

Requête contre les

Arrêtés du 5 juillet 2010

autorisant au titre de l'année 2011 l'ouverture de concours externes, de concours externes spéciaux, de seconds concours internes, de seconds concours internes spéciaux et de troisièmes concours de recrutement de professeurs des écoles stagiaires.

(JO, 8 juillet 2010)

Requête déposée par SUD-Education, FCPE, Association générale des étudiants de Paris-Sorbonne, SUD-Étudiant, Syndicat des étudiants de Nantes, SLU.

PARTIE 1 : SUR L'URGENCE

Conditions de l'urgence rappelées par le juge des référés « atteinte de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre.

Condition d'urgence pleinement établie par le CE dans son ordonnance du 2 juillet. À un alinéa près, les arrêtés du 5 juillet sont identiques à ceux du 5 mai qui avaient été suspendus. Aucun élément nouveau depuis le 2 juillet n'est de nature à amener le juge des référés dans un autre sens. Condition d'urgence d'autant mieux établie que la date de clôture des inscriptions est désormais passée et que le temps restant à courir avant début des épreuves est encore plus court.

Il est réaffirmé que l'exécution de l'arrêté du 5 juillet 2010 port une atteinte grave à l'intérêt public qui s'attache à une préparation sereine des concours : raccourcissement des délais de préparation, entraîne diminution de la qualité des travaux, donc de la pertinence du choix des jurys, c'est-à-dire, in fine, de la qualité du recrutement. Degré d'impréparation attesté par l'absence de publication à ce jour des programmes officiels des concours.

Par ailleurs, mobilisation humaine considérable dans un délai très court

La suspension de l'arrêté attaqué ne compromettrait pas la continuité du service public de l'éducation nationale puisque le MEN disposerait de la faculté d'organiser les concours aux périodes traditionnellement retenues au cours du premier semestre 2011.

PARTIE 2 :

SUR LES MOYENS DE NATURE A CREER UN DOUTE SERIEUX QUANT A LA LEGALITE DE L'ARRETE

1/ Sur le vice de procédure

Le décret du 19 octobre 2004 relatif à l'ouverture des procédures de recrutement dans la fonction publique d'État prévoit (article 2) : « Les procédures de recrutement mentionnées aux articles 19 et 26 de la loi du 11 janvier 1984 susvisée sont ouvertes par un arrêté de l'autorité compétente pris après avis du contrôleur financier. » Le concours dont l'arrêté attaqué organise les modalités relève des articles 19 et 26 de la loi de 1984. Or, l'arrêté attaqué n'indique pas mention de l'avis préalable du contrôleur financier. Il est de surcroît peu probable que cet avis ait été sollicité par le MEN. En effet, dans son mémoire en défense produit dans le cadre de la procédure contentieuse introduite contre les arrêtés du 5 mai, le

MEN a admis attendre systématiquement plusieurs mois avant de publier un arrêté fixant le nombre de postes ouverts à chaque concours.

Une telle pratique viole le texte du décret du 19 octobre 2004. Il est en effet évident que la procédure de recrutement ne peut pas être ouverte avant que cet avis ait été recueilli. Il s'agit donc d'une illégalité manifeste. Or, le CE juge que la méconnaissance par le ministre organisant le concours de l'obligation de procéder à des consultations préalables entraîne la nullité des actes pris et impose l'annulation de l'ensemble des opérations de concours (CE, 1974, Jarry). Dans ces conditions, le CE ne pourra que constater la violation des dispositions du décret de 2004 et prononcer la suspension de l'arrêté attaqué.

2/ Au fond, sur la violation de la loi

L'arrêté encourt la suspension pour 3 motifs d'illégalité qui lui sont propres ainsi que pour un 4^e motif tiré de l'illégalité du décret statutaire du corps auquel le concours ouvert par l'arrêté attaqué permet l'accès.

2.1/ Sur l'absence de mention du nombre de places ouvertes au concours

L'arrêté attaqué mentionne fixation par décision ultérieure du nombre de postes ouverts aux concours. Pratique qui constitue par elle-même une illégalité. Le décret comme la doctrine estime de manière unanime que « la décision d'ouverture indique le nombre de places, la date des épreuves, les délais d'inscription, les pièces à fournir, plus généralement, les conditions d'accès si elles relèvent de la compétence du ministre. » C'est d'ailleurs en application de cette règle que plusieurs ministères organisent les concours (ex : Économie, Défense, Écologie, Affaires étrangères, [pièces jointes]). En outre, le MEN ne peut invoquer la méconnaissance du nombre de postes ouverts dans la mesure où il est admis, par jurisprudence CE (1993), qu'il est « loisible à l'administration de modifier le nombre d'emplois offerts à un concours jusqu'à la date du début des épreuves ».

Dans ces conditions, l'arrêté attaqué encourt la suspension en ce qu'il ne prévoit pas le nombre de postes ouverts au concours.

2.2/ Sur l'excessive brièveté du délai laissé aux candidats pour s'inscrire

L'arrêté du MEN prévoit un délai de 15 jours pour inscription. Le CE a jugé que si un délai de 27 jours était inacceptable, un délai de 9 jours ne l'était pas. Le délai laissé en l'espèce est plus proche de 9 que de 27, doit donc être considéré comme excessivement bref et motiver sa suspension.

2.3/ Sur la prise en compte des « actes de candidatures » antérieurs à la date de l'arrêté

L'arrêté prévoit que « les candidats ayant déjà fait, depuis le 1^{er} juin 2010, acte de candidature aux concours ouverts par le présent arrêté n'ont pas à renouveler leur inscription qui sera prise en compte par l'administration pour être admis à en présenter les épreuves ».

a/ À titre principal, sur l'illégalité du règlement rétroactif

Par l'alinéa cité, le MEN confère un caractère rétroactif au 1^{er} juin à l'arrêté. Certes, le ministère s'inspire du communiqué de presse du CE du 2 juillet 2010. Pour autant, il ne s'agit pas là d'une affirmation incluse dans une décision juridictionnelle du CE qui est donc pleinement fondé à trancher dans un sens différent. C'est d'ailleurs le sens de la jurisprudence, constante, du CE qui rappelle depuis son arrêt d'Assemblée du 25 juin 1948 (Société du journal L'Aurore) « le principe en vertu duquel les règlements ne disposent que pour l'avenir » et censure les arrêtés ministériels pris en violation dudit principe. Dès lors, l'arrêté encourt la suspension.

b/ À titre subsidiaire sur l'intégration au dispositif des inscriptions opérées entre le 3 et le 5 juillet

Le MEN pourrait prétexter qu'un support juridique existait entre le 1^{er} juin et le 2 juillet 2010, sous la forme de l'arrêté du 5 mai 2010. L'arrêté dont il est demandé ici la suspension ne ferait que constater l'existence de candidatures antérieures.

Pour autant, outre que l'existence d'un arrêté antérieur à l'arrêté attaqué ne justifie pas le caractère rétroactif, et donc illégal, de ce dernier, il convient de souligner que le 2 juillet, l'ordonnance du CE a suspendu l'application des arrêtés du 5 mai 2010 et que, dans ces conditions, aucun texte ne pouvait servir de support juridique à la collecte d'inscriptions les 3 et 4 juillet 2010.

Or, l'arrêté ici attaqué n'écarte nullement de son champ temporel d'application ces deux dates. Les modalités d'inscriptions aux concours sont donc viciées.

c/ À titre infiniment subsidiaire, sur la rupture d'égalité

Même si le juge devait passer outre l'absence de tout fondement juridique à la collecte d'inscriptions les 3 et 4 juillet 2010, il devra constater que le MEN n'a pas interprété correctement la portée du communiqué de presse du CE. En effet, à la différence du communiqué de presse du CE, l'arrêté attaqué ne prévoit pas que « les candidats déjà inscrits n'auront pas à renouveler les démarches en vue de leur inscription », il vise les candidats « ayant déjà fait acte de candidature ».

Or, cette disposition emporte une conséquence préjudiciable à la régularité des opérations de concours en ce qu'elle prévoit d'accueillir « tout acte de candidature », quelle que soit la forme dans laquelle un tel acte a été fait, y compris par lettre simple, en dehors de tout dossier d'inscription.

Ce faisant, l'arrêté entraîne une rupture d'égalité entre les candidats qui ont pu faire acte de candidature sur papier libre avant l'entrée en vigueur du présent arrêté et ceux qui, une fois l'arrêté pris, devront se conformer à l'obligation de retirer un dossier d'inscription et d'y faire figurer l'ensemble des mentions demandées.

d/ Sur la portée de ces illégalités

En première analyse, il pourrait être soutenu que ces 3 illégalités sont seulement susceptibles d'entraîner la suspension de l'exécution de l'alinéa « les candidats ayant déjà fait, depuis le 1^{er} juin 2010, acte de candidature aux concours ouverts par le présent arrêté n'ont pas à renouveler leur inscription qui sera prise en compte par l'administration pour être admis à en présenter les épreuves » et non la suspension de l'arrêté dans son ensemble.

Néanmoins, dans les circonstances de l'espèce, eu égard à la portée de cet alinéa, le juge ne pourra que suspendre l'exécution de l'arrêté dans son ensemble ;

En effet, en acceptant d'accueillir, au nombre des candidats au concours, ceux d'entre eux ayant procédé à un acte de candidature avant le 5 juillet, le ministre a induit en erreur les personnes concernées quant à leur situation juridique, en leur indiquant qu'elles n'avaient pas à déposer une nouvelle demande. Dans ces conditions, la seule suspension de l'exécution de l'alinéa susmentionné aboutirait à priver de tout droit à concourir les personnes lésées par l'indication erronée du ministre et, par voie de conséquence, à vicier l'ensemble des opérations du concours.

Compte tenu de l'objet de l'arrêté attaqué, et l'alinéa illégal étant indétachable du reste du dispositif réglementaire, la suspension de l'ensemble de l'acte s'impose.

2.4/ Sur l'illégalité, par voie d'exception, du décret statutaire

S'appuie sur la formule de la doctrine administrative (Chapus) sur l' « opération complexe », *i.e.* « lorsqu'une décision finale ne peut être prise qu'après intervention d'une ou de plusieurs décisions successives, spécialement prévues pour permettre la réalisation de l'opération dont la décision finale sera l'aboutissement ».

Or, en l'espèce, la décision finale de nomination des personnels stagiaires « ne peut être prise qu'après » l'intervention des opérations de concours, mais encore, en amont, des actes encadrant les conditions statutaires d'accès aux corps (dont fait partie le décret dont il est excipé de l'illégalité).

Il est également possible d'affirmer que le décret statutaire comme les arrêtés ont été pris « pour permettre la réalisation » du concours « dont la décision finale » est le recrutement de personnels. De tierce façon, l'existence de règles statutaires relatives aux conditions d'accès au corps sont indispensables à l'organisation des concours, sans quoi, la procédure d'examen de la régularité des concours serait rendue impossible.

Dans ces conditions, l'opération complexe débute bien avec l'édiction des conditions statutaires d'accès au corps pour se terminer par la nomination individuelle. L'arrêté d'ouverture des concours prend place dans cet enchaînement d'actes interdépendants.

Ceci est d'autant plus certain qu'un avis de concours mentionnant des conditions de diplômes erronées a pu être considéré par le CE comme entachant l'ensemble des opérations de concours (CE, 1983, Limoge).

Décret et arrêté sont donc bien intégrés dans une même opération complexe. L'illégalité du premier pourra donc être invoqué à l'appui de la contestation du second.

En effet, comme l'indique la doctrine, pour que le recours à l'exception d'illégalité soit admis, l'acte dont l'annulation est demandée « doit constituer un acte d'application du précédent ou du moins en tirer les conséquences logiques ».

Or, dans sa circulaire du 5 mai 2010, le MEN admet lui-même que l'arrêté attaqué procède de la réforme statutaire (suit citation pertinente). Ainsi, non seulement l'arrêté est inscrit dans l'opération complexe, mais c'est la réforme introduite par les décrets du 29 juillet 2009 qui a conditionné au fond les dispositions prévues de l'arrêté et notamment les dates retenues pour l'ouverture des inscriptions et le déroulement des épreuves d'admissibilité.

Il en découle que les requérants peuvent avoir recours à l'exception d'illégalité du décret statutaire pour contester l'arrêté attaqué.

Suivent des moyens tirés de (1) la violation du principe constitutionnel de continuité du service public ; (2) la violation de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 ; (3) la violation du principe d'égalité.

Sauvons l'Université !