

N° 288

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 1999-2000

Annexe au procès-verbal de la séance du 29 mars 2000

RAPPORT

FAIT

*au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur la proposition de loi, ADOPTÉE PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE, relative à la validation législative d'un **examen professionnel d'accès au grade de premier surveillant des services extérieurs de l'administration pénitentiaire,***

Par M. Georges OTHILY,

Sénateur.

(1) Cette commission est composée de : MM. Jacques Larché, *président* ; René-Georges Laurin, Mme Dinah Derycke, MM. Pierre Fauchon, Charles Jolibois, Georges Othily, Michel Duffour, *vice-présidents* ; Patrice Gélard, Jean-Pierre Schosteck, Jacques Mahéas, Jean-Jacques Hyst, *secrétaires* ; Nicolas About, Guy Allouche, Jean-Paul Amoudry, Robert Badinter, José Balareello, Jean-Pierre Bel, Christian Bonnet, Robert Bret, Guy-Pierre Cabanel, Charles Ceccaldi-Raynaud, Marcel Charmant, Raymond Courrière, Jean-Patrick Courtois, Luc Dejoie, Jean-Paul Delevoeye, Gérard Deriot, Gaston Flosse, Yves Fréville, René Garrec, Paul Girod, Daniel Hoeffel, Jean-François Humbert, Pierre Jarlier, Lucien Lanier, Simon Loueckhote, François Marc, Bernard Murat, Jacques Peyrat, Jean-Claude Peyronnet, Henri de Richemont, Simon Sutour, Alex Türk, Maurice Ulrich.

Voir les numéros :

Assemblée nationale (11^{ème} législ.) : 2046, 2187 et T.A. 464.

Sénat : 245 (1999-2000).

Fonctionnaires et agents publics.

SOMMAIRE

SOMMAIRE.....	2
LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION.....	3
INTRODUCTION	4
I. L'EXAMEN PROFESSIONNEL ORGANISÉ EN 1991 POUR L'ACCÈS AU GRADE DE PREMIER SURVEILLANT DE L'ADMINISTRATION PÉNITENTIAIRE A ÉTÉ ANNULÉ PAR LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE EN RAISON DE LA DÉSIGNATION D'EXAMINATEURS EN DEHORS DES MEMBRES DU JURY ET DE L'ABSENCE DE PÉRÉQUATION DES NOTES ATTRIBUÉES AUX CANDIDATS.....	4
II. LES CONSÉQUENCES PRATIQUES DE L'ANNULATION DE L'EXAMEN PROFESSIONNEL DE 1991 SOULÈVENT DE NOMBREUSES DIFFICULTÉS.....	6
III. LA POSSIBILITÉ DE PROCÉDER À UNE VALIDATION LÉGISLATIVE DOIT ÊTRE EXAMINÉE AU REGARD DE LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL.....	8
TABLEAU COMPARATIF	10

LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION

Réunie le mercredi 29 mars 2000 sous la présidence de M. Jacques Larché, président, la commission des Lois du Sénat a examiné, sur le rapport de M. Georges Othily, la proposition n° 245 (1999-2000), adoptée par l'Assemblée nationale, relative à la validation législative d'un examen professionnel d'accès au grade de premier surveillant des services extérieurs de l'administration pénitentiaire.

Cette proposition de loi comporte un article unique tendant à valider les promotions au grade de premier surveillant de l'administration pénitentiaire consécutives à un examen professionnel organisé en 1991 et annulé depuis lors par la juridiction administrative en raison de la désignation d'examineurs en dehors des membres du jury et de l'absence de péréquation des notes, le respect du principe d'égalité entre les candidats n'ayant pu de ce fait être assuré.

Les conséquences pratiques de cette annulation soulèvent de nombreuses difficultés en remettant en cause la carrière des 181 fonctionnaires concernés, l'administration étant en principe tenue d'organiser un nouvel examen professionnel se substituant à celui qui a été annulé.

Cette situation conduit à envisager une mesure de validation législative qui apparaît possible au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, car on peut considérer que les décisions de justice concernées ne sont pas définitives dans la mesure où une procédure de tierce opposition a été engagée par certains agents dont la promotion a été annulée, et la validation se justifie par un motif d'intérêt général.

Suivant la proposition de son rapporteur, la commission a adopté la proposition de loi **sans modification**.

Mesdames, Messieurs,

Le Sénat est aujourd'hui appelé à examiner une proposition de loi de M. André Gérin, député, adoptée sans modification par l'Assemblée nationale le 29 février 2000, relative à la validation législative d'un examen professionnel d'accès au grade de premier surveillant des services extérieurs de l'administration pénitentiaire.

Cette proposition de loi comporte un article unique tendant à valider les promotions au grade de premier surveillant de l'administration pénitentiaire consécutives à un examen professionnel organisé en 1991, qui ont depuis lors été annulées par la juridiction administrative.

I. L'EXAMEN PROFESSIONNEL ORGANISÉ EN 1991 POUR L'ACCÈS AU GRADE DE PREMIER SURVEILLANT DE L'ADMINISTRATION PÉNITENTIAIRE A ÉTÉ ANNULÉ PAR LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE EN RAISON DE LA DÉSIGNATION D'EXAMINATEURS EN DEHORS DES MEMBRES DU JURY ET DE L'ABSENCE DE PÉRÉQUATION DES NOTES ATTRIBUÉES AUX CANDIDATS.

L'examen professionnel d'accès au grade de premier surveillant (transformé en concours interne en 1993) constitue une voie de **promotion interne** au sein du corps des surveillants de l'administration pénitentiaire.

A l'issue de l'**organisation de cet examen professionnel au titre de la session 1991-1992**, une liste d'aptitude aux fonctions de premier surveillant a été établie par un arrêté du ministre de la justice daté du 10 avril 1992, puis **181 fonctionnaires ont été promus** sur le fondement de cet arrêté, les uns à compter du 1^{er} juillet 1992 et les autres à compter du 1^{er} mars 1993, par des

décisions du directeur de l'administration pénitentiaire datées respectivement des 4 mai et 2 décembre 1992.

Cependant, ces décisions ont été contestées devant la juridiction administrative par certaines organisations syndicales de personnels de l'administration pénitentiaire. Ce contentieux a débouché sur **l'annulation des décisions litigieuses par deux jugements du Tribunal administratif de Paris des 20 mai et 1^{er} juillet 1997, confirmés par deux arrêts de la Cour administrative d'appel de Paris du 4 juin 1998.**

Ces jugements sont fondés sur la méconnaissance des dispositions du dernier alinéa de l'article 20 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant statut général de la fonction publique de l'Etat, aux termes duquel : « *Le jury peut, si nécessaire, et pour toute épreuve, se constituer en groupes d'examineurs. Toutefois, afin d'assurer l'égalité de notation des candidats, le jury opère, s'il y a lieu, la péréquation des notes attribuées par chaque groupe d'examineurs et procède à la délibération finale* ».

La Cour administrative d'appel de Paris a en effet constaté :

- d'une part, que les épreuves avaient été notées par des groupes d'examineurs dont seul le président était un membre du jury ¹, alors que les membres de ces groupes d'examineurs auraient dû être désignés au sein du jury ;

- et d'autre part, qu'il ne ressortait pas des mentions des procès-verbaux des réunions du jury que le jury aurait procédé à une **péréquation des notes** attribuées par chaque groupe d'examineurs, alors qu'il y avait lieu de le faire.

Dès lors, la Cour a considéré que **la constitution de quatorze groupes d'examineurs, eu égard aux modalités retenues, n'avait pas permis d'assurer le respect du principe d'égalité entre les candidats.** Elle a donc confirmé l'annulation des promotions au grade de premier surveillant consécutives à l'examen professionnel de 1991, qui avait été prononcée par le Tribunal administratif de Paris.

Il est à souligner que cette jurisprudence a conduit le Gouvernement à proposer au Parlement de régulariser **les promotions** au grade de premier surveillant **consécutives au concours interne organisé en 1997**, qui risquaient d'être annulées par le juge administratif pour les mêmes raisons. Ces promotions **ont** ainsi déjà **été validées** par l'article 5 de la loi n° 99-957

¹ Cette pratique était alors fondée sur les dispositions d'un arrêté ministériel du 20 janvier 1978 fixant les modalités de l'examen professionnel pour l'accès au grade de premier surveillant des services extérieurs de l'administration pénitentiaire, dont la Cour administrative d'appel a constaté l'illégalité.

du 22 novembre 1999 portant sur diverses professions relevant du ministère de la justice, la procédure civile et le droit comptable. En outre, les modalités d'organisation du concours interne d'accès au grade de premier surveillant ont désormais été réformées afin de prendre en compte la jurisprudence relative à l'examen professionnel de 1991.

Reste néanmoins posé le problème résultant des conséquences pratiques de l'annulation de ce dernier examen, alors que près de huit années se sont écoulées depuis les promotions des agents intéressés.

II. LES CONSÉQUENCES PRATIQUES DE L'ANNULATION DE L'EXAMEN PROFESSIONNEL DE 1991 SOULÈVENT DE NOMBREUSES DIFFICULTÉS.

Les décisions précitées de la Cour administrative d'appel de Paris du 4 juin 1998 ont pour conséquence de **remettre en cause la carrière des 181 fonctionnaires concernés** du fait de la perte du bénéfice de leur nomination au grade de premier surveillant.

Pour exécuter ces décisions, **l'administration est en principe tenue d'organiser un nouvel examen professionnel se substituant à celui qui a été annulé**. S'agissant de l'annulation d'un concours organisé en vue d'une promotion de grade au sein d'un corps, la jurisprudence administrative impose en effet l'organisation d'un nouveau concours afin de ne pas priver les fonctionnaires concernés de leur droit à un déroulement normal de carrière ¹.

Trois cas de figure peuvent se présenter :

- Le plus simple concerne les agents qui avaient été reçus à l'examen annulé et qui seraient également reçus au nouvel examen ; ces fonctionnaires devraient être renommés au grade de premier surveillant à la date d'effet de l'examen professionnel de la session 1991-1992.

- Le deuxième cas concerne les agents qui n'avaient pas été reçus à l'examen annulé et qui seraient reçus au nouvel examen ; ces fonctionnaires devraient être nommés au grade de premier surveillant à la date d'effet de l'examen professionnel de 1991-1992 et leur carrière devrait être reconstituée en conséquence.

- Le troisième cas concerne les agents qui avaient été reçus à l'examen annulé et qui ne seraient pas reçus au nouvel examen. Ces

¹ Cf. CE 4 février 1955 - *Sieur Marcotte* ; CE 25 mai 1979 - *Ministre des Universités c/ Mme Toledano-Abitbol*.

fonctionnaires perdraient le bénéfice de leur promotion au grade de premier surveillant et éventuellement d'une promotion ultérieure au grade supérieur de surveillant-chef ; leur carrière devrait donc être reconstituée dans les grades de surveillant et surveillant principal.

En application de la théorie jurisprudentielle dite des « fonctionnaires de fait »¹, les actes accomplis par les fonctionnaires concernés avant l'annulation de leur nomination seraient considérés comme valables et les intéressés n'auraient pas à rembourser les rémunérations qui leur ont été versées avant cette annulation.

En revanche, pourraient être remises en cause leurs rémunérations pour l'avenir, de même que les montants des pensions versées à ceux qui ont depuis lors été admis à la retraite, ainsi qu'aux ayants droit des agents décédés.

En outre, la situation des agents qui ont remplacé les 181 fonctionnaires irrégulièrement promus pourrait également être compromise.

Enfin, la régularité de plus de 3.000 décisions individuelles prononcées, après avis d'une commission administrative paritaire, en matière de mutations, d'avancement ou de discipline, pourrait être contestée en raison de la participation à ladite commission paritaire de certains agents dont la promotion a été annulée.

Toutes ces difficultés ont conduit Mme Elisabeth Guigou, Garde des Sceaux, à considérer devant l'Assemblée nationale, lors de la discussion de la présente proposition de loi, que les conséquences susceptibles de découler, pour les agents, de l'annulation de l'examen professionnel de 1991, étaient « *d'une gravité très disproportionnée au regard de l'erreur commise* » et que la validation législative était en l'espèce « *non seulement le meilleur mais aussi l'unique moyen de ne pas s'engager dans un processus impossible* », tout en admettant qu'il convenait de veiller à éviter le renouvellement d'une situation dont elle comprenait « *que personne ne puisse la trouver satisfaisante* ».

¹ Cf. CE 2 novembre 1923 - Association des fonctionnaires de l'administration centrale des PTT ; 8 février 1995 - Mme Robert.

III. LA POSSIBILITÉ DE PROCÉDER À UNE VALIDATION LÉGISLATIVE DOIT ÊTRE EXAMINÉE AU REGARD DE LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Si les considérations qui viennent d'être évoquées permettent de justifier en opportunité la mesure de validation législative à laquelle tend la présente proposition de loi, il importe néanmoins, sur le plan juridique, de s'assurer de la possibilité de procéder à une telle validation eu égard à la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Celle-ci soumet les lois de validation à deux conditions essentielles :

- le **respect de l'autorité de la chose jugée**, conformément au principe de la séparation des pouvoirs ;

- et la **justification** de la validation **par un motif d'intérêt général**.

S'agissant de la première condition, **une loi de validation ne peut revenir sur une décision de justice devenue définitive** car « *il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions* »¹.

La question se pose donc de savoir si les décisions de la Cour administrative d'appel de Paris du 4 juin 1998 prononçant l'annulation de l'examen professionnel de 1991 doivent ou non être considérées comme définitives.

Certes, les voies d'appel sont en l'espèce épuisées, mais certains agents dont la promotion a été annulée ont engagé une **procédure de tierce opposition**, sur le fondement de l'article R. 225 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, aux termes duquel : « *Toute personne peut former tierce opposition à une ordonnance, un jugement ou un arrêt qui préjudicie à ses droits, dès lors que ni elle ni ceux qu'elle représente n'ont été présents ou régulièrement appelés dans l'instance ayant abouti à cette décision* »².

La procédure de tierce opposition permet de remettre en cause une décision de justice sur le fond en faisant rejuger l'affaire par la juridiction saisie.

¹ Cf. décision n° 80-119-DC du 22 juillet 1980.

² L'article R. 187 du même code permet en outre, par le biais d'une requête distincte en intervention volontaire, de s'associer aux conclusions de l'auteur d'une tierce opposition et le cas échéant de bénéficier des mêmes conséquences.

Elle n'est soumise à une condition de délai que lorsque la décision a été notifiée à l'intéressé ; le délai est alors de deux mois à compter de la notification (cf. art. R. 226 du code des tribunaux administratifs).

Selon les précisions apportées au cours du débat à l'Assemblée nationale, le 29 février 2000, par Mme Elisabeth Guigou, Garde des Sceaux, les arrêts n'ayant pas été signifiés à l'ensemble des agents, ceux qui n'ont pas formé tierce opposition à ce jour sont encore en droit de le faire, et la juridiction administrative ne s'est pas encore prononcée sur le bien-fondé des tierces oppositions.

Dans la mesure où une décision de justice ne passe en force de chose jugée vis à vis des tiers opposants qu'à compter du rejet éventuel de la tierce opposition, on peut donc considérer que les décisions précitées de la Cour administrative d'appel de Paris ne sont pas définitives à l'égard des tiers opposants et qu'une mesure de validation législative est encore possible.

En ce qui concerne la condition tenant aux motifs justifiant la validation, l'existence d'un **motif d'intérêt général** ne fait guère de doute, compte tenu des conséquences de l'annulation de l'examen professionnel de 1991 qui ont précédemment été évoquées. En effet, le Conseil constitutionnel admet que des mesures relatives aux agents publics puissent être validées afin de préserver le « *déroulement normal des carrières du personnel* » et a déjà eu l'occasion de juger de la conformité à la Constitution d'une loi tendant à valider les résultats d'un concours ¹.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel admet la **rétroactivité** d'une loi de validation dès lors qu'elle n'intervient pas en matière pénale et qu'elle ne concerne pas des actes pouvant être assimilés à des sanctions.

Au terme de cet examen, la validation proposée apparaît sans doute envisageable, même si elle n'est guère satisfaisante sur le plan des principes. Elle présente en tout état de cause l'avantage d'éviter les difficultés liées à l'organisation d'un nouveau concours et d'assurer la sécurité juridique des fonctionnaires intéressés.

*

Sous le bénéfice de l'ensemble de ces observations, votre commission vous propose donc d'adopter sans modification la présente proposition de loi.

¹ Cf. par exemple la décision n° 83-159 DC du 19 juillet 1983 relative à la validation des nominations intervenues à la suite d'un concours d'accès à l'ENM annulé par le Conseil d'Etat.

TABLEAU COMPARATIF

I. TABLEAU COMPARATIF

Texte de la proposition de loi	Texte adopté par l'Assemblée nationale en première lecture	Proposition de la Commission
Article unique	Article unique	<i>La commission propose d'adopter la présente proposition de loi sans modification.</i>
Sont validées rétroactivement les promotions au grade de premier surveillant des services extérieurs de l'administration pénitentiaire prononcées par le directeur de l'administration pénitentiaire en application de l'arrêté du garde des Sceaux, ministre de la justice, du 10 avril 1992 portant liste d'aptitude aux fonctions de premier surveillant des services extérieurs de l'administration pénitentiaire, établie à l'issue de la session 1991-1992 de l'examen professionnel organisé conformément au décret n° 77-1540 du 31 décembre 1977 relatif au statut particulier du personnel de surveillance des services extérieurs de l'administration pénitentiaire et à l'arrêté ministériel du 20 janvier 1978.	<i>(Sans modification).</i>	