

Section

Séance du 20 février 2009
Lecture du 6 mars 2009

CONCLUSIONS

M. Yves STRUILLLOU, rapporteur public

(Ce texte est celui qui a été prononcé par M. Struillou en séance publique ; il a toutefois dû subir quelques modifications uniquement destinées à permettre d'identifier sans ambiguïté les références de jurisprudence citées dont les noms étaient effacés pour la mise en ligne.)

Dans son rapport présenté devant l'Assemblée Nationale constituante sur le projet de loi relatif au statut général des fonctionnaires, le Député Yves Fagon faisait en 1946 le constat suivant :

« Le recrutement des fonctionnaires et agents de l'Etat et des collectivités secondaires procède actuellement de la fantaisie la plus absolue (...). Des avancements scandaleux ont été accordés. Des priorités intolérables ont joué. L'appartenance à telle organisation, à tel parti ont prévalu sur la compétence et l'ancienneté. Le favoritisme le plus éhonté a régné dans certains services. (...) Cet état de choses cause un malaise profond dans l'administration. Des employés consciencieux, dévoués marquent leur découragement, quittent l'administration pour le secteur privé. D'autres, préoccupés d'assurer le sort de leur famille, se laissent aller à donner des assurances de conformisme aux idées des maîtres de l'heure. Il est temps de revenir à des règles normales de recrutement. Il est temps de redonner confiance aux agents qui constituent l'armature solide de l'administration et d'appeler au service de celle-ci des jeunes hommes et des jeunes femmes entrant par la compétition du concours et conservant le goût de la compétition pour progresser et avancer par le mérite, le travail, pour mener une carrière en rapport avec leur compétence, leurs mérites et leurs efforts » (AN constituante, séance du 17 septembre 1946, p. 627).

Ces considérations générales, notamment quant au déroulement de carrière des fonctionnaires, ne nous paraissent pas sans lien avec les deux questions posées par la requête dont vous êtes saisie :

- les statuts particuliers peuvent-ils, sans méconnaître les dispositions de l'article 26 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions

statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, instituer des modalités de promotion interne ne prévoyant pas de concours interne ?

- Quels sont les critères permettant de distinguer un concours d'un examen professionnel ?

Le Syndicat National des Ingénieurs de l'Industrie et des Mines vous demande d'annuler le décret n° 2007-616 du 27 avril 2007 portant statut particulier du corps des ingénieurs des mines ainsi que la décision du 8 août 2007 par laquelle le ministre de l'Economie, des Finances et de l'Emploi a rejeté son recours gracieux dirigé contre ce décret.

L'intérêt de la question et les difficultés qu'elle soulève ont justifié que cette requête, examinée par les 4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies, soit renvoyée devant votre formation.

Précisons que le décret attaqué a été abrogé à compter du 1^{er} février 2009 par le décret n° 2009-63 du 16 janvier 2009 portant statut particulier du corps des ingénieurs des mines fusionnant les corps des ingénieurs des mines et des ingénieurs des télécommunications. Cette abrogation ne rend pas sans objet la requête dès lors, d'une part, que la juridiction est saisie de conclusions aux fins d'annulation du décret et, d'autre part, que dernier a eu des effets juridiques soit en servant de fondement à l'organisation d'un examen professionnel, soit en faisant obstacle à l'organisation d'un concours interne (*Section, 14 juin 1968, n° 60870, Syndicat national des médecins des hôpitaux privés à but non lucratif, Rec. p. 362*). Au demeurant, les mesures prises en matière de recrutement et de promotion sur son fondement ont fait l'objet de dispositions spécifiques dans le décret du 16 janvier 2009.

C'est par un arrêt du 21 mars 1781 que furent créés quatre « *inspecteurs des mines et minières du royaume* » désignés sous le titre d'inspecteurs généraux. L'Ecole des Mines fut créée en 1783. Le titre VI de la loi du 30 vendémiaire an IV (22 octobre 1795) organisait les rapports entre l'Ecole Polytechnique et l'Ecole des Mines. L'organisation du corps est intervenue en 1810. Destiné à l'origine à veiller à l'application du code minier, le corps des mines a pris en main la construction du réseau ferré puis a essaimé dans l'ensemble des secteurs industriels. L'effectif du corps est resté stable pendant un siècle – 111 membres en 1850 et 136 un siècle plus tard – puis a progressé pour atteindre 231 en 2007.

Le Syndicat requérant invoque **un premier moyen** tiré de ce que les dispositions de l'article 4 du décret attaqué méconnaîtraient celles prévues par l'article 26 de la loi du 11 janvier 1984, faute pour le pouvoir réglementaire d'avoir prévu un concours interne d'accès au corps des ingénieurs des mines.

Pour apprécier le bien fondé et la portée du moyen, il nous paraît utile de vous indiquer quelles étaient les modalités d'accès au corps des ingénieurs des mines définies antérieurement par le décret n° 50-381 du 27 mars 1950 modifié pour la dernière fois par le décret n° 88-508 du 29 avril 1988.

S'agissant du recrutement externe, il était opéré pour l'essentiel – à hauteur de 70 % - à la sortie de l'Ecole Polytechnique.

Pouvaient également être recrutés par la voie externe :

- dans la limite de trois postes, les élèves de l'Ecole Normale Supérieure et de l'Ecole Normale Supérieure de Filles ayant été admis après un concours ;

- dans la limite de deux postes, les élèves de l'Ecole Nationale Supérieure des Mines de Paris.

Trois modalités de promotion interne dans le corps des ingénieurs des mines étaient prévues :

La première modalité était constituée par le concours interne, réservé aux membres du corps des ingénieurs de l'industrie et des mines.

Les candidats devaient être âgés de 35 ans au plus et justifier de cinq ans d'ancienneté dans le corps.

Le nombre de postes ouvert au concours était fixé à 5 % des emplois du corps des ingénieurs des mines.

En vertu de l'arrêté du 20 février 1969 organisant les modalités de ce concours, les épreuves étaient identiques à celles du concours normal d'admission à l'Ecole Nationale Supérieure des Mines de Paris et les candidats reçus suivaient la scolarité de cette école en qualité d'ingénieurs-élèves.

Ce concours interne n'avait pas été organisé depuis plus de quarante ans lors de l'intervention du nouveau statut de 2007.

La deuxième modalité était constituée par l'examen professionnel, réservé aux ingénieurs de l'industrie et des mines de 48 ans au plus et justifiant de huit ans d'ancienneté dans le corps.

Cet examen, dont les modalités étaient précisées par un arrêté du 13 août 1992, comportait, au titre des épreuves d'admissibilité, une note sur dossier, un oral d'économie et la soutenance d'un mémoire devant un jury, et, au titre des épreuves d'admission, un entretien avec le jury. Celui-ci complétait son appréciation par la consultation des dossiers individuels des candidats (article 9-3). Les candidats ayant passé avec succès l'examen professionnel étaient nommés dans le grade d'ingénieur des mines dans l'ordre des notes obtenues.

Le nombre de postes offerts était fixé à 5 % des emplois du corps des ingénieurs des mines.

Le décret prévoyait que les emplois non pourvus par la voie du concours interne « **pouvaient** » être reportés sur l'examen professionnel.

La troisième et dernière modalité était constituée par la liste d'aptitude, réservée aux ingénieurs divisionnaires de l'industrie et des mines âgés de 48 ans au moins et ayant huit années d'ancienneté dans ce grade.

Cette modalité était ouverte lorsque les emplois offerts au titre de l'examen professionnel n'avaient pas tous été pourvus.

Ce mode de promotion était régi par un arrêté du 15 septembre 1981. Il consistait en un entretien avec le jury sur le fondement d'une note remise par le candidat et décrivant son activité professionnelle. Le jury complétait son appréciation par la consultation des dossiers individuels des candidats. A l'issue des épreuves, le ministre établissait la liste d'aptitude et prononçait les nominations dans le corps après avis de la commission administrative paritaire.

Rappelons qu'en vertu de l'article 2 de l'ordonnance du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'Etat, les ingénieurs des corps techniques dont le recrutement est en partie assuré conformément au tableau de classement de sortie de l'école Polytechnique sont nommés par décret du Président de la République à leur entrée dans leurs corps respectifs.

Les modifications apportées par le décret du 27 avril 2007 étaient les suivantes :

S'agissant du recrutement par la voie externe :

L'article 4 du décret a prévu que les ingénieurs-élèves des mines seraient recrutés selon trois voies :

- la première est constituée par le recrutement parmi les élèves de l'Ecole Polytechnique,
- la deuxième voie est constituée par le concours ouvert aux élèves des Ecoles Normales Supérieures accomplissant la 3^{ème} ou la 4^{ème} année de scolarité,
- la troisième voie est constituée par le concours ouvert aux élèves de l'Ecole Nationale Supérieure des Mines de Paris accomplissant leur dernière année de scolarité.

La répartition des postes entre ces trois filières de recrutement est opérée par arrêté. Le plancher de 70 % au profit des élèves sortant de l'Ecole Polytechnique a été supprimé.

S'agissant du recrutement par la voie interne :

Deux seules voies étaient prévues :

1°) **celle de l'examen professionnel** ouvert aux ingénieurs divisionnaires et ingénieurs de l'industrie et des mines, dans la proportion de 10 % des nominations des ingénieurs-élèves dans le corps et des détachements (article 8).

La limite d'âge de 48 ans a été supprimée.

2°) **celle de l'inscription**, après sélection professionnelle, **sur une liste d'aptitude** lorsque l'examen professionnel n'a pas permis de pourvoir la totalité des emplois offerts (article 9).

Seuls peuvent être inscrits sur cette liste les ingénieurs divisionnaires du corps des ingénieurs de l'industrie et des mines.

Le décret attaqué supprime donc l'accès au corps des ingénieurs des mines ouvert aux ingénieurs de l'industrie et des mines admis par la voie du concours interne à l'Ecole Nationale Supérieure des Mines de Paris.

Précisons que les décrets statutaires dont relèvent les corps des ingénieurs du génie rural, des eaux et forêts (décret n° 2002-261 du 22 février 2002), des ingénieurs des télécommunications (décret n° 67-715 du 16 août 1967) et des ingénieurs des ponts (décret n° 2002-523 du 16 avril 2002), qui accueillant en leur sein des agents issus notamment de l'Ecole Polytechnique, comme le corps des ingénieurs des mines, ont prévu l'organisation de concours internes.

Précisons également que le nouveau décret statutaire du 16 janvier 2009 du corps des ingénieurs des mines a de nouveau prévu un recrutement par la voie du concours interne, les filières de recrutement qui existaient pour intégrer le corps des ingénieurs des mines ayant été maintenues.

Même si, dans ces conditions, s'agissant du recrutement des ingénieurs des mines, la requête du syndicat requérant a perdu de son intérêt, la question posée est d'une portée générale : l'autorité compétente a-t-elle méconnu les dispositions de l'article 26 de la loi du 11 janvier 1984 en ne prévoyant pas, au titre de la promotion interne dans le corps des ingénieurs des mines, un concours interne ?

Soulignons que des dispositions similaires à celles applicables au sein de la fonction publique d'Etat existent tant pour la fonction publique territoriale (article 39 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984) que pour la fonction publique hospitalière (article 35 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986). Dans ces conditions, la question posée et de la solution que vous estimerez devoir y apporter ont une portée qui concerne l'ensemble de la fonction publique.

Cette question ne nous paraît pas avoir été tranchée par votre jurisprudence. Nous reviendrons sur ce point.

La promotion interne, c'est à dire la possibilité donnée à des fonctionnaires appartenant à un corps d'accéder à un autre corps de la fonction publique, généralement supérieur, était déjà prévue par le statut de 1946.

L'article 28 de la loi du 19 octobre 1946 prévoyait que le recrutement des fonctionnaires de catégorie A et B s'opérerait selon l'une des modalités suivantes ou suivant l'une et l'autre de ces modalités :

- **premièrement**, des concours distincts ouverts aux candidats justifiant de certains diplômes et de « *candidats fonctionnaires ayant accompli une certaine durée de services publics* »,

- **deuxièmement**, des concours réservés aux fonctionnaires ayant accompli un temps de service et reçu, le cas échéant, une certaine formation.

Le même article prévoyait que des règlements pourraient « à titre exceptionnel » autoriser un accès « soit par voie d'examen professionnel, soit par voie d'inscription sur un tableau d'avancement » en vue « d'assurer aux fonctionnaires de certains cadres le développement de leur carrière ».

Le statut de 1946 a donc consacré le concours interne, à la fois comme mode de recrutement et comme mode d'avancement comme l'avait souligné Catherine Lalumière dans une étude consacrée aux concours internes (cf. « *Les concours internes* », C. Lalumière, RDP, 1968, p. 481).

L'ordonnance du 4 février 1959 n'a apporté que des modifications mineures à ces dispositions, l'article 18 consacrant le concours comme voie d'accès « normale » à la fonction publique, les recrutements par examen professionnel ou par inscription à un tableau d'avancement devant demeurer « exceptionnels » en vertu de l'article 19.

Le statut prévoyait deux principales exceptions à ces règles (article 20),

- pour la constitution d'un corps,
- pour le recrutement des fonctionnaires des catégories C et D.

Il ressortait de ces dispositions :

- **premièrement**, que le concours interne s'imposait soit comme voie de recrutement associée au concours externe, soit comme voie exclusive (Ass. 10 janvier 1964, n° 50851, *Syndicat des cadres national des bibliothèques*, rec. p. 17) et vous avez jugé qu'il n'existait aucun principe général du droit obligeant l'administration, lorsqu'elle prévoyait un concours interne, d'organiser un concours externe (Ass. 8 novembre 1974, n° 90.368, *Association des élèves de l'ENA*, rec. p. 541),

- **deuxièmement**, qu'étaient ouvertes la faculté « à titre exceptionnel » de prévoir des voies de recrutement dérogatoires,

- **enfin**, que ces voies dérogatoires, que constituent l'examen professionnel et l'inscription sur un tableau d'avancement, ne pouvaient se cumuler.

On peut toutefois déceler une ambiguïté dans les dispositions tant de la loi de 1946 que de l'ordonnance de 1959 : en autorisant les décrets statutaires à prévoir des recrutements par d'autres voies que le concours interne pour les fonctionnaires, ces dispositions devaient-elles regardées comme se bornant à donner une base légale à des recrutements dérogeant à la règle du concours – ces modalités de recrutement venant s'ajouter à la voie du concours – ou comme permettant de substituer au concours les voies de l'examen professionnel et de l'inscription à un tableau d'avancement ?

La décision du 25 octobre 1961, Association amicale des fonctionnaires issus des concours et examen d'accès dans les cadres supérieurs des enquêtes économiques (n° 49515, *Rec. p. 591*), n'a pas levé cette ambiguïté. Cette décision a retenu une lecture des articles 18 et 20 selon laquelle ces dispositions ne s'appliquaient qu'au recrutement initial des fonctionnaires et au passage d'une catégorie à une autre mais étaient sans application aux recrutements d'un corps de la catégorie A parmi les fonctionnaires appartenant à des corps relevant de cette même catégorie.

Les formations consultatives du Conseil d'Etat avaient adopté une lecture contraire de ces dispositions formulant des réserves sur la légalité de dispositions statutaires écartant le principe du recrutement par voie de concours pour les changements de corps intra-catégoriels (cf. H. Comte, « *Le tour extérieur dans la fonction publique* », *AJDA* 1977, p. 339).

Ces réserves ont conduit le Gouvernement à proposer au Parlement une disposition, insérée dans la loi de finances rectificative de 1961 et présentée comme intervenant à la « *demande du Conseil d'Etat* », permettant aux statuts particuliers de certains corps, figurant sur une liste établie par décret en Conseil d'Etat, d'autoriser, à titre dérogatoire, l'accès direct de fonctionnaires de catégorie A à la hiérarchie des corps. Précisons immédiatement que ces dispositions ont été reprises à l'article 24 de la loi du 11 janvier 1984 et qu'au nombre des corps énumérés par le décret n° 85-344 d'application du 18 mars 1985 ne figure pas celui des ingénieurs des mines.

Postérieurement à cette modification, la lecture adoptée par la décision précitée du 25 octobre 1961 a été remise en cause par une décision du 10 mai 1963, Association des anciens élèves de l'ENA (n° 57800, *Rec. p. 298*) par laquelle a été jugé que le recrutement des administrateurs civils parmi les fonctionnaires de catégorie A dérogeait au principe du recrutement par voie de concours.

C'est la décision du 30 octobre 1963 (n° 58987, *sieur M...*, *Rec. p. 518*) qui nous paraît avoir tranché la question de la portée de l'article 19 de l'ordonnance de 1959 en jugeant qu'il résultait des termes mêmes de cet article que ;

« *la substitution d'un examen professionnel au concours, lequel est le mode de recrutement normal des fonctionnaires de l'Etat, constitue pour le Gouvernement, non une obligation mais une simple faculté, qui ne lui est donnée qu'à titre exceptionnel* ».

A été ainsi admise la possibilité de remplacer le concours par une autre voie de promotion interne.

La loi du 19 juillet 1976 a apporté des modifications substantielles aux dispositions de l'ordonnance de 1959 sur deux points :

Premièrement, les dispositions de l'article 18 ont désormais dissocié le concours interne du concours externe sans d'ailleurs que les travaux parlementaires soient très explicites sur les intentions du législateur sur ce point, d'autant que le Sénat, en dernière lecture, s'était prononcé sur une rédaction de l'article 18 liant les concours externe et interne et qui ne correspondait pas à celle adoptée par l'Assemblée Nationale.

Deuxièmement, a été adoptée une rédaction de l'article 19 de l'ordonnance permettant l'accès aux corps et catégories hiérarchiquement supérieurs réalisé : « *selon les proportions définies par chaque statut particulier, suivant l'une ou plusieurs des modalités ci-après : 1° Par voie de concours interne, selon les modalités définies au 2° de l'article 18 ; / 2° par voie d'examen professionnel sur épreuves, / 3° Au choix, par voie d'inscription sur une liste d'aptitude après avis de la commission administrative paritaire du corps d'accueil* ».

A été substituée à l'inscription sur un tableau d'avancement l'inscription sur la liste d'aptitude afin de mieux distinguer la promotion d'un corps à un corps supérieur de la promotion de grade.

Si la nouvelle rédaction de l'article 19 apparaît claire – faisant du concours l'une des modalités de la promotion interne au même titre que les autres voies de recrutement – en revanche, l'objectif poursuivi l'est moins. En effet, à plusieurs reprises a été affirmé et réaffirmé lors des débats parlementaires que le concours constituait le mode de recrutement de droit commun non seulement pour l'entrée dans la fonction publique mais également pour l'accès, par voie de promotion interne, à chacun des corps qui la composent (*cf. intervention de M. Bouvard, rapporteur, AN, 2° séance, 30 juin 1976, p. 4957*).

Il doit être relevé que le législateur n'a pas modifié les dispositions de l'ordonnance de 1959 dans le cadre d'un débat sur le principe même du concours ou sur les places respectives des concours externe et interne mais dans le cadre du débat sur la droit à la promotion sociale affirmé par la loi du 16 juillet 1971. Ce droit devait trouver à s'appliquer, selon le rapporteur du projet devant l'Assemblée Nationale, « *dans la fonction publique par la fixation dans les statuts particuliers d'une proportion de postes pourvus par les différents procédés de sélection interne : concours, examen professionnel, choix* » (*rapport de M. Bouvard, AN, n° 2436*). S'inscrit dans cette optique la suppression des termes « *à titre exceptionnel* » qui encadrait le recours à d'autres voies que le concours pour la promotion interne.

La diversification des modalités de cette promotion a été promue par le législateur pour faire bénéficier de la promotion sociale les différentes « *couches de personnel* » et se fondait sur des considérations relevant de ce qui n'était pas encore désigné comme « *la gestion des ressources humaines* ». Etaient ainsi distingués par le rapporteur devant l'Assemblée Nationale (*cf. rapport de M. Burckel, AN, n° 2216*):

1°) le concours interne devant plus particulièrement concerné les jeunes fonctionnaires empêchés pour des raisons familiales de poursuivre leurs études et entrés dans la fonction publique à un niveau inférieur à leurs capacités, espérant progresser grâce aux facilités de formation accordées par l'administration,

2°) l'examen professionnel devant concerner les fonctionnaires en cours de carrière ayant fait la preuve de leur valeur professionnelle pour qui les études sont déjà loin mais qui acceptent de passer des épreuves portant sur des matières touchant à leurs activités professionnelles,

3°) la nomination au choix devant concerner les fonctionnaires ayant une longue carrière et qui acceptent mal que leur valeur professionnelle ait besoin, pour être reconnue, d'un contre-examen qui comporte les risques de les exposer, en cas d'échec, à une certaine humiliation.

L'examen des débats parlementaires révèle que les deux chambres se sont heurtées à des difficultés pour mettre au point une rédaction conciliant à la fois le respect du principe du concours et la volonté de diversification des voies de promotion interne par le recours à des modalités dérogatoires ne devant plus être exceptionnelles. Force est de constater que la lettre claire du texte ne correspond pas aux intentions poursuivies.

Il nous a paru utile de reprendre ces éléments – qui attestent de la volonté du législateur en 1976 de « démocratiser » la promotion interne - car cette volonté peut expliquer le caractère assez paradoxal des débats au Parlement en 1983 et 1984: alors que la rédaction de l'article 26 de la loi du 11 janvier 1984 s'écarte, comme nous allons le voir, de celle retenue en 1976 s'agissant des modalités de la promotion interne, cette nouvelle rédaction a suscité peu de débats et, en tout état de cause, n'a pas été perçue comme mettant un terme à une dérogation au principe du concours.

Nous en venons donc aux dispositions issues des lois de 1983 et 1984.

Aux termes l'article 16 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 :

« Les fonctionnaires sont recrutés par concours sauf disposition prévue par la loi ».

Il est à signaler que lors du débat au Sénat du projet de loi a été déposé un amendement prévoyant de réserver le concours au recrutement dans les emplois de début de carrière par distinction avec les emplois d'avancement ne nécessitant pas le recours au concours (*amendement n° 30 déposé par M. Schiélé, Sénat, séance du 1^{er} juin 1983, p. 1288*). Cet amendement fut repoussé au motif que le concours constituait « un principe fondamental ».

L'article 19 de la loi la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 prévoit que :

*« Les fonctionnaires sont recrutés par voie de concours organisés suivant l'une des modalités ci-après **ou suivant l'une et l'autre de ces modalités** : 1° Des concours ouverts aux candidats justifiant de certains diplômes ou de l'accomplissement de certaines études (...) 2° Des concours réservés aux fonctionnaires de l'Etat, dans les conditions prévues par les statuts particuliers, aux agents de l'Etat et aux fonctionnaires et agents des collectivités territoriales et des établissements publics en fonction ainsi qu'aux candidats en fonction dans une organisation internationale intergouvernementale (...) ».*

L'article 26 de la loi renvoie à ces dispositions. Sa rédaction d'origine était la suivante :

*« En vue de favoriser la promotion interne, les statuts particuliers **fixent** une proportion de postes susceptibles d'être proposés au personnel appartenant déjà à*

*l'administration ou à une organisation internationale intergouvernementale, **non seulement** par voie de concours, selon les modalités définies au 2° de l'article 19 ci-dessus, **mais aussi par** la nomination de fonctionnaires ou de fonctionnaires internationaux, suivant l'une ou l'autre des modalités ci-après : 1° Examen professionnel ; 2° Liste d'aptitude établie après avis de la commission administrative paritaire du corps d'accueil ».*

La seule comparaison entre, d'une part, les termes l'article 19 de l'ordonnance de 1959, dans sa rédaction issue de la loi de 1976, et ceux de l'article 26 est éclairante :

- en 1976, les trois voies de promotion interne étaient clairement présentées sous une forme alternative,

- en 1984, le législateur retient volontairement une rédaction différente.

Ainsi, a été repoussée à deux reprises par l'Assemblée Nationale une rédaction de l'article du projet de loi adoptée par voie d'amendement au Sénat visant à faire du « *concours l'une des modalités de la promotion interne* » et à revenir à la rédaction retenue en 1976 (Sénat, séance du 25.10.1983, p. 2427, amendement déposé par M. Bouvier ; Assemblée Nationale, 22.11.1983, p. 5589 ; Sénat, 13.12.1983, p. 4113) ; l'Assemblée Nationale, 21.12.1982, p. 6916).

Il convient de constater cependant que le Gouvernement n'a pas présenté la rédaction de l'article 26 de la loi de 1984 comme la remise en cause de la remise en cause du principe de concours comme modalité de droit commun de la promotion interne : l'explication de ce paradoxe tient à la circonstance, selon nous, que la modification introduite par la loi de 1976 n'avait pas été conçue et, à tout le moins, perçue, y compris par ceux qui étaient les plus attachés au concours, comme une remise en cause de cette voie de recrutement mais comme la volonté d'assurer une démocratisation de la promotion interne afin de garantir une promotion sociale, volonté qui n'a pas été remise en cause en 1983 et 1984. L'évolution – significative - des termes de la loi, ne doit pas masquer la continuité, sur ce point, des intentions du législateur.

Les évolutions ultérieures se sont inscrites dans cette continuité.

La loi du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions relatives à la fonction publique a ajouté à l'article 26 un dernier alinéa ainsi rédigé :

« Chaque statut particulier peut prévoir l'application des deux modalités ci-dessus [examen professionnel et liste d'aptitude] sous réserve qu'elles bénéficient à des agents placés dans des situations différentes ».

Cette modification a eu pour objet de permettre à l'administration de prévoir, dans un décret statutaire, l'accès à un corps à la fois par la voie de l'examen professionnel **et** par la voie de la liste d'aptitude à la condition que ces voies concernent des agents placés dans des situations différentes.

Il est à souligner que le rapport établi devant le Sénat au nom de la commission des lois, indiquait que l'article 26 prévoyait, avant la modification envisagée « *Outre la voie de concours internes organisés selon les modalités définies au 2° de l'article 19* », la possibilité de proposer des postes par la voie de l'examen professionnel ou de la liste d'aptitude (*rapport de M. Authié, n° 284, p. 47*)

Enfin, la loi du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique a modifié les dispositions de l'article 26 relatives à la liste d'aptitude, en disposant que ce mode de promotion interne doit s'effectuer :

« *par appréciation de la valeur professionnelle et des acquis de l'expérience professionnelle des agents* ».

La même loi a modifié également l'article 19 sur deux points :

- d'une part, pour permettre aux jurys des examens professionnels de prendre en compte soit les titres, soit les titres et travaux des candidats, ce qui n'était auparavant légalement admis que pour les concours.

- d'autre part, pour permettre l'organisation d'une épreuve consistant, tant pour les concours que pour les examens « *en la présentation par les candidats des acquis de leur expérience professionnelle* ».

Les trois modes de promotion interne –concours interne, examen professionnel et liste d'aptitude – doivent donc désormais prendre en compte et valoriser les acquis de l'expérience.

Indiquons que les dispositions de la loi du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique n'étaient pas entrées en vigueur à la date du décret attaqué. En effet, le I de l'article 45 de la loi précise que ces dispositions entraient en vigueur à la date de la publication du décret d'application prévu l'article 22 de la loi du 13 juillet 1983. Ce décret a été pris 15 octobre 2007.

Nous en venons à l'examen de la jurisprudence.

Par la décision Association nationale des assistants du 2 mars 1988 (n° 61520, *Rec. p. 105, conclusions de Mme Laroque*), vous avez admis la légalité du décret du 6 juin 1984 relatif au statut des enseignants chercheurs qui était notamment critiqué au motif tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 26 de la loi du 11 janvier 1984. Le texte statutaire ne prévoyait en effet qu'un **concours interne** comme modalité de promotion professionnelle dans le corps des enseignants chercheurs, à l'exclusion de toute promotion au choix par voie d'examen professionnel ou de liste d'aptitude. Vous avez jugé que l'autorité compétente avait pu légalement déroger aux dispositions de l'article 26 de la loi du 11 janvier 1984, sur le fondement de l'article 10 de la loi, dès lors que le conseil supérieur de la fonction publique avait été consulté, que cette dérogation était justifiée au regard des impératifs de qualification du corps et qu'étaient ouverts en contrepartie aux maîtres de conférence des concours spéciaux réservés.

Cette décision nous paraît incompatible avec une lecture de l'article 26 qui ouvrirait la faculté pour l'autorité compétente de choisir entre les trois voies de promotion interne. Si une telle lecture avait été retenue, les dispositions du décret attaqué ne pouvaient être regardées comme dérogeant à l'article 26. Elles ne pouvaient être jugées comme dérogatoires que dès lors que le concours interne était considéré comme une modalité obligatoire de la promotion interne. Il ne peut y avoir de dérogation là où le législateur n'a pas prévu d'obligation. Dans ses conclusions, Mme Laroque estimait que les dispositions en cause dérogeaient à l'article 26.

Par la décision du 6 février 1991, Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public (n° 73481, *non fiché, ni publié*), il a été jugé que les dispositions de l'article 26 « *ont permis au gouvernement de fixer des modalités de recrutement après inscription sur une liste d'aptitude de membres d'un corps de fonctionnaires au sein d'autres corps de fonctionnaires et de déroger ainsi au principe du recrutement des fonctionnaires par voie de concours* ». Mais, dans cette affaire, le décret attaqué prévoyait des modalités « **exceptionnelles** » de recrutement de professeurs certifiés, des professeurs de lycée technique et des professeurs d'éducation physique et sportive. Etait ainsi organisé un recrutement exceptionnel.

Par la décision du 5 juillet 2000, Syndicat force ouvrière du personnel du ministère des Affaires Etrangères (n° 203050, *aux Tables, p. 826, mais non fichée sur ce point*), vous avez admis que, **à titre transitoire**, le décret statutaire des agents diplomatiques et consulaires pouvait prévoir l'intégration d'agents par inscription sur une liste d'aptitude sur le fondement des dispositions de l'article 26, sans méconnaître le principe du recrutement des fonctionnaires par concours.

Dans les affaires tranchées par les deux décisions précitées, les voies de promotions internes critiquées venaient s'ajouter aux modalités normales incluant le concours.

Nous retrouvons, au terme de cette présentation, l'ambiguïté que pourrait recéler l'article 26, de même nature que celle des dispositions des statuts de 1946 et de 1959 relatives aux modalités de recrutement interne autres que le concours :

- en prévoyant ces modalités de recrutement, le législateur a-t-il simplement entendu leur donner un fondement légal indispensable dès lors que le principe, en dehors des exceptions prévues expressément par la loi, est le recrutement par la voie du concours ?

- Ou le législateur a-t-il entendu aller plus loin en autorisant le pouvoir réglementaire à substituer au concours interne d'autres voies de promotion interne ?

Nous pensons, à la réflexion, que c'est la première branche de l'alternative qui doit être retenue pour les raisons suivantes.

Premièrement, cette solution nous paraît respecter la lettre même du texte.

Il nous avait même semblé que cette lettre était suffisamment claire mais il est vrai que l'appréciation de la clarté d'un texte ne relève pas d'une mesure physique mais de l'appréciation, laquelle peut donner lieu à discussion.

On peut en effet estimer que les termes de l'article 26 n'excluent pas totalement une lecture conduisant à mettre au même niveau les trois modalités de promotion interne.

Cependant, l'emploi, dans l'article 26, des mots « *non seulement par voie de concours* » et « *mais aussi* » décliné sur le mode indicatif, qui vaut impératif – « *fixent* » - conduisent à retenir la première branche de l'alternative.

Si le législateur avait entendu non seulement donner un fondement légal aux voies de recrutement dérogatoires au concours mais également donner la possibilité de remplacer le concours par ces voies dérogatoires, il pouvait simplement s'en tenir à une rédaction du type de celle de l'article 19 de l'ordonnance du 4 février 1959, dans sa rédaction issue de la loi de 1976.

Tel n'a pas été le cas comme il a été exposé.

La comparaison avec d'autres dispositions conforte, selon nous, cette analyse.

Ainsi, l'article 58 de la loi du 11 janvier 1984 relatif à l'avancement de grade fait clairement apparaître que les trois modalités d'avancement sont mises au même niveau. En effet, aux termes de cet article, l'avancement a lieu :

« selon les proportions définies par les statuts particuliers, suivant l'une ou plusieurs des modalités ci-après : / 1° soit au choix, par voie d'inscription à un tableau d'avancement (...) / 2° soit par voie d'inscription à un tableau annuel d'avancement, établi après avis de la commission administrative paritaire, après une sélection par voie d'examen professionnel (...) / 3° soit par sélection opérée exclusivement par voie de concours professionnel. »

Rappelons, enfin, que la décision précitée du 2 mars 1988 repose sur une lecture de l'article 26 qui fait du concours une modalité obligatoire de la promotion interne.

La deuxième raison qui nous conduit à vous proposer de confirmer cette lecture de l'article 26 est que cette interprétation nous paraît respecter l'intention du législateur.

Comme il a été exposé l'objectif poursuivi a été de diversifier les voies de promotion interne dans le but de garantir effectivement des possibilités de promotion sociale pour l'ensemble des fonctionnaires et non de remettre en cause le principe même du concours pour le recrutement interne. Cet objectif était d'ailleurs celui du législateur en 1976 même si la rédaction adoptée à l'issue des débats était en décalage avec cette intention.

Soulignons que lorsque le législateur l'a estimé nécessaire, il a prévu explicitement les dérogations au principe du concours :

1°) dans les cas énumérés à l'article 22 de la loi du 11 janvier 1984,

2°) pour les emplois laissés à la décision du Gouvernement (article 25),

3°) pour l'accès aux emplois publics des personnes handicapées (article 27),

4°) pour favoriser l'insertion des jeunes sans qualification ou de faible qualification (article 22bis),

5°) pour permettre l'accès de fonctionnaires de catégorie A dans des corps figurant sur une liste établie par décret en Conseil d'Etat, en vertu de l'article 24. Il s'agit notamment de corps financiers, comme celui des Trésoriers-payeurs-Généraux et de certains corps techniques, tel celui de l'inspection générale de l'administration de l'Education Nationale,

Par conséquent, l'économie d'ensemble des lois de 1983 et 1984 confortent selon nous la lecture de l'article 26 que nous vous proposons.

Ajoutons que si le ministre chargé de la Fonction publique n'a pas produit, il n'est pas interdit de penser que ses services partagent notre conviction. Ainsi, dans un article publié aux cahiers de la fonction publique, le sous-directeur des statuts et des rémunérations à la direction générale de l'administration et de la fonction publique précisait que :

« les statuts particuliers fixent, **outre une proportion réservée au concours interne**, la proportion de postes susceptibles d'être pourvus par la voie d'un examen professionnel ou au choix (liste d'aptitude soumise à l'avis de la CAP du corps d'accueil » (décembre 2002, p. 4).

La lecture que nous vous proposons est également celle de Serge Salon qui estime que les dispositions de l'article 26 ont pour objet de créer « *un tour extérieur* » venant s'ajouter au concours interne afin de permettre à des fonctionnaires méritants, qui n'ont pu assurer leur promotion par la voie de concours, d'accéder à des corps supérieurs (*commentaire sous article 26, Code de la fonction publique, Dalloz, 2008*).

Pour assurer effectivement la promotion interne, des décrets intervenus en 1988 ont mis en place « *un mécanisme de sauvegarde* » permettant d'assurer un minimum de promotion dans un contexte de réduction des recrutements externes (cf. décret n° 88-27 du 8 janvier 1988 applicable à la fonction publique de l'Etat). La plupart des statuts particuliers ont repris ces mécanismes (pour un exemple : décret n° 2005-799 du 15 juillet 2005 portant statut particulier du corps de contrôle des assurances).

La troisième raison qui nous conduit à vous proposer de retenir la première lecture est que cette dernière est la plus conforme à notre tradition que le législateur n'a pas entendu remettre en cause.

Si, comme vous le savez, le principe du concours n'a pas valeur constitutionnelle (CC, 30 août 1984, n°84-178 DC), il constitue une garantie fondamentale du fonctionnaire au sens de l'article 34 de la Constitution (CC, 19 février 1963, n° 63-23 L, DC).

Le concours représente le mode d'accès à la fonction publique et de progression en son sein que notre tradition a privilégié – peut être trop - pour assurer le respect en pratique des dispositions de l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, à savoir l'égalité d'accès de tous les citoyens aux emplois publics, la sélection étant opérée sur le seul fondement des « *talents* » des candidats.

Comme le soulignait Mme Henry-Meininger dans étude consacrée à la promotion interne dans l'administration française (*Annale internationale de la fonction publique*, n° 1440, 1975, p. 9-66), il eût été concevable que le rôle du concours fût limité à l'entrée dans la fonction publique. S'il n'en a rien été, c'est que l'administration et l'agent ont pu trouver un intérêt mutuel à son extension.

D'une part, l'administration a pu y trouver un mode de sélection permettant de s'écarter des autres modalités de promotion interne pouvant, en pratique, accorder une importance trop forte à l'ancienneté ; l'administration a également utilisé le concours comme un moyen de prévenir ou de désamorcer des réclamations des agents, titulaires ou contractuels, portant sur le niveau de rémunération et leur déroulement de carrière.

D'autre part, les agents ont trouvé dans le concours un moyen de promotion rapide assortie de plus grandes garanties d'objectivité.

Le risque ne peut jamais être écarté que l'administration – qui connaît les agents se présentant aux concours – non seulement n'opère une sélection sur d'autres critères que ceux du mérite mais également ne substitue son appréciation à celle du jury quant à la valeur professionnelle et l'aptitude du candidat à exercer les fonctions auxquelles il postule. Au demeurant, quand il en a été ainsi, vous avez censuré cet « *empiètement de l'administration sur les prérogatives du jury du concours* » (voir pour un tel cas de figure, la décision de Section du 8 octobre 1965, n° 56939, sieur M..., Rec. p. 497).

En quelque sorte, le concours est apparu non seulement comme le résume le Professeur Chapus comme « *la technique la plus propre à assurer dans l'égalité la sélection des meilleurs* » (*Droit administratif général*, T.II, § 186) mais également comme celle pouvant faire échec à la tentation que pourraient avoir les responsables de l'administration soit d'écarter des fonctionnaires mal vus, soit au contraire de favoriser certains agents pour des raisons sans lien avec leurs mérites professionnels, d'autant que, comme nous le verrons ci-après, la sélection par la voie d'un examen professionnel autorise la consultation du dossier administratif du fonctionnaire. Au demeurant, même s'agissant d'un concours l'arbitraire est toujours possible comme l'illustrent plusieurs de vos décisions :

- dans les affaires tranchées par la décision d'Assemblée du 28 mai 1954, Barel et autres (Rec. p. 308, conclusions Letourneur), trois des requérants étaient des fonctionnaires se présentant au concours interne ;

- par la décision M... du 28 septembre 1988 (n° 43.958, Rec. p. 316), vous aviez annulé la délibération d'un jury de concours aux motifs que le dossier de candidature faisait état, pour l'un des candidats, de ses opinions politiques et de son appartenance syndicale et que l'une des questions posées par le jury lors de l'entretien oral était directement liée à cette mention.

Des évolutions ont été préconisées visant à supprimer le concours interne au profit d'un examen de sélection professionnelle (voir le rapport remis en juillet 2008 au ministre de la Fonction Publique par Mme Dorne-Corràze) mais, en tout état de cause, ces évolutions appellent une intervention du législateur.

Il nous apparaît donc que les dispositions du décret attaqué dérogent aux dispositions de l'article 26 de la loi de 1984 en tant qu'elles ne prévoient pas de concours interne.

Précisons que le décret attaqué n'a pas été soumis au Conseil Supérieur de la Fonction Publique de l'Etat.

Au demeurant, eu égard aux dispositions de l'article 16 de la loi du 13 juillet 1983, selon lesquelles « *les fonctionnaires sont recrutés par concours sauf dérogation prévues par la loi* », il ne nous paraît pas envisageable – si vous adoptez la lecture de l'article 26 que nous vous proposons – d'admettre qu'un statut particulier puisse déroger, sur le fondement des dispositions de l'article 10 de la loi du 11 janvier 1984, au principe même du concours. Des recherches que nous avons pu menées, il ne ressort pas que des décrets statutaires, soumis au Conseil Supérieur de la Fonction Publique, aient dérogé, s'agissant de l'application des dispositions de l'article 26, au principe du concours interne.

En outre, si le corps des ingénieurs des mines est certes au nombre des « *corps reconnus comme ayant un caractère technique* » (28 juillet 1951, *Chary*, Rec. p. 459 : pour le corps des ingénieurs des Ponts et Chaussées), il n'est nullement établi que la voie du concours interne ne correspondrait pas aux besoins propres de ces corps ou aux missions que leurs membres sont destinés à assurer. Vous exercez sur cette appréciation un contrôle normal (Ass. 29 janvier 1960, n° 35920, *Fédération nationale des syndicats de police de France et d'Outre-Mer*, Rec. p. 69).

Ajoutons que, selon nous, il est satisfait à aux exigences de l'article 26 dès lors que l'entrée dans le corps se fait à l'issue d'une scolarité au sein d'une école à laquelle les fonctionnaires peuvent accéder par la voie du concours interne. Les exigences de l'article 26 peuvent être respectées soit directement, soit indirectement.

Reste à déterminer si l'examen professionnel prévu par le décret du 27 avril 2007 peut être qualifié de concours interne.

Vous vérifiez en effet si, derrière la terminologie employée, a été organisé un examen professionnel ou un concours (23 juin 1922, *Demoiselle Froment*, Rec. p. 554 ; *sieur Pras*, 01 décembre 1948, Rec. p. 447 ; *Assemblée*, 13 juillet 1967, *sieur G...*, n° 68680, Rec. p. 316).

Cette distinction n'est pas sans incidence sur le plan contentieux, notamment quant à l'appréciation de la recevabilité des conclusions (Ass. 26 février 1965, *sieur R...*, Rec. p. 135 ; 20 juin 1990, n° 112539, *S...*, Rec. p. 167 ; 06 novembre 2000, *G...*, req. n° 189398 – 289398, *Tables* p. 814). Ainsi, vous avez jugé que dès lors que le jury d'un examen professionnel s'est fondé sur l'appréciation des aptitudes de l'ensemble des candidats pour arrêter la liste des candidats ayant vocation à être inscrits sur le tableau d'avancement, les conclusions tendant uniquement à l'annulation de la délibération en tant qu'elle a écarté une candidature, sont irrecevables (21 juillet 2006, n° 267853, *I...*, *Tables* p. 691).

Dans ses conclusions sur la décision d'Assemblée du 4 mars 1966, sieur L... (Rec. p. 176), le Président Galabert avait défini les deux conditions qui doivent être réunies pour qu'un recrutement soit qualifié de concours :

- d'une part, le classement des candidats par ordre de mérite opéré par un jury,
- d'autre part, le nombre limité des postes offerts à ces candidats dans l'ordre de leur classement.

Vous avez jugé par la décision B... du 22 janvier 1990 (n° 99.001, aux Tables p. 834) que, s'agissant de **l'avancement de grade**, les dispositions de l'article 58 de la loi du 11 janvier 1984 faisaient obstacle à ce que légalement un décret puisse prévoir un nombre maximal d'amis aux épreuves de l'examen professionnel, cette disposition conduisant à ajouter un mode de sélection non prévu par le statut général des fonctionnaires.

Mais, vous avez admis que **l'accès à un corps** par la voie d'un tableau d'aptitude, établi à la suite d'un examen professionnel, pouvait être légalement limité par le nombre de places offertes, ce qui se comprend aisément s'agissant de l'accès à un corps (en l'espèce celui des *ingénieurs des Ponts et Chaussées*, 30 octobre 1963, n° 58987, sieur M..., Rec. p. 518). De ce point de vue, il y a lieu de distinguer l'examen professionnel comme mode de passage d'un grade à un autre dans un même corps et l'examen professionnel donnant accès à un autre corps.

Or, en l'espèce, le décret attaqué prévoit pour cet examen :

- la constitution d'un jury,
- un nombre limité de postes offerts,
- et, surtout, un ordre des nominations au titre de l'examen professionnel identique à celui des notes obtenues.

Dans ces conditions, il devient difficile de distinguer ce qui distingue un concours d'un examen professionnel. Dans ses conclusions sur l'affaire jugée par la décision de Section du 18 juillet 2008, Mme B... (n° 291997), Yann Aguila précisait que :

« A la différence d'un concours, un examen professionnel ne repose pas sur une appréciation comparative des mérites respectifs des différents candidats. Il s'agit simplement de vérifier les compétences professionnelles du candidat » (AJDA, 10.11.2008, p. 2124).

Aucun des trois critères mentionnés par les auteurs du Précis du Droit de la Fonction Publique (4^e édition, Dalloz, § 269) pour distinguer l'examen du concours n'est en l'espèce réuni :

- le nombre d'admis est déterminé en fonction des besoins de l'administration et non du niveau des épreuves ;

- la sélection est opérée par un jury indépendant ;
- le classement est établi par ordre de mérite s'imposant à l'autorité de nomination.

Toutefois, nous pensons que l'examen professionnel prévu par le décret du 27 avril 2007...est bien un examen professionnel et non un concours pour les raisons suivantes :

Premièrement, la réussite à l'examen professionnel pour l'accès au corps des ingénieurs des mines entraîne la nomination dans ce corps. Le décret précise bien que l'ordre des nominations est celui des notes obtenues.

Les lauréats de l'examen professionnel ne doivent donc pas attendre d'avoir suivi une scolarité à l'Ecole Nationale Supérieure des Mines de Paris en tant qu'ingénieurs-élèves pour obtenir leur nomination dans le corps, comme le préoyaient les dispositions antérieures. S'ils doivent s'engager à suivre une formation de un an dans cette école, ils ne la suivent pas en tant qu'ingénieurs-élèves des mines, mais en tant qu'ingénieurs des mines.

En principe, les candidats reçus à un concours ne peuvent se prévaloir d'un droit à être nommés (14 octobre 1964, *Sieur G...*, n° 60340, *Rec. p. 471*).

Deuxièmement, comme vous le savez, le jury d'un concours peut toujours décider de ne proclamer aucun candidat admis alors même que les candidats auraient obtenu des notes supérieures à la moyenne (23 juin 1950, n° 1673, *Chauliat, Rec. p. 386*). Il en est ainsi alors même que l'arrêté portant organisation du concours prévoit que seuls les candidats ayant obtenu un nombre de points supérieur à un seuil pourront figurer sur la liste de classement définitif (11 juillet 2001, *L...*, req. n° 220599, *aux Tables p. 1005*).

S'agissant d'un examen professionnel, dès lors que le candidat a obtenu une note au moins égale à celle fixée par les dispositions réglementaires, il doit être déclaré reçu. Le caractère automatique de la nomination dans le corps est encore plus renforcé lorsque, comme en l'espèce, l'ordre des notes détermine l'ordre des nominations.

Certes, le nombre de nominations est limité par celui des postes à pourvoir et le contingentement nous paraît possible, pour les raisons précédemment exposées, dès lors qu'il s'agit d'accéder à un nouveau corps et non à un nouveau grade mais en tout état de cause, s'agissant d'un examen, les candidats ayant obtenues les meilleures notes doivent être nommés.

Troisièmement, l'article 8 du décret attaqué dispose que le jury de l'examen professionnel complète son appréciation par la consultation du dossier individuel du candidat.

Or, il est une règle « *essentielle de tout concours* » que les mérites des candidats doivent être « **uniquement** appréciés d'après la valeur des épreuves subies par chacun d'eux » pour reprendre les termes de la décision de Section du 23 décembre 1955, *Sieur Lévy* (n° 15069, *Rec. p. 608*). Et la consultation du dossier individuel du candidat à un concours par le jury nous paraît méconnaître cette règle.

Vous aviez jugé, sur le fondement des dispositions de l'article 28 ordonnance de 1959, dans leur rédaction issue de la loi du 7 juillet 1965, relatives à l'avancement de grade, que dès lors que la promotion de grade a lieu par sélection « *opérée exclusivement par voie d'épreuves professionnelles sous forme d'examen et de concours* », la consultation du dossier par le jury était illégale (n° 89.671, 19 juin 1974, *sieur G...*, *Rec. p. 351*).

Cette décision avait conduit le législateur à modifier les dispositions applicables à l'avancement pour supprimer la référence à des épreuves et introduire la possibilité pour le jury de compléter son appréciation par la consultation des dossiers individuels des fonctionnaires (loi n° 76-661 du 19 juillet 1976). Le Conseil Constitutionnel, qui avait été saisi, avait jugé que la consultation du dossier administratif des candidats ne portait pas atteinte au principe d'égalité de traitement des fonctionnaires (*DC n°76-87 du 15 juillet 1976*).

Sur le fondement des dispositions de l'article 58 de la loi du 11 janvier 1984, dans leur rédaction d'origine, vous avez admis par votre décision d'Assemblée D... (n° 104.589, 28 juin 1991, *Rec. p. 254*), en ce qui concerne l'avancement de grade opéré par un examen professionnel consistant en une épreuve orale devant un jury, que puissent être consultés les dossiers individuels, cette consultation ne méconnaissant aucune des garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires. A la date des faits de l'affaire Desmoulins, aucune disposition expresse ne prévoyait cette consultation.

Cette décision était justifiée par la circonstance que le 2° de l'article 58 autorisait l'inscription au tableau d'avancement après « *une sélection par voie d'examen professionnel* » et ne disposait pas que cette sélection s'opérait à l'exclusion de toute autre modalité. Cette lecture a fait l'objet d'un commentaire pour le moins critique de commentateurs avisés au motif que le législateur avait entendu volontairement en 1984 ne pas reprendre les dispositions autorisant la consultation du dossier de fonctionnaires (*cf. Chronique C. Maugüe et R. Schwartz, AJDA 1991, p. 511*).

C'est la loi du 26 juillet 1991 qui a finalement complété l'article 58 pour préciser que les statuts particuliers peuvent prévoir que « *le jury complète son appréciation résultant des épreuves de l'examen par la consultation du dossier individuel de tous les candidats* ».

Vous avez d'ailleurs jugé que la consultation du dossier ne méconnaît pas le principe d'égalité entre les candidats dès lors que cette consultation est effectuée pour chacun d'eux dans les mêmes conditions (8 juin 1998, *P...*, n° 143.481). Vous avez jugé également par cette même décision que l'instance chargée de procéder à la sélection et à qui les textes reconnaissent la faculté de compléter son appréciation par la consultation des dossiers individuels des candidats, commet une erreur de droit en décidant d'écarter la consultation du dossier individuel.

Mais, il convient de le souligner, que si les statuts particuliers peuvent prévoir, s'agissant de l'avancement de grade, la possibilité pour le jury de compléter son appréciation par la consultation du dossier individuel, cette possibilité ne vaut que pour l'examen professionnel et non pour le concours professionnel.

En résumé, pour qualifier un examen de concours, il ne suffit pas de constater que la sélection est opérée selon certaines des règles, même essentielles, qui régissent le droit des concours. Encore faut-il vérifier que les modalités de sélection n'empruntent pas aux règles spécifiques de l'examen professionnel, telle que, par exemple, la consultation du dossier individuel du fonctionnaire.

Par ailleurs, la consultation de ce dossier, qui comporte la notation ou l'évaluation du fonctionnaire, ne peut être assimilée au dossier que remplissent les candidats aux concours organisés au vu de leurs titres et des travaux.

Pour les raisons précédemment exposées, il nous semble que l'examen professionnel organisé par le décret attaqué ne peut être regardé comme un concours.

Dans ces conditions, le décret attaqué nous paraît entaché d'illégalité en tant qu'il n'a pas prévu de concours interne d'accès au corps des ingénieurs des mines.

Le syndicat requérant invoque un **deuxième moyen** tiré de la violation du principe d'égalité.

A l'appui du moyen, le syndicat fait ensuite valoir que les ingénieurs de l'industrie et des mines et les ingénieurs-élèves des mines sont dans une situation comparable, dès lors qu'ils ont vocation à intégrer le corps des ingénieurs des mines.

Mais la seule circonstance que les ingénieurs de l'industrie et des mines et les ingénieurs-élèves des mines peuvent intégrer un même corps ne suffit pas à établir qu'ils seraient placés dans une situation comparable.

Les ingénieurs de l'industrie et des mines et les ingénieurs-élèves des mines constituent des corps distincts :

- les ingénieurs de l'industrie des mines sont soumis au décret n° 88-507 du 29 avril 1988 portant création et statut particulier du corps des ingénieurs de l'industrie et des mines.
- Les ingénieurs élèves des mines, quant à eux, étaient soumis au décret du 27 avril 2007.

Il est de jurisprudence constante que l'autorité compétente peut fixer des modalités d'intégration différentes dans un même corps selon les différences de situation. Vous l'avez confirmée par la décision d'Assemblée du 12 décembre 2003, B... (n° 245607, *Rec. p. 504, concl. de P. Collin*). Le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités de ceux-ci 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.

Par cette décision, vous avez même admis que le Gouvernement, qui avait décidé la fusion, d'une part, du corps des ingénieurs du génie rural, des eaux et des forêts et, d'autre part, du corps des ingénieurs d'agronomie, avait pu légalement maintenir des voies de

recrutement externes distinctes d'accès au nouveau corps pour tenir compte de la diversité de la formation et des expériences des candidats. Vous aviez d'ailleurs relevé qu'une distinction pouvait être établie entre, d'une part, les élèves des Ecoles Nationales Supérieures d'Agronomie et, d'autre part, l'Institut National Agronomique de Paris-Grignon, notamment en vous fondant sur la circonstance que cet institut constituait une école d'application de l'Ecole Polytechnique.

Or, il est manifeste qu'existent des fortes différences tant dans la formation que l'expérience entre les ingénieurs de l'industrie et des mines et les ingénieurs-élèves des mines :

- historiquement, le recrutement des ingénieurs des mines est opéré à titre principal à la sortie de l'école polytechnique et ce sont, en règle générale, les élèves les mieux classés à l'issue de la scolarité qui choisissent le corps des ingénieurs des mines,
- les ingénieurs de l'industrie et des mines sont recrutés à hauteur d'au moins 45 % par un concours externe sur titres comportant une épreuve orale et pour au moins 30 % parmi les élèves ingénieurs. Le concours sur titre est ouvert aux personnes titulaires soit d'un diplôme ou titre d'ingénieur d'un établissement habilité à délivrer un titre d'ingénieur, soit d'un diplôme ou titre sanctionnant un troisième cycle d'études scientifiques universitaires dans certaines disciplines.

Il nous semble donc possible d'admettre un traitement distinct, lequel est conforme à l'intérêt du service public qui est de recruter les personnes les plus compétentes.

Dans ces conditions, le moyen tiré de la violation du principe d'égalité peut être écarté.

Le syndicat requérant doit être regardé comme invoquant **un troisième moyen** tiré de ce que l'autorité compétente aurait entaché le décret d'erreur manifeste d'appréciation en limitant les nominations des membres du corps des ingénieurs de l'industrie et des mines à 10 % des nominations d'ingénieurs-élèves et des détachements

Le syndicat fait valoir que les dispositions du décret sur ce point accentuent une différence de traitement dès lors que le ratio de 10 % n'est plus appliqué aux emplois du corps des ingénieurs des mines, comme le prévoyait antérieurement les dispositions, mais aux nominations et aux détachements.

Précisons que l'effectif du corps des ingénieurs de l'industrie et des mines était de 1.011 dont 230 ingénieurs divisionnaires.

Le moyen invoqué ne nous paraît pas fondé pour les raisons suivantes :

Premièrement, il convient de rappeler que légalement rien ne s'oppose à ce que le Gouvernement fixe dans le décret statutaire une limite aux recrutements par la voie interne. Il faut toutefois que cette limite et les conditions posées pour se présenter à la sélection interne ne soient pas telles que, dans les faits, cette voie soit en réalité fermée. Si tel était le cas, serait

méconnue la volonté du législateur d'assurer, dans des conditions définies par les statuts particuliers, les modalités de la promotion interne comme le dispose l'article 26 de la loi du 11 janvier 1984.

Deuxièmement, le Gouvernement dispose d'une marge d'appréciation pour fixer cette limite et votre contrôle doit être, nous semble-t-il, un contrôle de l'erreur manifeste même si nous n'avons pas trouvé de décision fichée sur ce point.

Pour apprécier la légalité de la limite fixée, il convient de prendre en compte l'intérêt qu'il y a pour le service public à attirer les meilleurs élèves de l'Ecole Polytechnique. Ainsi, le décret du 27 mars 1950 prévoyait que quatre cinquièmes des recrutements des ingénieurs-élèves devaient être opérés parmi les élèves de l'Ecole Polytechnique selon leur rang de classement à l'examen de sortie.

Depuis une vingtaine d'années, l'objectif a été de diversifier le recrutement externe. Ainsi, la proportion des élèves issus de l'Ecole Polytechnique fut ramenée à 70 % par le décret du 27 février 1981. Le décret attaqué, qui supprime le ratio de 70 %, a ouvert le recrutement aux élèves de l'ensemble des écoles normales supérieures.

Le syndicat requérant fait valoir que le décret du 16 avril 2002 portant statut particulier du corps des ingénieurs des ponts et chaussées prévoit que le recrutement par la promotion interne est compris entre 30 % et 40 % du nombre des emplois à pourvoir. La seule comparaison avec ces dispositions ne permet pas de conclure à l'existence d'une erreur manifeste dès lors, que le but poursuivi est de satisfaire les besoins du service public, comme il a été dit, par un niveau de recrutement élevé. Au demeurant, la limite de 10 % n'est pas exceptionnelle : le décret du 22 février 2002 relatif au statut particulier du corps des ingénieurs du génie rural, des eaux et des forêts fixe également une limite de 10 % au recrutement interne par rapport aux recrutements dans le corps.

Troisièmement, même si cet élément n'est pas déterminant en soi, le décret statutaire du 27 mars 1950 prévoyait, dans sa rédaction d'origine, que les ingénieurs principaux des travaux des mines pouvaient être titularisés dans le corps des ingénieurs des mines à hauteur de 10 % des titularisations prononcées dans ce corps.

Ce sont les dispositions du décret du 27 février 1981 qui ont prévu que le ratio de 10 % serait appliqué aux emplois et non aux titularisations.

Quatrièmement, il n'est pas établi que le ratio de 10 % appliqué aux nominations et aux détachements dans le corps, aurait pour effet de restreindre la promotion interne à un niveau tel qu'elle serait fictive.

Certes, on ne peut écarter une réduction du nombre de nominations dans le corps mais, en tout état de cause, la promotion interne restera possible.

Observons qu'en 2007 ont été nommés quinze ingénieurs-élèves des mines se répartissant comme suit :

-10 à la sortie de l'Ecole Polytechnique,

- trois parmi les élèves des Ecoles Normales Supérieures,
- et deux parmi les élèves de l'Ecole Normale Supérieure des Mines de Paris.

Dans ces conditions, au minimum un poste doit être pourvu par la promotion interne.

Cinquièmement, les dispositions du décret attaqué offrent plus de garanties quant au caractère effectif de la promotion interne.

Il n'est pas contesté que la voie interne d'accès au corps des mines prévue par le décret statutaire de 1950 - par le biais d'un concours d'accès à l'Ecole Nationale Supérieure des Mines de Paris - n'a pas été utilisée au cours des trente dernières années. Par ailleurs, il n'est pas contesté non plus que sur la période 1997-2006 alors que 18 places ont été offertes à l'examen professionnel, seuls six candidats se sont présentés.

C'est cette situation qui a conduit au demeurant l'autorité compétente à prévoir que, dans le cas où l'examen professionnel n'a pas permis de pourvoir la totalité des emplois offerts aux candidats à l'examen professionnel, il est pourvu à ces emplois par voie d'inscription sur une liste d'aptitude après avis de la CAP du corps et l'organisation d'une sélection professionnelle (article 4-3°). Cette voie n'est ouverte qu'aux ingénieurs divisionnaires de l'industrie et des mines. Antérieurement, les dispositions de l'article 7 du décret du 27 mars 1950 ouvraient une simple faculté de report des postes non pourvus par la voie du concours interne sur l'examen professionnel (article 7 dans sa rédaction issue du décret n° 81-194 du 27 février 1991), lequel était ouvert en théorie, il est vrai, non seulement aux ingénieurs divisionnaires mais également aux ingénieurs de l'industrie et des mines.

Dans ces conditions, le moyen invoqué tiré de l'erreur manifeste d'appréciation nous paraît pouvoir être écarté.

Le syndicat requérant invoque un **quatrième moyen** tiré de ce que le décret serait entaché d'illégalité faute de comporter des dispositions relatives au recrutement de fonctionnaires ressortissants de la communauté européenne.

Sur le fondement de l'article 5 bis de la loi du 13 juillet 1983, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 1991 qui renvoyait aux statuts particuliers le soin de préciser si les emplois étaient ouverts aux ressortissants communautaires, vous avez jugé que, dès lors que les fonctions en cause ne comportaient pas par elles-mêmes l'exercice de prérogatives de puissance publique, le Gouvernement avait l'obligation de prendre les dispositions réglementaires nécessaires pour ouvrir aux ressortissants des Etats membres de la communauté européenne l'accès à un corps donné (4 avril 2001, n° 210.661, Mme L...-B... Tables p. 1147).

Les dispositions de la loi du 26 juillet 2005 ont eu pour objet et pour effet d'inverser le principe : le principe de l'accès aux corps est posé par loi qui renvoie aux dispositions du statut général et non aux dispositions des statuts particuliers. Dans ces conditions, il n'était pas légalement nécessaire d'introduire des dispositions spécifiques applicables au recrutement de ces ressortissants.

Doit, **enfin**, être écarté le moyen tiré de l'incompétence du signataire de la décision explicite de rejet du recours gracieux présenté par le syndicat et signée par le ministre de l'Economie.

Si vous nous suivez, vous devez déterminer si l'illégalité entachant le décret est de nature à entraîner l'annulation de l'ensemble du décret.

Nous ne le pensons pas, d'une part, parce que ce que nous vous proposons de sanctionner est une omission et, d'autre part, parce que le décret ne nous paraîtrait pas « défigurer » par l'annulation en tant qu'il n'a pas prévu de concours interne.

Certes, on peut raisonnablement penser que le Gouvernement a fixé la proportion des nominations effectuées à l'issue d'un examen professionnel à 10 % en tenant compte justement de l'absence de concours interne. Rappelons que le décret de 1950 prévoyait que 10 % des emplois du corps étaient offerts pour moitié au concours et pour moitié à l'examen professionnel.

Mais, s'agissant d'actes réglementaires, vous reprenez une conception objective de la divisibilité, peu important les intentions des auteurs du décret comme l'ont exposé B. Genevois dans ses conclusions sur l'affaire d'Assemblée du 20 novembre 1981, Association pour la protection de la vallée de l'Ubaye (n° 20710, Rec. p. 430) et J-C Bonichot sur la décision d'Assemblée du 10 juin 1994, Fédération nationale des accidentés du travail et des handicapés (n° 130300, Rec. p. 295). Comme l'ont résumé B. Lasserre et F. Tiberghien dans leur chronique à l'AJDA, le Conseil d'Etat se borne à examiner le texte tel qu'en lui-même (AJDA 1982, p. 73).

Au demeurant, légalement, rien ne fait obstacle à ce que l'autorité compétente fixe un nombre d'emplois offerts au concours interne en sus des emplois offerts par la voie de l'examen professionnel et rien n'interdit non plus à cette autorité de modifier le nombre d'emplois offerts par cette dernière voie.

Le syndicat requérant vous demande d'enjoindre sous astreinte à l'autorité compétente de prévoir que 30 % des emplois seront réservés aux candidats admis au concours interne. Mais votre décision n'implique pas nécessairement qu'il en soit ainsi.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation du décret du 27 avril 2007 et la décision du 8 août 2007 par laquelle le ministre de l'Economie, des Finances et de l'Emploi a rejeté le recours gracieux du Syndicat National des Ingénieurs de l'Industrie et des Mines contre ce décret en tant que ce dernier ne prévoit pas l'existence d'un concours interne d'accès au corps des ingénieurs des mines,
- à ce que soit mise à la charge de L'Etat la somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.
- au rejet du surplus des conclusions de la requête.