant, elle en suit le régime juridique : elle peut faire l'objet d'un recours à tout moment, elle n'est pas créatrice de droits et risque de rendre inexistantes les actes subséquents relatifs à la carrière de l'agent ainsi nommé.**

**I**l est un principe fondamental d'après lequel l'ensemble des actes de l'administration est soumis au respect de règles de droit qu'elle a elle-même élaborées ou qui lui sont extérieures .

Au titre des sanctions dites « normales » ou « ordinaires » de l'inobservation de ce principe de légalité administrative, on trouve la nullité de l'acte administratif illégal : un tel acte bénéficie de la présomption de légalité tant que son illégalité n'a pas été constatée par l'autorité publique (administrateur ou juge). Ce constat doit, théoriquement, intervenir dans un certain délai et, dans le cas où l'annulation serait effectivement prononcée, l'acte en cause est censé ne jamais avoir existé et ses effets sont rétroactivement annulés.

A côté de cela, on trouve, au titre des sanctions que l'on dira « exceptionnelles », l'inexistence de certains actes administratifs, qui résulte du constat que ceux-ci ne peuvent être que « nuls et de nul effet » ou « nuls et nonavenus », en tant qu'ils sont entachés d'un vice tellement grave qu'ils ne peuvent être considérés que comme n'ayant jamais existés (*CE, 31 mai 1957, Rosan Girard*<sup>1</sup>; *CE, 29 décembre 1997, commune d'Hautmont, n°139317*<sup>2</sup>). Il peut arriver, en outre, que des actes soient matériellement inexistant<sup>3</sup>, auquel cas la question de leur légalité n'a pas de signification.

Le fait que ces actes soient censés ne produire aucun effet juridique n'est pas sans emporter un certain nombre de conséquences juridiques importantes (**II**). Quant à dresser une liste exhaustive des actes inexistant, on ne s'y risquera pas, dans la mesure où l'établissement de l'inexistence juridique d'un acte découle de la gravité de son illégalité.

Le professeur René Chapus<sup>4</sup> précise, en ce sens, que l'on ne peut qu'en dénombrer les concrétisations, telles que l'usurpation de fonctions ou de pouvoir, ou encore, l'empiètement sur les attributions d'une autorité d'un autre ordre. En droit de la fonction publique, sont au moins visées les décisions qui méconnaissent les effets attachés au fait qu'un agent public atteint la limite d'âge<sup>5</sup> mais, surtout, à la "nomination pour ordre". C'est à cette dernière que l'on s'intéressera (**I**).

## **I- Qu'est-ce que la nomination pour ordre ?**

### **A. Les bases légales de la définition jurisprudentielle**

La situation dite de "nomination pour ordre" est visée par les dispositions de l'article 12, alinéa 3, de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, aux termes desquelles : "Toute nomination ou toute promotion dans un grade qui n'intervient pas exclusivement en vue de pourvoir à un emploi vacant et de permettre à son bénéficiaire d'exercer les fonctions correspondantes est nulle".

La définition usuelle de la nomination pour ordre est le fait d'investir une personne d'une fonction, non pour qu'elle l'exerce mais, pour qu'elle bénéficie des avantages qui y sont attachés (*CE Sect., 30 juin 1950, Massonau, p.400* ; *CE Ass., 15 mai 1981, Maurice, n°33041, p. 221*).

### **B. Les présomptions de qualification de nomination pour ordre**

---

<sup>1</sup> S'agissant de l'empiètement d'une autorité administrative sur les attributions du juge d'une élection.

<sup>2</sup> S'agissant d'un maire ayant souscrit un emprunt auprès de la CDC, sans y avoir été préalablement autorisé par le conseil municipal.

<sup>3</sup> *CE Sect., 26 janvier 1951, Galy, p.46.*

<sup>4</sup> *Droit administratif général, T1, 15<sup>e</sup> ed., n°1204.*

<sup>5</sup> *CE Sect., 3 février 1956, de Fontbonne, p.45.*

Cependant, en pratique, la qualification de nomination pour ordre ne va pas toujours de soi. Le juge a donc été conduit à poser des critères permettant de la déceler, qu'il peut d'ailleurs combiner "en les circonstances de l'espèce". On en proposera une classification qui ne revêt pas de caractère limitatif ou impératif.

### **1. L'absence d'exercice effectif des fonctions**

Le juge a pu conclure à une nomination pour ordre lorsque :

- la nomination d'un agent intervient, alors qu'à cette date il est en position de détachement de longue durée pour occuper des fonctions électives qu'il continue à exercer, dans la même position, après la nomination litigieuse. Dans ce cas, la nomination n'a pas eu pour objet de permettre à l'intéressé d'exercer ses nouvelles fonctions (*CE, 5 mai 1971, n°75655; dans le même sens : CE, 8 janvier 1971, n°77326/77327*).
- la nomination comme directeur de collège d'enseignement général est prononcée alors que l'agent n'est, en réalité, pas appelé à occuper cet emploi (*CE, 27 mai 1987, M.Zind, n°56506*).
- la nomination de vingt-cinq lauréats de concours en qualité de conducteurs de travaux, dans une collectivité locale où ont été créés les emplois correspondants, est décidée alors qu'ils sont mis, dans le même temps, à disposition de leurs services d'origine pour être, ensuite, "déplacés d'office" dans les mêmes services, consécutivement à une procédure de transfert de ces emplois (*CE Sect., 1<sup>er</sup> octobre 1990, Ministre des PTT-M.Nassalucci et autres c/M.Bourreil, n°77030*).

### **2. L'absence d'emploi vacant**

Le juge a pu reconnaître une situation de nomination pour ordre dans les cas où :

- un agent exerce effectivement les fonctions sur lesquelles il est nommé ou promu, alors que l'emploi n'est, en réalité, pas vacant, étant déjà pourvu par un autre (*TA Nice, 30 juin 1998, M.André Peyregne c/ Ville de Nice, req. n° 9738808*).

A cet égard, on se posera la question de savoir si la solution rendue serait identique dans l'hypothèse où le poste est occupé par un contractuel, étant donné que les emplois occupés par des agents non titulaires sont considérés comme des postes vacants (*CE, 24 janvier 1990, Centre hospitalier général de Montmorency c/Mme Lavignotte, n°67.078 ; TA Rennes, 28 janvier 1998, Mme Danielle Rousseau*).

Pour cette raison, la réponse devrait être qu'il n'y a pas nomination pour ordre dès lors que l'emploi est déjà occupé mais par un contractuel. Resterait néanmoins accordé à ce dernier le droit de mettre en cause la responsabilité de l'administration, pour se voir indemnisé du préjudice éventuellement subi par lui par la faute de celle-ci ;

- le détachement d'un agent, en qualité de directeur de cabinet, qui a eu, en vérité, pour objet de le nommer directeur général des services alors que cet emploi n'était pas vacant et qu'il n'était pas possible de nommer un administrateur territorial, le nombre d'habitants de la collectivité locale concernée étant inférieur à 40 000 habitants (*CE, 29 juillet 2002, M.S, n°240966 - ordonnance de référé -, suivi de TA Versailles, 7 octobre 2002, M.S n°014602*).

On remarquera que, dans l'affaire "M.S", le Conseil d'Etat, saisi en appel, a fait droit à la demande de référé-suspension des décisions portant, respectivement, détachement de "M.P" en qualité de directeur de cabinet et nomination de "M.P" en qualité de directeur général des services, celle-ci mettant simultanément fin aux fonctions de "M.S" alors en poste. En effet, pour la haute juridiction, "il y a urgence à mettre fin à la persistance d'une telle situation qui est de nature à compromettre le bon fonctionnement des services municipaux, à créer une grave insécurité juridique et à préjudicier aux intérêts de M.S."

### **3. L'anticipation de la vacance d'emploi**

Le juge refuse de valider la pratique adoptée par certaines administrations et visant à procéder à des "nominations anticipées", ne devant recevoir effet qu'à la date où s'ouvrent les vacances qu'elles sont destinées à combler. En effet, cette pratique qui ne "trouve sa justification juridique que dans les nécessités du service et le souci d'assurer son fonctionnement dans les meilleures conditions possibles", si elle n'est pas motivée, dans l'espèce, « par un motif de service de nature à donner une base légale à l'acte attaqué » et, qu'au surplus, "un trop grand espace temps existe entre la nomination et la date à laquelle elle a pris effet", est entachée d'excès de pouvoir (*CE, 20 mai 1988, Syndicat national des cadres hospitaliers, n°62614*).

Il en est de même de la réintégration dans sa collectivité ou son établissement d'origine de l'agent en disponibilité, dans le but de lui permettre d'être muté dans une autre collectivité territoriale ou un autre établissement public (*CE, 27 février 1995, Mme Fray, req. n°97210* : "qu'il est constant que Mme Fray, institutrice, était en disponibilité pour convenance personnelle avant son affectation en Guadeloupe (...); que si elle a été intégrée pour ordre (...) pour participer au mouvement national de permutations, cette circonstance ne saurait, en l'absence d'une nomination effective sur un poste implanté en Gironde, faire regarder l'intéressée comme étant en service").

Si la réintégration fictive, non suivie d'une affectation effective, en retour de disponibilité, est censurée par la haute juridiction, la solution est similaire pour le retour de détachement. Il en va ainsi de la nomination d'une personne comme attaché stagiaire, alors qu'elle est, en même temps, maintenue en position de détachement, la décision n'ayant, en fait, pas été prononcée en vue de lui permettre d'accomplir son stage et de pourvoir aux besoins du cadre départemental des attachés (*CE, 9 novembre 1990, Fléret, n°78012*).

### **4. L'absence de modification réelle des fonctions**

On en donnera pour illustrations :

- l'avancement prononcé alors que le fonctionnaire a conservé les mêmes fonctions de chargé de mission, et qui apparaît comme n'étant pas exclusivement intervenu en vue de pourvoir un emploi vacant et d'exercer les fonctions correspondantes à cet emploi (*CE, 14 avril 1995, M. Kotra Louis Regei, n°145299* ; dans le même sens : *CAA Lyon, 6 novembre 2001, Ministre de l'Équipement, Caisse des dépôts et consignations, req. n°98LY01278/98LY01557*) ;
- la nomination dans des fonctions que l'agent n'a jamais exercées, ce dernier continuant à exercer ses fonctions précédentes, et qui n'a donc pas été prise en vue de pourvoir aux besoins du service, mais qui a eu pour seul objet de permettre son inscription sur une liste d'aptitude (*CE, 12 octobre 1992, M. Duchêne, n°100441*).
- l'avancement d'un agent sans que les attributions qu'il occupait antérieurement soient modifiées, et ce, uniquement en prévision de son départ prochain à la retraite (*CAA Lyon, 6 novembre 2001, Ministre de l'Équipement, Caisse des dépôts et consignations, req. n°98LY01278/98LY01557*).

On relèvera qu'en l'espèce, la Cour n'a pas déclaré la promotion nulle et non avenue mais a tiré de la qualité de "nomination pour ordre" la conséquence qu'elle ne "pouvait avoir aucun effet sur les modalités de liquidation de la pension".

Transparaissent, au travers des situations examinées précédemment, deux autres critères dont la valeur n'est pas des moindres : le premier est l'absence de nécessité de pourvoir aux besoins "du service" (*CE, 5 mai 1971, Préfet de Paris*), "du tribunal" (*CE, 15 mai 1981, Maurice : concernant la nomination d'un magistrat de l'ordre judiciaire*), du "cadre d'emplois" (*CE, 9 novembre 1990, Fléret*) ou, encore, "aux besoins du corps" (*CE, 8 janvier 1971, précité*). Le second, on l'a indiqué précédemment, est la poursuite de l'objectif exclusif d'accorder des avantages à son bénéficiaire.

## **II- Les effets liés à la reconnaissance par le juge d'une nomination pour ordre**

La nomination pour ordre étant un acte inexistant, elle en suit le régime juridique.

### **A. Les effets en matière de procédure**

#### ***1. L'inexistence fait perdre à l'acte son caractère administratif***

Ainsi, tant le juge judiciaire que le juge administratif peut la reconnaître, sans que s'y oppose le principe de la séparation des autorités (*TC, 27 juin 1966, Guigon, p.830*).

#### ***2. Une nomination pour ordre peut faire l'objet d'un recours à tout moment***

Etant inexistante, la nomination pour ordre peut faire l'objet d'un recours en déclaration d'inexistence ou, en pratique, être déférée au juge de l'excès de pouvoir sans délai, c'est-à-dire à tout moment (*CE Ass., 15 mai 1981, Maurice*).

Mais cette affirmation mérite d'être précisée sur un point. Le recours en déclaration d'inexistence se différencie, en effet, du recours pour excès de pouvoir. Ainsi, le juge ne pouvant annuler ce qui n'existe pas, il est, en fait, amené à requalifier l'éventuel recours pour excès de pouvoir pour statuer comme s'il était saisi d'un recours en déclaration d'inexistence et dire l'acte qui lui est déféré "nul et non avenue" (ou "nul et de nul effet"). Qui plus est, "le juge de l'excès de pouvoir saisi d'un recours dirigé contre un acte nul et de nul effet est tenu d'en constater la nullité à toute époque", ce qui signifie que ne peut être opposé le moyen selon lequel le recours aurait été introduit après l'expiration du délai de recours contentieux (*CE, 10 novembre 1999, Préfet de la Drôme, n°126382*).

De la même façon, il n'y a pas lieu de rechercher si la publication au « Journal Officiel » d'un extrait de l'arrêté en cause a été de nature à faire courir le délai de recours contentieux contre les tiers (*CE, 15 mai 1981, Maurice*).

En outre, le juge doit relever la "nomination pour ordre" d'office (*CE, 5 mai 1971, Préfet de Paris*).

### **B. Les effets sur les règles du retrait d'un acte administratif**

L'acte inexistant est insusceptible de créer des droits (*CE Sect., 30 juin 1950, Massonaud*). En conséquence, l'administration peut, et doit, en prononcer à toute époque le retrait (*CE, 21 février 1997, Romano, p.55*), aucun prétendu droit acquis ne pouvant lui être opposé.

Très logiquement, la décision de retrait n'a pas à être motivée (*CE, 21 février 1997, Romano*) et elle ne peut être entachée de détournement de pouvoir (*CE, 12 octobre 1992, M.Duchêne*).

### **C. Les effets pratiques de l'inexistence par voie de conséquence**

On pourra faire la distinction selon que l'acte litigieux est réglementaire ou individuel.

#### ***1. Les effets sur les actes réglementaires***

A titre d'exemple, on évoquera l'affaire "préfet de la Drôme", dans laquelle la haute juridiction a considéré que la délibération d'un conseil municipal ayant été déclarée nulle et de nul effet par le juge, par voie de conséquence "sont, également, nulles et de nul effet les décisions prises par application de cette délibération" (*CE, 10 novembre 1999, préfet de la Drôme : la délibération portait transformation en emploi d'assistant d'études en aménagement et en urbanisme l'emploi spécifique de directeur des services techniques. Ont*

*été déclarés nuls et de nul effet, d'une part, l'arrêté prononçant l'intégration de l'agent dans le cadre d'emplois des ingénieurs territoriaux au grade d'ingénieur subdivisionnaire et, d'autre part, l'arrêté lui accordant le bénéfice de la prime technique afférente à cet emploi).*

La solution paraît donc s'écarter des répercussions de l'annulation portant sur un règlement puisqu'une telle annulation est, théoriquement, sans effet sur les décisions d'application du règlement qui ont conféré des droits.

## **2. Les effets sur les actes individuels**

Il semble, également, que les actes individuels pris en application d'un acte inexistant soient eux-mêmes entachés d'inexistence (*CE Sect., 9 novembre 1990, Fléret : sont nuls et non venus la titularisation et du détachement dans des fonctions occupées en cette qualité, postérieurs à la déclaration de nullité de la nomination pour ordre d'un stagiaire*).

A titre d'illustration, on relève, dans la jurisprudence, que le caractère nul et non avvenu d'une nomination entraîne le même caractère pour l'acte d'affectation pris sur son fondement (*CE, 15 mai 1981, Maurice*) ; que la nomination ne saurait conférer le droit que les émoluments afférents audit emploi soient retenus pour le calcul de la pension à retraite de l'agent (*CE, 27 mai 1987, M.Zind*).

L'agent "nommé pour ordre" peut-il pour autant faire valoir un quelconque droit à indemnisation, en vertu de la faute commise par l'administration ? Pour répondre affirmativement à cette interrogation, on invoquera la solution donnée par la cour administrative d'appel de Paris, le 30 novembre 1999 (*M.Michel, n°98PA00254*), qui a reconnu, sur le fondement de la faute tirée de l'imprévoyance de l'autorité administrative, un droit à réparation au contractuel recruté sur un emploi qui s'est avéré non vacant et qui, sur "la foi de cet engagement", a quitté son emploi précédent.

## **3. Les effets sur les tiers**

Vis-à-vis d'un tiers, la nomination d'un agent stagiaire devant être regardée comme n'ayant jamais existé, l'acte de l'autorité administrative par lequel a été refusé de nommer un autre agent pour les mêmes fonctions, inscrit sur la liste complémentaire, au motif qu'il n'existait pas d'emploi vacant est illégal, en tant qu'il est entaché d'erreur de droit (*CE, 9 novembre 1990, M.Fléret*).

Mais, aussi, l'inexistence de la nomination pour ordre d'un directeur de cabinet pour occuper les fonctions de directeur général des services qui met simultanément fin aux fonctions du directeur en poste implique la réintégration de celui-ci, son éviction étant jugée irrégulière (*TA Versailles, 7 octobre 2002, M.S*).

Enfin, dans le cadre de l'annulation d'une décision d'éviction d'un agent, l'autorité administrative est tenue de réintégrer celui qui en a été victime dans ses fonctions initiales. Et elle doit soit le faire dans un emploi identique à celui qu'il occupait avant son éviction, soit, à défaut d'emploi identique vacant, dans l'emploi même qu'il occupait. Dans ce second cas, elle doit faire le constat du caractère "nul et de nul effet" de l'acte portant nomination du fonctionnaire irrégulièrement désigné pour le remplacer sur un poste qui, en définitive, n'avait jamais été vacant (*CE, 3 avril 1998, Ministre de l'éducation nationale et de la culture/ M.Brunet, n°133410, 151720, 154121; dans le même sens : CE, 2 juillet 1999, Hirsch-Marrie, n°190474 ; TA Nice, 30 juin 1998, M.André Peyregne c/ Ville de Nice*).

La déclaration d'inexistence est donc un préalable à la réintégration de l'agent irrégulièrement évincé sur, dans la plupart des cas, ce que l'on désigne par emploi unique (*CE, 14 février 1996, M.Sibille, n°152711*). Aucun délai de recours ne saurait être opposé au requérant qui forme un recours à l'encontre d'actes qui sont la conséquence de l'acte inexistant.

Il apparaît, dès lors, que les effets à tirer quant au sort des actes dits "connexes", "supports" ou "subséquents" vont plus loin en cas d'inexistence qu'en cas d'annulation. Dans le premier cas, le juge ne paraît pas devoir se préoccuper, avec autant de rigueur, de faire coexister les principes de sécurité juridique (à l'origine de l'interdiction de la rétroactivité et du respect des droits acquis) et ceux de légalité et d'efficacité du recours juridictionnel, qui nécessite que l'administration puisse rectifier ses erreurs et irrégularités, par elle découvertes ou à elle signalées, ceux-ci semblant l'emporter plus aisément.

Pourtant, on hésitera à soutenir, que tant le juge que l'administration peuvent totalement s'exonérer de l'examen visant à déterminer si l'acte d'application trouve son unique base légale<sup>6</sup> dans l'acte déclaré inexistant, alors que, dans le cadre du contentieux de l'annulation, il semble difficile d'adopter, en toutes hypothèses, une attitude aussi "maximaliste". On prendra pour exemple la façon dont sont pris en compte les droits des tiers. Là où lorsque le juge a annulé la délibération du jury d'un concours de recrutement, les décisions ultérieures nommant les candidats admis sont devenues définitives et les droits ainsi créés font obstacle à ce qu'elles soient retirées ou frappées de caducité (*CE, 30 octobre 1997, Lugan*), le juge de la déclaration d'inexistence n'aurait-il pas déclaré tous les actes pris pour application à leur tour nuls et non avenue?

#### ***4. La sécurité juridique des actes pris par un agent nommé pour ordre : la théorie du fonctionnaire de fait***

Ceci étant, la théorie du "fonctionnaire de fait" paraît, quant à elle, devoir, s'appliquer et permettre que soient validées les décisions prises par l'agent nommé pour ordre, en tant qu'elle est fondée sur l'apparence (les signes extérieurs) de régularité. Selon les formules jurisprudentielles traditionnelles : "un fonctionnaire irrégulièrement nommé aux fonctions qu'il occupe doit être regardé comme légalement investi desdites fonctions tant que sa nomination n'a pas été annulée" (*CE Ass., 2 novembre 1923, Association des fonctionnaires de l'administration centrale des PTT, p.699; CE, 16 mai 2001, n°231717*) ou "tant que sa nomination n'est pas annulée, un agent public, même irrégulièrement nommé, accomplit valablement les actes relevant de ses fonctions" (*CE, 8 février 1995, Mme Robert, n°279*).

En conclusion, force est de constater que le fait de nommer un agent, dans des conditions contraires aux dispositions de l'article 12 du statut général des fonctionnaires, peut s'avérer lourd de conséquences, tant pour une collectivité publique que pour l'intéressé. Ce, même si cette solution apparaît a priori particulièrement tentante en termes de souplesse dans la gestion des ressources humaines.

---

<sup>6</sup> CE, 28 juillet 1999, Ministre de l'intérieur c/ Mme Lainé.