10e année - Nouvelle série

N° 23 - mars 1998

Lettre D'INFORMATION Juridique

LETTRE MENSUELLE DE LA DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES
DU MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION NATIONALE, DE LA RECHERCHE ET DE LA TECHNOLOGIE

JURISPRUDENCE - CHRONIQUES - ACTUALITÉ

L'application du principe de libre circulation des personnes dans l'espace communautaire aux emplois de la Fonction publique est dans notre pays effective depuis déjà plusieurs années, s'agissant particulièrement des emplois de la Fonction publique enseignante. L'accès à ces derniers par voie de concours pose nécessairement la question de la prise en compte lors du recrutement de personnes en cours de carrière, des services antérieurs éventuellement effectués dans d'autres États membres. La Cour de justice européenne poursuivant sur la lancée de sa jurisprudence antérieure a, dans un arrêt tout récent, ouvert la voie à la prise en compte intégrale des services publics «communautaires» pour le reclassement lors de l'accès à une nouvelle carrière.

La première chronique de ce mois fait le point sur cette question, particulièrement pour ce qui est des personnels de l'enseignement supérieur et de la recherche.

À une époque où la protection des données nominatives ou «sensibles» devient un leitmotiv, il n'est pas sans intérêt de s'attacher à cerner la notion de secret qu'il s'agisse des droits de la personne, des investigations de la justice, ou des intérêts supérieurs de l'État : c'est l'objet de la seconde chronique, qui rappelle utilement un certain nombre de règles, qui s'attachent à tout traitement de l'information, et que ne peuvent méconnaître les agents de la Fonction publique.

CHRONIQUES

LES EFFETS DE L'APPLICATION DU PRINCIPE DE LA LIBRE CIRCULATION : LA PRISE EN COMPTE DES ACTIVITÉS EFFECTUÉES DANS LES ÉTATS DE LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE

«L'évolution de la liberté de circuler est étonnante, élargissant tantôt son champ d'application du principe de non discrimination et reculant toujours plus loin les limites jusqu'à devenir une liberté publique liée à la citoyenneté »[1].

Dès sa création par le traité de Rome du 25 mars 1957, la Communauté européenne s'est assignée pour mission essentielle *«l'abolition entre les États membres des obstacles à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux»* (art. 3 c). Le but étant de parvenir à *«un marché intérieur comportant un espace sans frontières intérieures»*, aux termes de l'article 7A du traité sur l'Union européenne. Si de nombreuses améliorations demeurent encore à l'ordre du jour, il peut tout de même être constaté que les instances communautaires ont sans aucun doute atteint leur objectif premier.

Suite page 11

SOMMAIRE

● JURISPRUDENCE ..... p. 2
● CONSULTATIONS ..... p. 8
● CHRONIQUES
- **Les effets de l'application du principe de la libre circulation : la prise en compte des activités effectuées dans les États de la Communauté européenne** ..... p. 11
- **Sur quelques aspects de la notion de «secret»** ..... p. 14
● ACTUALITÉ
- Points de repères ..... p. 21
- Notes de lecture ..... p. 22
● LE RÉSEAU (modifications) ..... p. 22

Papier écologique

● JURISPRUDENCE

II. ENSEIGNEMENT SCOLAIRE ..... p. 2
III. ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR ET RECHERCHE ..... p. 2
IV. EXAMENS ET CONCOURS ..... p. 3
V. PERSONNELS ..... p. 4
VII. RESPONSABILITÉ ..... p. 7
IX. PROCÉDURE CONTENTIEUSE ..... p. 8

Décisions signalées à nos lecteurs (commentaires encadrés)

- Concours d'accès au corps des directeurs de recherche ..... p. 4
- Primes et indemnités liées à l'exercice effectif des fonctions ..... p. 5
- Séance de natation - Accident mortel (noyade) - Responsabilité de la commune reconnue - Responsabilité de l'État non reconnue ..... p. 7

II. ENSEIGNEMENT SCOLAIRE

II.2 ENSEIGNEMENT DU 1ER DEGRÉ

II.2.2 Administration et fonctionnement des écoles

Conseil d'école - Élections
T. A. MARSEILLE, 21.10.1997, Fédération des conseils des parents d'élèves des écoles publiques, n° 966706

Aux termes de l'article 5 de l'arrêté du 13 mai 1995 relatif au conseil d'école, *«les contestations sur la validité des opérations électorales sont portées, dans un délai de cinq jours à compter de la proclamation des résultats, devant l'inspecteur d'académie, directeur des services départementaux de l'éducation, qui statue dans un délai de quinze jours»*. Dans le silence des textes, seuls les électeurs et les personnes éligibles ont qualité pour contester les opérations électorales. En conséquence, la Fédération des conseils des parents d'élèves des écoles publiques n'avait pas qualité pour demander l'annulation de la décision d'un inspecteur d'académie annulant une élection des représentants des parents d'élèves au conseil d'une école élémentaire.

II.3 ENSEIGNEMENT DU 2ÈME DEGRÉ

II.3.4 Vie scolaire

II.3.4.3 Hébergement : demi-pension et internat

Remise d'internat - Notion d'enfant recueilli
C.A.A. PARIS, 11.07. 1997, COLLÈGE MON PLAISIR, n° 95 PA 03966

Aux termes de l'article 1er du décret n° 63-629 du 26 juin 1963 modifié : *«La présence simultanée, en qualité de pensionnaires ou de demi-pensionnaires, de plus de deux enfants de nationalité française de la même famille (frères et sœurs), enfants adoptifs ou recueillis, dans un ou plusieurs établissements publics d'enseignement du second degré... donne lieu pour chacun d'eux à une réduction de tarif applicable à la part des rétributions scolaires (demi-pension ou pension) se rapportant à l'internat. Cette réduction est appelée "remise de principe d'internat" ...»* ;
Aux termes de l'article 350 du Code civil : *«L'enfant recueilli par un particulier, une œuvre privée ou un service de l'aide sociale à l'enfance, dont les parents se sont manifestement désintéressés pendant l'année qui précède l'introduction de la demande en déclaration d'abandon, peut être déclaré abandonné par le tribunal de grande instance...»*.
Aux termes de l'article 123-1 du code de la famille et de l'aide sociale : *«La personne qui accueille habituellement des mineurs à son domicile, moyennant rémunération, doit être préalablement agréée comme assistante maternelle par le président du conseil général du département où elle réside»* et qu'aux termes de l'article 123-3 du même code : *«Lorsque les assistantes maternelles sont employées par des personnes morales de droit public ou de droit privé, il est conclu entre elles et leur employeur, pour chaque mineur accueilli à titre permanent, un contrat d'accueil distinct du contrat de travail. L'ensemble des personnes résidant au domicile de l'assistante maternelle agréée pour l'accueil de mineurs à titre permanent constitue une famille d'accueil...»*.
Il résulte de l'ensemble de ces dispositions que des enfants recueillis par un service départemental de l'aide sociale à l'enfance et confiés à une famille, s'ils constituent une famille d'accueil avec les propres enfants de la famille, ne peuvent être considérés comme des enfants recueillis de la famille.
En conséquence, l'agent comptable du collège où sont scolarisés les enfants de la famille concernée était en droit de refuser à celle-ci une remise d'internat pour les trois enfants placés chez elle.

III. ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR ET RECHERCHE

III.3 ÉTUDES

III.3.1 Inscription des étudiants

Inscription en deuxième cycle
T. A. Paris, 10.12.1997, LIATARD, n° 9715291/7

Aux termes de l'article 15 de la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur, *«L'admission dans les formations de 2ème cycle est ouverte à tous les titulaires des diplômes sanctionnant les études de 1er cycle ainsi qu'à ceux qui peuvent bénéficier... de dérogations prévues par les textes réglementaires... La liste limitative des formations, dans lesquelles cette admission peut dépendre des capacités d'accueil des établissements et, éventuellement, être subordonnée au succès à un concours ou à l'examen du dossier du candidat, est établie par décret après avis du CNESER»*.
Ces dispositions instituent un droit au libre accès des formations de 2ème cycle pour les titulaires d'un diplôme de 1er cycle. Les établissements ne peuvent opposer la limitation de leur capacité d'accueil ou instituer une procédure de sélection que dans les conditions fixées par la loi. Or, aucun décret n'autorisait l'établissement à opposer aux candidats ses capacités d'accueil ou à les soumettre à une sélection.
En l'espèce, l'examen des candidatures par une «commission d'accueil» révèle l'instauration, par l'établissement, d'une procédure de sélection illégale. De même, la reconnaissance d'une priorité au bénéfice des étudiants issus des propres formations de 1er cycle de l'établissement méconnaît le principe d'égalité entre candidats titulaires d'un diplôme de 1er cycle.

III.3.1.1 Inscription en 1er cycle

Examen des demandes d'inscription présentées par des bacheliers d'une autre académie
C.A.A. MARSEILLE, 27.01.1998, UNIVERSITÉ MONTPELLIER 1, n° 96MA11268

Les dispositions du 5ème alinéa de l'article 14 de la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur instituent une priorité d'inscription en 1ère année pour les candidats ayant obtenu le baccalauréat dans l'académie où l'université dans laquelle l'inscription est demandée a son siège ainsi que pour les candidats dispensés du baccalauréat qui résident dans cette académie.
Lorsque l'effectif des candidatures excède les capacités d'accueil d'un établissement, les inscriptions sont prononcées par le recteur chancelier *«selon la réglementation établie par le ministre de l'Éducation nationale, en fonction du domicile, de la situation de famille du candidat et des préférences exprimées par celui-ci»*. Cette compétence du recteur ne concerne que les candidats ayant une priorité d'inscription dans un établissement de cette académie.
Par contre, le président de chaque université demeure compétent pour rejeter les demandes d'inscription présentées par des candidats ayant obtenu le baccalauréat dans une autre académie.

IV. EXAMENS ET CONCOURS

Examens - Durée d'une épreuve
T. A. TOULOUSE, 19.12.1997, FAYE, n° 97/1118

Annulation d'une décision d'ajournement d'un candidat prononcée par le jury de l'examen d'entrée au Centre régional de formation professionnelle des avocats de Toulouse, au motif qu'en prolongeant l'épreuve d'admission d'exposé-discussion pendant 55 minutes le jury a méconnu les dispositions de l'article 8 de l'arrêté du 7 janvier 1993, fixant la durée de l'exposé à quinze minutes environ et celle de la discussion à quinze minutes, ainsi que le principe d'égalité entre les candidats à cette épreuve.

Examens et concours
T. A. PARIS, 29.10.1997, BECART, n° 9613575/7-2

À l'occasion d'une demande d'annulation d'une délibération du jury du concours PECM 1 organisé par l'UFR de médecine à l'université de PARIS VII, il a été jugé en l'espèce, d'une part, qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'imposait au correcteur, tant lors de la double correction qu'au moment de l'arbitrage de la note finale, d'annoter les copies en arrêtant la note et, d'autre part, qu'aucune disposition légale ou réglementaire, ni aucun principe général de droit, n'imposait la correction des épreuves par les enseignants ayant assuré les enseignements correspondants.

Examens et concours - Réglementation
C. E., 19.12.1997, MARY, n° 188420

Par cette décision, le Conseil d'État s'est prononcé sur différents points de légalité de l'arrêté ministériel en date du 9 avril 1997, relatif au DEUG, à la licence et à la maîtrise.
Aux termes des dispositions de l'article 17, alinéa 3, de la loi du 26 janvier 1984, *«les règles communes pour la poursuite des études conduisant à des diplômes nationaux, les conditions d'obtention de ces titres et diplômes, le contrôle de ces conditions et les modalités de protection des titres qu'ils confèrent, sont définis par le ministre de l'Éducation nationale, après avis ou proposition du Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche»*. Ces dispositions ne font pas obstacle à ce que le ministre délègue aux présidents d'université le soin de prendre les mesures d'application de son arrêté en ce qui concerne les possibilités d'inscription de certains étudiants à titre dérogatoire et la désignation des membres des jurys d'examen ou leur donne compétence pour fixer par voie réglementaire des modalités spécifiques d'organisation des études au profit de certaines catégories d'étudiants se trouvant dans des situations particulières.
Ces délégations de compétence, respectant l'autonomie des établissements, ne méconnaissent pas un principe d'égalité en matière d'obtention d'un même diplôme.
Les dispositions de l'article 17 de la loi du 26 janvier 1984 donnent compétence au ministre pour prévoir la faculté donnée aux étudiants de bénéficier d'un entretien concernant leurs copies d'examen en vue de l'obtention d'un diplôme national.
En outre, il est rappelé que ni la loi du 26 janvier 1984, ni aucun principe général de droit n'impose la participation de l'ensemble des correcteurs d'épreuves aux jurys d'examen.

→ ***NB** : Le même jour, le Conseil d'État statuait sur les recours n°s 188347 et 188423, TRANQUART et autres (qui sera publié au Recueil*

Lebon) confirmant, comme l'arrêt MARY, la jurisprudence GOHIN du 13 mars 1996.
Ainsi, les procédures d'évaluation instituées par l'article 23 de l'arrêté du 9 avril 1997, dont le ministre de l'Éducation nationale pouvait par voie réglementaire prévoir la mise en œuvre par les universités, en vertu de l'article 17 de la loi du 26 janvier 1984, ont été considérées comme légales.
La procédure d'évaluation par les étudiants des «éléments pédagogiques de l'enseignement» d'un enseignant ne porte pas atteinte au principe d'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur dans la mesure où seul l'enseignant concerné a connaissance de cette évaluation.
L'évaluation de «l'organisation des études dans la formation concernée» ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi du 26 janvier 1984 ni au statut des enseignants dans la mesure notamment où la commission d'évaluation ne peut avoir connaissance des éléments de la première procédure d'évaluation.

IV.2 ORGANISATION

IV.2.1 Composition du jury

Concours d'accès au corps des directeurs de recherche

1ère espèce
C. E., 29.12.1997, GONZALEZ-MESTRES et MAILLARD, n°s 171923, 174257 - publié au Recueil Lebon

La présence de l'un des membres du jury du concours d'accès au corps des directeurs de recherche à une réunion, non prévue par la réglementation du concours, de plusieurs instances de laboratoires ou d'unités appartenant ou associés au CNRS, ayant pour but de classer les candidats en fonction dans ces laboratoires ou unités, vicie la régularité des délibérations du jury du concours auxquelles il a ensuite participé.
En conséquence, les nominations prononcées à la suite du concours ont été annulées à la demande des candidats.

2ème espèce
C. E., 29.12.1997, MAILLARD, n° 182537 - mentionné aux Tables du Recueil Lebon.

En revanche, une requête tendant à l'annulation d'un autre concours de directeur de recherche est rejetée du fait que le requérant n'établit pas que des membres du jury auraient participé à des réunions préparatoires et que les classements établis lors de ces réunions préparatoires auraient été communiqués aux jurys et pris en compte par eux.

V. PERSONNELS

V.1 QUESTIONS COMMUNES AUX PERSONNELS

V.1.3 Affectation et mutation

Mesure de carte scolaire - Ajout aux règles statutaires - Incompétence
C. E., 17.12.1997, CNGA, n° 149 246 - sera mentionnée dans les Tables du Recueil Lebon

Aux termes du dernier alinéa de l'article 12 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 : *«En cas de suppression d'emploi, le fonctionnaire est affecté dans un nouvel emploi dans les conditions prévues par les dispositions statutaires régissant la Fonction publique à laquelle il appartient.»*
La note de service n° 92-309 du 29 octobre 1992 avait, d'une part, fixé l'ordre de priorité des postes offerts pour la réaffectation des personnels dont le poste est supprimé, d'autre part, imposé à ces personnels des conditions pour exprimer leurs vœux de réaffectation.
La Haute assemblée a annulé les dispositions de cette note de service qui ajoutent aux règles statutaires régissant lesdits personnels et sont par suite entachées d'illégalité comme émanant d'une autorité incompétente. Elle a estimé, en revanche, que l'administration n'était pas tenue, comme le demandait le syndicat requérant, d'édicter de telles dispositions par voie réglementaire.

Stagiaires - Affectation - Personnels en fonction dans l'académie des Antilles-Guyane
C. E., 26.11.1997, Syndicat national des enseignements du second degré - FEN (sect. acad. Antilles Guyane), Mme ELISOR et autres n°s 144 556, 144 557 et 144 561

La note de service n° 92-176 du 2 juin 1992 a défini les modalités d'affectation à la rentrée scolaire 1992 des lauréats des concours externes et internes de personnels enseignants du second degré et de conseillers principaux d'éducation, pour la période de stage à accomplir pendant l'année scolaire 1992-1993. Le principe du maintien provisoire dans l'académie d'exercice a été retenu ainsi que celui du vœu unique à formuler correspondant à cette académie.
Toutefois, le paragraphe 3-2-3-4 de la dite note de service prévoyait de manière dérogatoire que certaines catégories de personnels en fonction dans l'académie des Antilles-Guyane, ne pourraient être maintenus dans cette académie en qualité de professeur stagiaire ou CPE stagiaire et qu'ils devraient obligatoirement formuler des vœux d'affectation portant sur des académies métropolitaines à l'exception de l'académie de Paris.
Le Conseil d'État a annulé ces dispositions pour atteinte non justifiée au principe d'égalité, les besoins de formation propres à ces fonctionnaires avancés par l'administration au soutien de ces mesures, n'étant étayés sur aucun élément de nature à fonder légalement une telle discrimination.

V.1.8 Avancement

Prise en compte des services accomplis dans l'enseignement privé
C. E., 30.06.1997, Mme GOUACHE, n° 135 599

Si les dispositions de l'article 7 du décret n° 51-1423 du 5 décembre 1951 fixent les conditions dans lesquelles les services effectués par les maîtres des établissements d'enseignement privés intégrés dans un corps d'enseignement relevant du ministère de l'Éducation nationale sont pris en compte lors de leur intégration pour la détermination de leur ancienneté pour l'avancement d'échelon, elles n'ont ni pour objet ni pour effet d'assi-

miler les services effectués dans l'enseignement privé à des services effectifs dans la Fonction publique ou dans l'enseignement public au regard des autres règles applicables aux fonctionnaires. En conséquence, si les services accomplis par une titulaire du baccalauréat, dans des établissements d'enseignement privés sous contrat avant sa nomination dans le corps des instituteurs devaient être pris en compte conformément aux règles fixées par l'article 7bis précité du décret du 5 décembre 1951 pour la détermination de son ancienneté pour l'avancement d'échelon, ils ne doivent pas l'être pour la détermination de son «ancienneté générale de services» permettant de déterminer le choix des affectations, le «barème des promotions» ou les possibilités de stage.

V.1.11 Traitement, rémunérations et avantages en nature

Nouvelle bonification indiciaire - Secrétaires généraux d'université
C.A.A. BORDEAUX, 06.11.1997, MEN c/Mme LEGLISE, n° 95 BX 00946

Aux termes de l'article 27.1 de la loi n° 91-73 du 18 janvier 1991 : *«La nouvelle bonification indiciaire des fonctionnaires instituée à compter du 1er août 1990 est attribuée pour certains emplois comportant une responsabilité ou une technicité particulières dans des conditions fixées par décret.»*
Le décret d'application n° 91-1229 du 6 décembre 1991, modifié par celui du 2 février 1993 a, d'une part, cité en annexe, parmi les catégories de fonctions pouvant donner lieu au versement d'une nouvelle bonification indiciaire, celle de responsabilité administrative et technique dans les établissements d'enseignement supérieur, d'autre part, renvoyé à un arrêté interministériel, la fixation, au titre de chaque année, du montant de cette bonification et du nombre d'emplois bénéficiaires correspondant à ces fonctions.
L'arrêté interministériel du 6 décembre 1991 a donc prévu au bénéfice des responsables de l'encadrement administratif dans les établissements d'enseignement supérieur, une bonification indiciaire de 24 points d'indice majoré pour 234 emplois, à compter du 1er février 1991.
Cependant, l'arrêté du 2 février 1993, modifiant l'arrêté précité du 6 décembre 1991 a expressément exclu, à compter du 1er août 1992, les fonctions exercées par les secrétaires généraux d'université de celles ouvrant droit à la NBI.
La Cour a considéré, en premier lieu, que l'arrêté interministériel du 6 décembre 1991 avait pu être modifié pour tenir compte des contraintes budgétaires et des priorités de la politique suivie en matière de gestion de personnels sans que soit commise d'erreur manifeste d'appréciation, en second lieu, que le motif du refus ministériel d'accorder la NBI, fondé sur l'échelonnement indiciaire des secrétaires généraux d'université méconnaissait l'arrêté du 6 décembre 1991 pour sa période d'application antérieure au 1er août 1992.

V.1.11.3 Primes et indemnités

Primes et indemnités liées à l'exercice effectif des fonctions
T. A. PARIS, 02.07.1997, M. NAUD, n° 92.12032/5

Aux termes des dispositions combinées des décrets n° 45-1753 du 6 août 1945 et n° 50-196 du 6 février 1950, les primes de rendement sont essentiellement variables et personnelles et sont attribuées compte tenu de la valeur et de l'action de chacun des agents appelés à en bénéficier.
Aux termes de l'article 2 du décret n° 63-32 du 19 janvier 1963, relatif aux indemnités pour travaux supplémentaires alloués aux personnels titulaires des administrations centrales des ministères : *«le taux moyen servant de base à la détermination des crédits est calculé compte tenu de la rémunération moyenne de chaque grade ou classe et sur la base forfaitaire de douze heures par mois...»*
Le tribunal a estimé, d'une part, que les dispositions relatives au taux moyen sont relatives uniquement au calcul des crédits et n'ouvrent aucun droit aux fonctionnaires intéressés à ce que leur indemnité forfaitaire soit fixée au taux moyen, d'autre part, que dans le cas de l'espèce, à raison du caractère essentiellement variable de ces primes, l'administration n'est pas obligée de les attribuer à un taux uniforme et ne saurait se voir opposer le principe d'égalité de traitement ou être suspectée d'infliger une sanction disciplinaire déguisée.
Le tribunal a considéré, enfin, que l'attribution des primes et indemnités susmentionnées étant liée à l'exercice effectif des fonctions, le requérant ne pouvait y prétendre pendant la période de prolongation de détachement, au cours de laquelle il était sans affectation.

V.1.11.4 Concession de logement

Nécessité absolue de service - Absence
C. A. A. BORDEAUX, 01.12.1997, M. BISCAY, n° 95BX00185

Aux termes de l'article R. 94 du Code du domaine de l'État, applicable aux concessions de logement accordées en vertu de l'article 2 du décret n° 86-428 du 14 mars 1986 relatif aux concessions de logement accordées aux personnels de l'État dans les établissements publics locaux d'enseignement, *«Il y a nécessité absolue de service, lorsque l'agent ne peut accomplir son service sans être logé dans les bâtiments où il doit exercer ses fonctions. Il y a utilité de service lorsque, sans être absolument nécessaire à l'exercice de la fonction, le logement présente un intérêt certain pour la bonne marche du service».*
À la rentrée scolaire 1989-1990, le requérant, ouvrier professionnel d'entretien dans un lycée, s'est vu concédé pour utilité de service un logement qui lui avait été précédemment concédé par nécessité absolue de service.
Saisi aux fins d'annulation de cette modification, le juge administratif a considéré que l'emploi du requérant ne justifiait pas l'attribution d'un logement pour nécessité absolue de service. Il a relevé qu'à compter de la rentrée scolaire 1989-1990, le requérant n'avait plus dans ses attributions de service l'obligation d'assurer en permanence la maintenance et le dépannage des installations de chauffage du lycée et que sa participation au service d'astreinte, en dehors des heures normales de service, à raison d'une semaine sur trois, n'imposait pas qu'il fût logé dans le bâtiment même.

Utilité de service - Absence
T. A. NICE, 02.12.1997, Mme R, n°s 93-3657 et 93-4053

Aux termes de l'article 1er alinéa 2 du décret n° 86-428 du 14 mars 1986 relatif aux concessions de logement accordées aux personnels de l'État dans les établissements publics locaux d'enseignement : *«les concessions de logement sont attribuées par nécessité absolue ou utilité de service»*. L'article 8 du même décret dispose que *«seules les concessions de logement accordées par nécessité absolue de service comportent la gratuité du logement nu [...]. Les concessions par utilité de service ne comportent aucune prestation gratuite»*.
L'article 7 prévoit que *«dans le ressort d'une même commune ou d'un groupement de communes, l'autorité académique [...] peut procéder, avec l'accord de la collectivité ou des collectivités de rattachement, à une compensation entre établissements compte tenu des logements disponibles. La compensation ne peut jouer que sur des logements concédés par utilité de service»*.
La requérante, proviseur adjoint d'un lycée fonctionnant uniquement en externat et ne comportant donc pas de logement de fonction, a bénéficié d'une concession pour utilité de service d'un logement situé dans un autre établissement.
Elle a néanmoins saisi le juge administratif aux fins d'annulation des états exécutoires correspondant aux loyers de son appartement.
Le juge administratif a non seulement considéré que la requérante n'était pas fondée à contester le fait de ne pas avoir bénéficié d'une concession de logement par nécessité absolue de service, mais il a également estimé qu'elle n'avait même pas droit à une concession pour utilité de service, dès lors qu'elle était logée dans une autre établissement que celui d'exercice.
Le juge a en conséquence condamné la requérante à une amende de 10 000 F pour recours abusif.

Résiliation d'une convention d'occupation précaire d'un logement
T. A. LILLE, 18.12.1997, Mme Maryline MALECKI, n°s 93-2762, 94-517, 94-3168, 96-3667 et 97-1222

Aux termes du décret n° 86-428 du 14 mars 1986 relatif aux concessions de logement accordées aux personnels de l'État dans les établissements publics locaux d'enseignement, *«Lorsque tous les besoins résultant de la nécessité ou de l'utilité du service ont été satisfaits, le conseil d'administration, sur rapport du chef d'établissement, fait des propositions sur l'attribution des logements demeurés vacants. La collectivité de rattachement peut accorder à des agents de l'État, en raison de leurs fonctions, des conventions d'occupation précaire de ces logements»*.
La décision de résiliation de la convention d'occupation précaire du logement occupé par un agent exerçant ses fonctions à l'extérieur de l'établissement est légitimement justifiée par la priorité accordée à un agent exerçant ses fonctions dans l'établissement, son maintien dans l'établissement présentant une utilité pour le service, quand bien même celui-ci ne pouvait prétendre être logé par nécessité absolue de service.

V.1.15 Questions propres aux stagiaires

Report de stage - Déroulement du stage sur une période continue correspondant à l'année scolaire
T. A. PARIS, 20.05.1997, M. GUISSET, n° 93 00418/5

Le décret n° 80-627 du 4 août 1980 modifié portant statut particulier des professeurs d'éducation physique et sportive prévoit, dans son article 5-1, que les candidats ayant subi avec succès les épreuves d'un concours externe ou interne se voient délivrer le certificat d'aptitude au professorat d'éducation physique et sportive après avoir effectué un stage d'une durée d'un an.
Le stage devant, en conséquence, se dérouler sur une période continue correspondant à l'année scolaire, le ministre était fondé à reporter la nomination d'un candidat en qualité de stagiaire à la rentrée 1992, puis à la rentrée 1993, dans la mesure où ce dernier devait effectuer son service national, en qualité d'objecteur de conscience, de novembre 1991 à avril 1993.

V.3 QUESTIONS PROPRES AUX PERSONNELS DE L'ENSEIGNEMENT UNIVERSITAIRE

V.3.1 Enseignants-chercheurs

V.3.1.1 Questions communes aux enseignants-chercheurs

Refus d'inscription sur la liste de qualification aux fonctions de maître de conférences ou de professeur des universités en 1996 après une inscription en 1993, 1994 ou 1995
C.E., 17.12.1997, ORGIAZZI-FORESTIER, VERDIER, DALLET, PELLISSIER, VALENSKY, BIRGINIE, VERGNON, BOUREILLE, BADDOUR, n°s 182960, 182961, 182962, 182964, 182965, 182966, 182968, 182971, 182972.
C.E., 29.12.1997, FIGUIERE, n° 182967

Dans ces décisions, le Conseil d'État confirme son arrêt DOUJON du 17 octobre 1997 (cf. LIJ n° 22, février 1998) selon lequel l'entrée en vigueur, à compter du 1er janvier 1996, du décret n° 95-490 du 27 avril 1995, modifiant le décret n° 84-431 du 6 juin 1984 modifié a eu pour effet, pour les concours ouverts au titre de 1996 (et de 1997), de soumettre tous les candidats, y compris ceux qui avaient été inscrits sur une liste de qualification établie selon la réglementation issue du décret n° 92-71 du 16 janvier 1992, à l'exigence d'un examen de leur qualification par la section compétente du Conseil national des universités.

➔ *NB : Rappel : à compter de 1998, la procédure de qualification est régie par le décret n° 97-1121 du 4 décembre 1997 et, pour 1998, par les arrêtés du 8 décembre 1997 (Journal officiel des 6 et 12 décembre 1997).*

Répartition des services d'enseignement des enseignants-chercheurs
T. A. CAEN, 18.11.1997, Boutin et autres, n° 97622.

Aux termes du dernier alinéa de l'article 54 de la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 modifiée sur l'enseignement supérieur, *«un décret en Conseil d'État précise les droits et obligations des enseignants-chercheurs, notamment les modalités de leur présence dans l'établissement»*.
Ces droits et obligations ont été précisés par le décret n° 84-431 du 6 juin 1984

modifié dont l'article 7 donne compétence au président de l'université pour arrêter, chaque année, sur proposition du conseil de l'UFR en formation restreinte aux enseignants, la répartition des services d'enseignement des professeurs des universités et des maîtres de conférences, en l'espèce une répartition obligatoire sur «quatre demi-journées étalées sur trois jours».
Aucune disposition du décret précité, ni aucun autre texte n'habilitent un conseil d'administration à édicter des règles relatives aux obligations de service des enseignants-chercheurs.

VII. RESPONSABILITÉ

VII.2 ACCIDENTS SURVENUS AUX ÉLÈVES ET AUX ÉTUDIANTS

VII.2.1 Responsabilité administrative de droit commun

Séance de natation - Accident mortel (noyade) - Responsabilité de la commune reconnue - Responsabilité de l'État non reconnue
T.A. Lille, 18.12.1997, M. et Mme DEBRIL THIERRY, n° 94-2963

À la fin d'une séance de natation scolaire à la piscine municipale, une enfant de sept ans s'est noyée hors de la présence des maîtres nageurs municipaux.
À raison des mêmes faits, un jugement du tribunal correctionnel de Béthune du 30 octobre 1992 a reconnu le maître nageur municipal, spécialement en charge du groupe scolaire dans lequel se trouvait la victime, coupable d'homicide involontaire.
Les parents ont introduit une requête devant le tribunal administratif tendant à la condamnation conjointe et solidaire de l'État et de la commune à réparer leur préjudice.
Les parents soutenaient que l'enseignement de la natation étant un service public administratif, le défaut d'organisation devait engager la responsabilité de l'État, et que la mauvaise organisation de la surveillance de la piscine par les agents de la commune engageait également la responsabilité de cette collectivité.
Le tribunal a retenu la responsabilité de la commune sur le fondement des fautes de service commises par les deux agents dont elle était l'employeur et du défaut d'organisation de la sécurité de la piscine municipale, au motif que la définition des règles de sécurité et de surveillance des bassins ainsi que leur respect relèvent de la responsabilité de la commune et des maîtres nageurs, lesquels possèdent les compétences professionnelles spécifiques qu'exige le fonctionnement d'une telle installation.
Enfin, le tribunal remarque que *« s'il incombe à l'État dans le cadre de la direction des activités d'enseignement de veiller à la compétence professionnelle et pédagogique des intervenants extérieurs et à la sécurité générale des activités ainsi confiées à des personnels non enseignants, il ne lui appartient pas de fixer, au-delà de ce qu'imposent les exigences pédagogiques, le mode de fonctionnement des installations et l'organisation des services dont il est appelé à faire usage à cette occasion».*
➔ ***NB :*** *À signaler que dans cette affaire, la responsabilité de l'État avait été retenue en première instance par un jugement du T.G.I. de Béthune du 12 septembre 1995 sur le fondement de la loi du 5 avril 1937. Le tribunal administratif estime, pour sa part, que les maîtres nageurs n'ayant pas la qualité de personnel enseignant, la responsabilité de l'État ne pouvait être engagée sur le fondement de fautes commises par ceux-ci devant la juridiction judiciaire sur le fondement de cette loi.*

VII.2.2 Accidents scolaires (loi du 05.04.1937)

VII.2.2.1 Accidents survenus pendant les interclasses

École publique - Cour de récréation - Responsabilité de l'État reconnue
Cour Cassation Civ.2., 14.01.1998, préfet de l'Isère c/M. LOZANO, n° 22 D

Dans la cour de récréation, un élève avait été blessé à l'œil par un ballon de handball tiré au pied par un autre élève.
Un premier jugement du tribunal de grande instance de Vienne avait retenu la responsabilité de l'État au motif que le directeur de l'école et l'institutrice de la classe dans laquelle se trouvaient les enfants avaient commis une faute de surveillance dans la mesure où ces maîtres étaient entièrement passifs, éloignés de l'aire de jeu des enfants et qu'ils s'en désintéressaient complètement.
Cette décision avait été confirmée par la cour d'appel de Chambéry dans un arrêt du 15 avril 1992 qui énonçait que la pratique du football ou du handball est une activité sportive qui obéit à des règles précises et nécessite la mise à la disposition des joueurs de terrains appropriés, que la pratique de ce sport dans la cour de récréation au milieu d'autres élèves devient un jeu dangereux qu'il appartient à l'éducateur d'empêcher ou d'interdire et qu'en tolérant le jeu au pied avec un ballon dans la cour de récréation, le directeur de l'école a commis une faute aggravée par le fait qu'aucune surveillance n'était organisée autour des élèves qui le pratiquaient.
Statuant sur le pourvoi formé par l'État contre cet arrêt, la Cour de cassation a cassé celui-ci en toutes ses dispositions en rappelant que si les instituteurs sont responsables du dommage causé par les élèves pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance, c'est à la condition qu'ils aient commis une faute qui doit être prouvée conformément au droit commun ; or, la cour d'appel n'avait pas caractérisé une telle faute.
Statuant sur renvoi par arrêt du 21 mai 1996, la cour d'appel de Chambéry a confirmé le jugement entrepris en ce qu'il avait déclaré l'État responsable du préjudice subi par l'élève victime.
La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par l'État au motif que l'arrêt de renvoi, qui retient que le directeur d'école et l'institutrice de la classe dont dépendait l'élève blessé ont laissé se développer dans la cour de récréation un jeu de balle au pied avec un ballon de handball, lequel de dimension plus réduite qu'un ballon

de football devient dangereux lorsqu'il est projeté avec le pied, a ainsi caractérisé la faute de surveillance commise par les membres de l'enseignement.

IX. PROCÉDURE CONTENTIEUSE

IX.2 RECEVABILITÉ DES REQUÊTES

Timbre fiscal
C.A.A. LYON, 20.11.1997, ABDELLATIF EL OUADIH, n° 97LY02080/2

Est irrecevable un appel formé contre un jugement du tribunal administratif ayant rejeté la demande du requérant pour absence d'apposition du timbre fiscal prévu par les articles 1089 B et 1090 A du Code général des impôts.

➔***NB :*** *Cette décision s'inscrit dans la jurisprudence issue de l'avis du Conseil d'État, sect., 18.02.1994, Mme CHATBI, le timbre fiscal de 100 F prescrit par l'article 10 de la loi n° 77-1468 du 30 décembre 1977 modifié par l'article 44-I et la loi de finances pour 1994 devant être apposé sur les requêtes présentées au juge administratif à peine d'irrecevabilité. Lorsqu'une requête n'est pas exonérée du droit de timbre, le requérant n'ayant sollicité ni obtenu l'aide juridictionnelle (avis C.E., 22.02.1995, SIDY FOFANA), le juge doit rejeter cette requête comme irrecevable si son auteur n'a pas acquitté ce droit après une demande de régularisation restée sans effet. L'article R. 87-1 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, ajouté par le décret n° 97-563 du 29 mai 1997 et applicable depuis le 1er septembre 1997, consacre cette irrecevabilité.*

IX.3 DÉROULEMENT DES INSTANCES

Interruption des délais par une demande d'aide judiciaire
C.E., 29.12.1997, MERCIER-JOSA, n° 162202

L'introduction d'une demande d'aide juridictionnelle interrompt le délai de quatre mois dont dispose le requérant, en vertu de l'article 53-3 du décret 30 juillet 1963 modifié, pour produire le mémoire complémentaire qu'il avait annoncé dans sa requête introductive d'instance devant le Conseil d'État.

Ayant déposé une demande d'aide juridictionnelle le 10 février 1995, dans le délai de 4 mois fixé pour le dépôt du mémoire complémentaire annoncé dans sa requête introductive du 10 octobre 1994, le requérant peut ainsi valablement déposer son mémoire complémentaire le 24 janvier 1996 puisqu'il a été donné réponse à sa demande d'aide juridictionnelle le 24 novembre 1995.

En effet, le délai de quatre mois pour produire le mémoire complémentaire, interrompu par la demande d'aide juridictionnelle, court de nouveau à compter de la notification de la décision d'accord ou de refus de l'aide juridictionnelle.

➔***NB :*** *Cf. arrêt du 19 mars 1986 - ROBERGE.*

C. Berland
R. Bruneau-Latouche
F. Contin
J. Crain
J.-N. David
P. Dhennin
A. Emery
C. Moreau
Jean Prat
M.-V. Samama-Patte
F. Séval

● CONSULTATIONS

Lettre DAJ A1 n° 97-749 du 26 décembre 1997, adressée à un recteur d'académie

Mise en œuvre d'une procédure disciplinaire à l'encontre d'agents faisant l'objet d'une suspension

L'attention de la direction des affaires juridiques a été attirée par les difficultés posées par une mesure de suspension lorsque celle-ci est prise dans l'attente d'une décision de justice.

La suspension, définie à l'article 30 de la loi n° 83 - 634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, est une mesure conservatoire prise dans l'intérêt du service en cas de faute grave commise par un fonctionnaire. Le fonctionnaire suspendu conserve son traitement et diverses indemnités énumérées par le texte.

Cet article précise en outre que la situation de l'intéressé, en l'absence de poursuites pénales, doit être réglée dans un délai de quatre mois à compter de la décision de suspension.

Le juge administratif consacre l'indépendance de la procédure disciplinaire par rapport à la procédure pénale (Conseil d'État, 24 juillet 1987, Conseil départemental de l'ordre des médecins de l'Ariège). Néanmoins, l'issue des poursuites pénales n'est pas sans incidence sur l'action disciplinaire.

● S'il est décidé d'engager une action disciplinaire et de prononcer une sanction à l'encontre d'un fonctionnaire suspendu avant d'attendre le terme de la procédure pénale, deux hypothèses se présentent.

Première hypothèse : le juge pénal retient la faute du fonctionnaire.

La faute d'un agent public ne peut générer qu'une seule sanction disciplinaire (Conseil d'État, 23 avril 1958, Commune de Petit-Quevilly). Le jugement pénal fondé sur les faits qui ont donné lieu à une sanction disciplinaire ne saurait justifier une nouvelle sanction.

Toutefois, conformément à l'article 24 de la loi du 13 juillet 1983 précité, la déchéance des droits civiques prononcée comme peine complémentaire d'une condamnation pénale emporte la radiation de l'intéressé des cadres de la Fonction publique et entraîne la perte de la qualité de fonctionnaire (article

132-21 du Code pénal). L'administration se contente alors de tirer les conséquences du jugement pénal.
Enfin, selon l'article 5 de la loi du 13 juillet 1983 précitée, *«nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaires [...] si les mentions portées au bulletin n° 2 de son casier judiciaire sont incompatibles avec l'exercice des fonctions»*. Le juge administratif exige que la radiation des cadres de la Fonction publique résulte d'une procédure disciplinaire (Conseil d'État, Sect, 12 avril 1995, M. Lecomte).
Deuxième hypothèse : le juge pénal conclut à l'inexistence des faits ayant justifié la sanction disciplinaire.
L'administration est alors liée par le jugement pénal lorsque celui-ci nie expressément l'existence matérielle des faits sur lesquels les poursuites disciplinaires étaient fondées (Conseil d'État, 23 novembre 1966, Commune de Lamotte-Beuvron, Rec, p. 614).
Si la sanction disciplinaire n'est pas contestée dans le délai du recours pour excès de pouvoir, elle devient définitive à l'expiration de celui-ci. Elle ne peut donc plus être retirée. Cette sanction ayant été exécutée, l'administration n'est pas tenue de réexaminer la situation administrative de l'intéressé.
Le fonctionnaire a cependant la possibilité de saisir le juge administratif d'un recours en indemnité fondé sur l'illégalité de la sanction, telle qu'elle a été révélée par le juge pénal. Il est alors probable que le juge ferait droit à une action indemnitaire.
● On peut également attendre que le juge pénal se prononce sur la réalité des faits avant d'engager une procédure disciplinaire. Dans ce cas, conformément à l'article 30 de la loi du 13 juillet 1983 précité, le fonctionnaire suspendu doit être rétabli dans ses fonctions à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de la décision de suspension.
Cependant, des poursuites pénales permettent de prolonger la suspension dans les conditions posées par l'article 30 précité. Selon la jurisprudence, les poursuites pénales ne s'entendent pas d'une simple plainte ou d'une enquête préliminaire mais supposent que l'action publique soit mise en mouvement par la constitution de partie civile ou par le réquisitoire introductif adressé au procureur de la République par le juge d'instruction (Conseil d'État, Sect, 19 novembre 1993, Vedrenne, Rec, p. 323). Cette possibilité doit être utilisée lorsque les faits reprochés au fonctionnaire sont d'une extrême gravité et semblent établis.

Lettre DAJ A1 n° 98-008 du 9 janvier 1998 adressée à un recteur d'académie

Admission des élèves d'écoles privées dans les cantines scolaires municipales

L'article 7 de la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 sur les rapports entre l'État et les établissements d'enseignement privés dispose que *«les collectivités locales peuvent faire bénéficier des mesures à caractère social tout enfant sans considération de l'établissement qu'il fréquente»*.
Cet article confirme la jurisprudence antérieure du Conseil d'État. En effet, un arrêt de section du 11 janvier 1952 (Association des parents d'élèves de l'enseignement libre de Seine-et-Oise, Rec, p. 26) reconnaît la validité d'une délibération du Conseil municipal de Versailles qui autorise *«les enfants fréquentant les écoles primaires privées, y compris ceux dont les familles n'étaient pas indigentes»* à accéder à une cantine scolaire gérée par la commune.
La circulaire du 5 octobre 1960 relative à l'aide aux enfants fréquentant les cantines rappelle que *«les collectivités locales qui accordent des prestations à caractère social aux enfants suivant les cours des écoles publiques ont la faculté d'en faire bénéficier également les enfants fréquentant les écoles privées»*. Parmi les prestations sociales, elle désigne expressément les cantines scolaires.
La lecture de l'article 7 de la loi de 1959 et de la circulaire précitée traduit la liberté d'appréciation du conseil municipal qui n'est en aucun cas tenu d'étendre aux élèves des écoles privées le bénéfice d'un service de restauration scolaire. Le juge administratif a clairement considéré que l'accès aux cantines scolaires ne constitue pas une dépense d'assistance obligatoire mais une allocation facultative. Par conséquent, si le conseil municipal ne le prévoit pas expressément par une délibération, les élèves des écoles privés ne peuvent se prévaloir d'aucun droit (Conseil d'État, Sieur Lacombe, 24 mars 1954, Rec, p. 181).

Lettre DAJ A1 n° 97-731 du 22 décembre 1997 adressée à un inspecteur d'académie

Signalement de mauvais traitements

Le Code pénal, article 434-1, fait obligation à toute personne ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets ou dont les auteurs sont susceptibles d'en commettre de nouveaux qui pourraient être empêchés, d'en informer les autorités judiciaires ou administratives. Il précise également, article 434-3, qu'il appartient à toute personne ayant eu connaissance de mauvais traitements ou de privations infligés à un mineur de quinze ans, d'en informer ces mêmes autorités. Le non respect de ces obligations étant puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende.
De plus, ces obligations légales sont renforcées pour les fonctionnaires, puisque selon l'article 40 du Code de procédure pénale, tout fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en aviser sans délai le procureur de la République et de lui transmettre tous les renseignements qui y sont relatifs.
Cependant, la procédure de signalement qui doit être menée peut prendre des formes différentes selon qu'il s'agit d'un cas de mauvais traitements dont le fonctionnaire a une connaissance directe des faits, qu'il faut traiter dans l'urgence, et, les cas de présomption de «maltraitance» qui nécessitent une enquête préalable (Cf. la circulaire n° 97-119 du 15 mai 1997 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des élèves, et la circulaire n° 97-175 du 26 août 1997 relative aux instructions concernant les violences sexuelles).
Lorsque les faits ne sont pas avérés, et qu'il est seulement question d'une présomption de «maltraitance» fondée sur des signes de souffrance de l'élève, des rumeurs ou des témoignages indirects, il convient d'adopter une attitude prudente, et d'alerter immédiatement l'inspection académique, laquelle, en liaison avec le rectorat arrêtera les mesures à prendre.
La situation doit être appréhendée de manière différente en cas d'urgence, c'est-à-dire lorsque les personnels sont

confrontés à une situation de «maltraitance» grave et manifeste comme, par exemple, lorsqu'un élève confie à un membre de l'Éducation nationale des faits dont il affirme avoir été victime, il appartient à ce fonctionnaire d'aviser immédiatement et directement le procureur de la République. Parallèlement à ce signalement, l'agent doit simultanément informer l'inspecteur d'académie. Tout manquement à cette obligation légale expose le fonctionnaire, d'une part, à être poursuivi en justice pour non-empêchement de crime, non-dénonciation de mauvais traitement, omission de porter secours ou non assistance à personne en péril, selon les cas, et d'autre part, à faire l'objet de poursuites disciplinaires.

Lettre DAJ B1 n° 42 du 26 janvier 1998 adressée à un président d'université

Participation de personnels en congé à l'élection du président d'université

La question posée concerne la participation à l'élection du nouveau président d'université, conformément au décret du 17 décembre 1984, de personnels ATOS de l'établissement en qualité de suppléants, alors même qu'ils se trouvent actuellement en position de congé maternité ou de congé de longue maladie.

Selon les dispositions de l'article 27 de la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur, **le président (d'université) est élu par l'ensemble des membres des trois conseils réunis en une assemblée, à la majorité absolue des membres en exercice de celle-ci**. De même, il ressort des articles 2 et 3 combinés du décret du 17 décembre 1984 précité que, lorsqu'un membre de cette assemblée appartient à plus d'un conseil, il ne dispose que d'une voix et son vote, au titre du ou des autres conseils, est exercé par un suppléant appartenant au même collège électoral.

L'article 15 du décret n° 85-59 du 18 janvier 1985 relatif aux conditions d'exercice du droit de suffrage, auquel il convient de se référer, mentionne uniquement les positions de disponibilité, de congé de longue durée et de congé postnatal comme celles s'opposant à l'inscription sur les listes électorales du collège des personnels ATOS.

Par conséquent, la circonstance que les deux personnes appelées à désigner le nouveau président soient en position de congé maladie et de maternité, dont elles bénéficient à l'instar de tout fonctionnaire en activité, ne constitue pas en soi un motif d'empêchement, dès lors que celles-ci ne seraient pas physiquement dans l'impossibilité de participer au vote.

Lettre DAJ B1 n° 51 du 30 janvier 1998 adressée à un président d'université

Composition du conseil de la documentation d'une université

La direction des affaires juridiques a été interrogée sur la possibilité d'une représentation permanente d'une institution extérieure, en la personne d'un donateur, au sein du conseil du service commun de la documentation d'une université. Les modalités d'organisation et de fonctionnement de cette institution, prévues par l'article 9 du décret n° 85-694 du 4 juillet 1985 relatif aux services de la documentation des établissements d'enseignement supérieur relevant du ministère de l'Éducation nationale, sont fixées par un arrêté du 4 juillet 1985.

Les donateurs entrent dans la catégorie des personnalités extérieures visées à l'article 1er dudit arrêté ; elles sont désignées par le président de l'université sur proposition des autres membres du conseil en raison de *«l'intérêt qu'elles portent aux activités documentaires»*, et leur mandat est, comme celui de l'ensemble des membres du conseil à l'exception des étudiants, fixé à quatre ans (art. 1er de l'arrêté).

Sauf à modifier ces dispositions, il est donc juridiquement impossible de nommer une personnalité extérieure pour une durée indéterminée ou de réserver un siège à une institution, la nomination en tant que membre du conseil de documentation ayant un caractère personnel. En revanche, aucune limitation n'étant prévue dans les textes précités, le mandat pourrait être renouvelé indéfiniment de quatre ans en quatre ans, si tel était le vœu de l'autorité de nomination.

Lettre DAJ B1 n° 52 du 30 janvier 1998 adressée à un président d'université

Vote par procuration lors de l'élection du président d'université

La question posée porte sur certaines modalités du vote par procuration envisagé par l'article 4 du décret du 17 décembre 1984 pour l'élection du président d'université. Ce texte prévoit en effet que *«Un membre de l'assemblée empêché peut donner procuration à un membre du même collège électoral ou, s'il s'agit d'une personnalité extérieure, à une personne de même catégorie. Nul ne peut être porteur de plus de deux mandats»*. Aucune formalité particulière pour la constitution des procurations n'étant exigée ni par le décret précité, ni par des textes ultérieurs d'application, il convient donc de se référer aux règles générales de formation des mandats, et notamment des principes dont s'inspirent les articles 1984 et suivants du Code civil.

1) S'agissant de la possibilité de transmission des procurations par la voie de la télécopie, il faut observer que la validité de la procuration repose sur l'identification des intervenants, le mandant et le mandataire, et l'authentification de l'auteur de l'acte. Or, à ce titre, une télécopie ne saurait comporter la preuve de la signature du mandant et doit donc être suivie de la production de l'acte original établi en bonne et due forme (Cf. en ce sens, Conseil d'État, 13 mars 1996, Diraison, Leb, p. 78.). Ainsi, préalablement à toute participation au vote, le mandataire doit pouvoir justifier de la possession d'une procuration valablement établie.

2) L'éventualité d'établir des procurations en blanc paraît admise par la jurisprudence (Cass. Civ. 1er, 28 février 1989, Bull civ I, n° 98). Dans ce cas, la personne détenant une procuration dans laquelle ne figure pas le nom du mandataire doit être réputée avoir reçu mandat de choisir celui-ci. Toutefois, il convient d'observer une extrême prudence dans l'utilisation de cette faculté, la jurisprudence administrative n'ayant, à ma connaissance, jamais statué sur ce point.

3) Sur le respect du délai d'un mois pour l'élection du président d'université prévu par l'article 6 du décret du 17 décembre 1984 précité, rendu difficile par la fixation des dates de vacances universitaires durant cette période, il faut noter que la jurisprudence a toujours admis qu'il n'y avait pas vice de procédure lorsque l'autorité administrative était placée

devant une formalité impossible à accomplir. En cas de recours, il sera toutefois difficile de faire admettre que ce type de circonstances, qui ne revêt aucun caractère exceptionnel (les dates de vacances universitaires étant connues à l'avance) et ne concerne que la suspension des cours pour les étudiants, s'oppose à la tenue des organes délibérants assurant l'administration de l'université.

Lettre DAJ B1 n° 61 du 6 février 1998 adressée à un recteur d'académie

Élection du conseil scientifique

La direction des affaires juridiques a été interrogée sur la solution qu'il convenait d'adopter dans le cas où un agent, élu au conseil scientifique de l'université au sein du collège des personnels en tant qu'habilité à diriger des recherches (décret n° 85-59 du 18 janvier 1985 relatif aux conditions d'exercice du droit de suffrage et à la composition des collèges électoraux pour l'élection des conseils universitaires, article 5, 1. b)), acquérait durant son mandat la qualité de professeur et relevait donc du collège prévu au 1. a) de l'article 5 du décret précité des professeurs et personnels assimilés.
Les modalités de remplacement et de renouvellement des membres des conseils sont explicitement prévues par le dernier alinéa de l'article 21 du décret du 18 janvier 1985 précité :
«Lorsqu'un membre d'un conseil élu selon un mode de scrutin prévoyant le panachage perd la qualité au titre de laquelle il a été élu ou lorsque son siège devient vacant, il est remplacé, pour la durée du mandat restant à courir, par le candidat de la même liste non élu ayant obtenu le plus de voix. Si le panachage n'est pas autorisé, il est remplacé par le candidat de la même liste venant immédiatement après le dernier candidat élu. En cas d'impossibilité, il est procédé à un renouvellement partiel dans les conditions fixées par les statuts».
En l'espèce, deux agents seulement étaient éligibles au collège b) des personnels, chacun d'eux constituant une liste. Ces deux listes ayant obtenu un nombre égal de voix, le siège a été attribué par tirage au sort en vertu des dispositions de l'article 21 précité (huitième alinéa). Le caractère uninominal de la liste élue constituant une impossibilité dirimante à faire application des dispositions du dernier alinéa de l'article 21 précité, il est impératif de procéder à un renouvellement partiel, nonobstant le fait que la liste concurrente ait obtenu, aux dernières élections, un nombre égal de voix.

C. Moreau
D. Galopin

● CHRONIQUES

LES EFFETS DE L'APPLICATION DU PRINCIPE DE LA LIBRE CIRCULATION : LA PRISE EN COMPTE DES ACTIVITÉS EFFECTUÉES DANS LES ÉTATS DE LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE

(suite de la page 1)

Toutefois, celui-ci n'aurait pas été aussi significatif sans la contribution active de la Cour de justice à la construction communautaire qui, grâce à une jurisprudence toujours plus évolutive et innovante, a conduit les États membres à modifier certains aspects de leur législation interne afin de s'aligner sur les principes dégagés par elle.

L'arrêt rendu par la Cour de justice le 15 janvier 1998[2] à la suite d'une question préjudicielle posée par le juge allemand, conformément à l'article 177 du traité CE, illustre clairement cette méthode. Interrogée sur l'interprétation de l'article 48 du traité et de l'article 7 du règlement du 15 octobre 1968[3], la Cour de justice ouvre une nouvelle brèche dans les réglementations nationales des États membres en ce qu'elle entend mettre un terme à toute disparité de traitement entre les nationaux et les ressortissants communautaires au cours de leur carrière dans la Fonction publique.

Afin d'apprécier la portée de cet arrêt dans notre législation interne (II), il importe, dans un premier temps, de le replacer dans le contexte juridique auquel il se rapporte, à savoir le principe général de libre circulation des personnes défini à l'article 48 du traité et son application aux emplois dans les fonctions publiques des États membres (I), dont la Cour de justice a, au fil de sa jurisprudence, adopté une interprétation restrictive, conduisant à l'ouverture de la Fonction publique aux ressortissants communautaires.

I- PRINCIPE DE LIBRE CIRCULATION ET FONCTION PUBLIQUE

1) L'article 48 (§ 1) du traité prévoit que la libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté. Ce principe implique le libre accès à l'emploi et l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail (§ 2).
Ces dispositions ont été complétées par celles, plus précises, du règlement n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 entré en vigueur le 8 novembre 1968

1 Mylène Nys, Une liberté de circulation inachevée, *pp. 103-124.*
2 Aff. C-15/96 Kalliope Schöning-Kougebetopoulou c/ Freie und Hansestadt Hamburg.
3 Règlement CEE n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, JOCE L 257, p. 2.

régissant la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (JOCE n° L257), lequel dispose que *«la libre circulation constitue pour les travailleurs et leur famille un droit fondamental [...], la mobilité de la main d'œuvre dans la Communauté doit être pour le travailleur un des moyens qui lui garantissent la possibilité d'améliorer ses conditions de vie et de travail et de faciliter sa promotion sociale, tout en contribuant à la satisfaction des besoins d'autonomie des États membres»*.

Dès lors, considéré comme l'un des fondements du marché intérieur, ce principe s'oppose à l'institution ou même au maintien, par les autorités nationales, de mesures, de quelque nature qu'elles soient, susceptibles de constituer des obstacles directs ou indirects à la libre circulation des travailleurs[4] au sein de la Communauté.

Ayant, par ailleurs, pour corollaire le principe de non discrimination, sont prohibées non seulement *«les discriminations ostensibles fondées sur la nationalité mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres distinctions, aboutissent en fait au même résultat»*[5]. Ce principe ne trouve cependant pas application dans le cas d'*«éventuelles disparités de traitement qui peuvent résulter, d'un État membre à l'autre, des divergences existant entre les différentes législations nationales du moment que celles-ci affectent toutes les personnes tombant sous leur application selon des critères objectifs et sans égard à leur nationalité»* [6].

2) Si, conformément au principe de libre circulation, il est impératif de faire disparaître toutes les dispositions nationales qui, étant fondées sur la nationalité, réserveraient certaines catégories d'emplois aux seuls nationaux, il n'en demeure pas moins une exception, posée par le paragraphe 4 de l'article 48 du traité, et qui exclut de son champ d'application *«les emplois dans l'administration publique»*.

La Cour a, dès 1974, considéré qu'il ne s'agit que d'une simple limitation d'interprétation stricte dont le champ d'application se trouve de ce fait réduit[7]. Cette formule ne vise ainsi que *«les emplois qui comportent l'exercice de la puissance et l'attribution de responsabilités pour la sauvegarde des intérêts généraux de l'État»* et comme permettant seulement aux États membres, par des réglementations appropriées, de réserver aux nationaux l'accès à ces emplois[8]. Reprenant cette interprétation, la jurisprudence ultérieure l'a confirmée et précisée en décidant que *«les emplois exclus sont uniquement ceux qui, compte tenu des tâches et des responsabilités qui leurs sont inhérentes, sont susceptibles de revêtir les caractéristiques des activités spécifiques de l'administration»*[9].

Cette conception volontairement réductrice de la notion d'emploi dans l'administration publique vise principalement, dans l'esprit du juge communautaire, à promouvoir le principe de libre circulation des travailleurs. Il considère en effet, que *«le fait d'étendre l'exception [...] aurait pour conséquence de soustraire à l'application des principes du traité un nombre considérable d'emplois et de créer des inégalités entre États membres en fonction des disparités qui caractérisent l'organisation de l'État»*.

Statuant à chaque fois au cas par cas, la Cour de justice a dégagé, au fil de ses arrêts, quatre domaines de la Fonction publique dont l'accès doit être ouvert à tous les ressortissants communautaires et qui sont notamment le service public de l'enseignement, de la santé, des transports et de la recherche civile[10].

En ce qui concerne notre droit interne, cette jurisprudence y a reçu une application effective reprenant en des termes identiques la définition employée par le juge communautaire. L'article 2 de la loi du 26 juillet 1991 a consacré l'abandon, pour l'accès à la Fonction publique, de la condition de la nationalité à l'égard des ressortissants communautaires, par l'introduction de l'article 5 bis dans la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 relative aux droits et obligations des fonctionnaires et qui dispose dans les termes suivants : *«Les ressortissants des États membres de la Communauté économique européenne autres que la France ont accès, dans les conditions prévues au statut général, aux corps, cadres d'emplois et emplois dont les attributions soit sont séparables de l'exercice de la souveraineté, soit ne comportent aucune participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques»*.

Toutefois, si cette loi ouvre de manière explicite l'accès à certains emplois de la Fonction publique des ressortissants communautaires, elle n'en est pas pour le moins exclusive. En effet, antérieurement à son entrée en vigueur, certains statuts particuliers, tels que ceux des enseignants chercheurs et des chercheurs[11], permettaient l'accès à toutes les personnes qui ne possédaient pas la nationalité française, sans opérer de distinction selon qu'elles sont ou non ressortissantes de la Communauté.

Pour autant, cette égalité de traitement dans l'accès à la Fonction publique n'a pas paru suffisante aux yeux de la Cour et la jurisprudence en matière d'ouverture de la Fonction publique est encore en évolution. En effet, dès lors que cet accès est admis, la Cour considère que les migrants ne doivent pas faire l'objet d'un traitement discriminatoire en matière de rémunération et autres conditions de travail[12]. Interrogée sur la question de la mobilité entre services

---

4 La Cour de Justice conditionne la qualification de «travailleur» à l'accomplissement d'une prestation rémunérée et effectuée sous la direction d'une personne : CJ 3 juillet 1986 Lawrie Blum, p. 2121.

5 CJ 16 février 1978 Aff. 61/77 Commission c/ Irlande R., p. 417.

6 CJ 28 juin 1978 Aff. 1/78 Kenny p. 1489 ou encore CJ 25 janvier 1983 Aff. 126/82 Sinet transport, p. 73.

7 CJ 12 février 1974 Aff. 152/73 Sotgiù.

8 CJ 17 décembre 1980 Aff. 149/79 Commission c/ Belgique, p. 3881.

9 CJ 3 juillet 1986 Aff. 66/85 Lawrie Blum précité.

10 CJ 3 juin 1986, Aff. 307/84 Commission c/.R.F., p. 1725 en ce qui concerne les infirmiers des hôpitaux publics ; CJ 3 juillet 1986 Aff. 66/85 C389 Deborah Lawrie Blum c/ Land du Baden-Württemberg, p. 2121 s'agissant des enseignants dans lycées ; CJ 16 juin 1987 Aff. 225/85 Commission c/ Italie, p. 2625, pour la recherche ; CJ 30 mai 1989 Aff. 33/88 Allué et Coonan, p. 1591 pour les lecteurs de langue étrangère ; CJ 2 juillet 1996 Aff. C473/93, C173/94, C290/94 Commission c/ Luxembourg, c/ Belgique, c/ Grèce.

11 Loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 relative à l'enseignement supérieur pour les enseignants-chercheurs et loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 pour les emplois dans la recherche.

12 CJ 16 juin 1987 Commission c/ Italie précité.

publics, la Cour a jugé, dans un arrêt du 23 février 1994[13], que les services accomplis dans une administration publique d'un autre État membre doivent être retenus pour apprécier la recevabilité d'une bonification de points à un concours interne organisé par l'État membre dans lequel le travailleur public entend exercer son droit de libre circulation.

Cet arrêt fondé sur les principes communautaires de non discrimination et de libre circulation des personnes consacre l'égale ouverture de la Fonction publique aux ressortissants en cours de carrière et plus seulement dans le cadre d'un recrutement initial.

Par la suite, le juge a mis en application cette jurisprudence pour la reconnaissance des services en vue de l'ouverture des droits à pension[14]. Il a tout récemment, par l'arrêt du 15 janvier 1998, ouvert la voie à la prise en compte intégrale des services effectués par les migrants dans d'autres États membres s'agissant de leur reclassement et de leur carrière dans l'administration, ce qui n'est pas sans causer de lourdes conséquences dans notre droit interne.

II - LA PORTÉE DE L'ARRÊT KALLIOPE SCHÖNING KOUGEBETOPOULOU

1) Le litige, apparu à la suite du refus de l'administration municipale de Hambourg de prendre en compte les périodes d'activités accomplies par Mme Schöning en qualité de médecin spécialiste dans le service public grec, a permis au juge communautaire de procéder, de manière explicite et extensive, à l'interprétation de l'article 48 du traité CE et du règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté.

Dorénavant, **doivent être prises en compte les périodes d'emploi, dans un domaine d'activité comparable, accomplies antérieurement dans le service public d'un autre État membre et toute disposition comportant une discrimination contraire à l'article 48 précité et au règlement n° 1612/68 est nulle de plein droit**. En outre, *«le juge national est tenu, sans demander ou attendre l'élimination préalable de cette clause [...], d'appliquer aux membres du groupe défavorisé par cette discrimination, le même régime que celui dont bénéficient les autres travailleurs»*.

Il est à relever que la Cour a, autant que possible, encadré ce mouvement d'ouverture par deux restrictions. Ainsi, ces principes ne s'appliquent au seul domaine des emplois dans l'administration publique dits «ouverts», c'est-à-dire ceux qui ne relèvent pas de l'exception de l'article 48 §4 du traité. De plus, la reprise des services accomplis par un ressortissant d'un autre État membre, lors de son intégration dans une administration, n'est envisageable que si celui-ci a exercé des fonctions comparables dans le service public d'un autre Etat membre. En tout état de cause, le gestionnaire devra désormais procéder à la prise en compte dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'un travailleur national.

2) Les incidences de cet arrêt, qui fragilise à nouveau notre conception de la Fonction publique, sont considérables vis-à-vis de notre législation interne. Eu égard au principe de l'autorité des décisions de la Cour de justice, cet arrêt suppose, dans un premier temps, la non application en pratique de notre réglementation relative au reclassement en cours de carrière – s'agissant en particulier de la prise en compte de l'ancienneté, du droit à avancement et à pension et de la position lors de l'accomplissement des obligations de service national – et ensuite sa modification en vue de se conformer aux exigences communautaires.

En effet, l'article 5 du décret n° 85-465 du 26 avril 1985 relatif aux règles de classement des personnes nommées dans les corps d'enseignants-chercheurs précise que *«lorsque des personnes de nationalité française ou étrangère sont nommées dans l'un des corps [...] après avoir exercé des fonctions d'enseignement supérieur de niveau au moins égal, soit en France en qualité d'enseignant associé, soit à l'étranger, la durée de ces fonctions peut être prise en compte **en tout ou en partie**, après avis de la section compétente du Conseil supérieur des universités»*. En l'espèce, l'appréciation discrétionnaire par le Conseil supérieur des universités de la nature et de l'équivalence des fonctions exercées antérieurement en vue de leur prise en compte caractérise ainsi une inégalité de traitement injustifiée au sens du droit communautaire.

L'article 20-2 du décret du 6 juin 1984 précité prévoit, de même, que *«les enseignants-chercheurs titulaires ou stagiaires de nationalité étrangère qui accomplissent les obligations de service national de l'État dont ils sont ressortissants sont placés, sur leur demande, en position de disponibilité»*, laquelle suspend leur droit à avancement et pension. Se trouve dès lors créée une inégalité indirecte de traitement entre les ressortissants communautaires et les français, s'agissant de la prise en compte de leur ancienneté et du calcul de leur droit à pension et à avancement.

De plus, les articles 26, 48, 68 et 83 du décret n° 83-1260 du 30 décembre 1983 disposent que, pour les personnels scientifiques qui appartiennent à un organisme de recherche étranger, *«[...] le temps passé par eux dans une fonction correspondant au moins à celle exercée par les membres du corps concerné est compté pour les deux tiers de sa durée effective»*.

D'ores et déjà, le Conseil d'État tend à se rapprocher de la jurisprudence communautaire. Par un récent arrêt de section en date du 3 septembre 1997[15], il a jugé que, pour l'appréciation de la condition d'âge posée à la candidature à un concours de recrutement de chargé de recherche au CNRS, il devrait être tenu compte de la durée du service national accompli par un italien dans son pays d'origine.

Par conséquent, la consécration solennelle de ce principe par la Cour de justice et l'évolution de la position du Conseil d'État rendent vraisemblable, dans un avenir proche, un important mouvement de modification des statuts particuliers de notre fonction publique visant à assurer une égalité de traitement effective entre les ressortissants communautaires et les nationaux en matière de reclassement et de carrière.

N. Yilmaz-Sabuncu

---

13 CJ Scholz c/Opera universitaria di Cagliari, Aff. 419/92, p. 505 ; dans cette affaire, Mme Scholz, allemande d'origine et italienne par son mariage, contestait le refus opposé par un jury de concours de prendre en compte comme le prévoyait l'avis de concours l'activité professionnelle qu'elle avait exercée avant son mariage au sein de l'administration allemande.

14 CJ 22 novembre 1995 Aff. C.443/93 Ioannis Vougoukias c/ IKA.

15 CE Section, 3 septembre 1997, M. D'Ioro (Cahiers de la Fonction Publique, *novembre 1997).*

SUR QUELQUES ASPECTS DE LA NOTION DE «SECRET»

La notion de secret a déjà été abordée à plusieurs reprises dans les colonnes de la *Lettre d'Information Juridique*, notamment dans les chroniques intitulées «Chacun est tenu d'apporter son concours à la manifestation de la vérité: les limites du principe» (LIJ n° 1, janvier 1996) et «Le secret professionnel dans la Fonction publique et ses implications pénales» (LIJ n° 12, février 1997).
Dans ces articles, la notion de secret a été essentiellement envisagée sous l'aspect des obligations qu'elle implique de la part des personnes qui sont détentrices d'informations de nature confidentielle. Ces obligations peuvent, comme nous l'avons alors observé, découler de prescriptions imposées par le Code civil, par le Code pénal ou par un Code de déontologie ; elles peuvent aussi découler de dispositions statutaires lorsque la personne concernée est un agent de la Fonction publique.

Un aspect important de cette notion a toutefois été laissé en suspens dans ces précédentes chroniques : celui des domaines couverts par le secret ou par la confidentialité. Bien que ce point ait été abordé très sommairement, il convient, à présent, d'y revenir pour permettre au lecteur de prendre la mesure du fait que de nombreuses informations, collectées au cours de l'exercice des activités professionnelles ou, parfois même, au cours de la vie privée, ne peuvent être divulguées sans faire encourir à l'auteur d'une telle divulgation, des sanctions pénales souvent très sévères.

Cet angle d'attaque permet aussi de dépasser la traditionnelle question du «secret professionnel» qui ne peut donner qu'une image trop réductrice, car trop attachée à l'exercice de certaines activités professionnelles, du champ couvert par la notion de secret.

Ce champ est beaucoup plus vaste qu'on ne l'imagine ; en effet, dès lors que l'on recherche les textes dont les dispositions se rapportent à l'interdiction de divulguer des informations – et qui ne font pas nécessairement usage des mots «secret» ou «confidentiel» – on s'aperçoit très vite qu'il est possible de faire une présentation de la notion de secret en répartissant ces textes autour de quatre pôles :

1 - Le secret attaché à l'existence de la personne, qui comprend le secret de la vie privée, le secret portant sur les données nominatives, le secret de la correspondance et le secret médical.
2 - Le secret de l'instruction, destiné à garantir le libre cours de la justice et la sérénité de ses débats.
3 - Le secret industriel, également dénommé «secret de fabrique», établi en vue de protéger le savoir-faire des acteurs économiques.
4 - Le secret d'État, dont la vocation est d'assurer la défense des intérêts de la collectivité nationale.

Le développement qui va suivre sera, tout naturellement, articulé autour de ces quatre pôles ; il permettra de mettre en relations des dispositions qui, concernant un thème commun, celui de la protection du secret, sont dispersées en différents lieux du corpus juridique. Cette approche synthétique, à défaut d'ouvrir des perspectives nouvelles dans le domaine de la science juridique présentera, au moins, une valeur didactique.

I - LE SECRET ATTACHÉ À L'EXISTENCE DE LA PERSONNE

Le respect de l'intimité des individus, qui figure au nombre des caractères essentiels du droit français, revêt différents aspects :

Le premier concerne la protection de la vie privée de chacun, c'est-à-dire de la liberté de vivre à l'abri du regard d'autrui au sein d'une sphère, familiale ou sociale, dans laquelle tout individu est maître de ses choix et de ses actes.

Le second aspect se rapporte aux données qui permettent l'identification de l'individu ; celles-ci lui sont personnelles et ne peuvent, sauf dispositions strictes et de caractère exceptionnel prévues par le législateur, faire d'objet d'une divulgation.

La liberté de consigner la pensée par écrit et de transmettre cet écrit à une autre personne nommément désignée constitue un troisième aspect des mesures protectrices de la vie privée, traduit juridiquement par le concept de «secret de la correspondance».

Enfin, le corps même de l'individu fait l'objet d'une protection toute particulière dans la mesure où il n'est pas admis que les éléments d'information le concernant soient, sauf de rares exceptions, diffusés à d'autres personnes que l'intéressé ; ce «secret médical» représente donc le quatrième aspect du principe souverain que constitue le respect de l'intimité de l'individu.

Analysons à présent chacun de ses aspects et chacun des «secrets»» qui lui est lié.

1) Le secret de la vie privée

Il est difficile de donner une définition précise de la «vie privée». Nous nous y sommes risqués dans les lignes qui précèdent, non sans garder à l'esprit le fait qu'une définition masque souvent la richesse d'un concept.

En tout état de cause, le législateur pénal ne s'est pas laissé embarrasser par des préoccupations de cette nature puisque, dans l'article 226-1 du Code pénal, il s'est borné à faire d'un délit le fait de *«porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui»*. Nulle définition de la vie privée n'est donc donnée dans cet article dont les termes sont les suivants :

Art. 226-1. - Est puni d'un an d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui :
1° en captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ;
2° en fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé.
Lorsque les actes mentionnés au présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de

le faire, le consentement de ceux-ci est présumé».

Cet article constitue un élément essentiel dans l'approche du «secret de la vie privée». On y trouve, en effet, mentionnées les informations qui ne peuvent être portées à la connaissance d'autrui sans le consentement de la personne concernée.

Ces éléments d'information, qui présentent donc un caractère secret, sont constitués par des paroles et des images :

a) les paroles

Les paroles d'une personne, dès lors que celle-ci les a prononcées «à titre privé ou confidentiel», sont revêtues du sceau du secret et ne peuvent ni être écoutées, ni être enregistrées ni être transmises par une autre personne.

Ce qu'il importe essentiellement d'observer, c'est que le texte de l'article 226-1 n'exige pas que ces paroles aient été prononcées dans un lieu privé ; en conséquence, le fait, par exemple, de capter une conversion échangée entre deux personnes sur un trottoir constitue une infraction. En fait, nos recherches ne nous ont pas permis de trouver, dans la jurisprudence, des faits se rapprochant du cas de figure que nous venons de donner. Mais, s'agissant de la violation du «secret des conversations» dans des lieux privés, les exemples ne manquent pas. Les enregistrements clandestins des paroles des salariés par leurs employeurs constituent l'un des terrains privilégiés pour l'application de l'article 226-1 (et de l'article 368 qui l'a précédé) (Cass. Crim., 8 décembre 1983, Bull crim. n° 333. Cass. Crim., 27 janvier 1995, Droit pénal 1995 comm. 118).

S'agissant plus particulièrement des moyens utilisés pour procéder à cette violation, on remarquera que le législateur, vraisemblablement dans le souci de faire face à l'évolution des technologies en ce domaine, n'a pas dressé de liste des procédés prohibés. En fait, c'est l'acte matériel constitué par la captation, l'enregistrement ou la transmission des paroles, qui fait l'objet des sanctions prévues par l'article 226-1 et non le fait d'avoir utilisé tel ou tel appareil permettant de réaliser ces opérations.

On notera, toutefois, que l'article 226-3 dispose qu'*«est punie des mêmes peines, la fabrication, l'importation, la détention, l'exposition, l'offre , la location ou la vente, en l'absence d'autorisation ministérielle dont les conditions d'octroi sont fixées par décret en Conseil d'État, d'appareils conçus pour réaliser les opérations pouvant constituer l'infraction prévue par le deuxième alinéa de l'article 226-15 ou qui, conçus pour la détection à distance des conversations, permettent de réaliser l'infraction prévue par l'article 226-1 et figurant sur une liste dressée dans les conditions fixées par ce même décret.*
Est également puni des mêmes peines le fait de réaliser une publicité en faveur d'un appareil susceptible de permettre la réalisation des infractions prévues par l'article 226-1 et le second alinéa de l'article 226-15 lorsque cette publicité constitue une incitation à commettre cette infraction».

Notons, tout simplement, que le délit visé par l'article 226-1 n'exige pas nécessairement des moyens très sophistiqués pour être réalisé : un simple magnétophone, ou plus simplement encore une oreille appuyée contre une porte suffisent pour le constituer.

b) les images

Il est essentiel d'observer que l'article 226-1, en ce qui concerne le fait de fixer, enregistrer ou transmettre l'image d'une personne, prévoit que ce délit ne peut être constitué que dans la mesure où cette personne se trouve dans un lieu privé ; c'est en cela que repose la différence entre le viol de l'image et celui des paroles.

La majeure partie de la jurisprudence concernant le viol de l'image se rapporte à la détermination du caractère privé ou public du lieu dans lequel l'acte présumé délictueux a été commis.

Bien évidemment, une rue est un lieu public et un domicile est un lieu privé (Cass. Crim., 24 avril 1985, Bull crim. n° 158). Le principe dégagé par la jurisprudence veut que soit qualifié de lieu privé l'endroit qui n'est ouvert à personne sauf si celui qui l'occupe en a donné l'autorisation (C.A. Besançon, 5 janvier 1978, JCP 1980, II, 19449).
L'exigence portant sur le caractère privé du lieu où est commise l'infraction consistant à fixer, enregistrer ou transmettre l'image d'une personne (sans son consentement) se double d'une autre exigence qui la distingue, elle aussi, de la violation du secret des paroles ; cette exigence repose sur le fait qu'il doit nécessairement être fait usage d'un appareil (quel qu'il soit) pour s'emparer de l'image d'autrui. L'utilisation du verbe «capter» exclut, en effet, le simple fait de regarder une personne (même si elle est dans un lieu privé) car ce terme suppose qu'il y a immobilisation et conservation de l'image.

Tels sont donc les dispositions essentielles que prévoit le Code pénal pour sanctionner le secret de la vie privée des individus. Ce sujet mériterait de plus amples développements, notamment dans ses interférences avec la liberté de la presse ou avec la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 «relative à la sécurité» et qui prévoit la mise en place de dispositifs de vidéo-surveillance. Mais, compte tenu de la place qui nous est impartie dans ces colonnes et des autres points abordés dans cette chronique, nous ne pouvons nous étendre davantage.

En tout état de cause, on retiendra que l'article 226-1 est complété par l'article 226-2 dont le premier alinéa dispose qu'*«est puni des mêmes peines le fait de conserver, porter ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers ou d'utiliser de quelque manière que ce soit tout enregistrement ou document obtenu à l'aide de l'un des actes prévus par l'article 226-1».*

Le fait de divulguer des documents confidentiels, car reproduisant l'image ou les paroles d'une personne, sans le consentement de celle-ci, constitue donc un délit distinct de l'acte matériel par lequel il est procédé à la violation du secret de la vie privée. Ce délit distinct de «divulgation» s'observe également dans le domaine de l'atteinte au secret des données nominatives.

2) Le secret des données nominatives

À plusieurs reprises déjà, les implications, pour l'administration, des disposi-

tions pénales concernant la constitution et l'exploitation des fichiers contenant des données nominatives ont été abordées dans la *Lettre d'Information Juridique* et notamment dans une chronique intitulée «Le secret professionnel dans la Fonction publique et ses implications pénales» (LIJ n° 12, février 1997). Le lecteur est donc prié de s'y reporter s'il souhaite avoir une connaissance précise des textes ayant trait à l'exploitation de tels fichiers.

Compte tenu des objectifs recherchés à travers la présente chronique, et qui consistent à attirer l'attention du lecteur sur les domaines dans lesquels la notion de «secret» constitue un élément, de nature juridique, qui protège, notamment, la sphère intime de l'individu contre la curiosité d'autrui, nous devons une nouvelle fois mettre l'accent sur le fait que les «données nominatives» concernant un individu (son adresse, ses ressources financières, etc.) constituent des éléments de sa vie privée, au même titre que ses paroles ou son image. Elles sont donc protégées au même titre et par des dispositions plus sévères encore. Le législateur pénal a d'ailleurs pris le soin de placer la section «De l'atteinte à la vie privée» (dont nous venons d'analyser les principales dispositions) dans le même chapitre du droit pénal («des atteintes à la personnalité») que la section intitulée «Des atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques». À notre sens, si le souci d'individualiser certains types de délits commis par la voie informatique n'avait été déterminant dans l'esprit du codificateur pénal, il ne fait aucun doute que l'atteinte au secret de données nominatives aurait été classé dans la section intitulée : «De l'atteinte à la vie privée».

Il convient tout particulièrement d'attirer l'attention du lecteur sur un article essentiel quant à la protection du secret des données nominatives : il s'agit de l'article 226-22.

L'article 226-22 du Code pénal érige en délit le fait de livrer des informations nominatives à la connaissance de tiers ; à cet égard, il s'inscrit dans la même optique que celle qui inspire de l'article 226-2, précité, et qui punit le fait de divulguer les paroles ou l'image d'une personne. Ses termes en sont les suivants :
«Le fait, par toute personne qui a recueilli à l'occasion de leur enregistrement de leur classement, de leur transmission, ou d'une autre forme de traitement, des informations nominatives dont la divulgation aurait pour effet de porter atteinte à la considération de l'intéressé ou à l'intimité de sa vie privée, de porter, sans autorisation de l'intéressé, ces informations à la connaissance d'un tiers qui n'a pas qualité pour les recevoir, est puni d'un an d'emprisonnement et de 10 000 F d'amende.
La divulgation prévue à l'alinéa précédent est punie de 50 000 F d'amende lorsqu'elle a été commise par imprudence ou négligence.
Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, la poursuite ne peut être exercée que sur plainte de la victime, de son représentant légal ou de ses ayants droits».

Nous ne reproduirons pas ici les commentaires auxquels a donné lieu cet article dans la chronique précitée et notamment sur ces implications sur l'exercice des tâches professionnelles de tous les agents publics ayant en charge l'exploitation d'un fichier contenant des données nominatives. Bien au contraire, nous souhaitons apporter un éclairage nouveau sur ces commentaires en faisant ressortir le fait que l'article en cause, dans lequel la plupart de ses commentateurs ne voient qu'un «avatar» du droit des nouvelles technologies, est, en réalité, l'un des points essentiels du système de protection juridique de la vie privée. Tout comme l'article 226-1 donne un caractère secret aux paroles et à l'image d'une personne, l'article 226-22 donne un caractère secret aux informations qui permettent d'identifier celle-ci, de la localiser et de surveiller chacun de ses actes.

Données nominatives, paroles et images sont donc des éléments qui participent de la même nature confidentielle et qui, comme tels, font l'objet de dispositions qui tendent à en garantir le secret.

Il en va de même des correspondances que chacun d'entre nous laisse derrière lui, ainsi que nous allons le constater dans les lignes qui suivent.

3) Le secret de la correspondance

Le viol du secret de la correspondance fait l'objet des dispositions des articles 226-15 et 432-9 du Code pénal.

L'article 226-15 dispose que *«le fait, commis de mauvaise foi, d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance, est puni d'un an d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende»*. Un second alinéa ajoute qu'*«est puni des mêmes peines, le fait, commis de mauvaise foi, d'intercepter, détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications ou de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions»*.

L'article 432-9 prévoit des sanctions aggravées lorsque ce type de délit est commis par un agent public ou par un agent en service auprès d'un exploitant de réseau de télécommunications. Ses termes en sont les suivants :
«Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'ordonner, de commettre ou de faciliter, hors les cas prévus par la loi, le détournement, la suppression ou l'ouverture de correspondances ou la révélation du contenu des correspondances, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende.
«Est puni des mêmes peines le fait, par une personne visée à l'alinéa précédent ou un agent d'un exploitant de réseau de télécommunications en vertu de l'article L. 33-1 du Code des poste et télécommunications ou d'un fournisseur de services de télécommunications agissant dans l'exercice de ses fonctions, d'ordonner, de commettre ou de faciliter, hors les cas prévus par la loi, l'interception ou le détournement des correspondances émises ou reçues par la voie des télécommunications ou la divulgation de leur contenu».

La lecture de ces deux articles fait ressortir les points suivants :

- Le terme «correspondances» doit s'entendre de tous les moyens de communication : courrier mais aussi «correspondances téléphoniques».

- Les deux articles précités concernent le même délit mais non les mêmes personnes ; l'article 432-9 est, notamment, applicable lorsqu'un agent de la fonction est l'auteur de ce délit.

- Ce n'est pas seulement l'acte matériel de «détournement de la correspondance» qui peut être sanctionné, mais aussi la «divulgation» du contenu de la correspondance. À cet égard, on observera que le législateur n'a pas jugé utile de faire de cette divulgation un délit séparé comme tel est le cas, ainsi que nous l'avons vu, pour la divulgation des paroles ou de l'image d'une personne.

- De toute évidence, des paroles adressées à un tiers physiquement présent devant son interlocuteur n'ont pas le même statut juridique que des paroles échangées par le biais d'un appareil de télécommunication puisque le viol du secret qui les entoure est sanctionné par des textes différents (226-1 dans le premier cas, 226-15 ou 432-9 dans le second cas). Peut- être faut-il voir là l'existence d'un présumé caractère «attractif» de la notion de secret de la correspondance, qui a conduit le législateur à mettre sur le même plan correspondance écrite et correspondance transmise par la voie des télécommunications.

En tout état de cause, et à titre anecdotique, on notera avec intérêt que la Cour de cassation estime que l'ouverture, par le bureau du courrier d'une administration, d'une lettre adressée personnellement à un agent, ne constitue par un délit, ce type de courrier étant réputé être de nature professionnelle (Cass. Crim., 16 janvier 1992, Gaz. Pal. 1992,2, somm. p. 296).

4) Le secret médical

Avant de clore ce chapitre consacré à la notion de «secret de la vie privée», il convient d'aborder un dernier point : celui du «secret médical».

Les données médicales concernant un individu constituent des éléments d'information couverts par un secret dont sont seuls détenteurs les personnels de santé ainsi, le cas échéant, que les personnes qui ont en charge la gestion de fichiers où de telles informations sont consignées.

Le secret médical ne fait l'objet d'aucune définition ; il constitue, en effet, une catégorie juridique de création purement «coutumière» et l'on devra se contenter de l'approche que nous venons d'en donner pour cerner son contenu.

Ne pouvant nous étendre longuement sur cette notion et sur ses implications, nous renvoyons le lecteur à une chronique de la LIJ, déjà citée et intitulée : « Chacun est tenu d'apporter son concours à la manifestation de la vérité : les limites du principe» (LIJ n° 1, janvier 1996), dans laquelle ont été analysées les obligations qui s'imposent aux personnes détentrices du secret médical.

Dans l'optique qui est celle de la présente chronique et qui aborde la notion de secret sous l'angle de son contenu, nous émettrons l'idée selon laquelle le secret médical n'est en fait que l'un des aspects que prend le secret entourant les données nominatives. La notion de «secret médical» est présente depuis un temps immémorial dans notre droit et c'est probablement là la raison pour laquelle un traitement juridique particulier lui a été réservé, notamment en ce qui concerne les dispositions contraignantes qui s'imposent à ceux qui en sont détenteurs (et qui peuvent en être libérées sous certaines conditions). Mais dans la mesure où l'objet de ce secret est, en fin de compte, constitué par des éléments d'information strictement personnels portant sur un individu, il n'est pas déraisonnable d'assimiler ces informations à des données nominatives.

Sur ces remarques, il convient de clore ce chapitre consacré à la notion de «secret attaché à l'existence de la personne», aspect essentiel de la défense des libertés publiques et dont la rigueur des implications pénales est à la mesure des enjeux que ne manque pas de poser tout problème lié au respect de la dignité de l'individu.

C'est d'ailleurs ce souci de respecter la dignité de l'individu qui inspire les dispositions relatives au secret de l'instruction, objet du développement qui suit.

II - LE SECRET DE L'INSTRUCTION

De nombreuses affaires judiciaires, en cours ou terminées, ont donné lieu, ces dernières années, à d'abondants commentaires sur la nature et la portée du «secret de l'instruction». Comme il est de règle lorsque la passion s'empare de sujets complexes, les commentaires les plus divers ont été faits sur cette notion difficile à appréhender. Ce n'est pas ici le lieu de procéder à un quelconque arbitrage entre les conceptions qui ont pu être exposées quant à son fondement ; nous limiterons donc notre propos à rappeler quelles sont les bases juridiques sur lesquelles repose ce «secret de l'instruction» et quelles sont les sanctions auxquelles s'exposent ceux qui le violent.

C'est l'article 11 du Code de procédure pénale qui en donne la définition. Ses termes en sont les suivants : *«Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète.*
Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 2226-13 et 226-14 du Code pénal.»

Une lecture littérale de cet article permet de dégager deux éléments essentiels :
- la procédure est secrète ;
- le secret de la procédure est l'une des composantes du secret professionnel.

1) Le secret de la procédure

Il est peut être abusif de parler de «secret de l'instruction» alors que les termes de l'article qui vient d'être cité disposent, sans équivoque aucune, que « la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète». L'expression «secret de l'instruction», sans être erronée, est donc excessivement réductrice dans la mesure où elle dissimule l'objet véritablement couvert par le secret : le travail de

l'enquêteur et du juge ainsi, corrélativement, que les éléments d'informations qu'il ont recueillis.

L'analyse de la jurisprudence permet de saisir la nature des éléments couverts par ce secret ; on retiendra les points suivants :

● La divulgation d'éléments d'information recueillis au cours de l'instruction d'une affaire criminelle constitue une violation du secret de la procédure, même si cette affaire s'est terminée par un non-lieu (Cass. Crim., 13 mai 1991, Bull. Crim. 200).

● Même si les faits révélés par l'instruction ont déjà fait l'objet d'une divulgation dont l'origine n'a pas été déterminée, le secret n'est pas, pour autant, levé et la personne qui les énoncerait une nouvelle fois s'exposerait à des sanctions pénales (C.A. Rennes, 7 mai 1979, JCP 1980.II.19333).

● La violation du secret de l'instruction n'entraîne la nullité de la procédure en cours que dans la mesure où elle lèse les intérêts de l'une des parties (Cass. Crim., 25 janvier 1996, D. 1996, Somm. 258).

Ce qu'il importe donc de retenir, à travers ces quelques exemples, c'est que le secret de l'instruction est destiné, avant toute autre considération, à priver l'appareil judiciaire de la faculté de communiquer avec le monde extérieur, ceci entre le moment où il se penche sur une affaire pour la toute première fois et le moment où il est en mesure de délibérer. Le secret de l'instruction équivaut, en quelque sorte, à une réclusion symbolique de l'ensemble des personnes qui concourent à la procédure.

2) Secret de la procédure et secret professionnel

Le non-respect du secret de la procédure, qui se traduit, en règle générale, par la divulgation des informations recueillies au cours d'une enquête ou d'une instruction, est pénalement sanctionné. Mais avant même de mesurer l'importance de ces sanctions, il convient de s'interroger sur la portée de l'expression employée dans le second alinéa de l'article 11 du Code de procédure pénale précité : *«toute personne qui concourt à cette procédure»*.

Les enseignements qui peuvent être dégagés de la jurisprudence permettent de dégager les éléments suivants :

● Les magistrats qui ont en charge une affaire de nature pénale sont tenus au secret (C.A. Rennes, 7 mai 1979, précité) ; ils ne peuvent toutefois pas opposer ce secret à un procureur de la République en charge d'une autre affaire (Cass. Com., 15 novembre 1961, JCP 1962, II, 12636 ; Cass. Civ. 1ère, 10 juin 1992, JCP 1992, IV, 2282).

● Les personnels des services de police sont tenus au secret dès lors qu'ils ont reçu une plainte susceptible de conduire à l'ouverture d'une enquête (Cass. Crim., 14 mars 1962, Bull. Crim. n° 134). En ce qui les concerne, le secret naît donc antérieurement à toute procédure judiciaire.

● Les avocats sont également tenus par l'obligation au secret telle qu'elle figure dans l'article 11 du Code de procédure pénale (Cass. crim., 7 mars 1989, Bull. crim., n° 109) ; cette obligation leur est d'ailleurs rappelée par l'article 160 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat. Cet article définit très clairement les limites entre l'obligation au secret et l'obligation d'assurer la défense du client ; le deuxième alinéa précise, en effet que l'avocat... *«doit notamment respecter le secret de l'instruction en matière pénale, en s'abstenant de communiquer, sauf à son client pour les besoins de la défense, des renseignements extraits du dossier ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une information en cours»*.

Ces personnes, en cas de manquement se verront donc appliquer les sanctions prévues par l'article 226-13 du Code pénal qui dispose que *«la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 10 000 F d'amende»*.

Un commentaire étendu de cet article, et de l'article 226-14 qui lui fait suite, a été donné dans la chronique intitulée «Chacun est tenu d'apporter son concours à la manifestation de la vérité : les limites du principe « (LIJ n° 1, janvier 1996) à laquelle le lecteur est invité à se référer s'il souhaite en connaître les principes et les modalités d'application.

Enfin, on observera, en dernier lieu, que les parties civiles ne sont pas considérées comme concourant à la procédure ; de ce fait, elles ne sont pas tenues au secret (Cass. crim., 9 octobre 1978, D. 1979, 185).

Tels sont, très brièvement présentés, les caractères essentiels du «secret de l'instruction» ou, plus exactement du «secret de la procédure pénale». Il s'agit là, à notre sens, d'une seconde sphère de notre droit dans laquelle se trouve appliquée la notion de secret, au même titre, nous l'avons vu, que la vie privée. Ces deux domaines, la procédure pénale et la vie privée, entretiennent d'ailleurs des relations de proximité dans la mesure où c'est l'individu, son honorabilité, sa dignité et son intimité qui en constituent l'élément fondamental. Il n'est donc pas surprenant que le législateur, dans l'un et l'autre domaine, ait voulu prévenir ou, à tout le moins, punir les abus auxquels peut donner lieu la collecte ou la divulgation intempestive d'informations.

D'autres domaines sont également couverts par le «secret», mais ils ne concernent pas la dignité individuelle. C'est ainsi que la notion de secret s'applique au domaine économique ou industriel.

III - LE SECRET INDUSTRIEL (ou «secret de fabrique»)

Le secret industriel, traditionnellement dénommé «secret de fabrique» est trop souvent considéré comme l'un des aspects particuliers que présente le droit de la propriété intellectuelle. En fait, bien que ce point de vue ne soit nullement erroné puisque le «secret de fabrique» fait l'objet d'un chapitre inclus dans le Titre de II dudit Code (Protection des connaissances techniques), il n'en présente pas moins une spécificité telle qu'il mérite que lui soit consacré le présent développement.

On ne manquera pas d'observer que le «secret de fabrique» fait l'objet, dans le Code de la propriété intellectuelle, d'un

unique chapitre, contenant un unique article : l'article L. 621-1 dont les termes sont les suivants :
«Les peines frappant la violation des secrets de fabrique sont prévues à l'article L. 152-7 du Code du travail ci-après reproduit :
Art L. 152-7. - Le fait par tout directeur ou salarié d'une entreprise où il est employé, de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.
Le tribunal peut également prononcer, à titre complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du Code pénal».

Il n'est pas fréquent que l'article d'un Code fasse sien, en le citant textuellement, l'article d'un autre Code. Cette singularité suffit à établir que le «secret de fabrique» appartient à un autre univers juridique que celui de la propriété intellectuelle. Cet autre univers est d'ailleurs moins celui du Code du Travail que celui du Droit pénal ; l'article L.152-7, du Code du travail n'est, en fin de compte, qu'un simple texte pénal applicable aux directeurs et salariés des entreprises et, si le législateur en avait disposé ainsi, il aurait trouvé sa place dans le Code pénal, aux côtés des dispositions répressives en matière de propriété intellectuelle.

On ne manquera d'ailleurs pas de faire observer que sous l'empire de l'ancien Code pénal, la punition de la révélation d'un secret de fabrique était bel et bien prévue par l'article 418 de ce dernier ; ce n'est que depuis la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 (relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal) que ces dispositions répressives ont été incluses dans le Code du travail.

En tout état de cause, ce ne sont pas ces dispositions anciennes ou nouvelles qui peuvent nous éclairer sur la nature du secret de fabrique. Il faut donc nous tourner vers la jurisprudence pour tenter d'appréhender celle-ci.

De manière synthétique, on peut résumer la position des cours et tribunaux en mettant en exergue les points suivants :

● L'objet couvert par le secret de fabrique ne doit pas, nécessairement, avoir fait l'objet d'un dépôt de brevet. Il peut, en effet, s'agir d'un «tour de main» ignoré par les entreprises concurrentes. Mais il importe, avant toute autre considération, que l'employeur ait averti les salariés du caractère secret que présente ce «tour de main». Si tel n'est pas le cas, la révélation de ce dernier à une tierce personne ne saurait emporter une condamnation pénale (C.A. Lyon, 19 décembre 1968). Cette position est pleinement justifiée par le fait que, sauf dispositions expressément contraires, tout délit, y compris celui de la révélation d'un secret de fabrique, doit présenter un caractère intentionnel.

● Les dispositions de l'article L. 152-7 du Code du travail ne sont applicables qu'aux personnes directement impliquées dans le processus industriel couvert par le secret et non à des tiers qui viendraient à en avoir connaissance. Bien que nous n'ayons pas trouvé d'éléments de jurisprudence sur ce point, nous pouvons suggérer que, dans un tel cas de figure, ces tiers pourraient être poursuivis sur le terrain du recel, sur les fondements de l'alinéa 2 de l'article 321-1 du Code pénal *(«Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit»).*

Si nous avons tenu à mettre l'accent sur cette catégorie particulière de «secret» que constitue le «secret de fabrique», c'est pour attirer l'attention du lecteur sur le fait (encore plus facilement vérifiable dans ce domaine que dans les domaines précédemment évoqués) que la notion de «secret» peut être analysée sous un aspect qui ne tient pas essentiellement compte de la qualité de celui qui en est détenteur. Cette approche «matérielle», qui prend en considération l'objet couvert par le secret permet d'aborder l'analyse d'un certain nombre d'articles du Code pénal qui visent à punir la révélation d'informations dont le caractère secret est exigé pour la défense des intérêts fondamentaux de la Nation.

IV - LE SECRET D'ÉTAT

Sous le terme «secret d'État», il faut entendre l'ensemble des informations dont la divulgation *«à une puissance étrangère, à une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou à leurs agents»* est punie des peines prévues par le Livre IV du Code pénal intitulé : «Des crimes et délits contre la Nation, l'État et paix publique», et plus précisément par le Titre premier : «Des atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation».

Le commentaire d'un certain nombre de ces articles a été donné dans une précédente chronique intitulée «le Loyalisme des fonctionnaire (LIJ n° 21, janvier 1998), sous l'angle des obligations professionnelles incombant aux agents de la Fonction publique. Mais la nature même des informations auxquelles est conféré un caractère secret n'a été abordée que de manière accessoire. Il convient donc d'y revenir et d'en dresser le liste.

De manière schématique ces informations de caractère secret peuvent être regroupées en deux grandes catégories : les informations secrètes de nature civile et les informations secrètes concernant la défense nationale. Cette dernière catégorie sera abordée en premier lieu, tant les concepts qui s'y rapportent sont formulés clairement et simplement dans le Code pénal.

1) Le secret de la défense nationale

La définition en est donnée par l'article 413-9 du Code pénal : *«Présentent un caractère secret de la défense nationale au sens de la présente section les renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de protection destinées à en restreindre leur diffusion.*
Peuvent faire l'objet de telles mesures les renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont la divulgation est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale.
Les niveaux de classification des renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers présentant un caractère secret de la défense nationale et les modalités selon lesquelles est organisée leur protection sont déterminés par décret en Conseil d'État».

Trois points importants doivent être observés :

● Ne relèvent du secret de la défense nationale que les informations dont le caractère secret a été expressément affirmé.

● L'information couverte par le secret peut faire l'objet des supports les plus variés (données informatisées, objet matériel etc.) ; le mode de stockage de l'information n'entre donc pas en ligne de compte.

● Il est fait usage de l'expression «défense nationale « ; les termes «armée» ou «militaire» ne sont pas employés. L'emploi exclusif de celle-ci implique un «découplage» des moyens de protection de la Nation par rapport aux institutions militaires. C'est ainsi que les informations de nature scientifique et technologique peuvent être couvertes par le secret de la défense nationale. À cet égard, il convient de rappeler que certaines dispositions du Code de la propriété intellectuelle prévoient l'existence d'un contrôle, de la part du ministre chargé de la Défense sur les brevets.

L'article L.612-8 dispose, en effet, que *«le ministre chargé de la Défense est habilité à prendre connaissance auprès de l'Institut nationale de la propriété industrielle, à titre confidentiel, des demandes de brevet»*. L'article L.612-9 ajoute que *«les inventions faisant l'objet de demandes de brevet ne peuvent être divulguées librement aussi longtemps qu'une autorisation n'a été accordée à cet effet». Les autorisations [...] sont accordées par le ministre chargé de la Propriété industrielle sur avis du ministre chargé de la Défense»*.

Outre ce contrôle exercé au moment du dépôt des brevets d'invention, l'État est fondé, pour les besoins de la défense nationale, à se réserver le bénéfice de l'exploitation des inventions. L'article L.613-19 du Code de la propriété intellectuelle dispose, à cet égard, que *«l'État peut obtenir d'office, à tout moment, pour les besoins de la défense nationale, une licence pour l'exploitation d'une invention, objet d'une demande de brevet ou d'un brevet, que cette exploitation soit faite par lui-même ou pour son compte [...]»*.
Enfin, *«l'État peut, à tout moment, par décret, exproprier, en tout ou partie, pour les besoins de la défense nationale, les inventions, objet de demandes de brevets ou de brevets [...]»* (article L.613-20).
Il va de soi que les brevets qui font l'objet d'une telle acquisition de la part de l'État seront, dans la majorité des cas, couverts par le «secret de la défense nationale». Ceci permet de prendre la mesure du caractère extensif de cette notion, qui dépasse, de loin, le strict cadre des institutions militaires.

Il n'y a pas lieu de s'étendre sur les sanctions applicables à la violation d'un secret de la défense nationale (articles 413-10, 413-11 et 413-12 du Code pénal) sauf pour préciser que l'imprudence ou la négligence sont punissables, au même titre que l'acte intentionnel.

S'agissant du secret destiné à garantir les intérêts fondamentaux de l'État, les dispositions pénales sont formulées en des termes nettement moins limpides qu'en ce qui concerne le secret de la défense nationale.

2) Le secret et la défense des intérêts fondamentaux de l'État

Aux termes de l'article 411-6 du Code pénal, *«le fait de livrer ou de rendre accessible à une puissance étrangère, à une entreprise ou une organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou à leurs agents, des renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont l'exploitation, la divulgation ou la réunion est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation»* constitue un crime puni de 15 ans de détention criminelle et de 1 500 000 F d'amende.

Les informations auxquelles fait référence cet article sont donc couvertes par un secret destiné à protéger les intérêts fondamentaux de la Nation. Cette notion est, elle-même, définie par l'article 410-1 qui dispose que *« les intérêts fondamentaux de la Nation s'entendent au sens du présent titre, de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel»*.

À la différence des informations couvertes par le «secret» de la défense nationale, celles qui relèvent des intérêts fondamentaux de la Nation ne font pas l'objet d'une «classification» préalable. Et c'est d'ailleurs en cela que réside la distinction essentielle entre ces deux catégories d'informations couvertes par le secret car leur matière peut, en effet, être commune (c'est le cas des informations de caractère scientifique ou technique).

Nous n'insisterons pas davantage sur ce point qui, à lui seul, exigerait un développement qui non seulement serait très long mais qui, de surcroît ne présenterait qu'un intérêt limité pour le lecteur de la *Lettre d'Information Juridique*. En tout état de cause, ce dernier retiendra que, dans la mesure où il est agent de la Fonction publique, il peut être détenteur d'informations couvertes par le secret et qu'il doit, à ce titre, être particulièrement vigilant dans le traitement des informations dont il a connaissance dans l'exercice des tâches qui lui sont confiées. Cette observation vise tout particulièrement les personnels qui exercent leurs fonctions dans le secteur de la recherche ainsi que ceux qui ont en charge la sécurité des systèmes informatiques.

C'est d'ailleurs sur cette remarque que va s'achever cette chronique. Au cours de celle-ci ont été abordés des points qui, bien que différents quant à leur nature, présentent tous un trait commun : la référence explicite ou implicite à la notion de «secret». Celle-ci, ainsi que le lecteur aura pu le constater, est, paradoxalement, sous-jacente à la notion d'information. Cette dernière connaît des limites notamment, et comme nous l'avons vu, dans les domaines de la vie personnelle des individus, de la procédure judiciaire, de la vie industrielle et de la défense des intérêts de la Nation. Des règles ont été édictées pour protéger ces différents domaines contre les divulgations intempestives. Associées à d'autres règles qui, sous la dénomination générale de «secret professionnel», constituent, par certains aspects, une déontologie de l'information, elles ont pour vocation de protéger les individus et le corps social en leur garantissant la sérénité nécessaire à leur existence et à leur pérennité.

D. Dumont

● POINTS DE REPÈRE

Étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'État
Circulaire du 26 janvier 1998 relative à l'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'État.
JO du 6 février 1998, pp. 1912 et s.

Au vu du bilan dressé de l'expérimentation des études d'impact menée du 1er janvier au 31 décembre 1996, le Premier ministre a décidé d'en pérenniser la procédure tout en révisant les modalités.
Tous les projets de loi, les projets d'ordonnance et les projets de décret en Conseil d'État ayant un caractère réglementaire doivent donc, à compter du 1er février 1998, être accompagnés d'une étude d'impact.
Son objet est *«d'évaluer* a priori *les effets administratifs, juridiques, sociaux, économiques et budgétaires des mesures envisagées et de s'assurer, de manière probante, que la totalité de leurs conséquences a été appréciée préalablement à la décision publique».*
La circulaire précise que l'étude d'impact complète les documents obligatoires comme l'exposé des motifs d'un projet de loi ou le rapport de présentation des projets de décret et que les champs respectifs de ces divers documents doivent être harmonisés.
Les indications que doivent comporter chacune des deux parties d'une étude d'impact - analyse de l'impact juridique et administratif et présentation des effets sociaux, économiques et budgétaires des dispositions envisagées - sont détaillées par la circulaire.
À cet égard, il est indiqué que dans le cas où des dispositions modificatives multiples se révéleraient nécessaires, un texte consolidé résultant de ces modifications devra être joint à l'étude d'impact ainsi que la liste des modifications intervenues depuis dix ans.
La procédure d'élaboration des études d'impact fait l'objet de développements précis. Une première version de l'étude limitée, le cas échéant, à l'essentiel doit être réalisée **avant** la préparation des textes et présenter les différentes hypothèses possibles et leurs conséquences.
Le contenu de l'étude d'impact sera progressivement enrichi au fur et à mesure de l'évolution du texte, lors des diverses phases de sa préparation.
L'association des services territoriaux opérationnels chargés de la mise en œuvre des textes constitue «une impérieuse nécessité». L'étude d'impact doit accompagner le projet de texte qui est soumis aux organismes dont la consultation est obligatoire.
Enfin, la circulaire rappelle que l'étude d'impact d'un décret est, conformément à la jurisprudence, communicable de plein droit, dans les conditions et limites fixées par la loi du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public, à tout personne qui en fait la demande, dès lors qu'elle est achevée et que le texte qu'elle accompagne est signé.

Contrats «Emploi-Jeunes» - Recrutement dans les établissements d'enseignement privés sous contrat
Note de service MEN / DAF-B2 n° 98-017 du 5 février 1998, relative au recrutement dans les établissements d'enseignement privés sous contrat.
BOEN n° 7 du 12 février 1998, pp 412 - 427.
RLR fasc. 531-7 g et 615-3.

L'article 6, alinéa 1er, du décret n° 97-954 du 17 octobre 1997, pris pour l'application de la loi n° 97-940 du 16 octobre 1997 relative au développement d'activités pour l'emploi des jeunes, donne compétence aux autorités académiques pour *«instruire, signer, contrôler l'exécution, voire procéder à la résiliation des conventions conclues sur le fondement de l'article L 322-4-18 du Code du travail avec les établissements d'enseignement sous contrat, [...] lorsque les activités envisagées participent directement à l'action éducatrice.»*
La note de service MEN/DAF-B2 n° 98-017 du 5 février 1998 indique les modalités retenues pour sa mise en œuvre compte tenu des spécificités inhérentes à la nature et à l'organisation de ce type d'établissements.
Agencé de manière comparable à la circulaire MEN/CAB n° 97-263 du 16 décembre 1998 relative à la mise en œuvre du dispositif «Emplois-Jeunes» dans les EPLE, afin de faciliter certains renvois opportuns, ce texte s'articule en huit points principaux pour présenter les dispositions législatives et réglementaires applicables à ces organismes et les conditions pratiques de leur application.
Il comporte, en annexe, des modèles de documents adaptés aux particularités précédemment évoquées et modulables en fonction des possibilités ouvertes, notamment à l'attention des employeurs relevant du secteur associatif, par la loi du 16 octobre 1997.

C. Moreau
I. Méguirditchian

● NOTES DE LECTURE

Emplois jeunes

La mise en place du dispositif «Emplois-Jeunes» a donné lieu à la publication, dans la plupart des revues juridiques, à des analyses et commentaires variés. Ainsi, dans la revue *Droit Social* du mois de novembre 1997, Jean Savatier, professeur émérite à la faculté de droit de Poitiers commente le dispositif législatif relatif aux «emplois-jeunes» qui venait d'être voté par l'Assemblée nationale le 17 septembre 1997. Il expose les particularités attachées à la convention prévue entre l'employeur et l'État et la spécificité des emplois encouragés ; il précise les catégories d'employeurs bénéficiaires de l'aide de l'État et le public jeune concerné, et il analyse les caractéristiques du contrat de travail entre le jeune et l'employeur. L'auteur conclut son propos en soulignant que le dispositif constitue *«un pari sur l'enclenchement d'une dynamique»* qui concerne aussi bien les organismes bénéficiaires que l'administration et le public.

Dans la revue *Droit administratif* des éditions du Juris-Classeur, Seydou Traore, maître de conférences à l'université de Reims, décrit les caractéristiques juridiques du nouveau contrat «Emplois-Jeunes» pour en faire ressortir le caractère exorbitant du droit commun et conclut à l'inopportunité théorique de la remise en cause du «statut jurisprudentiel unifié» des agents contractuels des services publics administratifs, tel qu'il a été précisé par la jurisprudence du tribunal des conflits.

Enfin, Serge Salon, enseignant à l'université de Paris I et Jean-Charles Savignac, maître de conférences à l'IEP de Paris, analysent dans *L'Actualité Juridique - Droit administratif* du 20 janvier 1998, la loi du 16 octobre 1997 ainsi que les nombreuses mesures d'application intervenues depuis lors et notamment celles concernant l'Éducation nationale.

Jean Savatier, professeur émérite à la faculté de Droit de Poitiers, «L'aide aux emplois-jeunes», Droit social *n° 11, novembre 1197 p. 908 ;*
Seydou Traore, maître de conférences à l'université de Reims, «Les contrats emplois-jeunes» de la loi du 16 octobre 1997», Droit administratif, *janvier 1998 p. 6» ;*
Serge Salon, docteur en droit, enseignant à l'université Paris I et Jean-Charles Savignac, maître de conférences à l'IEP de Paris, «Emploi des jeunes» L'Actualité juridique - Droit administratif, *20 janvier 1998, p. 54.*

S. Ferro

● RÉSEAU (modifications)

Le dernier état du réseau des correspondants rectoraux des affaires juridiques et contentieuses a été publié dans la LIJ n° 18 du mois d'octobre 1997. Il est modifié comme suit :

AIX-MARSEILLE

M. MAURIN : 04.42.91.75.10
M. DELEUZE : 04.42.91.75.11
M. THOUVENY : 04.42.91.75.12
M. BUTTNER : 04.42.91.75.13

Le reste est sans changement.

Au sommaire du prochain numéro de la Lettre d'Information Juridique (avril 1998)

● APERÇU DES RÈGLES DE PROCÉDURE PÉNALE APPLICABLES AUX MINEURS DÉLINQUANTS

Le parcours d'un mineur délinquant à travers les différentes instances de l'institution judiciaire est complexe, car nombre de règles, en ce domaine, sont dérogatoires par rapport aux principes généraux de la procédure pénale. Il s'agit là d'un domaine mal connu, dont cette chronique se propose de dissiper des points qui restent souvent obscurs tels que la garde à vue ou l'emprisonnement des adolescents.
Les instances juridictionnelles spécialisées seront décrites en mettant l'accent sur les très larges pouvoirs qui leur ont été dévolus par le législateur pour décider du sort du mineur délinquant.

● LA FONCTION JURIDIQUE À L'ADMINISTRATION CENTRALE ET DANS LES SERVICES DÉCONCENTRÉS

La réorganisation de l'administration centrale et la poursuite du mouvement de déconcentration ne peuvent pas être sans effet sur l'exercice des fonctions de conseil et d'assistance juridiques et sur le traitement des affaires contentieuses. Les missions que la nouvelle organisation réserve aux services centraux impliquent en effet la poursuite du décloisonnement de l'activité juridique et contentieuse et le renforcement du rôle joué dans ce domaine tant auprès des établissements qu'auprès des autres services déconcentrés, par les rectorats. C'est cette nouvelle répartition des tâches et les modalités de sa mise en œuvre qui feront l'objet de cette prochaine chronique.

BULLETIN D'ABONNEMENT L.I.J.

à retourner à CNDP/Abonnement, B 750 - 60732 Sainte-Geneviève cedex
Relations abonnés : 03 44 03 32 37 - Télécopie : 03 44 03 30 13
(votre abonnement sera pris en compte à dater de la reception de votre paiement)

TITRE	CODE	QUANTITÉ	PRIX	TOTAL
Lettre d'Information Juridique (1 abonnement)	E		180 F	
2 à 3 abonnements (– 25%)	E		135 F	
4 abonnements et plus (– 40%)	E		108 F	

RÈGLEMENT À LA COMMANDE

❑ Par chèque bancaire ou postal établi à l'ordre de l'agent comptable du CNDP.

❑ Par mandat administratif à l'ordre de l'agent comptable du CNDP,

CCP Paris code établissement 30041, code guichet 00001, n° de compte 9 137 23H 020, clé 14.

Nom de l'organisme payeur : ..... N° de CCP : .....

Merci de nous indiquer le numéro de RNE de votre établissement : ☐☐☐ ☐☐☐☐ ☐

NOM.....

ÉTABLISSEMENT .....

N° ET RUE .....

CODE POSTAL ☐☐☐☐☐ LOCALITÉ .....

La L.I.J. est vendue au numéro au prix de 25 F dans les points de vente des CRDP et CDDP,
à la librairie du CNDP, 13 rue du Four -75006 Paris et par correspondance à CNDP -77568 Lieusaint cedex
Tél : 01 64 88 46 29 - Fax : 01 60 60 00 80

BON DE COMMANDE RELIURE L.I.J.

à retourner au centre régional ou départemental de votre académie
joindre un chèque libellé à l'ordre de l'agent comptable du CRDP de votre académie
ou à CNDP - 77568 Lieusaint cedex
joindre un chèque libellé à l'ordre de l'agent comptable du CNDP
(DOM - TOM : Commandez exclusivement à votre CRDP ou CDDP)

NOM.....

ÉTABLISSEMENT .....

N° ET RUE .....

CODE POSTAL ☐☐☐☐☐ LOCALITÉ .....

TITRE	RÉFÉRENCE	QUANTITÉ	PRIX UNITAIRE	TOTAL
RELIURE - Lettre d'Information Juridique	001 U0500		55 F	

Participation aux frais d'envoi : 20 F - Étranger : 40 F - Date limite de validité 31 juillet 1998

RÈGLEMENT

❑ À la commande, par chèque bancaire ou postal établi à l'ordre de l'agent comptable du CNDP ou du CRDP.

❑ Sur facture si vous possédez un compte client ouvert au CNDP
N° de compte client :
☐☐☐☐☐☐☐

Total de la commande .....

Frais d'envoi .....

Total à payer .....

Date et signature :

Lettre d'Information Juridique
Rédaction LIJ : ministère de l'Éducation nationale, de la Recherche et de la Technologie - Direction des Affaires juridiques, 142, rue du Bac - 75007 PARIS
Téléphone : 01 55 55 05 39 - Fax : 01 55 55 24 88
Directeur de la publication : Martine DENIS-LINTON
Rédacteurs en chef et adjoint : G. Motsch - D. Galopin - R. Gérard
Ont participé à ce numéro : Josiane Teuriau, Frédéric Séval, Dominique Dumont, Claudette Berland, Raymond Bruneau-Latouche, Sylvie Ferro, Jean-Noël David, Jacques Crain, Jean Prat, Marie-Véronique Samama-Patte, Nurdan Yilmaz-Sabuncu, Catherine Moreau, Philippe Dhennin, Isabelle Meguirditchian, Francis Contin
Maquette, mise en page : HEXA Graphic
Edition et diffusion : Centre national de documentation pédagogique
Imprimeur : Entreprise MAULDE et RENOU, 144, rue de Rivoli, B.P. 2131 - 75021 PARIS CEDEX 01
N° de commission paritaire : en cours
N° ISSN : 1265-6739

Les articles figurant dans ce numéro ne peuvent être reproduits, même partiellement, sans autorisation préalable.
En cas de reproduction autorisée, ladite reproduction devra comporter mention de la source et de l'auteur.

98023
9 771265 673001