

Fonctionnaires : ancienneté requise pour l'accès au concours du CAPES

Lire les commentaires de :

Benjamin Cottet-Emard

La prise en compte des services réalisés au sein des établissements privés sous contrat d'association pour l'accès au concours réservé du CAPES

DÉCISION DE JUSTICE

CAA Lyon, 4ème chambre – N° 16LY03086 – 26 octobre 2017 – C+ [↗](#)

INDEX

Mots-clés

Fonction publique d'Etat, Education nationale, CAPES, QPC, Egal accès aux emplois publics

Rubriques

Fonction publique

TEXTES



Résumé Note d'avocat

Résumé

¹ Reprenant l’affaire au fond après le non-renvoi d’une question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d’Etat, la cour administrative d’appel de Lyon a jugé que les dispositions de l’article 4 de la loi Sauvadet du 12 mars 2012 ne créaient pas de distinction injustifiée pour l’accès au concours réservé du certificat d’aptitude au professorat de l’enseignement du second degré (CAPES). Il a donc été jugé que les services effectués par les enseignants dans les établissements d’enseignement privé sous contrat d’association devaient être pris en compte, au même titre que ceux effectués dans les établissements publics, dans le calcul de l’ancienneté requise pour l’accès au CAPES.

Note d'avocat

La prise en compte des services réalisés au sein des établissements privés sous contrat d'association pour l'accès au concours réservé du CAPES

Benjamin Cottet-Emard

Elève-avocat stagiaire à la cour administrative d'appel de Lyon

DOI : [10.35562/alyoda.6408](https://doi.org/10.35562/alyoda.6408)

¹ *Usages contentieux de la question prioritaire de constitutionnalité et portée d'une décision de non-renvoi par le Conseil d'Etat*

² Quelques mois après les premières questions prioritaires de constitutionnalité (QPC), des commentateurs avisés du contentieux constitutionnel n'ont pas manqué de relever le rôle « pivot » du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation pour assurer l'effectivité de ce nouveau moyen de constitutionnalité ouvert aux justiciables. En effet, si le « procès constitutionnel » s'incarne véritablement devant le Conseil constitutionnel, conformément à l'article 61-1 de la Constitution, l'accès au prétoire de la rue Montpensier n'en est pas moins préalablement régulé par les cours suprêmes de l'ordre administratif et judiciaire.

³ Ainsi, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, en décidant de ne pas renvoyer une question de constitutionnalité devant le juge habilité à la trancher, procèdent en tant que juges constitutionnels négatifs et interprètes négatifs de la loi (1). Dès lors, le non-renvoi des QPC par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation est devenu un objet d'étude particulièrement éclairant pour saisir pleinement les potentialités contentieuses et l'intérêt de soulever ce moyen de constitutionnalité au cours d'un procès (2). En effet, au-delà d'une éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité, les parties au procès initial peuvent trouver un intérêt particulier à voir le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation rendre une interprétation conforme de la disposition contestée à l'occasion d'un non-renvoi (3). On sait par ailleurs que si les décisions de transmission des QPC sont généralement assez peu motivées, les décisions de non-renvoi le sont en revanche beaucoup plus. Ces premières décisions ont un effet *erga omnes* et sont susceptibles d'impacter plusieurs instances en cours dès l'instant où la question est transmise au Conseil constitutionnel. Les secondes décisions de non-renvoi restent quant à elles l'affaire des parties et n'ont qu'un effet relatif de la chose jugée (4).

⁴ Il arrive que ces décisions de non-renvoi atteignent l'effet escompté par la partie qui a soulevé le moyen, c'est-à-dire, faire trancher par une cour suprême une question d'interprétation nécessaire à la

solution du litige et qui lierait en quelque sorte le juge du fond sur ce point. C'est le cas par exemple, en matière d'urbanisme, où le Conseil d'Etat a développé, tout en décidant de ne pas transmettre la question au Conseil constitutionnel, une interprétation neutralisante des dispositions législatives soumises à son examen (5).

5

Force est donc de constater qu'une grande partie du contentieux de la question prioritaire de constitutionnalité doit s'appréhender, pour les plaideurs, les juges du fond et la doctrine, dès le filtre des cours suprêmes. On retiendra notamment le dernier colloque en date sur le sujet organisé par le CREDESPO de l'Université de Bourgogne le 26 octobre 2017 intitulé « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité : Unité ou diversité des pratiques de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat » au cours duquel de nombreux pans du droit positif ont été analysés au regard des décisions de non-renvoi de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat.

6

La présente décision rendue le 2 novembre 2017 par la cour administrative d'appel de Lyon illustre parfaitement l'usage contentieux de la QPC soulevée par une partie et habilement transmise par son juge au Conseil d'Etat.

L'affaire était la suivante :

7

Le 12 mars 2012, la loi relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, dite loi Sauvadet, était promulguée sous le dernier gouvernement Fillon. En suite du protocole d'accord signé le 31 mars 2011 entre l'Etat et six organisations syndicales, cette loi avait pour objectif de réduire l'emploi précaire dans la fonction publique. En effet, loin de la croyance commune consistant à considérer la fonction publique comme le lieu privilégié de la sécurité de l'emploi, la réalité était tout autre. En 2008, la part des agents non-titulaires dans les effectifs des trois fonctions publiques était de 16, 5% soit 872 642 contractuels (6). Parmi ces agents, le rapport entre le nombre de CDD et celui de CDI était d'environ 2 pour 1, constituant ainsi une masse importante d'emplois précaires et peu rémunérés, notamment dans la fonction publique territoriale (7).

8

Pour résorber ces emplois précaires, la loi prévoyait, pendant une durée de 4 ans finalement étendue jusqu'en 2018 sous réserves de quelques adaptations, d'une part, la « CDIsation » facilitée des agents sous contrat à durée déterminée occupant successivement plusieurs emplois de même catégorie au sein de la même structure publique et, d'autre part, la titularisation de certains agents contractuels. Cette passerelle exceptionnelle de titularisation des agents contractuels passait notamment par la voie du concours réservé. Pour ce faire, la loi du 12 mars 2012 limitait notamment les possibilités de titularisation dans la fonction publique aux seuls agents assurant, au

31 mars 2011, un service dont la quotité de temps de travail est au moins égal à 70 % d'un temps complet (article 2) et ayant occupé ce poste pendant quatre années en équivalent temps plein (article 4).

9

Le parcours de Madame B. tantôt professeur vacataire, tantôt professeur contractuel et assurant des remplacements dans divers collèges du département de la Loire et du Rhône ressemblait, à s'y méprendre, à la situation type de l'agent de droit public soumis à des contrats successifs et précaires, puisque remis en jeu à chaque rentrée scolaire. En effet, depuis 2008, Madame B, comme beaucoup d'autres professeurs non titularisés dans son cas, venait combler le déficit temporaire d'enseignants soit au sein de l'enseignement public, soit au sein de l'enseignement privé sous contrat d'association.

10

C'est alors au bénéfice des dispositions de la loi du 12 mars 2012 que Madame B. s'est présentée aux épreuves de la session 2013 du concours réservé du certificat d'aptitude au professorat de l'enseignement du second degré (CAPES) section anglais. Tout d'abord, Madame B., a été déclarée admissible, puis admise, après une seconde série d'épreuves réussie en mai 2013. Cependant, par une lettre du 21 mai 2013, le ministre de l'éducation nationale l'informait qu'elle ne remplissait pas les conditions pour bénéficier du dispositif du concours réservé du CAPES, que sa candidature était irrecevable et qu'en conséquence, le président du jury allait retirer son nom de la liste d'admissibilité. Madame B. formait alors un recours gracieux devant le ministre qui confirmait, le 28 août 2013, sa position initiale, tout en substituant au motif tiré de l'insuffisance des services accomplis par rapport au taux exigé, le motif selon lequel elle ne remplissait pas la condition d'ancienneté requise.

L'égal accès des professeurs contractuels au concours réservé du CAPES :

11

Devant le tribunal administratif de Lyon puis devant la cour administrative d'appel de Lyon se posait donc la question de savoir si les services effectués par un professeur contractuel dans un établissement d'enseignement privé sous contrat pouvaient être considérées au même titre que ceux effectué dans un établissement d'enseignement public dans le calcul de l'ancienneté et ouvrant l'accès au concours réservé du CAPES.

12

Il ressort en effet de l'article 4 de la loi du 12 mars 2012 que :

13

« I. — Le bénéfice de l'accès à la fonction publique de l'Etat prévu à l'article 1er est subordonné, pour les agents titulaires d'un contrat à durée déterminée, à une durée de services publics effectifs au moins égale à quatre années en équivalent temps plein : (...) / 2° Soit à la date de clôture des inscriptions au recrutement auquel ils postulent.

Dans ce cas, au moins deux des quatre années de services exigées, en équivalent temps plein, doivent avoir été accomplies au cours des quatre années précédant le 31 mars 2011./ Les quatre années de services publics doivent avoir été accomplies auprès du département ministériel, de l'autorité publique ou de l'établissement public qui emploie l'intéressé au 31 mars 2011 ou, dans le cas prévu au second alinéa du III de l'article 2 de la présente loi, qui l'a employé entre le 1er janvier 2011 et le 31 mars 2011 ».

14

En première instance, le tribunal administratif de Lyon avait retenu, au regard de ces dispositions et des dispositions de l'article 442-5 du code de l'éducation, que « *les services accomplis* [au sein des établissements privés sous contrat d'association] *ne peuvent être pris en compte dans le calcul de la durée des services publics effectifs au sens de l'article 4 de la loi du 12 mars 2012* » (8). Le tribunal validait ainsi la distinction faite par le ministre de l'éducation nationale entre les services effectués dans l'enseignement publics et ceux effectués dans l'enseignement privé sous contrat. Les premiers juges suivaient en ce sens le raisonnement de la cour administrative d'appel de Nancy dans une affaire similaire (9) qui a été appliqué plus tard par la cour administrative d'appel de Paris (10). Par conséquent, il a été jugé que Madame B. ne remplissait pas les conditions d'accès à la titularisation prévue par la loi du 4 mars 2012.

15

Madame B interjetait appel de ce jugement le 7 septembre 2016 devant la cour administrative d'appel de Lyon et, par un mémoire distinct, soulevait devant elle une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité à la Constitution des dispositions du 4^{ème} alinéa du paragraphe I de l'article 4 de la loi du 12 mars 2012 qui dispose que : « *Les quatre années de services publics doivent avoir été accomplies auprès du département ministériel, de l'autorité publique ou de l'établissement public qui emploie l'intéressé au 31 mars 2011 ou, dans le cas prévu au second alinéa du III de l'article 2 de la présente loi, qui l'a employé entre le 1er janvier 2011 et le 31 mars 2011* ».

16

Bien inspirée, Madame B soutenait en effet que ces dispositions portaient atteinte au principe d'égalité, à celui d'égal accès aux emplois publics en méconnaissance de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et méconnaissaient le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (11). Quant à lui, le ministre de l'éducation nationale avait tout intérêt à « sauver la loi Sauvadet », défendre l'œuvre du législateur et l'interprétation qu'il en avait faite.

17

Jugeant que la disposition législative était applicable au litige, que la loi du 12 mars 2012 n'avait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution et que la question n'était pas dépourvue de caractère

sérieux, la cour administrative d'appel de Lyon avait transmis la question au Conseil d'Etat et avait sursis à statuer conformément à l'article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958.

« Ce que ne pas transmettre veut dire... »

18

La décision du Conseil d'Etat en date du 15 septembre 2017 concluant au non-renvoi de la question posée par Madame B. est particulièrement éclairante et sera d'ailleurs publiée aux tables du recueil Lebon (12). Dans sa décision, le Conseil d'Etat interprète le 4^{ème} alinéa du paragraphe I de l'article 4 de la loi du 12 mars 2012 et définit précisément ce qu'il faut entendre par « département ministériel » au regard de la situation particulière de Madame B. En effet, Madame B. estimait qu'elle avait toujours été agent de droit public, qu'elle était rattachée à son académie de secteur et rémunérée par le ministère de l'éducation nationale qu'elle ait été professeur dans l'enseignement public ou qu'elle l'ait été dans l'enseignement privé sous contrat d'association. Elle soutenait alors, que le fait de soustraire du calcul de son ancienneté les périodes occupées dans l'enseignement privé sous contrat d'association, était constitutif d'une discrimination injustifiée entre les agents contractuels de l'Etat et, partant, d'une rupture d'égalité dans l'accès aux emplois publics.

19

Ainsi, dans son considérant n° 05, le Conseil d'Etat, après avoir cité l'article R. 914-45 du code de l'éducation pour répondre spécifiquement à la situation de Madame B (13), produit une interprétation extrêmement claire des dispositions contestées de la loi du 4 mars 2012 :

20

« 5. Les enseignants employés comme maîtres auxiliaires ou maîtres délégués sont affectés indifféremment, comme l'a été Mme B..., par les recteurs d'académie dans des établissements d'enseignement publics ou privés sous contrat d'association en fonction des besoins. Ces enseignants sont, lorsqu'ils exercent leurs fonctions dans un établissement d'enseignement privé, rémunérés directement par l'Etat. Ils occupent des emplois retracés au budget du département ministériel charge de l'éducation. Aussi doivent-ils être regardés comme ayant pour employeur l'Etat et comme servant au sein du département ministériel de l'éducation au sens des dispositions citées au point 2. Dès lors, les services d'enseignement qu'ils ont accomplis auprès d'établissements d'enseignement privés sous contrat d'association ne peuvent être exclus des services pris en compte pour l'appréciation de la condition d'ancienneté posée au premier alinéa du I de l'article 4 de la loi du 12 mars 2012 pour l'accès aux concours réservés, laquelle n'est ainsi pas susceptible de créer une discrimination injustifiée entre les agents contractuels de l'Etat selon

qu'ils ont effectué l'ensemble de leurs services antérieurs au sein d'établissements d'enseignement publics ou en partie au sein d'établissements d'enseignement privés sous contrat. »

21

Une telle motivation du Conseil d'Etat est la bienvenue car les juges auraient pu être plus laconiques comme l'est parfois le Conseil constitutionnel qui indique que la disposition législative contestée ne porte pas atteinte « en elle-même » aux droits et libertés que la Constitution garantit.

22

D'ailleurs, une éventuelle transmission de la question au Conseil constitutionnel aurait pu donner lieu à une décision moins satisfaisante en termes d'application contentieuse. En effet, une fois saisi de la question de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel procède à un contrôle de conformité de la loi par rapport à la Constitution. Dans ce contrôle objectif, les intérêts subjectifs du requérant sont indifférents à la solution rendue par le Conseil constitutionnel (14). Si les juges du filtre doivent se poser la question de l'applicabilité de la disposition contestée au litige, le juge final de la QPC rend une décision qui a vocation à s'imposer à tous, c'est-à-dire, au législateur, au juge ainsi qu'aux justiciables.

23

A première vue, il n'est pas évident qu'une fois déconnectée du litige principal, la question de la conformité de l'article 4 de la loi du 12 mars 2012 ait pu prospérer. On ne voit pas en quoi, la détermination des conditions d'accès aux concours réservés, relevant de l'appréciation du législateur, aurait porté une atteinte au principe d'égal accès aux emplois publics. Stricto sensu, ces dispositions spécifiques étaient contraignantes pour tous les agents publics, quels que soient le corps et le département ministériel dans lequel ils aspirent à être titularisés. A ce niveau d'analyse, la loi prévoit donc bien un traitement égal pour des situations égales.

24

Ce n'est qu'en descendant d'un niveau d'analyse et sur le cas particulier des professeurs vacataires qu'on aurait pu déceler une atteinte au principe d'égalité. Mais cette question n'avait pas été posée en ces termes et ne faisait au demeurant pas l'objet d'une jurisprudence constante qui aurait pu être critiquée devant le juge de la Constitution (15) . La question particulière posée par Madame B. tenait en vérité plus à la définition de la notion de « département ministériel » telle qu'interprétée par le Ministre de l'éducation qu'à la non-conformité totale à la Constitution de l'article 4 de la loi du 12 mars 2012.

25

Quoi qu'il en soit, la décision de non-renvoi produit ici doublement son « effet utile ». D'une part, le moyen d'annulation de la décision du ministre de l'éducation est servi sur un plateau d'argent à Madame B. qui n'aura plus qu'à le reprendre à son compte et, d'autre part, le Conseil d'Etat aura pu jouer son rôle de régulateur de la

jurisprudence administrative par le biais de cette question de constitutionnalité qui dépasse bien évidemment le cadre du litige initial.

26

Enfin, on imagine alors aisément quelle aurait été la position du Conseil d'Etat, en son office de juge de cassation, si Madame B. avait formé un pourvoi contre un éventuel arrêt d'appel rejetant sa demande et confirmant le raisonnement du tribunal administratif de Lyon. Ainsi, et dès l'instant où une partie s'aventure sur le terrain de la constitutionnalité de la loi, c'est également un moyen pour les juges du fond d'obtenir rapidement la position du juge de cassation sans passer par une procédure d'avis souvent plus longue. Dans le doute, c'est aussi une façon pour le juge du fond de prévenir et limiter le risque de commettre une erreur de droit résultant d'une interprétation de la loi contraire à la position du juge de cassation.

27

Au final, l'arrêt rendu par la 4^{ème} chambre de la cour administrative d'appel de Lyon a donc très logiquement suivi le Conseil d'Etat en reprenant son raisonnement et en jugeant notamment en son considérant n° 06 que « *les services d'enseignement qu'ils ont accomplis auprès d'établissements d'enseignement privés sous contrat d'association ne peuvent être exclus des services pris en compte pour l'appréciation de la condition d'ancienneté posée au premier alinéa du I de l'article 4 de la loi du 12 mars 2012 pour l'accès aux concours réservés* ».

28

La cour administrative d'appel de Lyon a ainsi retenu que les décisions en litige créaient une distinction injustifiée, étaient entachées d'erreur de droit et devaient être annulées à ce titre. Par conséquent, au cours du réexamen de la situation de Madame B, le ministre de l'éducation nationale devra inclure dans son calcul d'ancienneté les services faits par elle dans les établissements d'enseignement privé sous contrat d'association.

29

(1) Jean Barthélémy et Louis Boré, « Juges constitutionnels négatifs et interprète négatif de la loi », *Constitutions*, 2011, p.69.

30

(2) Agnès Roblot-Troizier, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État », *Revue française de droit administratif*, 2011, p. 691.

31

(3) Agnès Roblot-Troizier, « Les Cours suprêmes et l'interprétation de la loi », Actes de la 2e journée d'études toulousaine sur la QPC, *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38/1, 2013.

32

(4) CE, 3 février 2012, Bessis et Syndicat professionnel dentistes solidaires et indépendants, n° 354068.

33

(5) Philippe Cossalter, « Note flash sous Conseil d'Etat, SSR., 21 janvier 2015, EURL 2B c. Commune d'Aigremont, requête numéro 382902, publié au recueil », *Revue générale du droit*, 25 janvier 2015.

(6) Statistiques tirées de l'étude d'impact du projet de loi relatif à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, déposée au Sénat le 7 septembre 2011 par M. François Sauvadet.

(7) Françoise Descamps-Crosnier et Claude Michel, Rapport : « La précarité dans la fonction publique territoriale » déposé pour le Ministère de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration, en consultation sur le site de la Documentation française.

(8) Tribunal administratif de Lyon, 6 juillet 2016, n° 1407681.

(9) CAA NANCY, 12 novembre 2015, n° 15NC00010.

(10) CAA PARIS, 27 septembre 2016, n° 15PA03173.

(11) Pour une application du principe d'égal accès des citoyens aux emplois publics, Cf. Conseil constitutionnel, 24 octobre 2012, Loi portant création des emplois d'avenir, n° 2012-656 DC.

(12) CE, 15 septembre 2017, Madame B., n° 411637.

(13) Ce qui, au passage, ne ferme pas la porte à d'autres contentieux fondés sur les mêmes dispositions mais qui viendraient s'appliquer à d'autres départements ministériels.

(14) Si le fait s'imisce bien entendu dans certaines décisions QPC du Conseil constitutionnel, c'est bien le « fait social » qui est pris en compte par celui-ci et à notre connaissance pas le « fait particulier » du procès *a quo* à l'origine de la question.

(15) On sait depuis la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, Mmes D. et B. que les interprétations jurisprudentielles constantes d'une ou plusieurs dispositions législative par la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat peuvent faire l'objet d'une question de constitutionnalité. Appliquant ainsi la doctrine du droit vivant notamment utilisée par la cour suprême italienne, le Conseil constitutionnel apporte ici tout son effet utile aux QPC.