

N° 452060

Association pour l'égal accès aux emplois publics et la défense de la méritocratie républicaine (QPC)

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 2 juillet 2021

Décision du 13 juillet 2021

CONCLUSIONS

M. Raphaël Chambon, rapporteur public

Plus de cinquante ans après la parution des *Héritiers* et de la *Reproduction*, les ouvrages de Pierre Bourdieu et Jean-Claude Passeron¹ mettant en évidence l'importance de l'origine sociale en matière d'accès aux études supérieures et soulignant que l'inégale répartition du capital culturel et l'habitus de classe ne donnent pas aux jeunes les mêmes ressources pour s'adapter à la culture scolaire, il n'est plus guère contesté que l'égalité formelle entre élèves, entre étudiants et entre candidats aux concours peut masquer des inégalités réelles dans les chances de réussite, le système scolaire transformant ainsi *nolens volens* une hiérarchie sociale en classement scolaire.

Le constat selon lequel les personnes provenant de milieux sociaux défavorisés ou de zones géographiques cumulant les difficultés ont moins de chances d'être admis aux concours d'accès aux emplois publics, notamment ceux permettant l'accès aux écoles de service public, est aussi fait de longue date et largement partagé.

Ces dernières années, les gouvernements successifs ont tenté de remédier à ce dernier constat, notamment par la création de classes préparatoires intégrées dans certaines de ces écoles. C'est également cet objectif que poursuit l'ordonnance n° 2021-238 du 3 mars 2021 favorisant l'égalité des chances pour l'accès à certaines écoles de service public, prise dans le cadre du plan « Talents du service public », visant à promouvoir l'égalité des chances pour l'accès à la fonction publique, annoncé par le président de la République le 11 février dernier.

Cette ordonnance autorise l'organisation, à titre expérimental et jusqu'au 31 décembre 2024, d'un concours externe spécial pour l'accès à certaines écoles assurant la formation de fonctionnaires. Selon son article 1^{er}, peuvent s'y présenter les personnes suivant, ou ayant suivi dans les quatre années civiles précédant l'ouverture de ce concours, un cycle de

¹ Pierre Bourdieu et Jean-Claude Passeron, *Les Héritiers*, 1964 ; *La Reproduction. Éléments pour une théorie du système d'enseignement*, 1970, éditions de Minuit.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

formation préparant à l'un ou plusieurs des concours externes d'accès à ces écoles, accessible au regard de critères sociaux et à l'issue d'une procédure de sélection. Son article 2 précise que l'admission au sein de ces cycles de formation fait l'objet d'une procédure de sélection tenant compte des parcours de formation, des aptitudes et de la motivation des candidats et que les candidats à ces cycles de formation doivent remplir les mêmes conditions que celles requises des candidats aux concours externes d'accès aux écoles concernées, notamment la détention d'un même niveau de diplôme. Son article 3 prévoit en outre que les candidats à ce concours soient sélectionnés par le même jury que celui du concours externe, pour un nombre de places correspondant à 15 % au plus du nombre total de places offertes au concours externe. Enfin son article 4 renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de définir la liste des concours des écoles et organismes concernés, l'objet et la nature des cycles de formation y préparant ainsi que les conditions d'admission à ces cycles.

L'association pour l'égal accès aux emplois publics et la défense de la méritocratie républicaine (ADMR), déclarée quelques jours avant la publication de l'ordonnance du 3 mars 2021 et qui s'est donnée pour objet de défendre l'égal accès aux emplois publics conformément à la tradition républicaine française et en particulier de lutter contre l'instauration de dispositifs tendant à établir une discrimination positive de fait aux concours de la fonction publique, a formé un recours pour excès de pouvoir contre cette ordonnance, à l'appui duquel elle a présenté, par mémoire distinct, une question prioritaire de constitutionnalité par laquelle elle met en cause la conformité de l'ordonnance aux droits et libertés que la Constitution garantit.

Alors même que le mémoire distinct a été présenté avant l'expiration du délai de l'habilitation sur le fondement duquel l'ordonnance a été prise², la QPC est désormais recevable, contrairement à ce que soutient la ministre de la transformation et de la fonction publiques en défense, dès lors que ce délai a expiré le 7 juin dernier³ et que les dispositions de l'ordonnance relèvent du domaine de la loi, l'article 34 de la Constitution réservant au législateur le soin de fixer les règles relatives aux garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat⁴ (Assemblée, 16 décembre 2020, *Fédération CFDT des finances et autres*, n° 440258 440289 440457, à publier au Recueil et 4/1 CHR, 21 décembre 2020, *Syndicat de la juridiction administrative*, n° 441399, à mentionner aux Tables).

² Cf. 2° de l'article 59 de la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique habilitant le Gouvernement à prendre par ordonnances toute mesure relevant du domaine de la loi visant à réformer les modalités de recrutement des corps et cadres d'emplois de catégorie A afin de diversifier leurs profils (délai prolongé par l'article 14 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19

³ Le délai initial de 18 mois fixé par l'article 59 de la loi du 6 août 2019 avait été prolongé de quatre mois par l'article 14 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

⁴ Sur ce point, voir par exemple : décisions n° 89-160 L du 26 juillet 1989 et n° 91-165 L du 12 mars 1991.

Les conditions d'applicabilité au litige et d'absence de déclaration préalable de conformité à la Constitution sont à l'évidence remplies et nous pouvons en venir à l'examen du caractère nouveau ou sérieux de la question.

Un mot d'abord sur les griefs soulevés. Dans son mémoire distinct, la requérante n'invoque qu'un seul grief, tiré de ce que les dispositions de l'ordonnance sont contraires au principe d'égal accès aux emplois publics découlant de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Dans des mémoires ultérieurs, elle a soulevé d'autres griefs, invoquant ainsi la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi garanti par l'article 1^{er} de la Constitution et l'incompétence négative en ce que l'ordonnance n'encadre pas la définition par le pouvoir réglementaire des critères sociaux, ce qui prive de garantie légale le principe d'égalité.

On pourrait s'interroger sur la recevabilité de ces derniers griefs. En effet, vous avez déjà jugé irrecevables des griefs nouveaux introduits devant vous, à l'appui d'une QPC transmise par un TA ou une CAA (9-10 SSR, 16 juillet 2010, *Société de brasseries et casinos « Les Flots bleus »*, n° 339292, au Recueil) ainsi que l'extension du champ de la QPC à de nouvelles dispositions législatives, dans un mémoire postérieur au mémoire initial (4/5 SSR, 21 février 2014, *M-A...*, n° 359716, aux Tables ; 8/3 CHR, 27 juin 2016, *Société Layher*, n° 399506, aux Tables). La possibilité d'invoquer de nouveaux griefs de constitutionnalité dans un mémoire complémentaire postérieur au mémoire distinct introduisant la QPC, le cas échéant peu de temps avant l'expiration du délai de trois mois qui vous est imparti pour vous prononcer sur le renvoi de la question au Conseil constitutionnel, restreignant fortement le temps laissé au débat contradictoire sur ces nouveaux griefs, ne va pas de soi compte tenu des particularités procédurales de votre office de juge du filtre et pour notre part nous ne serions pas choqué par une solution n'admettant pas une telle présentation de griefs distincts de ceux soulevés dans le mémoire distinct initial, dès lors que rien n'interdit aux parties de soulever une nouvelle QPC.

Dès lors cependant que les nouveaux griefs soulevés par l'association requérante dans ses mémoires en réplique ne modifient pas en l'espèce, à nos yeux, le sort à réserver à la QPC, vous n'aurez pas besoin de trancher cette question.

La question n'étant indiscutablement pas nouvelle, nous pouvons nous concentrer sur son caractère sérieux.

L'association requérante fait grief à l'ordonnance attaquée d'instaurer une voie d'accès spécifique à des écoles de service public qui n'est justifiée ni par les mérites des candidats, ni par les besoins du service public, les critères sociaux étant par construction étrangers aux capacités, mérites et talents qui doivent seuls déterminer, aux termes de l'article 6 de la DDHC, l'admissibilité des citoyens aux emplois publics. Elle lui reproche de viser à pallier un taux de réussite plus faible de certains candidats éligibles au concours externe en leur

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

réservant certaines places par le biais d'un concours spécial dont le niveau d'exigence sera nécessairement moindre.

Dans sa décision fondatrice sur ce point, le Conseil constitutionnel a jugé, à propos de l'institution d'une troisième voie d'accès à l'Ecole nationale d'administration à l'époque réservée aux élus locaux, syndicalistes, mutualistes et responsables d'associations reconnues d'utilité publique, que le principe de l'égal accès des citoyens aux emplois publics, imposant que, dans les nominations de fonctionnaires, il ne soit tenu compte que de la capacité, des vertus et des talents, « ne s'oppose pas à ce que les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités des candidats à l'entrée dans une école de formation ou dans un corps de fonctionnaires soient différenciées pour tenir compte tant de la variété des mérites à prendre en considération que de celle des besoins du service public » (décision n° 82-153 DC du 14 janvier 1983, cons. 5 et 7 à 9)⁵.

Si les modes de recrutement peuvent être différenciés c'est parce que les mérites à prendre en compte sont variés et que les besoins du service sont divers. Il s'agit bien mieux apprécier les aptitudes et les qualités requises au regard de la variété à la fois des compétences des candidats et des besoins du service.

La différenciation des règles de recrutement peut répondre, selon une appréciation qu'il appartient au législateur de porter, à la volonté de diversifier le mode de recrutement de la haute fonction publique (décision n° 85-204 DC du 16 janvier 1986, cons. 8, à propos de la possibilité de nommer dans le corps des ministres plénipotentiaires des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire).

Vous avez retenu la même approche en jugeant que le principe d'égalité dans les concours d'accès aux emplois publics ne s'opposait pas à ce que les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités des candidats à l'entrée dans un corps de fonctionnaires soient différenciées pour tenir compte de la variété des situations, et en particulier des études suivies ou des expériences professionnelles antérieures, ainsi que des besoins du service public (Assemblée, 12 décembre 2003, *B... et autres*, n° 245607, au Recueil). Pour admettre le maintien de deux voies d'accès distinctes pour l'accès au corps pourtant fusionné des ingénieurs du génie rural, des eaux et des forêts vous avez ainsi jugé que le législateur pouvait légalement créer des régimes distincts d'accès au corps pour tenir compte de la diversité de la formation et des expériences des candidats.

⁵ Aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle n'interdit au demeurant au législateur de prévoir que les statuts particuliers de certains corps de fonctionnaires peuvent autoriser le recrutement d'agents sans concours, dès lors que ce recrutement ne tient compte que de la capacité, des vertus et des talents (décision n° 84-178 DC du 30 août 1984, cons. 10), de même qu'aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle n'impose que le recrutement des fonctionnaires de catégorie A s'effectue parmi les seuls titulaires de diplômes de l'enseignement supérieur : en prévoyant de confier à une commission de sélection présidée par un magistrat de l'ordre administratif le soin de proposer les candidats les plus aptes qui, seuls, peuvent être nommés, la loi organise une procédure qui ne méconnaît pas le principe de l'égal accès des citoyens aux emplois publics (même décision, cons. 12 et 13)

Si des modalités variées de recrutement sur des emplois publics sont possibles, elles doivent toutes reposer sur la seule prise en compte de la capacité, des vertus et des talents (voir par exemple : 10/9 SSR, 18 juin 2014, *Syndicat de la fonction publique*, n° 374370). Sont ainsi distinguées la vérification de l'aptitude légale à concourir à un concours spécifique et la vérification de la capacité des candidats (décision n° 82-153 DC du 14 janvier 1983, cons. 8, qui relève que cette vérification relève du seul jury du concours).

La coexistence de concours séparés pour l'accès à une même école de fonctionnaires est admise **à la condition que la différence de traitement trouve sa justification dans la situation particulière dans laquelle se trouvent les candidats concernés au regard du recrutement ou dans les besoins du service public**. L'application de ces critères vous a conduit à juger illégale l'instauration d'une voie spécifique d'accès à l'ENA au profit des élèves de l'Ecole normale supérieure (Assemblée, 21 décembre 1990, *Association des anciens élèves de l'ENS de Saint-Cloud et autres*, au Recueil).

Les procédures différenciées de recrutement doivent être justifiées par un motif général et reposer sur « des critères objectifs et rationnels », en rapport direct avec cette finalité (décision n° 2012-656 DC du 24 octobre 2012, à propos de la création des emplois d'avenir, même s'il ne s'agissait pas d'emplois publics au sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789 ; 10/9 SSR, 25 novembre 2009, *Haut-Commissaire de la République en Polynésie française*, n° 328776, au Recueil).

Elles doivent également être proportionnées à l'objectif d'intérêt général qu'elles poursuivent (décision n° 85-204 DC du 16 janvier 1986, cons. 10) et vous avez déjà censuré les dispositions imposant au principe d'égale admissibilité des restrictions excédant celles strictement nécessaires (décisions *Haut-Commissaire de la République en Polynésie française* et *Syndicat de la fonction publique* déjà mentionnées).

S'agissant de la prise en compte de critères sociaux, la jurisprudence s'est montrée réservée jusqu'alors.

Le Conseil constitutionnel n'a admis qu'une priorité soit accordée aux étudiants boursiers pour le recrutement des assistants d'éducation qu'à condition qu'elle s'applique à aptitudes égales, les décisions de recrutement ne pouvant se fonder sur la capacité des intéressés à satisfaire les besoins du service public (décision n° 2003-471 DC du 24 avril). Il a par ailleurs jugé que les personnes publiques ne sauraient recourir aux emplois d'avenir, lesquels sont réservés à des personnes jeunes dépourvues de qualification dans le cadre de CDI, qui constitueraient des emplois publics ne pouvant être pourvus qu'en tenant compte de la capacité, des vertus et des talents (décision n° 2012-656 DC du 24 octobre 2012, cons. 16).

Vous avez pour votre part censuré le recrutement prioritaire de candidats en fonction de considérations d'ordre social comme instituant un système de sélection fondé

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

essentiellement sur des critères étrangers à la capacité des candidats (3/5 SSR, 10 janvier 1986, *Fédération nationale des travailleurs de l'Etat CGT*, n° 62161, au Recueil), de même que des bonifications accordées aux candidats ayant seuls un enfant à charge pour l'admission dans des écoles de formation (1/4 SSR, 14 mars 1986, *Syndicat national des directeurs d'école de pédicurie-podologie*, n° 52793, aux Tables)⁶.

La jurisprudence prend par ailleurs en compte le fait que la voie différenciée de recrutement conduise à une scolarité commune dans une école de formation, à l'issue de laquelle tous les élèves sont inscrits sur une même liste de classement par ordre de mérite commandant le choix des corps par les intéressés (décision n° 82-153 DC du 14 janvier 1983, cons. 9).

Quelles conclusions tirer de ce panorama jurisprudentiel quant au caractère sérieux de la présente QPC ?

Précisons d'abord que le caractère expérimental affiché du dispositif, qui n'est pas une expérimentation au sens de l'article 37-1 de la Constitution, lequel n'est pas visé par l'ordonnance, n'est pas de nature à modifier votre contrôle dès lors que la pérennisation de ce dispositif expérimental conduirait à perpétuer la voie de recrutement différenciée critiquée et non à sa disparition par le biais d'une généralisation.

Il est certain que le Gouvernement a entouré le dispositif de précautions visant à satisfaire les exigences de la jurisprudence tant constitutionnelle qu'administrative.

Il s'agit de créer un concours spécial dont le résultat dépendra uniquement des mérites des candidats, appréciés par un jury collégial et impartial, celui institué pour le concours externe des écoles concernées – les programmes et les épreuves des deux concours étant d'ailleurs identiques. Les critères sociaux ne jouent pas directement dans l'inscription au concours : le critère d'éligibilité est le fait d'avoir suivi une formation dans un cycle de formation préparant aux concours⁷ et c'est le suivi de ce cycle de formation qui constitue formellement la différence de situation justifiant la création d'un concours spécial et non les critères sociaux eux-mêmes. L'admission dans ces cycles de formation est certes soumise à des critères sociaux mais tient également compte des parcours de formation, des aptitudes et de la motivation des candidats. Elle est donc aussi fondée sur l'appréciation des mérites. En outre, ce concours spécial n'ouvrira droit qu'à un nombre limité de places dès lors que le nombre de places offertes ne saurait excéder 15% de celui des places ouvertes au titre du concours externe.

⁶ Voir également : 5/3 SSR, 14 février 1990, *Fédération syndicaliste Force Ouvrière de la défense, des industries de l'armement et secteurs assimilés*, n° 104275, aux Tables.

⁷ Même si on ne doit pas en tenir compte au stade du contrôle abstrait de la constitutionnalité de l'ordonnance car cela ne ressort pas directement de ses dispositions, on sait que sont en réalité visées les classes préparatoires intégrées créées ces dernières années dans la plupart des écoles de service public.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Il nous semble cependant que la conformité du dispositif institué par l'ordonnance à la jurisprudence constitutionnelle n'est pas évidente.

Disons d'abord que le constat mis en avant par le Gouvernement pour justifier le dispositif nous semble peu contestable. Le rapport de présentation de l'ordonnance indique que la proportion d'élèves issus des catégories socioprofessionnelles les moins favorisées est trop faible dans les écoles de service public, plus particulièrement celles ouvrant aux carrières de la haute fonction publique. Ce constat nous semble indéniable, contrairement à ce que soutient la requérante : si les écoles de service public accueillent un pourcentage de boursiers qui n'est pas ridicule, dépassant parfois 25%, il reste de 10 points inférieur en moyenne à celui observé dans la population étudiante générale. Encore cet indicateur est-il très imparfait⁸. On apprend ainsi dans le même rapport de présentation que les enfants d'ouvriers - qui représentent, selon l'INSEE, 19,6 % de la population active française en 2019 - ne représentent que 5 % des effectifs dans les écoles de la haute fonction publique des promotions 2020-2021.

Le rapport de présentation affirme qu'il convient, pour l'accès à ces écoles, de prendre en considération non plus seulement la stricte égalité formelle entre les candidats, mais d'observer leurs chances de réussite au vu de leur situation sociale et du parcours de formation qu'ils ont suivi.

Et de fait, dès lors que les critères sociaux sont une condition pour intégrer les cycles de formation préparant aux concours et qu'un concours spécial est institué pour les étudiants ayant suivi de tels cycles de formation, la requérante n'a pas tort de souligner que des postes dans les écoles de formation seront bien réservés à des candidats devant nécessairement remplir lesdits critères sociaux. Et il est vrai que la circonstance que ces candidats doivent remplir les conditions pour se présenter au concours externe illustre en creux l'objet de ce concours spécial, réservé à des candidats issus de milieux sociaux défavorisés (certes sélectionnés sur leurs mérites, mais parmi un vivier de candidats remplissant tous des critères sociaux) : leur permettre d'avoir de réelles chances de réussite qu'ils n'ont pas en se présentant au concours externe classique.

Il nous semble qu'il s'agit d'une logique partiellement nouvelle au regard de la jurisprudence.

Jusqu'à présent, la différence de situation justifiant l'institution d'une voie de recrutement différenciée a été admise pour des candidats présentant un parcours, qu'il soit professionnel ou académique, permettant de présumer qu'ils avaient développé des

⁸ Un tiers des boursiers sont à l'échelon 0 bis, correspondant à un montant de bourse à peine supérieur à 1000 euros par an et le plafond de ressources pour y avoir droit peut monter jusqu'à plus de 95 000 euros si l'étudiant réunit le maximum de « points de charge » (fratrie nombreuse, éloignement du lieu d'études...). On peut supputer qu'on retrouve bien davantage de boursiers échelon 0 bis dans les écoles de service public que de boursiers échelon 7 issus de familles très modestes.

compétences et aptitudes spécifiques dont le service public aurait tort de se priver et qui n'étaient pas reconnus ou pris en compte par les voies de recrutement existantes.

Il nous semble que le motif d'intérêt général justifiant la voie de recrutement différenciée a toujours été reconnu en se plaçant du point de vue des besoins du service public, qui doit pouvoir bénéficier de toutes les formes de talents, plus que dans une logique d'équité visant à permettre à des candidats défavorisés par les voies de recrutement existantes d'accéder aux écoles de formation et aux emplois publics auxquels elles préparent. Une telle logique conduit à voir le principe d'égal accès aux emplois publics sous un autre angle : garantir aux candidats, qui disposent de compétences et d'aptitudes requis par l'exercice du service public mais ont, en raison de leur parcours de vie lié à leur situation sociale, une moindre chance d'accéder aux parcours d'excellence académique préparant efficacement aux concours externes de ces écoles, une chance égale de réussite. Il s'agit, plus ou moins clairement, d'assumer que des mécanismes dérogeant à l'égalité formelle sont nécessaires pour tendre vers davantage d'égalité réelle.

Nous sommes pour notre part convaincu qu'une telle conception doit être admise et qu'accroître la diversité, y compris sociologique, des profils des personnes rejoignant la fonction publique constitue un objectif d'intérêt général, une trop grande homogénéité sociale et territoriale constituant un handicap pour que la fonction publique fasse preuve des nécessaires capacités d'adaptation et de compréhension des attentes des usagers. La circonstance, pointée par la requérante à laquelle il est difficile de donner complètement tort sur ce point, que le dispositif institué ne contribuera que marginalement à un tel objectif au regard de la part très faible des admissions dans les écoles concernées que représentera le nouveau concours spécial, n'est pas de nature à elle seule à annihiler l'adéquation entre ce dispositif et l'objectif d'intérêt général qu'il poursuit.

Il nous semble néanmoins que la conformité du dispositif contesté par la requérante au principe d'égal accès aux emplois publics ne s'évince pas avec évidence des décisions que le Conseil constitutionnel a déjà été amené à rendre, si bien que la question de constitutionnalité nous paraît suffisamment sérieuse pour lui être renvoyée.

PCMNC à ce que décidiez de renvoyer au Conseil constitutionnel la QPC soulevée par l'ADMR.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.