

N^{os} 410561, 410641, 411913
ASSOCIATION SOS EDUCATION

ASSOCIATION PROMOTION ET
DEFENSE DES ETUDIANTS

ASSOCIATION DROITS DES LYCEENS

4^{ème} et 5^{ème} sous-sections
Séance du 13 décembre 2017
Lecture du 22 décembre 2017

CONCLUSIONS

Mme Sophie-Justine LIEBER, rapporteur public

L'article L. 612-3 du code de l'éducation, issu de l'article 14 de la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur (dite « loi Savary »), pose le principe de la liberté d'inscription du bachelier dans l'établissement universitaire de son choix, dès lors que l'établissement a son siège dans le ressort de l'académie où il a passé son baccalauréat ou bien où il réside, sans intervention d'un processus de sélection, sauf pour certaines filières dites sélectives (classes préparatoires aux grandes écoles, IUT, STS, grands établissements, grandes écoles). Or avec le nombre grandissant des bacheliers et l'obligation depuis 2013¹ pour les élèves des classes préparatoires aux grandes écoles de s'inscrire également en université, le flux des candidats s'est considérablement accru au cours de la période récente. Pour la rentrée universitaire 2017/2018, plus de 850.000 élèves de terminale et étudiants en réorientation étaient concernés, un chiffre en augmentation de près de 5 % par rapport à l'année précédente (soit environ 40.000 candidats).

Devant cette augmentation continue des demandes d'inscriptions, le législateur a prévu, dès 2007², une obligation de préinscription, à la fois pour instaurer un dialogue en amont avec les intéressés et leur proposer des dispositions d'information et d'orientation, et pour gérer les demandes à travers une plateforme dématérialisée – la fameuse plate-forme « Admission Post-Bac », APB – sur laquelle les candidats saisissent leurs vœux d'orientation. Après deux années d'expérimentation, APB a été étendu à la France entière en 2009. Ce logiciel classe les candidats en fonction de leurs vœux et des critères de tri que le législateur a institués, afin de pouvoir les affecter.

L'article L. 612-3 a en effet prévu, dès l'origine, pour les filières non sélectives reconnues « en tension », c'est-à-dire pour lesquelles le nombre de candidats excède le nombre de places disponibles, la possibilité de trier les candidatures, par des critères qui ne reposent pas sur les notes, puisqu'il exclut « *toute sélection* ». Il dispose ainsi que « *les inscriptions sont prononcées, après avis du président de cet établissement, par le recteur chancelier, selon la*

¹ Cf. article 33 de la loi du 22 juillet 2013.

² Par l'article 20 de la loi n° 2007-1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités.

réglementation établie par le ministre chargé de l'enseignement supérieur, en fonction du domicile, de la situation de famille du candidat et des préférences exprimées par celui-ci. »

Toutefois, l'algorithme d'APB ne parvient pas, en utilisant ces critères, à empêcher la formation d'un très grand nombre de candidats ex-æquo pour les filières « en tension » – essentiellement les licences de STAPS (sciences et techniques des activités physiques et sportives), de droit, de psychologie ou encore la PACES³. C'est la raison pour laquelle le ministère chargé de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur a eu recours, depuis plusieurs années, au tirage au sort pour départager les candidats ex-æquo.

Avec le flux croissant de candidats attirés par ces filières, le nombre des candidats sans affectation immédiate a augmenté, et par conséquent le tirage au sort a concerné de plus en plus de personnes, suscitant des crispations et, logiquement, des contentieux. Or plusieurs tribunaux administratifs, saisis de recours d'étudiants refusés dans la formation souhaitée après tirage au sort, ont estimé que cette pratique du tirage au sort n'avait aucun fondement légal, dans la mesure où le mode d'emploi des critères de l'article L. 612-3 n'avait pas été précisé par un texte d'application. Des décisions de refus d'admission ont donc été suspendues par plusieurs juges des référés, puis annulées au fond, obligeant les recteurs à inscrire, y compris en surcapacité, des étudiants dans les formations sollicitées (voir par ex. TA de Bordeaux, 19 septembre 2016, n° 1603800).

La ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche, pour sécuriser juridiquement la pratique du tirage au sort, a alors pris la circulaire n° 2017-077 du 24 avril 2017, définissant « *les règles et les procédures d'admission en première année de licence ou en première année commune aux études de santé (PACES), lorsque les candidats sollicitent une préinscription via le portail Admission Post-Bac* ».

C'est le texte dont l'annulation vous est demandée par les trois associations requérantes – qui ont bien intérêt à agir contre ce texte au titre de leur mission de défense et de promotion des élèves, des lycées et des étudiants. Vous relèverez que votre juge des référés a rejeté pour défaut d'urgence (JRCE, 2 juin 2017, n°s 410562, 410640) ; en revanche, certains TA ont de nouveau suspendu des décisions de non admission prononcées en 2017 après la publication de la circulaire (cf. par ex. TA de Bordeaux, 26 septembre 2017, n° 1703825)⁴. Enfin, la décision que vous prendrez n'aura vraisemblablement qu'une portée symbolique puisqu'un projet de loi, transmis à l'Assemblée nationale le 22 novembre dernier, prévoit de réformer profondément l'accès aux études supérieures après le baccalauréat, en supprimant, pour l'accès aux filières en tension, non seulement le mécanisme du tirage au sort mais également le critère du domicile et celui de l'ordre des vœux, au profit d'une prise en compte « *de la cohérence entre le projet de formation du candidat, les acquis de sa formation et ses compétences d'une part et les caractéristiques de la formation d'autre part* » (exposé des motifs).

Cette circulaire, qui ne se borne pas à interpréter l'article L. 612-3 du code de l'éducation mais décrit tout un système de classement obligatoire et automatique des candidatures - ces règles étant contraignantes et opposables aux candidats pour le traitement des demandes d'inscription à l'université - comprend des dispositions qui présentent un caractère impératif à

³ Soit 169 filière en 2017.

⁴ Par ailleurs, la CNIL, dans une décision n° MED-2017-053 du 30 août 2017, a mis en demeure le ministère de remédier sous 3 mois à plusieurs manquements qu'elle a identifiés dans le fonctionnement de la procédure APB.

caractère général, au sens de votre jurisprudence *Duvignères*, et peut donc être contestée devant le juge de l'excès de pouvoir. C'est en réalité la « *réglementation établie par le ministre* », à laquelle renvoie l'article précité L. 612-3 du code de l'éducation.

Le moyen principal soulevé par les requêtes est tiré ce que la circulaire litigieuse méconnaît l'article L. 612-3 du code de l'éducation, en hiérarchisant ces critères, en modifiant celui du domicile, qu'elle n'aurait pas interprété correctement, et surtout en ajoutant un 4^{ème} critère avec la possibilité de départager les candidats *ex aequo* par tirage au sort.

1. Il nous faut, à ce stade, vous présenter la circulaire. C'est un texte relativement bref – il tient sur une page – et prévoit les modalités de classement des candidats pour accéder dans les formations dites « en tension », en procédant, tout d'abord, à une répartition en deux groupes : celui des étudiants qui résident ou ont obtenu le baccalauréat dans l'académie où se situe l'établissement, et celui des étudiants « hors académie ». Au sein de chacun de ces groupes, les candidats sont classés :

- d'abord selon la priorité qu'ils ont accordée à la formation considérée, parmi l'ensemble de leurs vœux pour la première année de licence ou de PACES (il s'agit donc d'un vœu relatif) ;

- puis pour départager les candidats ayant obtenu le même classement à l'issue de cette première phase, il est procédé à un deuxième classement, en fonction de la priorité que les intéressés ont accordée à la formation en question parmi l'ensemble des vœux formulés lors de la préinscription (qui peuvent comprendre d'autres vœux qu'une entrée en licence – par ex. une demande de classe préparatoire) ; il s'agit donc ici autrement dit de leur vœu absolu ;

- intervient ensuite le dernière critère, qui accorde une priorité aux candidats non célibataires (mariés, pacsés, concubins, ou ayant une ou plusieurs personnes à charge).

Et c'est lorsque, à l'issue de ce classement, il reste des candidats ayant le même rang de priorité, que la circulaire prévoit le recours à un tirage au sort entre ces *ex aequo*. A l'issue du processus, le recteur prononce, dans l'ordre du classement établi à la suite de ces différentes étapes, l'inscription des candidats à hauteur des capacités d'accueil définies pour les formations concernées.

2. Cette circulaire a été prise pour prévoir les modalités d'application de l'article L. 612-3, la ministre ayant dans un premier temps prévu de prendre un arrêté auquel elle a finalement renoncé⁵. Il s'agit en réalité, pour reprendre une terminologie antérieure à votre décision *Duvignères*, d'une « circulaire réglementaire », comme vous en rencontrez régulièrement dans le contentieux de l'éducation nationale.

La question est de savoir si le contenu de cette circulaire est allé au-delà de l'habilitation législative, l'article L. 612-3 prévoyant, comme on l'a vu, que dans les filières en tension « *les inscriptions sont prononcées (...) par le recteur chancelier, selon la réglementation établie par le ministre chargé de l'enseignement supérieur, en fonction du domicile, de la situation de famille du candidat et des préférences exprimées par celui-ci* ».

La question est particulièrement aiguë s'agissant du mécanisme de tirage au sort en cas de candidats restant à départager – mécanisme dont il ne vous aura pas échappé qu'il ne figure

⁵ Cf. Le Monde, 27 avril 2017, « *Université : le gouvernement entérine le tirage au sort* ».

pas dans la disposition législative précitée, et qui de surcroît est de plus en plus mal accepté aujourd'hui tant il crée, paradoxalement, un sentiment d'arbitraire⁶, comme l'explique très bien Jean-François Calmette, dans un récent article à l'AJDA (*Le hasard peut-il bien faire les choses ? Du recours au tirage au sort dans la justice administrative*, AJDA 2017. 2175).

a) En l'espèce, la circulaire commence par prévoir, comme elle se devait de le faire, les modalités de mise en œuvre des trois critères limitatifs posés par le législateur, en prévoyant plusieurs tris successifs en fonction de chaque critère, en commençant par celui des vœux et en terminant par celui des charges de famille. La loi lui laissait sur ce point toute latitude pour les combiner ou les hiérarchiser, contrairement à ce qui est soutenu.

Elle a en outre « raffiné » certains de ces critères, notamment en définissant deux étapes de tri différentes selon les vœux relatifs puis absolus des candidats. Signalons au passage, s'agissant du critère du domicile, que la définition qu'elle en a retenu, qui englobe à la fois la notion de lieu de résidence et d'obtention du baccalauréat, correspond à la modification introduite par la loi n° 2007-11999 du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités (« loi Pécresse »), avant laquelle le droit à l'inscription était réservé aux seuls titulaires d'un baccalauréat obtenu dans l'académie du siège de l'établissement – il fallait avoir une dispense pour pouvoir faire valoir son lieu de domiciliation. La loi de 2007 a supprimé cette dispense et la circulaire a donc, en intégrant cette modification, correctement interprété le critère du domicile – contrairement à ce qui est soutenu par les demandeurs.

b) Le pouvoir réglementaire pouvait-il s'en tenir à fixer cette procédure de tris successifs, sans prévoir la possibilité de recourir ensuite à un procédé de départage exceptionnel, en cas de candidats toujours *ex aequo* à l'issue du processus ? Nous n'en sommes pas persuadée, car la seule application des critères légaux conduirait alors à n'affecter aucune des personnes restées *ex aequo* après les tris – aboutissant ainsi à un résultat bien plus pénalisant, à la fois pour les candidats, puisqu'un plus grand nombre d'entre eux se verraient rester sans formation, et pour les établissements qui, du coup, ne satureraient pas leurs capacités d'accueil. Le résultat ne serait donc pas optimal et en contradiction avec l'objectif poursuivi par le législateur de garantie d'inscription dans un établissement universitaire (cf. les travaux parlementaires de la loi du 26 janvier 1984).

c) Dès lors que les critères limitatifs posés par le législateur peuvent s'avérer insuffisants pour mettre en adéquation l'offre et la demande, est-il alors possible de prévoir, par voie réglementaire, un moyen supplémentaire de départage, même si celui-ci n'est pas expressément prévu par le texte ?

Il nous semble que oui, compte tenu, d'une part, de l'intérêt général qu'il y a à assurer la meilleure affectation possible des intéressés, et d'autre part, du rôle du pouvoir réglementaire qui doit, précisément, assurer la bonne exécution de la loi, dont l'esprit, encore une fois, est d'assurer la garantie d'inscription en première année d'études supérieures. La limite est bien entendu, d'une part, de ne pas aller à l'encontre de dispositions expresses de la loi (en l'occurrence, le pouvoir réglementaire ne pourrait, ici, recourir à un mécanisme qui se fonderait sur les résultats scolaires, alors que la loi interdit expressément toute sélection) et d'autre part, de ne pas altérer l'esprit ni dénaturer la portée de la loi, comme le rappelle le Prof. Odent dans son cours de *Contentieux administratif*, p. 1920 (voir ainsi Section, 21

⁶ Voir notamment l'article de Jean-François Calmette, *Le hasard peut-il bien faire les choses ? Du recours au tirage au sort dans la justice administrative*, AJDA

décembre 1973, *Commune de Cours de Pile*, n° 85192, p. 743 ; 27 février 1970, *B...*, n° 71374, Rec. p. 139).

d) Nous vous proposons donc de considérer que le pouvoir réglementaire peut donc, compétemment, prévoir un outil subsidiaire de départage des candidats *ex aequo*. Mais afin de ne pas méconnaître le caractère limitatif des critères fixés par les dispositions de l'article L. 621-3, cet outil se doit, toutefois, de conserver un caractère exceptionnel, au risque sinon d'excéder l'habilitation de l'article L. 612-3 en devenant, en quelque sorte, un véritable critère supplémentaire, alors que cet article définit une liste limitative de critères. La marge existe bien, mais elle est étroite. Cela implique que le pouvoir réglementaire doit d'abord s'assurer que la mise en œuvre des trois critères légaux ne débouchera qu'exceptionnellement sur des situations d'*ex-aequo*, autrement dit, que l'outil subsidiaire de départage ne sera mobilisé que pour un nombre limité de personnes, bref, qu'il aura véritablement un caractère exceptionnel.

Or ce n'est pas ce qui, dans les faits, s'est produit, puisque selon les chiffres communiqués par le ministère à l'occasion de la mesure supplémentaire d'instruction que vous avez faite, et sur laquelle nous reviendrons, que 66.505 candidats ont été départagés par le seul tirage au sort, soit 25% des candidatures adressées aux formations en tension. En outre, il n'est pas exclu que certains de ces candidats aient pu ensuite faire l'objet, à l'issue de différents tris infructueux, de plusieurs tirages au sort. Il est en tout cas certain que le tirage au sort s'est appliqué à un nombre important de personnes et qu'il n'a pas, tel que l'ensemble du processus est aujourd'hui conçu, un caractère exceptionnel puisqu'il a, en l'occurrence, concerné ¼ des candidats entrant dans le champ des dispositions dérogatoires de l'article L. 612-3. Autrement dit, telles qu'elles sont conçues, les modalités de classement ne permettent pas de cantonner à des hypothèses exceptionnelles l'utilisation du mécanisme de départage subsidiaire. Dans ces conditions, nous vous proposons de faire droit au moyen puisque les modalités de classement retenues par la circulaire ne permettent pas d'introduire une règle de départage, sans méconnaître l'article L. 613-2 pour l'application duquel elles ont été prises.

e) Ajoutons brièvement que, si vous nous suivez, vous n'aurez pas à vous prononcer sur la question de savoir si le tirage au sort est un outil qui, par nature, ne pouvait être utilisé – alors qu'aucun texte ne le prohibe. On relèvera toutefois qu'en matière d'inscription dans un établissement d'enseignement, votre jurisprudence – certes rare sur la question – admet, implicitement, son utilisation. Vous avez ainsi jugé dans une décision du 5 novembre 2011, *Ministre de l'Education nationale*, n° 215351, T. p. 815, qu'un processus fondé sur un tirage au sort entre les seuls dossiers arrivés le premier jour de réception des dossiers méconnaissait le principe d'égalité entre les candidats, eu égard aux différences de délais et d'acheminement postal : n'ont donc été jugées illégales que les modalités de tri initial entre les dossiers, et pas le recours au tirage au sort. Votre décision du 15 janvier 1997, *G...*, n° 182777, au Rec., aux conclusions du président Schwartz, s'inscrit dans la même veine puisqu'elle censure une procédure comparable de tirage au sort dans le cadre d'inscriptions par Minitel « *eu égard aux conditions d'équipement télématique et informatique* » des intéressés et aux différences qui en résultent dans les conditions d'acheminement vers le service télématique de l'université... Mais cela n'affecte en rien la solution que nous vous proposons, puisqu'elle vous conduit à vous prononcer non pas sur la nature de l'outil de départage, mais sur les conditions dans lesquelles un tel outil pourrait intervenir.

3. Il vous reste à apprécier si vous devez limiter les effets dans le temps de l'annulation de la circulaire litigieuse (Ass., 11 mai 2004, *Association AC!*, rec. p. 197) – à ce titre, une mesure supplémentaire d'instruction a été communiquée aux parties.

Le ministère vous indique qu'il est difficile d'établir le nombre exact des décisions de refus d'inscription dont la légalité pourrait être contestée, en raison de l'annulation de la circulaire, puisque la plate forme APB ne permet pas d'agréger automatiquement le nombre de bacheliers ayant reçu une réponse négative à une ou plusieurs de leurs demandes. Il aboutit néanmoins à une estimation de plusieurs milliers de décisions de refus, qui, si elles venaient à être annulées au contentieux, en étant assorties le cas échéant d'injonctions d'admission, déstabiliseraient profondément le fonctionnement du service public de l'enseignement supérieur, puisque cela pourrait entraîner un afflux important d'étudiants vers des filières saturées et, corrélativement, une désaffectation d'autres filières alors que les enseignements ont démarré en septembre ou octobre 2017.

Les requérants (sous le n° 411913) estiment à l'inverse que les effets de l'annulation resteront limités notamment parce que, des demandes d'annulation de refus peuvent de toute façon être obtenues à raison d'irrégularités dans le fonctionnement d'APB, pointées par une décision de la CNIL, que l'annulation prononcée n'engendrerait qu'un nombre très faible de recours, alors que ceux-ci sont déjà possibles en soulevant une exception d'illégalité du texte réglementaire ; ou encore que, si de nombreuses annulations venaient à être prononcées, les conséquences n'en seraient pas manifestement excessives dans la mesure où le juge pourrait enjoindre un simple réexamen ou ne pas prononcer d'injonction d'inscription dans les formations où l'administration démontrerait par exemple des risques pour la sécurité. Mais nous pensons qu'en réalité les intéressés n'auraient pas nécessairement à passer par la voie judiciaire et obtiendraient directement satisfaction en demandant à l'administration, tenue de respecter l'annulation contentieuse de la circulaire, de rapporter ses décisions de refus.

Ils font également valoir que, dans la mesure où les formations ayant donné lieu à tirage au sort sont celles où le taux d'abandon au 1^{er} semestre est de l'ordre de 40 à 60%, une annulation de la circulaire permettrait principalement de compléter les formations vides au 2nd semestre... Mais cette affirmation est peu étayée en dépit d'un lien vers un rapport de l'IGA, qui porte en tout état de cause sur l'année précédente.

Nous pensons, au contraire, qu'il y a potentiellement un risque important de demandes des étudiants auprès de l'administration de rapporter ses décisions de refus et d'inscrire les intéressés dans les formations sollicitées, ou un risque de contentieux puisqu'il ne ressort pas des pièces du dossier que les décisions de refus – ni, a fortiori, celles d'admission dans une autre formation - comportaient les voies et délais de recours

Nous vous proposons par conséquent de juger que, compte tenu des effets potentiellement importants et déstabilisateurs de l'annulation de cette circulaire, les effets de cette annulation doivent être réputés définitifs pour les inscriptions au titre de l'année 2017/2018, sous réserve bien sûr des contentieux en cours.

PCMNC à l'annulation de la circulaire du 24 avril 2017 et à ce que les effets de cette annulation soient considérés comme définitifs pour l'année universitaire en cours, sous réserve des contentieux déjà engagés.