

Décision du Conseil d'Etat n° 439830 du 02 mars 2022

Section du Contentieux

4ème et 1ère chambres réunies

Vu la procédure suivante :

Par une requête, un nouveau mémoire, un mémoire en réplique et un nouveau mémoire, enregistrés les 29 mars, 3 mai et 20 juin 2020 et 12 février 2022 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, M. I F demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler l'article 5 de l'ordonnance n° 2020-351 du 27 mars 2020 relative à l'organisation des examens et concours pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19 ;

2°) subsidiairement, d'annuler les deuxième et quatrième alinéas de l'article 5 de l'ordonnance n° 2020-351 du 27 mars 2020 ;

3°) de mettre à la charge de l'État la somme de 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la Constitution ;
- l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 ;
- l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 ;
- la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Thalia Breton, auditrice,
- les conclusions de M. Frédéric Dieu, rapporteur public ;

Considérant ce qui suit :

1. L'émergence d'un nouveau coronavirus, responsable de la maladie à coronavirus 2019 ou covid-19 et particulièrement contagieux, et sa propagation sur le territoire français à compter du début de l'année 2020 ont conduit les pouvoirs publics à prendre diverses mesures de lutte contre l'épidémie. Par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, a été déclaré l'état d'urgence sanitaire pour une durée de deux mois sur l'ensemble du territoire national. L'article 11 de la même loi a autorisé le Gouvernement, pendant trois mois, à prendre par ordonnances, dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, diverses mesures relevant du domaine de la loi afin de faire face aux conséquences de l'épidémie. Cette habilitation concerne notamment : " I. [] / 2° [] toute mesure [] / I) Permettant aux autorités compétentes pour la détermination [] des modalités de déroulement des concours ou examens d'accès à la fonction publique d'apporter à ces modalités toutes les modifications nécessaires pour garantir la continuité de leur mise en œuvre, dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats ".

2. Sur le fondement de cette habilitation, a été prise l'ordonnance du 27 mars 2020 relative à l'organisation des examens et concours pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19. Cette

ordonnance dispose, à son article 5, que : " Les voies d'accès aux corps, cadres d'emplois, grades et emplois des agents publics de la fonction publique de l'Etat, de la fonction publique territoriale, de la fonction publique hospitalière et de la fonction publique des communes de la Polynésie française peuvent être adaptées, notamment s'agissant du nombre et du contenu des épreuves. / Nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, peuvent être prévues des dérogations à l'obligation de la présence physique des candidats ou de tout ou partie des membres du jury ou de l'instance de sélection, lors de toute étape de la procédure de sélection. / Les garanties procédurales et techniques permettant d'assurer l'égalité de traitement des candidats et la lutte contre la fraude sont fixées par décret. / Les dispositions du présent article s'appliquent à l'accès au corps judiciaire et aux magistrats. " M. F demande l'annulation pour excès de pouvoir de ces dispositions.

Sur la légalité externe :

3. En premier lieu, aux termes de l'article 17 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature : " Trois concours sont ouverts pour le recrutement d'auditeurs de justice : () Un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions d'application du présent article. ". Aux termes de l'article 21 de la même ordonnance : " Un jury procède au classement des auditeurs de justice qu'il juge aptes, à la sortie de l'école, à exercer les fonctions judiciaires. () ". Aux termes de l'article 21-1 de la même ordonnance : " Deux concours sont ouverts pour le recrutement de magistrats du second et du premier grade de la hiérarchie judiciaire. () Après un entretien avec le candidat, le jury se prononce sur son aptitude à exercer les fonctions judiciaires. () ". Aux termes de l'article 25-3 de l'ordonnance : " [] Après un entretien avec le candidat [à une intégration directe dans le corps judiciaire au titre des articles 22 et 23], le jury se prononce sur son aptitude à exercer des fonctions judiciaires []. ". Les dispositions de l'article 5 de l'ordonnance attaquée ont pour seul objet, d'une part, de permettre au pouvoir réglementaire d'adapter en tant que de besoin le nombre ou le contenu des épreuves des concours des examens et concours de recrutement aux emplois publics, corps, cadres d'emploi ou grades, d'autre part, de permettre la passation d'épreuves à distance, notamment, pour ce qui est des épreuves orales devant un jury, par le recours à la technique de la visioconférence. Elles n'ont ni pour objet ni pour effet de déroger aux dispositions précitées de l'ordonnance du 22 décembre 1958, et ne sauraient, en particulier, être interprétées comme habilitant le pouvoir réglementaire à prévoir que l'aptitude des auditeurs de justice, des candidats admis aux concours de recrutement de magistrats prévus à l'article 21-1 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 et des candidats à une intégration directe dans le corps judiciaire au titre des articles 22 et 23 de cette même ordonnance ne soit pas appréciée par un jury ni, le cas échéant, après un entretien du candidat avec le jury. Par suite, le moyen tiré de ce que l'ordonnance attaquée aurait empiété sur le domaine réservé à la loi organique par l'article 64 de la Constitution en dérogeant à des règles fixées par l'ordonnance du 22 décembre 1958 n'est pas fondé.

4. En deuxième lieu, en vertu des dispositions combinées des articles 13, 19 et 38 de la Constitution, les ordonnances visées par ce dernier article sont signées par le Président de la République et contresignées par le Premier ministre et, le cas échéant, par " les ministres responsables ". Les

ministres responsables sont ceux auxquels incombent, à titre principal, la préparation et l'application des ordonnances dont il s'agit. Les dispositions de l'ordonnance du 27 mars 2020 concernent l'organisation de l'ensemble des examens et concours pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19, tant ceux permettant l'accès aux formations de l'enseignement supérieur et la délivrance des diplômes de l'enseignement supérieur, y compris le baccalauréat, que ceux permettant l'accès aux corps, cadres d'emplois, grades et emplois des agents publics de la fonction publique de l'Etat, de la fonction publique territoriale, de la fonction publique hospitalière et de la fonction publique des communes de la Polynésie française. Ni la circonstance que l'article 5 de cette ordonnance ait été expressément rendu applicable au corps judiciaire et aux magistrats, ni celle que le décret pris pour l'application de cet article 5 ait été contresigné par le ministre de la justice ne sont de nature à faire regarder ce ministre comme ministre " responsable " au sens des dispositions des articles 13 et 19 de la Constitution, qualité qui doit être distinguée de celle de ministre chargé de l'exécution des actes du Premier ministre, prévue par l'article 22 de la Constitution. Dès lors, et quels que soient les termes du décret relatif aux attributions du garde des sceaux, ministre de la justice, le moyen tiré du défaut de contreseing de l'ordonnance par ce ministre ne peut qu'être écarté.

Sur la légalité interne :

5. En premier lieu, les dispositions du I) du 2° du I de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020, en ce qu'elles habilite le pouvoir réglementaire à adapter les modalités de déroulement des concours ou examens d'accès " à la fonction publique ", doivent être interprétées, eu égard à leur objet et à la généralité de ces termes, comme visant l'ensemble des fonctions publiques, y compris la magistrature. Par suite, M. F n'est pas fondé à soutenir qu'en prévoyant que les dispositions de l'article 5 s'appliquent à l'accès au corps judiciaire et aux magistrats, l'ordonnance attaquée aurait été édictée en méconnaissance de la loi d'habilitation.

6. En deuxième lieu, les dispositions du deuxième alinéa de l'article 5 de l'ordonnance attaquée, en ce qu'elles prévoient que peuvent être prévues des dérogations à l'obligation de la présence physique des candidats ou de tout ou partie des membres du jury ou de l'instance de sélection " lors de toute étape de la procédure de sélection ", n'ont en elles-mêmes, contrairement à ce qui est soutenu, ni pour objet ni pour effet d'exposer les candidats à un même concours ou examen à des différences de traitement en permettant que certains d'entre eux subissent leurs épreuves orales dans des conditions différentes de celles dont auraient bénéficié les autres candidats à ce concours ou à cet examen. Le moyen tiré de ce que ces dispositions méconnaîtraient l'article 11 de la loi du 23 mars 2020, en ce qu'il impose le respect de l'égalité de traitement entre les candidats, ne peut ainsi qu'être écarté.

7. En troisième lieu, lorsque le délai d'habilitation est expiré, la contestation, au regard des droits et libertés que la Constitution garantit, des dispositions d'une ordonnance relevant du domaine de la loi n'est recevable qu'au travers d'une question prioritaire de constitutionnalité, qui doit être présentée selon les modalités prévues à l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. Les dispositions de l'article 5 de l'ordonnance du 27 mars 2020 ont été prises, ainsi qu'il est dit aux points 1 et 2, en application de l'habilitation prévue à l'article 11 de la loi du

23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19. Elles n'ont pas, à ce jour, fait l'objet d'une ratification législative. Toutefois, d'une part, le délai d'habilitation fixé par la loi du 14 novembre 2020 est expiré. D'autre part, ces dispositions, en tant qu'elles autorisent à adapter les modalités des voies d'accès aux corps, grades et emplois de la fonction publique y compris en dérogeant à des règles fixées par des dispositions législatives relèvent, dans cette mesure, du domaine de la loi. Elles doivent, par suite, être regardées comme des dispositions législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Il s'ensuit que les moyens soulevés par M. F tirés de ce que l'article 5 de l'ordonnance attaquée, d'une part, méconnaîtrait le principe d'égal accès aux emplois publics garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, d'autre part, serait entaché d'incompétence négative dans des conditions de nature à porter atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, sont irrecevables, faute d'avoir été présentés par la voie d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par un mémoire distinct et motivé.

8. En quatrième lieu, alors que de nombreuses procédures de recrutement, d'avancement ou de promotion avaient été interrompues et que le contexte sanitaire rendait nécessaire de limiter les déplacements, les dispositions contestées de l'article 5 de l'ordonnance du 27 mars 2020 ont habilité les autorités compétentes à adapter les épreuves des examens et concours, afin d'assurer la continuité des recrutements et promotions, dans le respect de l'égalité de traitement entre les candidats. Il résulte en outre de l'article 1er de la même ordonnance que les mesures rendues possibles par cette ordonnance ne peuvent être mises en œuvre que dans la mesure où elles sont nécessaires pour faire face aux conséquences de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation. Par suite, le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article 5 seraient entachées d'illégalité ne peut qu'être écarté.

9. Il résulte de ce qui précède que la requête de M. F doit être rejetée, y compris, en tout état de cause, ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

D E C I D E :

Article 1er : La requête de M. F est rejetée.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à M. I F et à la ministre de la transformation et de la fonction publiques.

Copie en sera adressée au Premier ministre, au ministre des outre-mer, à la ministre de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation et au garde des sceaux, ministre de la justice.

Délibéré à l'issue de la séance du 14 février 2022 où siégeaient : M. Rémy Schwartz, président adjoint de la section du contentieux, président ; Mme A P, Mme E O, présidentes de chambre ; M. M J, Mme L N, Mme B H, M. C K, Mme Carine Chevrier, conseillers d'Etat et Mme Thalia Breton, auditrice-rapporteure.

Rendu le 2 mars 2022.

Le président :

Signé : M. Rémy Schwartz

La rapporteure :

Signé : Mme Thalia Breton

La secrétaire :

Signé : Mme D G439830