11e année - Nouvelle série

N° 29 - novembre 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

Principalement centrée sur les problèmes juridiques et contentieux de l'enseignement scolaire, la Lettre d'Information Juridique a consacré ces dernières années une place croissante aux questions propres à l'enseignement supérieur et ses établissements, à la suite notamment de la création de la Direction des affaires juridiques. Il est apparu indispensable, dans ce cadre, de dresser un bilan annuel des contentieux de l'ensemble des universités et des grands établissements, à partir d'une enquête auprès de ces derniers. On trouvera dans ce numéro le détail de ses résultats pour 1997. Ils font apparaître l'importance du contentieux de la scolarité et des examens et également les quelques cas où l'État est mis en cause. Ils sont suivis d'une analyse des principales décisions.

Les techniques de numérisation des documents mettent à l'épreuve un certain nombre de concepts fondamentaux. Il en est ainsi du statut de la preuve par rapport aux supports informatisés. La chronique de ce mois fait le point sur la question, en s'attachant, dans un premier temps, aux risques d'altération et de destruction des éléments de preuve, et à la manière de les réduire.

CHRONIQUES

LA PREUVE ET LES TECHNOLOGIES NOUVELLES

Tous les lecteurs de la *Lettre d'Information Juridique* qui font régulièrement usage d'un micro-ordinateur se sont, un jour ou l'autre, trouvés confrontés à un incident catastrophique : l'effacement, par erreur, d'un document qui avait exigé des heures de travail. Plongés dans le plus profond désarroi, les malheureuses victimes d'un tel sinistre sont placées devant une alternative : recommencer le même labeur en souffrant en silence, de peur de devoir révéler leur propre maladresse ou faire appel, avec discrétion, à une personne qualifiée susceptible d'aller rechercher le fichier perdu dans les abîmes insondables du disque dur. Et c'est alors que le miracle a lieu : dans la majorité des cas, et au prix de quelques manipulations dont la complexité est fonction de l'étendue du sinistre, le «spécialiste» rend à la vie ce fichier perdu.

Suite page 18

SOMMAIRE

● JURISPRUDENCE ..... p. 2
● CONSULTATIONS ..... p. 15
● CHRONIQUES
- **La preuve et les technologies nouvelles** ..... p. 18
- **Le contentieux des établissements publics d'enseignement supérieur** ..... p. 24
● ACTUALITÉ
- Points de repères ..... p. 35
- Notes de lecture ..... p. 37
● DIX ANS DÉJÀ... ..... p. 38

Papier écologique

● JURISPRUDENCE

II. ENSEIGNEMENT SCOLAIRE ..... p. 2
III. ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR ET RECHERCHE ..... p. 2
IV. EXAMENS ET CONCOURS ..... p. 3
V. PERSONNELS ..... p. 3
VII. RESPONSABILITÉ ..... p. 12
IX. PROCÉDURE CONTENTIEUSE ..... p. 13

Décisions signalées à nos lecteurs (commentaires encadrés)

- Ressortissants des États membres de la communauté européenne - Accès aux corps de fonctionnaires ..... p. 3
- Ressortissants des États membres de la communauté européenne - Accès au corps des ouvriers d'entretien et d'accueil p.3
- Maladie - Imputabilité au service ..... p. 5
- Manquement aux obligations de tolérance et d'objectivité s'imposant aux enseignants-chercheurs ..... p. 7
- Chargé de recherche au CNRS - Procédure à respecter en cas de mutation dans l'intérêt de la recherche ou de déplacement d'office dans l'intérêt du service ..... p. 11
- Intérêt à agir d'un enseignant d'une université contre la délibération d'un jury accordant un diplôme de l'enseignement supérieur ..... p. 13

II. ENSEIGNEMENT SCOLAIRE

II.2 ENSEIGNEMENT DU 1ER DEGRÉ

II.2.3 Scolarité

II.2.3.1 Inscription des élèves

Inscription des élèves - Vaccination obligatoire - Obligation d'information
T. A. LYON, 17.08.1998, M. et Mme TAVEL, n° 9401898-3

L'admission des enfants dans tout établissement scolaire public ou privé, ainsi d'ailleurs que dans toute autre collectivité d'enfants, est subordonnée à certaines vaccinations réglementaires telles que les vaccinations antidiphtérique-antitétanique, antityphoparatyphoïdique et antipoliomyélitique.
Pour l'inscription de leurs deux enfants à une école maternelle, les parents avaient produit un certificat médical de contre-indication générale de vaccination qui ne visait aucune des vaccinations précitées.
Après quelques mois de scolarisation, la directrice de l'école prononça l'exclusion de l'école des deux enfants.
Les parents engagèrent la responsabilité de l'État pour le préjudice moral que leurs deux enfants auraient subi du fait de leur exclusion.
Le tribunal condamne l'État à payer une indemnité de 500 F à chacun des enfants, au motif que la directrice aurait dû informer les parents qu'ils disposaient d'un délai réglementaire de trois mois à compter de l'inscription, pour faire vacciner les enfants ou produire des certificats médicaux de contre-indication spéciaux aux vaccinations obligatoires.

III. ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR ET RECHERCHE

III.3 ÉTUDES

III.3.1 Inscription des étudiants

Inscription en premier cycle
C. A. A. NANCY, 24.09.1998, GROH, n° 98NC00252

Aux termes de l'article 14 de la loi susvisée du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur : *«Le premier cycle est ouvert à tous les titulaires du baccalauréat [...]. Tout candidat est libre de s'inscrire dans l'établissement de son choix. Il doit pouvoir, s'il le désire, être inscrit, en fonction des formations existantes lors de cette inscription, dans un établissement ayant son siège dans le ressort de l'académie où il a obtenu le baccalauréat ou son équivalent ou, en cas de dispense, dans l'académie où est située sa résidence. Lorsque l'effectif des candidatures excède les capacités d'accueil d'un établissement, constatées par l'autorité administrative, les inscriptions sont prononcées, après avis du président de cet établissement, 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. Les dispositions relatives à la répartition entre les établissements et les formations excluent toute sélection.»*
Les inscriptions en première année de DEUG doivent être enregistrées, selon les modalités fixées par ces dispositions, en respectant le principe de l'égalité des candidats à l'accès à l'enseignement supérieur.
Ce principe fait obstacle à la prise en compte des candidatures avant que tous les candidats au baccalauréat dans l'académie aient pu obtenir leurs résultats à cet

examen, et notamment lorsque ceux-ci les ont obtenus à l'issue des épreuves du second groupe (session «de rattrapage»).

➔ NB : La C. A. A. confirme la position adoptée par le T.A. de STRASBOURG dans plusieurs jugements du 4 décembre 1997 dont l'un (WERNERT, n° 972535) a fait l'objet d'un commentaire semblable dans la LIJ n° 21 de février 1998.

IV. EXAMENS ET CONCOURS

IV.2 ORGANISATION

IV.2.1 Composition du jury

Composition du jury de recrutement pour l'accès au corps des directeurs de recherche de l'INSERM
C. E., 27.05.1998, M. TCHEN, nos 164080, 164082 et 183223

Aux termes de l'article 43 du décret n° 83-1260 du 30 décembre 1983 portant dispositions statutaires communes aux corps de fonctionnaires des établissements publics scientifiques et technologiques, pour le recrutement des directeurs de recherche, *«le jury d'admissibilité est constitué de personnes d'un rang égal ou assimilé à celui à l'emploi à pourvoir, appartenant à l'instance d'évaluation compétente [...]»*.
Cependant, l'article 12 du décret n° 84-1260 du 28 décembre 1984 relatif aux statuts particuliers des fonctionnaires de l'institut national de la recherche médicale, pris sur le fondement de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982, a pu légalement édicter des dispositions différentes aux règles communes précitées et prévoir, pour l'accès au corps des directeurs de recherche de 2ème classe, que le jury d'admissibilité *«est constitué de l'ensemble des membres de l'instance d'évaluation compétente [...] à l'exception des membres appartenant au collège C [...] et des membres d'un rang inférieur à celui des candidats aux postes à pourvoir. Sont également exclus les candidats au concours»*.
Dès lors qu'ils ne sont pas candidats, la présence au sein d'un jury d'accès à un corps d'un niveau supérieur à celui auquel appartient un candidat, de membres appartenant au même corps que celui-ci, chargé de recherche, n'est contraire à aucun principe général du droit des concours et ne méconnaît pas le principe d'impartialité des membres du jury.

➔ NB : À rapprocher de C.E., 01.04.98, Moatassime, n° 175102, mentionné dans les Tables du Recueil Lebon, LIJ n° 26, juin 1998.

IV.2.3 Délibérations du jury

Délivrance irrégulière d'un diplôme - Soutenance d'un mémoire au lieu des épreuves prévues dans une matière dans laquelle l'étudiant n'est pas inscrit
C.A.A. PARIS, 17.09.1998, PHYTILIS, nos 97PA02556 et 98PA01036

Le fait pour une étudiante de suivre un cours sans y être inscrite, alors qu'elle l'est dans une autre matière, et de soutenir un mémoire alors qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'autorise en l'espèce ce mode de contrôle des connaissances est de nature à établir l'irrégularité de l'admission en licence de l'intéressée.

➔ NB : L'article 17 de la loi n° 84-52 du 26.01.1984 sur l'enseignement supérieur dispose que les aptitudes et l'acquisition des connaissances sont appréciées, soit par un contrôle continu et régulier, soit par un examen terminal, soit par ces deux modes de contrôle combinés. Les modalités de ce contrôle doivent être arrêtées dans chaque établissement au plus tard à la fin du premier mois de l'année d'enseignement et ne peuvent être modifiées en cours d'année.
Les articles 18 des arrêtés des 26 mai 1992 et 9 avril 1997 relatifs au DEUG, à la licence et à la maîtrise, n'envisagent que des épreuves écrites et orales mais non la soutenance d'un mémoire.

V. PERSONNELS

V.1 QUESTIONS COMMUNES AUX PERSONNELS

V.1.2 Recrutement et changement de corps

Ressortissants des États membres de la CEE - Accès aux corps de fonctionnaires
C. E., 06.05.1998, CNGA, n° 144905 (sera mentionnée dans les Tables du Recueil Lebon)

Le syndicat requérant avait demandé l'annulation des décrets n° 92-1246 du 30 novembre 1992 et n° 93-63 du 13 janvier 1993, qui avaient été pris en application de l'article 5 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 fixant les conditions d'accès des ressortissants des États-membres de la CEE, aux corps, cadres d'emplois et emplois de la Fonction publique.
Les décrets attaqués ont pour objet d'ouvrir l'accès aux ressortissants des autres États membres de la CEE, des corps des professeurs de l'enseignement primaire de l'enseignement secondaire et de l'enseignement supérieur, des conseillers principaux d'éducation, des conseillers d'orientation-psychologues, des directeurs de centres d'information et d'orientation, des professeurs techniques adjoints et des chef de travaux pratiques de l'École nationale supérieure d'arts et métiers.
La Haute Assemblée a considéré que ces textes n'avaient pas pour effet de confier à des personnes qui ne sont pas de nationalité française, des missions inséparables de l'exercice de la souveraineté et qu'il n'était pas nécessaire qu'ils prévoient des obligations particulières s'imposant aux ressortissants étrangers en vue de préserver la souveraineté nationale.
Elle a précisé que les fonctions dévolues aux conseillers d'orientation et aux directeurs de centres d'information et d'orientation ne comportent pas, par elles-mêmes, l'exercice de prérogatives de puissance publique.

V.1.2.1 Concours

Ressortissants des États de la CEE - Accès au corps des ouvriers d'entretien et d'accueil

T. A. VERSAILLES, 09.04.1998, Mme PINHEIRO, n° 97951-972505

La requérante, ressortissante de l'un des États membres de la CEE autres que la France, demandait l'annulation de la décision du 3 mars 1997 par laquelle l'inspecteur d'académie, directeur des services départementaux de l'Éducation nationale, avait refusé son inscription au concours de recrutement dans le corps des ouvriers d'entretien et d'accueil, au motif qu'elle ne possédait pas la nationalité française.

Le juge a considéré qu'il résultait de la combinaison de l'article 5 bis de la loi du 13 juillet 1983 qui n'autorise l'accès des ressortissants des États membres de la CEE autres que la France que dans les corps, cadres d'emplois et emplois *«dont les attributions sont soit séparables de l'exercice de la souveraineté soit ne comportent aucune participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique»*, et de l'article 3 du décret n° 91-462 du 14 mai 1991 portant dispositions statutaires applicables notamment au corps des ouvriers d'entretien et d'accueil des établissements d'enseignement du ministère de l'Éducation nationale, définissant les attributions de ces personnels, que ces attributions sont séparables de l'exercice de la souveraineté et ne comportent aucune participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État.

Il a également considéré que si, à la date de la décision litigieuse, ni le décret n° 92-1246 du 30 novembre 1992 pris pour l'application en ce qui concerne l'Éducation nationale de l'article 5 bis de la loi du 13 juillet 1983, ni le décret précité du 14 mai 1991, ne comportaient de dispositions ouvrant droit aux ressortissants des États membres de la CEE autres que la France, l'accès au corps des ouvriers d'entretien et d'accueil, ces décrets étaient, dans cette mesure, entachés d'illégalité.

Il a donc annulé la décision de l'inspecteur d'académie refusant l'inscription de la requérante au concours de recrutement dans le corps des ouvriers d'entretien et d'accueil.

Concours - Adjoints administratifs - Organisation des épreuves - Égalité entre les candidats

C. A. A. LYON, 19.06.1998, ministre de l'Éducation nationale, c/Mlle JUVENTY et autres, n° 96LY21866

Le tribunal administratif de Dijon avait annulé, à la demande de plusieurs candidates, la délibération du jury fixant la liste des candidats admis à l'issue des épreuves du concours interne de recrutement d'adjoints administratifs - spécialité administration et dactylographie - organisé par le recteur de l'académie de Dijon au titre de l'année 1995.

L'épreuve pratique d'admission qui consistait à vérifier notamment l'aptitude du candidat «à la dactylographie ou à l'utilisation du clavier» s'était déroulée exclusivement sur micro-ordinateur et les requérantes avaient soutenu que le fait de n'admettre que le seul traitement de texte comme «utilisation du clavier» rompait l'égalité entre les candidats dans la mesure où certains d'entre eux ne disposaient pas de micro-ordinateurs.

La cour administrative d'appel de Lyon a annulé ce jugement aux motifs qu'aucune des dispositions en vigueur fixant les conditions d'organisation du concours en cause n'interdisait à l'administration de choisir le matériel approprié en fonction de l'option technique retenue, à condition qu'il soit le même pour tous les candidats et, qu'en l'occurrence, le recteur de l'académie de Dijon qui avait décidé, comme il en avait la possibilité, de faire porter une partie de l'épreuve pratique sur le traitement de texte, lequel excluait l'utilisation d'une machine à écrire, était en droit d'imposer aux candidats de concourir sur micro-ordinateur.

Par ailleurs, tous les candidats au concours ayant été informés, dès l'ouverture des inscriptions, de ce que l'épreuve pratique se déroulerait exclusivement sur micro-ordinateur, ils ont donc été placés dans les mêmes conditions au regard de cette épreuve et l'égalité entre ces candidats n'a pas été méconnue.

V.1.2.2 Liste d'aptitude

Promotion de corps - Première affectation

C. A. A. NANTES, 09.07.1998, GUICHETEAU, n° 95NT00751

Un adjoint d'enseignement, titulaire académique, avait été promu par liste d'aptitude professeur certifié stagiaire et entendait bénéficier des dispositions d'une note de service ministérielle prévoyant que les stagiaires, nommés après inscription sur liste d'aptitude, seraient maintenus dans l'établissement dans lequel ils étaient antérieurement affectés.

Le recteur prétendait que cette règle du maintien était inopérante pour un titulaire académique, et qu'il pouvait donc l'affecter dans un autre établissement.

La cour rejette la prétention de la requérante, mais sur la base de l'illégalité de la circulaire dans la mesure où elle édictait une règle de nature statutaire que le ministre n'avait pas compétence pour prendre.

V.1.3 Affectation et mutation

Mutation nationale - Emplois réservés aux agents en place

C. E., 06.05.1998, CNGA, n° 143441

S'il est confirmé que le barème utilisé pour l'examen des demandes de mutation a un caractère indicatif dépourvu de valeur réglementaire, la disposition 2.2. de la note de service du 29 octobre 1992 relative à l'examen des demandes de mutation des agents, prise dans le souci d'une répartition équilibrée des enseignants sur l'ensemble du territoire, prévoyant le retrait de postes du mouvement général mais réservant la possibilité de les attribuer à des candidats déjà affectés dans l'académie, édicte une règle de caractère statutaire qu'aucun texte n'autorise le ministre à fixer. Annulation de la disposition contestée.

Personnel - CASU agent comptable - Transformation d'emploi

C. E., 24.06.1998, Mme FRIEDERICH, n° 152916 (sera mentionnée dans les Tables du Recueil Lebon)

En application de l'arrêté interministériel du 5 juillet 1984 fixant les normes des groupements comptables dont les fonctions d'agent comptable peuvent être confiées aux conseillers, un recteur avait transformé l'emploi de CASU d'un groupement comptable en emploi d'attaché pour tenir compte du jugement d'un tribunal administratif qui avait annulé le rattachement d'un collège à ce groupement.

Le CASU, affecté par cette mesure et invité à demander sa mutation, est déclaré recevable à contester la transformation de l'emploi mais les faits justifiant la transformation étant reconnus matériellement exacts, sa demande a été rejetée.

Réintégration - Affectation d'office - Conseiller à la formation continue - CAP compétente
T. A. MARSEILLE, 25.06.1998, FERRIER, n° 95-5529

Un enseignant affecté à la délégation académique à la formation continue en qualité de directeur des études avait été déchargé de ses fonctions pour suivre un stage à la suite de sa réussite au concours des personnels de direction ; ayant refusé l'affectation proposée à l'issue du stage, et demandé sa réintégration dans l'emploi précédemment occupé, il avait été affecté dans un lycée d'une autre ville en qualité de conseiller à la formation continue.
L'affectation a été annulée car, comportant à la fois changement de résidence et modification de la situation administrative, elle devait, selon l'article 60 de la loi n° 84-52 du 11 janvier 1984 relative à la Fonction publique de l'État, être soumise à l'avis de la commission administrative paritaire de son corps, l'article 4 du décret n° 90-426 du 22 mai 1990, portant création d'une commission consultative compétente à l'égard des personnels chargés des fonctions de conseiller en formation continue, ayant par ailleurs prévu la consultation de la CAP du corps.

Affectation - Enseignant au CNED
T. A. RENNES, 25.06.1998, BRISSAUD - SABBADIN, n° 9303113

Un enseignant affecté dans un centre du CNED avait été réaffecté dans un autre centre par le directeur du CNED, alors que le décret n° 79-1228 du 31 décembre 1979, modifié, portant création et organisation du Centre national d'enseignement par correspondance ne lui donne pas cette compétence.
Le juge non seulement annule la réaffectation mais prescrit la réintégration au centre du CNED au titre des mesures d'application d'un jugement en application de l'article L. 8-2 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

V.1.4 Positions

V.1.4.3 Disponibilité

Congé pour études - Pension civile - Retenue volontaire
C. A. A. PARIS, 29.09.1998, MENJS c/M. SEPPECHER, n° 96 PA 00411

Les professeurs agrégés relevant du décret n° 72-582 du 4 juillet 1972 peuvent, selon l'article 18, être placés sur demande en position de non activité en vue de poursuivre ou parfaire des études d'intérêt professionnel, et continuer à bénéficier de droits à la retraite sous réserve de verser la retenue légale calculée d'après le dernier traitement d'activité.
Ce versement n'est qu'une simple faculté offerte et non une obligation.
Au cas particulier, le requérant avait perçu une allocation de recherche soumise à la cotisation vieillesse du régime général de sécurité sociale et avait donc demandé à l'administration de le dispenser du versement des retenues pour pension civile auquel il s'était engagé. La cour a annulé le refus de l'administration.

V.1.6 Accident de service et maladie contractée en service

Maladie - Imputabilité au service
C. E., 18.05.1998, M. L, n° 134969

Le requérant, principal de collège, avait occupé antérieurement les fonctions d'instituteur, de professeur d'enseignement général de collège, de sous-directeur d'un collège d'enseignement secondaire et, dans l'exercice de ces différentes fonctions, n'avait souffert d'aucune affection.
Cependant, après moins de quatorze mois d'exercice dans ses nouvelles responsabilités en qualité de principal de collège, l'intéressé a dû être placé en congé de longue maladie à la suite d'un syndrome dépressif aigu. Il demanda que son affection soit reconnue imputable au service.
Ayant essuyé un refus de la part du recteur, puis du ministre sur recours hiérarchique, le requérant a attaqué ce refus devant le tribunal administratif de Montpellier qui a rejeté sa requête.
Statuant en appel, le Conseil d'État a annulé le jugement du tribunal administratif de Montpellier et décidé que la maladie du requérant devait être regardée comme ayant été contractée, par ce dernier, dans l'exercice de ses fonctions.
Pour ce faire, la Haute Assemblée a considéré qu'il résultait du rapport établi par l'IPR, comme de la fiche de notation établie par le recteur, que l'intéressé avait, *«alors qu'il ne disposait que de moyens matériels et humains très insuffisants, été confronté à une situation particulièrement difficile tant sur le plan pédagogique qu'au regard de la vie générale de l'établissement»*, que l'intéressé ne présentait aucun antécédent d'ordre médical et qu'il n'était pas allégué que son affection résultait d'une cause étrangère au service.

V.1.8 Avancement

Avancement - Critères d'appréciation
T. A. NANCY, 08.09.1998, SCHLEICH, n° 97-1333

Un PEGC avait été écarté du tableau d'avancement à la classe exceptionnelle en raison de son prochain départ à la retraite. Alors même que son rang de classement sur une liste établie en fonction d'un barème aux effets strictement indicatifs ne lui donnait aucun droit à l'inscription, la décision, s'étant fondée sur un critère étranger à l'appréciation des mérites et de la valeur professionnelle, contraire aux termes de l'article 58 de la loi n° 84-52 du 11 janvier 1984 mentionnant *«la valeur professionnelle des agents»* et à ceux de l'article 15 du décret n° 59-308 du 14 février 1959 relatif aux conditions générales de notation et d'avancement des fonctionnaires, est annulée.
Cette annulation pour erreur de droit fait obligation à l'administration de reconsidérer la candidature du requérant sans impliquer pour autant son inscription au tableau ni sa promotion.

V.1.11 Traitement, rémunérations et avantages en nature

Fonctionnaire incarcéré - Suspension - Droits en matière de rémunération

T. A. NANTES, 20.07.98, G., n° 97-3578

Un fonctionnaire, incarcéré et suspendu de ses fonctions postérieurement à cette mesure de contrôle judiciaire, avait fait l'objet d'une décision lui enjoignant de reverser le traitement qu'il avait perçu depuis sa mise en détention. Le juge a annulé cette décision et précisé que les dispositions de l'article 30 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, font obstacle à ce que l'autorité administrative, après avoir suspendu, alors qu'elle n'y est pas tenue, un fonctionnaire dans l'attente d'une procédure disciplinaire, lui réclame le versement du traitement perçu pour absence de service fait et remette ainsi en cause une décision créatrice de droits.

→ ***NB :*** *Ce jugement fondé sur les droits à rémunération découlant de la suspension (décision individuelle créatrice de droits) doit être clairement distingué de la situation soumise au Conseil d'État (section des finances, avis n° 325484 du 14 février 1980) pour laquelle il a considéré qu'un fonctionnaire détenu et malade ne peut avoir des droits à rémunération supérieurs à ceux qu'il aurait eus s'il était resté en bonne santé.*

Cet avis portait sur la question du droit à congé maladie d'un fonctionnaire détenu, selon que l'intéressé faisait ou non, par ailleurs, l'objet d'une mesure de suspension.

En l'absence de mesure de suspension, le fonctionnaire qui se trouve déjà en congé maladie, par exemple, à demi-traitement, avant son incarcération, peut prétendre, pendant celle-ci, à un demi-traitement pour la période de congé restant à courir. Dans ce cas, en effet, il ne peut juridiquement pas être fait application de l'article 64 de la loi du 13 juillet 1983 qui subordonne le versement du traitement au service fait, puisque le fonctionnaire est déjà dispensé d'assurer son service en raison de son état de santé et que, par dérogation à la règle du service fait, il conserve son traitement (plein ou demi-traitement) en vertu des droits qu'il tient des dispositions de l'article 34 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984. En revanche, le fonctionnaire incarcéré qui obtient un congé de maladie pendant sa détention ne peut prétendre à aucun traitement puisque, s'il était resté en bonne santé, il n'en aurait perçu aucune faute de service fait.

Cette analyse, qui concerne le fonctionnaire détenu mais non suspendu (2° de l'avis du C.E.), découle de l'interprétation de la combinaison des dispositions des articles 64 de la loi du 13 juillet 1983 et 34 de la loi du 11 janvier 1984, mais ne peut être transposée à la situation du fonctionnaire qui fait l'objet d'une mesure de suspension en application de l'article 30 de cette dernière loi ; dans ce cas, ses droits à rémunération sont ceux fixés par la décision de suspension (1° de l'avis du C.E.).

Il ne faut, en effet, pas perdre de vue que la suspension est une mesure conservatoire visant à écarter un agent dont la présence serait préjudiciable au bon fonctionnement du service, en raison d'une faute grave, dans l'attente d'une décision sur le fond, soit de l'autorité ayant pouvoir disciplinaire, après saisine du conseil de discipline, soit du juge répressif au terme d'une instruction pénale.

Dans cette dernière éventualité, la suspension n'a plus d'utilité lorsque le juge ordonne des mesures de contrôle judiciaire qui ont pour effet d'interdire au fonctionnaire d'exercer ses fonctions ; en l'absence de service fait, l'administration a alors l'obligation d'interrompre le versement du traitement. Par contre, si elle décide, par exemple en raison d'une situation familiale particulière, de suspendre le fonctionnaire incarcéré en application de l'article 30 de la loi du 13 juillet 1983, elle ne peut alors, du fait de la décision individuelle créatrice de droits qu'elle a prise, que se conformer, en matière de traitement, à ces dispositions législatives qui prévoient le maintien du plein traitement pendant quatre mois, puis, dans l'hypothèse de poursuites pénales au-delà de quatre mois, la possibilité d'une retenue qui ne peut être supérieure à la moitié de la rémunération.

En matière de suspension d'un agent détenu, l'administration dispose d'un large pouvoir d'appréciation : le Conseil d'État a en effet jugé légale la mesure de fin de suspension prise à l'égard d'un fonctionnaire incarcéré, à condition que cette mesure n'ait pas d'effet rétroactif (arrêt commune de Houilles, 13 novembre 1981, Lebon, page 410) et a également reconnu la légalité d'une mesure de suspension prise à l'égard d'un agent placé en détention préventive, compte tenu des termes de l'article R. 414-24 du Code des communes dont la rédaction est analogue à celle de l'article 30 de la loi du 13 juillet 1983.

V.1.11.3 Primes et indemnités

Indemnité de logement des instituteurs - Exercice des fonctions dans une école

T. A. NICE, 03.08.1998, M. BELLET, n° 93-2768

Le requérant, instituteur exerçant ses fonctions dans un Centre de formation et d'information pour la scolarisation des enfants de migrants (CEFISEM), demandait l'annulation du refus de l'inspecteur d'académie de lui verser l'indemnité représentative de logement des instituteurs, au motif qu'il n'exerçait pas ses fonctions dans une école.

Selon les disposition du décret n° 83-367 du 2 mai 1983 relatif à l'indemnité de logement des instituteurs, le versement de ladite indemnité est accordé aux instituteurs non logés exerçant dans les écoles publiques des communes ou appartenant à l'une des sept catégories figurant à l'article 2 du décret, parmi lesquelles figure la catégorie des *«instituteurs chargés de la formation pédagogique dans les écoles»*.

Le juge a rejeté la requête en considérant que les CEFISEM sont des outils d'élaboration et de mise en œuvre des politiques académiques d'intégration des populations migrantes, que leurs partenaires, qualifiés de prestataires de services, sont nombreux et variés et que leurs actions concernent notamment les enseignants qui exercent dans les écoles ; qu'ainsi, les membres des CEFISEM n'exercent pas eux-mêmes dans les écoles et ne sont pas chargés de la formation pédagogique dans les écoles. Ils ne relèvent donc pas de la catégorie visée à l'article 2 du décret précité, des *«instituteurs chargés de la formation pédagogique dans les écoles»*.

V.1.11.5 Questions particulières aux agents affectés dans les DOM-TOM

Cessation progressive d'activité - Majoration de traitement dans les DOM
C. E., 20.05.1998, Mme NOCA, n° 170423

La loi n° 50-407 du 3 avril 1950 et le décret n° 57-333 du 13 mars 1957 font bénéficier les fonctionnaires en service dans les départements d'outre-mer d'une majoration (35 % à la Réunion) de leur traitement indiciaire de base.
Elle ne s'applique pas à l'indemnité exceptionnelle égale à 30 % du traitement indiciaire à temps plein prévue par l'article 3 de l'ordonnance n° 82-297 du 31 mars 1982 relative à la cessation progressive d'activité.
En effet, la majoration ne s'applique qu'au traitement correspondant au seul service fait.

V.1.12 Discipline

Fonctionnaire incarcéré - Suspension - Droits en matière de rémunération
T. A. NANTES, 20.07.98, G., n° 97-3578

Cf. V.1.11

V.1.12.1 Procédure

Défaut d'impartialité d'un membre de la formation de jugement (absence) - Non publicité des débats (moyen inopérant)
C. E., 28.09.1998, NOTIN, n° 159236 (sera mentionné dans les Tables du Recueil Lebon)

1°) La circonstance qu'un membre d'une formation de jugement avait appartenu au conseil d'administration d'une association ayant exclu le requérant de ses rangs pour un motif similaire à celui retenu par le Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche (CNESER) pour prononcer la sanction contestée ne méconnaît pas, par elle-même, l'exigence d'impartialité des membres de la formation disciplinaire de jugement dont la composition n'était donc pas irrégulière.

2°) La contestation par un **fonctionnaire** de la sanction disciplinaire qui lui a été infligée n'est relative ni à un droit ou à une obligation de caractère civil, ni au bien-fondé d'une accusation en matière pénale. Le litige n'entre donc pas dans le champ d'application de l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales imposant la publicité des débats.

*→**NB :** 1°) L'obligation d'impartialité, qui constitue un principe général du droit en matière disciplinaire, n'est pas mise en cause lorsque siège dans un conseil de discipline une personne qui a eu à connaître de l'affaire dans d'autres fonctions (conclusions du commissaire du gouvernement sur l'arrêt d'Assemblée du C.E. du 4 mars 1991, LE CUN).*
Pour que ce soit le cas, il faut que ce membre ait publiquement exprimé des prises de position personnelles contre la personne poursuivie (C. E., Sect., 27 avril 1988, SOPHIE), condition non remplie en l'espèce.
2°) a) L'article 14 du décret n° 90-1011 du 14 novembre 1990 modifié relatif au CNESER statuant en matière disciplinaire exclut la publicité des débats lors de l'instruction et des séances des formations de jugement. Il en est de même devant les sections disciplinaires des établissements publics d'enseignement supérieur (article 30 du décret n° 92-657 du 13 juillet 1992 modifié). En revanche, la publicité est admise devant le conseil supérieur de l'éducation mais le président peut, d'office ou à la demande de toute personne intéressée, interdire au public l'accès à la salle pendant tout ou partie de l'audience, dans l'intérêt de l'ordre public ou lorsque la protection d'un secret protégé par la loi le justifie (article 21 du décret n° 90-468 du 7 juin 1990 modifié notamment par le décret n° 97-232 du 13 mars 1997).
b) Jusqu'en 1996, le Conseil d'État jugeait constamment que les juridictions disciplinaires ne tranchent pas des contestations sur des droits et obligations de caractère civil, au sens de l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et qu'aucun principe général du droit n'impose la publicité des débats d'une juridiction statuant en matière disciplinaire (Sect., 27 octobre 1978, DEBOUT ; Ass., 11 juillet 1984, SUBRINI ; Ass., 2 juillet 1993, MILHAUD).
*Suivant implicitement une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme concernant le contentieux disciplinaire ordinal, la Haute Juridiction a admis, dans un arrêt d'assemblée du 14 février 1996, MAUBLEU, l'applicabilité de l'article 6-1 à cette matière s'agissant de l'exercice de la profession d'avocat, c'est-à-dire d'une activité **privée**.*
*La Cour européenne a, par contre, toujours jugé que les contestations concernant le recrutement, la carrière et la cessation d'activité des **fonctionnaires** n'entrent pas dans ce cadre (par exemple : commission, 18 mai 1994, SYGOUNIS C/GRECE, au sujet de la révocation de fonctionnaires de police).*

V.1.12.2 Fautes

Manquement aux obligations de tolérance et d'objectivité s'imposant aux enseignants-chercheurs
C. E., 28.09.1998, NOTIN, n° 159236 (sera publié dans les Tables du Recueil Lebon)

Aux termes de l'article 57 de la loi sur l'enseignement supérieur, *«les enseignants-chercheurs, les enseignants et les chercheurs jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et dans leurs activités de recherche, sous les réserves que leur imposent, conformément aux traditions universitaires et aux dispositions de la présente loi, les principes de tolérance et d'objectivité».*
En cassation, le Conseil d'État juge que le CNESER statuant en matière disciplinaire a pu légalement déduire que M. NOTIN a manqué aux obligations de tolérance et d'objectivité imposées par les dispositions législa-

tives précitées en publiant dans une revue scientifique un article signé en qualité d'enseignant-chercheur d'une université, dans lequel il a contribué à la campagne négationniste et soutenu avec véhémence des thèses racistes et antisémites.
Les extraits cités montrent en effet, sans dénaturation de ces écrits, que M. NOTIN s'appuie exclusivement sur des arguments non scientifiques et qu'il a, au contraire, écarté tous les travaux historiques et mis en cause la rigueur des témoins et survivants des chambres à gaz ainsi que celle des historiens.

→ *NB : 1°) Si l'article 57 de la loi n'impose pas une obligation de neutralité intellectuelle qui empêcherait les enseignants-chercheurs de défendre leurs thèses, voire de polémiquer avec ceux qui soutiennent des idées différentes, encore faut-il que la «dispute» s'inscrive dans les limites admises par les «traditions universitaires» visées par la loi.*
2°) La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse telle que modifiée par la loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 permet la répression des écrits racistes, antisémites ou xénophobes et notamment des thèses révisionnistes.

V.I.12.3 Amnistie

Personnel dans l'enseignement technique - Radiation d'office - Mesure non disciplinaire
T. A. PARIS, 10.06.1998, M. V, n[os] 9714347/7 et 9714360/7

Un professeur de lycée professionnel, objet de condamnation pénale pour des faits contraires à la probité, que l'article 14 de la loi n° 95-884 du 3 août 1995 portant amnistie a exclu de l'amnistie, avait été radié sans que la procédure disciplinaire n'ait été suivie.
Rappelant que l'article 4 de la loi du 25 juillet 1919 portant organisation de l'enseignement technique déclare *«incapables de diriger une école publique ou privée de l'enseignement technique ou d'y être employés, à quelque titre que ce soit, ceux qui ont subi une condamnation judiciaire pour crime de droit commun ou pour délit contraire à la probité ou aux mœurs»*, le juge confirme que la décision de radiation s'est bornée à tirer les conséquences qui découlaient nécessairement des condamnations pénales et, ne constituant pas une sanction disciplinaire au sens de l'article 66 la loi n° 84-52 du 11 janvier 1984, ne relevait pas de la procédure disciplinaire, ni de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dont le champ d'application ne s'étend pas au-delà des procédures contentieuses suivies devant les juridictions.

Sanction disciplinaire - Révocation - Condamnation pénale amnistiée
T. A. CAEN, 22.09.1998, L., n° 98-369

La condamnation pénale d'un enseignant ayant été amnistiée par la loi n° 95-884 du 3 août 1995 portant amnistie, certains des faits commis, constituant un manquement à l'honneur et à la probité incompatibles avec la mission d'éducation de jeunes, conservaient le caractère de fautes passibles de sanctions professionnelles ou disciplinaires et permettaient légalement de prononcer une sanction, en l'espèce la révocation.

V.I.13 Cessation de fonctions

Perte des droits civiques - Radiation
T. A. LILLE, 28.04.1998, M. B., n° 94-3307

Un professeur certifié avait été condamné par un tribunal de grande instance, le 31 août 1993, à une peine d'emprisonnement ferme d'une durée de treize mois.
L'intéressé n'ayant pas formé de pourvoi contre ce jugement, la condamnation pénale était devenue définitive avant le 1er mars 1994, date d'entrée en vigueur du nouveau Code pénal. Il n'a donc pas pu bénéficier des dispositions nouvelles de ce code qui prévoient que la privation des droits civiques ne peut résulter de plein droit d'une condamnation pénale.
De plus, la loi n° 92-1236 du 16 décembre 1992 modifiée, qui a fixé la date d'entrée en vigueur du nouveau Code pénal dispose, dans son article 370, dans sa rédaction issue de la loi du 1er février 1994, que *«l'interdiction des droits civiques (...) résultant de plein droit d'une condamnation pénale rendue en dernier ressort avant l'entrée en vigueur de la présente loi demeure applicable»*.
Ainsi, le requérant ayant été condamné à plus de trois mois d'emprisonnement avec sursis, ne pouvait plus être inscrit sur les listes électorales et le ministre de l'Éducation nationale était donc tenu de prononcer son licenciement pour déchéance de ses droits civiques.

→ *NB : L'article 5 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dispose que* «nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire [...] s'il ne jouit de ses droits civiques». *L'article 24 prévoit que la déchéance des droits civiques entraîne la perte de la qualité de fonctionnaire.*
La privation des droits civiques porte notamment sur le droit de vote et d'éligibilité (art. 131-26, Code pénal).
Cette privation ne peut dépasser dix ans sauf exception pour une condamnation pour crime et cinq ans sauf exception, pour une condamnation pour délit.
La privation des droits civiques n'est pas automatique, elle doit être prononcée de manière expresse par le juge (art. 131-21, Code pénal).
Il s'agit selon le Conseil d'État d'un principe général applicable à tous les agents, y compris les agents contractuels (C. E., 28.05.1982, Roger)

V.I.15 Questions propres aux stagiaires

Fonctionnaire stagiaire - Insuffisance professionnelle - Licenciement - Motivation (non)
C. A. A. PARIS, 26.05.1998, Mme B., n° 96PA02099

La requérante, admise au concours de recrutement d'ouvrier d'entretien et d'accueil et nommée stagiaire à compter du 1er septembre 1993, avait été licenciée pour insuffisance professionnelle à l'issue de son stage.
Les dispositions de l'article 7 du décret n° 94-874 du 7 octobre 1994 qui s'appliquent en l'espèce n'exigent pas la motivation tant de l'avis de la CAP que de la décision de licenciement prise pour ce motif.

Par ailleurs, aucune disposition législative ou réglementaire ne prévoit qu'un agent licencié pour insuffisance professionnelle à l'expiration de son stage doit être mis en demeure de présenter ses observations devant la CAP.

Stagiaire titulaire dans un autre corps - Exclusion du service - Réintégration rétroactive - Nouvelle procédure d'exclusion - CAP compétente
T. A. NANCY, 23.06.1998, KLOS, n[os] 97865 et 971267

Un proviseur adjoint stagiaire, dont l'exclusion définitive du service avec réintégration dans son corps d'origine des conseillers principaux d'éducation avait été annulée par le juge administratif pour vice de procédure et défaut de motivation, avait été réintégré sans avoir repris son poste de proviseur adjoint, et une nouvelle procédure d'exclusion avait été engagée sur les mêmes faits devant la CAP des proviseurs.
Le juge considère que la CAP des proviseurs est compétente bien que l'intéressé n'ait pas effectivement repris ses précédentes fonctions, et dit que le ministre n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en fondant sa nouvelle décision d'exclusion définitive sur le comportement professionnel de proviseur stagiaire, caractérisé par une réticence et un refus d'exercer les missions entrant dans le cadre normal de ses attributions, aggravé par une attitude conflictuelle nuisant au bon fonctionnement de l'établissement. Il refuse, en l'absence de service fait, l'indemnisation de la différence du traitement des deux fonctions entre la première exclusion irrégulière et la seconde régulière.

Professeur de lycée professionnel stagiaire - Licenciement
C. A. A. MARSEILLE, 02.07.1998, ministre de l'Éducation nationale, de la recherche et de la technologie, n° 97MA10127

Le licenciement d'un professeur de lycée professionnel stagiaire, intervenu en fin de stage, n'est que la conséquence nécessaire du refus de la titularisation, c'est-à-dire de son admission en qualité de titulaire dans la Fonction publique, au vu d'épreuves pratiques destinées à apprécier sa capacité à enseigner. Aucune convention internationale, ni aucun principe général du droit, ni aucune disposition législative ou réglementaire n'impose qu'une telle mesure soit précédée de la communication de son dossier à l'intéressé.

V.1.16 Questions propres aux agents non titulaires

GRETA - Recrutement sur ressources propres - Agent administratif contractuel
T. A. NANCY, 22.09.1998, HUVET, n° 9857

Un agent administratif non titulaire recruté sur ses ressources propres par un GRETA ne remplit pas les conditions pour concourir aux concours que l'article premier de la loi n° 96-1093 du 16 décembre 1996 relative à l'emploi dans la Fonction publique réserve à *«l'agent non titulaire de l'État ou de ses établissements d'enseignement public recruté à titre temporaire sur des emplois ou crédits inscrits au budget de l'État»*.

V.2 QUESTIONS PROPRES AUX PERSONNELS DE L'ENSEIGNEMENT SCOLAIRE

V.2.1 Personnels enseignants

V.2.1.1 Questions communes aux personnels enseignants

Notation - Note pédagogique et appréciations littérales - Discordance - Erreur manifeste d'appréciation
T. A. REUNION, 18.06.1998, HASSID, n° 96-263

Le rapport d'inspection d'un professeur agrégé comportant des appréciations littérales élogieuses qu'aucune réserve ne tempérait, la note chiffrée de 37/60 attribuée sans qu'aucun élément ne soit fourni pour expliquer la discordance est annulée.
Néanmoins, l'indemnité pour préjudice de carrière est refusée, l'avancement dont le professeur soutenait avoir été privé du fait d'une notation insuffisante ne pouvant s'opérer que selon la procédure du choix, et n'étant donc qu'éventuel.

V.2.1.2 Questions propres à chaque corps et catégorie d'enseignants

Directeur d'école - Indemnité de sujétion - Diminution de classes
C. A. A. LYON, 05.06.1998, BERNARD, n° 96LY21510

Un instituteur, directeur d'une école de cinq classes ouvrant droit à l'indemnité de sujétions spéciales, ne peut, à l'occasion de sa promotion dans le corps des professeurs des écoles et de la réduction du nombre de classes de 5 à 4, obtenir le maintien pendant un an de l'indemnité pour 5 classes prévue par la note de service n° 83-024 du 13 janvier 1983.
Le juge a considéré que le requérant ne pouvait se prévaloir de ladite note de service dans la mesure où elle est contraire aux lois et règlements, le ministre de l'Éducation nationale ne pouvant légalement, compte tenu des termes de l'article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligation des fonctionnaires, créer un supplément de rémunération non prévu par le décret n° 83-644 du 8 juillet 1983 modifié, relatif à l'attribution d'une indemnité de sujétions spéciales.

Agrégé chef de travaux - Obligations de service
C. A. A. MARSEILLE, 23.07.1998, MENRT c/DAMBACH, n° 96 MA 01788

Un agrégé chargé des fonctions de chef de travaux qui assure en sus quatre heures d'enseignement en section de BTS ne peut bénéficier de la pondération horaire majorant du quart chaque heure effective d'enseignement dès lors qu'il n'assure pas le minimum des treize heures et demie d'enseignement prévues par le décret n° 61-1362.
En effet, les fonctions de chef de travaux sont une tâche administrative d'organisation et de conseil au chef d'établissement et n'entrent pas dans le décompte des heures d'enseignement.

V.2.2. Personnels d'inspection et de direction : questions propres à chaque corps

Inspecteur d'académie - Retrait d'emploi - Intérêt du service
C. E., 10.06.1998, M. C, n° 185363

Aux termes de l'article 9 du décret n° 90-676 du 10 juillet 1990, relatif au statut d'emploi des inspecteurs d'académie, directeurs des services départementaux de l'Éducation nationale et des inspecteurs d'académie adjoints : *«Tout fonctionnaire nommé dans l'emploi d'inspecteur d'académie, directeur des services départementaux de l'Éducation nationale, ou d'inspecteur d'académie adjoint, peut se voir retirer cet emploi dans l'intérêt du service»*.

L'autorité investie du pouvoir de nomination a donc la faculté de mettre fin à tout moment, par mesure individuelle, aux fonctions d'un agent nommé dans cet emploi.

Ainsi, il a pu être mis fin, pour des motifs tirés de l'intérêt du service, aux fonctions du requérant, sans que celui-ci puisse utilement soutenir que cette décision a été prise avant le terme de la période pour laquelle il pensait avoir été nommé.

Cette décision, présentant le caractère d'une mesure prise en considération de la personne, devait être précédée de la formalité de la communication du dossier.

Or, le ministre ayant informé le requérant par lettre de son intention de mettre fin à ses fonctions, plus d'un mois avant que n'intervienne la décision, ce dernier a donc été mis à même, en temps utile, de demander la communication de son dossier.

Par ailleurs, le décret mettant fin aux fonctions de l'intéressé n'ayant pas le caractère d'une sanction et ne constituant pas une décision abrogeant une décision créatrice de droits au sens des dispositions de la loi du 11 juillet 1979, n'a pas à être motivé.

Enfin, le fait que ladite décision soit dépourvue de caractère disciplinaire ne permettait pas d'accueillir le moyen soulevé par le requérant, que sa manière de servir n'était pas de nature à justifier légalement celle-ci.

V.2.4 Personnels d'information, d'orientation et de documentation: questions propres à chaque corps et catégorie

Directeurs de CIO - Indemnité de sujétions particulières

T. A. ROUEN, 31.12.1997, M. PAVY, n° 93939

Le requérant, titulaire du grade de directeur de centre d'information et d'orientation et exerçant ses fonctions dans une direction régionale de l'ONISEP, demandait l'annulation de la décision du ministre de l'Éducation nationale lui refusant l'indemnité de sujétions particulières en faveur des directeurs de Centre d'information et d'orientation (CIO) et des conseillers d'orientation-psychologues, instituée par le décret n° 91-466 du 14 mai 1991.

Selon les dispositions du décret précité du 14 mai 1991, l'attribution de ladite indemnité est subordonnée à l'exercice des fonctions définies à l'article 2 du décret n° 91-920 du 20 mars 1991 modifié portant statut particulier des directeurs.

Aux termes du second alinéa de cet article : *«les directeurs de centre d'information et d'orientation sont normalement chargés de la direction des centres d'information et d'orientation. Ils assument notamment la responsabilité du projet, du programme d'activité du centre d'information et d'orientation, de l'organisation et de la planification du travail et de l'ouverture du centre d'information et d'orientation vers l'extérieur et le monde du travail»*.

Le juge a rejeté la requête au motif que, bien qu'effectuant dans une direction régionale de l'ONISEP des missions d'information des élèves et de leurs familles en assurant notamment la diffusion de l'information sur les enseignements et les professions, l'élaboration des documents académiques et la mise à disposition des centres des moyens de documentation et d'information nécessaires à leur action, l'intéressé n'exerçait pas effectivement des fonctions comparables à celles définies à l'article 2 du décret du 20 mars 1991 pour les directeurs de CIO.

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

V.3.1 Enseignants-chercheurs

V.3.1.1 Questions communes aux enseignants-chercheurs

Mutation d'un professeur des universités - demande de rapprochement de conjoint - Loi du 30 décembre 1921 et article 60 de la loi du 11 janvier 1984

C. E., 29.07.1998, Mme PARVEZ, n° 190108

Il résulte des dispositions législatives applicables que les fonctionnaires intéressés ne peuvent obtenir le rapprochement demandé *«dans un même département»* que dans la mesure où les nécessités du service n'y font pas obstacle.

Ainsi, une commission de spécialistes, organe réglementairement compétent pour se prononcer sur la demande de mutation d'un professeur des universités, n'est pas tenue de faire droit à la candidature à la mutation du seul fait de la demande de rapprochement de conjoint, et peut l'écarter au motif que l'intéressée ne remplit pas, eu égard à ses activités antérieures dans l'enseignement et la recherche, les conditions requises pour occuper le poste offert.

La circonstance que certains membres de la commission de spécialistes avaient déjà eu à se prononcer sur une précédente candidature de l'intéressée n'est pas, à elle seule, de nature à la priver des garanties d'impartialité et de neutralité qu'elle est en droit d'attendre de la commission.

➔ ***NB :*** *Rapprocher de C. E., 26.01.96, Hillard, n° 144319 (mentionnée dans les Tables du Recueil Lebon)*

V.3.6 Personnels des établissements publics de recherche

Composition et pouvoir d'un jury pour le recrutement d'un directeur de recherche à l'INSERM - décret n° 84-1206 du 28 décembre 1984.

C. E., 27.05.1998, M. TCHEN, n[os] 151121, 151123 (mentionnée dans les Tables du Recueil Lebon)

Aux termes de l'article 20 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 *«Le jury peut, si nécessaire, et pour toute épreuve, se constituer en groupe d'examinateurs. Toutefois, afin d'assurer l'égalité de notation des candidats, le jury opère, s'il y a lieu, la péréquation des notes attribuées par chaque groupe d'examinateur et procède à la délibération finale»*.

En l'espèce, eu égard à la nature du concours et à la spécialisation des chercheurs qui y étaient candidats, une commission scientifique spécialisée, constituée en jury d'admissibilité confor-

mément à la réglementation, a pu être divisée en six sections de jury pour auditionner les candidats. Comme le jury dans son ensemble a ensuite examiné l'intégralité des dossiers lors de la délibération finale et consulté les différents groupes d'examinateurs afin, le cas échéant, de procéder à une péréquation, le principe d'unicité du jury n'a pas été méconnu.

La présence, dans ce jury d'admissibilité, de membres de laboratoires où travaillaient certains candidats n'est pas, en elle-même, de nature à vicier la régularité des délibérations de ce jury.

Le fait que la réglementation du concours prévoit que la présidence du jury d'admission est assurée par le directeur général de l'INSERM ne porte atteinte ni à l'obligation d'impartialité du jury, ni à l'égalité de traitement des candidats.

Il appartient au seul jury de fixer les critères sur lesquels il fonde son appréciation des candidats, eu égard à la nature de leurs titres et travaux et de leurs aptitudes à exercer les fonctions afférentes aux postes à pourvoir. En l'espèce, il ne ressort pas des pièces du dossier que le jury ait pris en compte d'autres éléments que le mérite des candidats, et l'appréciation qu'il porte sur leurs titres et travaux n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de l'excès de pouvoir.

→NB : S'agissant d'un jury qui se prononce sans anonymat sur travaux et recherches le juge vérifie que les conditions de sa composition ne sont pas de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats.

La présence de membres de laboratoires où travaillent les candidats ou la participation de supérieurs hiérarchiques, à partir du moment où ils sont de droit membres du jury, ne suffisent pas à établir, en elles-mêmes, un manquement à l'obligation d'impartialité (C. E., 04.11.94, Nemeth, n° 151127 ; 09.11.94, Marion, n° 114763 ; 04.10.95, Barbolosi, n° 165074 ; 23.04.97, Montginoul, n° 167862 ; 01.04.98, Dispan de Floran, n° 171126). En revanche, la participation d'un membre du jury à une réunion préparatoire et informelle de directeurs de laboratoires relative aux candidats à un concours de directeur de recherche vicie les délibérations ultérieures du jury auquel il participe (C.E, 29.12.97, M. Gonzalez-Mestres, n[os] 171923 et 174257, analysé dans la LIJ n° 23 de mars 1998). Également, a été considéré que le fait qu'un jury d'admission ait été présidé par le directeur scientifique d'un département où les deux seuls candidats admis travaillaient n'a pas permis de garantir le principe de l'égalité de traitement (C.E., 20.09.91, Blazsek, n° 100225 et Section, Spina, 18.03.83, au Lebon). Le juge ne contrôle pas l'appréciation portée par le jury sur les mérites des candidats et la valeur de leurs travaux au regard des postes à pourvoir et des missions qui s'y attachent (C.E., 16.03.1998, M. Gonzalez-Mestres, n° 159605, du Lebon, ou C.E., 12.11.1997, Zuber, n° 164436) mais vérifie que cette appréciation ne prend pas en compte des critères étrangers à cette valeur ou à ces missions ou qu'elle ne s'est pas fondée sur des éléments entachés d'inexactitude matérielle (C. E., 25.10.95, Buffelan Lanore, n° 171016) et censure toute prise en considération d'éléments extérieurs à celles-ci, par exemple l'avis formulé sur le candidat à l'occasion d'une demande de mutation (C.E., 18.02.1998, Lemoine n° 162336, mentionnée dans les Tables du Recueil Lebon).

V.3.6.2 Questions propres à chaque corps et catégorie

Ingénieur d'études - Licenciement pour insuffisance professionnelle
C. A. A. PARIS., 02.07.1998, M. PROVOST, n° 96PA02824

Il résulte des dispositions combinées de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, de l'article 18 de la loi du 13 juillet 1983 et de l'article 70 de la loi du 11 janvier 1984 que le licenciement pour insuffisance professionnelle d'un fonctionnaire ne peut être prononcé qu'après communication de son dossier à l'intéressé.

En l'espèce, la circonstance, d'ailleurs non établie, qu'un rapport favorable à l'intéressé n'était pas intégré dans le dossier de l'agent au moment où il en a eu communication, n'est pas de nature à entacher le licenciement pour insuffisance professionnelle d'irrégularité dès lors que celui-ci avait la faculté de produire lui-même la pièce et que la décision de licenciement n'a été fondée que sur des pièces versées au dossier et dont l'agent a eu connaissance.

De même, les circonstances, également non établies, que l'auteur de la décision n'aurait pas informé la commission administrative paritaire des motifs pour lesquels il n'a pas suivi son avis et n'aurait pas indiqué à l'agent les conditions de saisine du conseil supérieur de la Fonction publique, sont sans incidence sur la légalité de la décision de licenciement.

Chargé de recherche au CNRS - Procédure à respecter en cas de mutation dans l'intérêt de la recherche ou de déplacement d'office dans l'intérêt du service
C. A. A. MARSEILLE., 10.07.1998, CNRS c/ M. REINISCH, n° 97MA00212

Aux termes de l'article 58 du décret n° 83-1260 du 30 décembre 1983 modifié fixant les dispositions statutaires communes aux corps des fonctionnaires des EPST, *«Dans l'intérêt de la recherche, les mouvements des chercheurs sont décidés, après consultation des intéressés, par le directeur général de l'établissement. L'avis des instances d'évaluation compétentes et celui de la commission administrative paritaire doivent être recueillis.»*

Une mutation dans l'intérêt du service opérée d'office par le directeur général du CNRS, et dont il ressort des pièces du dossier qu'elle ne présentait pas le caractère d'un sanction disciplinaire, ne constitue pas un mouvement de chercheur au sens des dispositions précitées et n'est pas soumise à la procédure instituée par ces dispositions. Elle n'est pas soumise non plus aux dispositions de l'article 6 de la CEDH qui ne sont pas applicables aux décisions des autorités administratives.

→NB : En ce qui concerne l'applicabilité des dispositions de l'article 6 CEDH, se reporter au commentaire dans la rubrique V.1. 12.1. de l'arrêt Notin n° 159236.

VII. RESPONSABILITÉ

VII.2 ACCIDENTS SURVENUS AUX ÉLÈVES ET AUX ÉTUDIANTS

VII.2.2 Accidents scolaires (loi du 05.04.1937)

VII.2.2.1 Accidents survenus pendant les interclasses

Collège privé - Cour de récréation - Responsabilité de l'État reconnue
C. A. PARIS, 12.06.1998, Préfet des Hauts-de-Seine c/ M. FELLONI, n° 220

Lors d'une récréation, un élève avait été blessé à l'œil par une balle de tennis lancée par un autre élève.
Un jugement du 31 janvier 1996 du tribunal de grande instance de Paris avait retenu la responsabilité de l'État aux motifs que le fait d'avoir laissé se dérouler un tel jeu dans un espace non prévu à cet effet et que cet accident ait échappé à l'attention du surveillant, constituait une faute de l'établissement.
Sur appel interjeté par l'État, la cour d'appel de Paris a confirmé cette décision au motif que cet accident n'a pu se produire qu'en raison d'un défaut de surveillance caractérisé des éducateurs du collège qui auraient dû interdire la pratique du tennis en dehors d'un espace spécialement prévu et réservé à ce sport.

→NB : L'État s'est pourvu en cassation contre cet arrêt.

École primaire publique - Cour de récréation - Responsabilité de l'État partiellement reconnue
C. A. VERSAILLES, 26.06.1998, Azur Assurances et commune de Boulogne-Billancourt c/préfet des Hauts-de-Seine, n° 49

En franchissant un mur pour aller récupérer un ballon, avec l'autorisation de l'institutrice, un élève avait fait une chute dans une fosse de transformateur.
Un jugement du 22 mars 1989 du tribunal administratif de Paris avait retenu la responsabilité de la commune à hauteur de 4/5ème et laissé 1/5ème à la charge de la victime ; le tribunal avait, en outre, rejeté l'appel en garantie de la commune contre l'État au motif que l'appréciation de la responsabilité de l'État relève de la compétence de la juridiction judiciaire.
La commune et son assureur avaient alors assigné l'État pour voir dire que l'accident avait pour cause la faute de l'institutrice. Par jugement du 25.09.1991, le tribunal de grande instance de Nanterre a dit que cette action était prescrite en application de l'article 2 de la loi du 5 avril 1937 et déclaré leur demande irrecevable. Un arrêt du 14 février 1994 avait confirmé ce jugement. Par arrêt en date du 31 janvier 1996, la Cour de cassation a cassé cette décision en décidant que celle-ci était privée de base légale en énonçant que dans la mesure où la commune et son assureur subrogé ont exercé l'action de la victime, ils ne sauraient se prévaloir de la suspension de la prescription pendant la minorité sans rechercher le point de départ de la prescription née de la subrogation. La cour d'appel de Versailles, désignée comme cour de renvoi, a infirmé le jugement rendu le 25 septembre 1991 aux motifs qu'il appartenait à l'institutrice, avant de donner son autorisation, d'interroger l'enfant sur l'endroit où se trouvait le ballon afin de s'assurer que celui-ci était facilement accessible ; qu'en donnant son autorisation, sans un contrôle préalable d'autant plus nécessaire que le risque était connu, l'institutrice a commis une faute en relation directe avec le dommage ; que cette faute engage la responsabilité de l'État. Toutefois, la commune a également commis une faute en laissant à proximité d'une aire de jeu un ouvrage public dangereux sans mesures de sécurité suffisantes ; que cette faute ne lui permet d'exercer son recours contre l'État qu'à hauteur de la moitié des sommes mises à sa charge.

École primaire publique - Cour de récréation - Responsabilité de l'État non engagée
T. G. I. ROUEN, 06.08.1998, M. et Mme GHADRANE c/préfet de Seine-Maritime, n° 96/03064

Alors qu'il jouait au basket lors d'une récréation, un enfant aurait reçu le ballon dans l'œil.
La responsabilité de l'État a été écartée aux motifs que l'accident de ballon, tel que relaté par la victime, n'est étayé par aucun constat, aucun témoignage, le maître n'ayant pas été averti et n'ayant pas le souvenir d'avoir constaté une rougeur ou un hématome chez son élève à la reprise des cours ; que le rapport du chef d'établissement, rédigé six mois après les faits supposés, ne fait que relater ce que l'enfant aurait déclaré à ses parents ; qu'il n'est ainsi pas établi avec certitude la réalité d'un accident dans le cadre scolaire ; que, surabondamment, il n'est pas rapporté une faute personnelle caractérisée de l'enseignant, en rapport direct avec l'accident, à supposer qu'il se soit produit dans la cour de récréation de l'établissement scolaire ; qu'un jeu de ballon autorisé dans la cour de récréation ne nécessite pas une surveillance accrue, eu égard aux dangers qu'il comporte, le ballon tombant fortuitement sur l'œil ne pouvant être détourné par l'instituteur en poste, sauf acte d'agressivité d'un élève envers un autre.

VII.2.2.2 Accidents survenus pendant les classes

École maternelle privée - Salle de classe - Responsabilité de l'État reconnue
T. G. I. MÂCON, 10.08.1998, Mlle CINQUIN c/préfet de Saône-et-Loire, n° 9700456

Une élève avait fait une chute pour avoir trébuché sur une boîte de jeu de construction posée à terre par les enfants venant de l'utiliser.
La responsabilité de l'État a été retenue aux motifs que le carton contenant des jouets était par terre ; que celui-ci aurait dû être rangé par l'institutrice ou par les enfants à son initiative ; qu'en laissant ce carton au sol, celle-ci faisait courir un danger aux enfants ; qu'en tant qu'institutrice d'école maternelle à laquelle étaient confiés des enfants de 4 à 5 ans, elle ne pouvait ignorer qu'à cet âge la vigilance n'est pas celle d'un adulte et qu'un obstacle au sol, déjà susceptible d'entraîner la chute d'une grande personne, est un facteur de risque aggravé pour un jeune enfant ; que cette faute dans la prise en charge de la classe est certes légère ; qu'elle n'en est pas moins la cause directe de l'accident survenu à la victime.

École maternelle publique - Salle de jeux - Responsabilité de l'État non engagée
T. G. I. ANGERS, 07.09.1998, M. et Mme MARTIN c/préfet de Maine-et-Loire, n° 09700197

Un enfant avait fait une chute alors qu'il était monté sur une structure de jeux

installée dans la classe et avait subi un traumatisme maxilo facial. Au moment de la chute, l'institutrice ne regardait pas les enfants mais se dirigeait vers l'entrée pour accueillir les derniers arrivants.
Le tribunal a mis l'État hors de cause au motif qu'il n'est nullement plaidé que l'institutrice avait laissé sciemment sans surveillance les enfants qui lui avaient été confiés ; elle se trouvait confrontée, en raison de l'absence d'une personne, à la nécessité à la fois de surveiller seule les élèves d'un *«âge tendre»*, mais sans doute turbulents pour certains, et d'accueillir les nouveaux arrivants ; le raisonnement selon lequel elle devait nécessairement privilégier la surveillance plutôt que l'accueil ne peut être suivi par le tribunal, dès lors que le très jeune âge des enfants exige aussi pour leur sécurité qu'une prise en charge soit correctement réalisée à l'arrivée dans l'école, en particulier pour éviter de les laisser seuls entre la remise par les parents et le début des activités. Aucune faute personnelle n'est démontrée à l'encontre de l'institutrice de sorte que se pose plutôt la question d'un dysfonctionnement du service de l'établissement qui n'a pas suppléé de manière efficace l'absence d'un agent, toujours prévisible et envisageable pour diverses causes de retard, maladie ou intempéries.

VII.2.3 Accidents du travail

VII.2.3.1 Faute inexcusable de l'employeur

Élève de LEP - Stage en entreprise - Faute inexcusable reconnue
T. A. S. S. Côtes-d'Armor, M. GUILLEMOT c/agent judiciaire du Trésor, n° 2176.97

Alors qu'il travaillait sur une machine combinée poinçonneuse-cisailleuse dans le cadre d'un stage en entreprise, un élève de LEP avait eu le bras droit entraîné dans la rotation de la couronne, une des poignées consistant en une tige filetée ayant accroché le gant de sa main droite. L'intéressé ne pouvant ni atteindre le bouton d'arrêt coup de poing en façade de la machine, ni actionner le boîtier marche-arrêt situé à l'arrière, la machine a continué à tourner.
Le T.A.S.S. a reconnu la faute inexcusable au motif que l'enquête diligentée par la Direction du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle a mis en évidence l'absence sur la machine en cause de dispositifs protecteurs sur les tiges filetées, contrairement aux dispositions de l'article R. 233-1.1 du Code du travail, ainsi que l'absence de dispositif d'arrêt d'urgence. L'inspecteur du travail a également relevé que l'élève portait des vêtements inadaptés car trop grands, ce qui a facilité la réalisation de l'accident. Ces faits caractérisant la faute inexcusable commise par l'entreprise, la responsabilité de l'État, en qualité d'employeur, se trouve donc engagée.

IX. PROCÉDURE CONTENTIEUSE

IX.2 RECEVABILITÉ DES REQUÊTES

Intérêt à agir d'un enseignant d'une université contre la délibération d'un jury accordant un diplôme de l'enseignement supérieur
C.A.A. PARIS, 17.09.1998, PHYTILIS, n°s 97PA02556 et 98PA01036

Un assistant titulaire de droit public participe à la formation des étudiants et peut être conduit à participer aux épreuves auxquels ils sont soumis en vue d'obtenir un diplôme national en droit. À ce titre, il dispose d'un intérêt suffisant pour lui donner qualité pour agir contre les décisions de délivrance de ces diplômes.

*→**NB :** Dans un arrêt du 27 mai 1987, université de RENNES I et LEJEUNE, le Conseil d'État avait admis l'intérêt à agir d'un enseignant d'une université demandant l'annulation de décisions relatives à l'attribution d'un diplôme délivré par l'établissement auquel il appartient et dans une matière proche de celle qu'il enseigne. Il ne s'agit donc pas obligatoirement de la spécialité ou de la mention de cette matière. Par ailleurs, il importe peu de savoir si l'enseignant est ou non membre du jury ayant déclaré l'étudiant admis aux épreuves puisqu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe général du droit n'impose la correction des épreuves d'un examen par les enseignants ayant assuré les enseignements correspondants (T.A. PARIS, 29.10.1997, BECART).*

IX.3 DÉROULEMENT DES INSTANCES

Respect du principe du contradictoire - Communication des mémoires aux parties - Notion de délai suffisant pour répondre
C.A.A. PARIS, 17.09.1998, PHYTILIS, n°s 97PA02556 et 98PA01036

La communication des mémoires aux parties doit leur laisser un délai suffisant pour répondre. Tel est le cas pour une communication reçue le 15 mai 1997 et ayant donné lieu à un mémoire en réponse du 21 mai 1997, l'intéressée disposant à cet effet d'un délai de huit jours, alors que l'audience s'est déroulée le 28 mai 1997.

*→**NB :** Cette décision s'inscrit dans la jurisprudence du Conseil d'État qui n'a censuré que des communications intervenues moins d'une semaine avant l'audience (23.11.1988, MOISSINAC ; 20.01.1989, SIVOM de l'agglomération rouennaise ; 7.04.1993, Société TERCONSEIL : trois jours ; 19.10.1966, secrétariat d'État auprès du Premier ministre c/GRAU : six jours).*
Il est utile de rappeler, à cette occasion, certaines dispositions du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel :
- l'article R. 193 fixe un délai minimum de sept jours francs (dix jours devant les tribunaux administratifs de Mamoudzou, Nouméa et Papeete) pour l'avertissement des parties de la tenue de l'audience. Ce délai était suffisant en l'espèce, l'intéressée ayant été avisée de l'audience le 15 mai 1997.
- l'article R. 155, dans sa rédaction issue du décret n° 97-563 du 29 mai

1997, dispose que si le président de la formation de jugement n'a pas pris une ordonnance de clôture (article R. 154), l'instruction est close trois jours francs avant la date de l'audience indiquée dans l'avis d'audience prévu à l'article R. 193. Cet avis doit le mentionner.
- en cas d'urgence, le délai de sept jours peut être réduit à deux jours par décision expresse du président de la formation de jugement mentionnée sur la convocation. L'instruction est alors close soit après que les parties ou leurs mandataires ont formulé leurs observations orales soit, si ces parties sont absentes ou ne sont pas représentées, après appel de leur affaire à l'audience (articles R. 155 et 193).
- l'article R. 156 dispose que les mémoires produits après la clôture de l'instruction ne donnent pas lieu à communication aux parties et ne sont pas examinés par la juridiction, sauf réouverture de l'instruction.

Recevabilité de conclusions tendant au bénéfice de l'article 75-I de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridictionnelle
C. E., 06.03.1998, DEPOND, n° 184841 (décision mentionnée dans les Tables du Recueil Lebon)

Des conclusions, tendant à l'application de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 aux termes duquel *«dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens, ou à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie les sommes qu'il détermine, au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens»*, ne sont pas recevables si elles ne sont pas expressément dirigées contre une des parties à l'instance.

F. Contin
J. Crain
J.-N. David
L. Jouve
J. Prat
M.-V. Samama-Patte
J.-P. Ronel

● CONSULTATIONS

Publicité effectuée par les établissements d'enseignement sur les formations proposées

Lettre DAJ A1, n° 98-518 du 28 septembre 1998, adressée à un recteur d'académie

Le recteur demandait si le titre II de la loi du n° 71-556 du 12 juillet 1971, portant création et fonctionnement des organismes privés dispensant un enseignement à distance et relative à la publicité et au démarchage faits par les établissements d'enseignement, est applicable aux établissements publics locaux d'enseignement (EPLE) dans le cas où ils envisagent d'éditer une plaquette exposant les formations proposées en leur sein.

L'article 10 du titre II de la loi du 12 juillet 1971 précitée, intitulé «publicité et démarchage», indique clairement que les *«dispositions du présent titre sont applicables à* ***tous*** *les organismes ou établissements d'enseignement»*. Aucune distinction n'est établie entre les établissements d'enseignement publics ou privés.

Par conséquent, l'obligation de l'article 12 selon laquelle toute publicité doit faire l'objet d'un dépôt préalable auprès du ministre de l'Éducation nationale s'applique aussi bien aux établissements privés sous contrat ou hors contrat qu'aux EPLE.

Une telle interprétation est rappelée par la circulaire n° 71-424 du 17 décembre 1971 relative «à l'enseignement privé : application du titre II de la loi n° 71-556 du 12 juillet 1971, relatif à la publicité et au démarchage faits par les établissements d'enseignement (privés)».

Cette circulaire, qui a pour objet d'expliciter les règles applicables aux établissements d'enseignement privés désireux de conduire des campagnes publicitaires, précise, en effet, dans sa première partie, «Champ d'application de la nouvelle réglementation», que le titre II de la loi du 12 juillet 1971 précitée, concerne *«non seulement les établissements privés d'enseignement, de quelque nature qu'ils soient, mais également les établissements publics»*.

En application de la carte scolaire, les élèves ne peuvent librement choisir l'EPLE où ils souhaitent être inscrits. La diffusion de plaquettes par un EPLE, afin de présenter son encadrement administratif les différentes formations dispensées, ne peut donc s'apparenter à une campagne commerciale destinée à séduire des clients. La loi du 12 juillet 1971 précitée ne s'applique donc pas en l'espèce.

La plaquette envisagée devra néanmoins respecter le cadre fixé par les circulaires n° II-67-290 du 3 juillet 1967 et n° 76-440 du 10 décembre 1976 relatives à l'interdiction des pratiques commerciales dans les établissements publics d'enseignement : *«il ne saurait être toléré en aucun cas et en aucune manière que maîtres et élèves servent directement ou indirectement à quelque publicité commerciale que ce soit»*.

Conformément au principe de la neutralité commerciale du service public de l'éducation, les textes précités interdisent de manière absolue non seulement la publicité commerciale dans les établissements d'enseignement mais aussi les actions publicitaires menées au domicile des élèves, par le truchement, en milieu scolaire, des enseignants et des élèves.

Par ailleurs, dans un avis du 19 novembre 1987 relatif aux encarts publicitaires dans les publications administratives, la section de l'Intérieur du Conseil d'État affirme : *«En raison du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, l'insertion dans (les) publications (administratives autres que le bulletin officiel) de messages publicitaires n'est légale que lorsqu'elle peut être regardée comme répondant à un intérêt public ou comme le complément ou le prolongement de l'activité de service public, qui est ici aussi l'information des fonctionnaires et des administrés»*.

Certes, la plaquette de présentation d'un établissement scolaire ne constitue pas une publication administrative *stricto sensu*, mais les règles dégagées en matière de publications administratives autres que le Bulletin Officiel, en tant que la plaquette s'adresse aux parents et aux élèves, usagers du service public, paraissent applicables.

Dès lors, les encarts publicitaires insérés dans une plaquette d'information éditée par un EPLE doivent non seulement respecter l'ordre public et les bonnes mœurs mais aussi, être en rapport avec les activités de service public organisées par un EPLE.

Celui-ci, conformément au principe de spécialité auquel sont soumis les établissements publics, exerce des compétences fixées par le décret n° 85-924 du 30 août 1985 relatif aux EPLE, au premier rang desquelles figure l'organisation du temps scolaire pour transmettre et faire acquérir des connaissances et des méthodes de travail.

Comme le dispose l'article 2 , 8°, du décret précité, l'établissement peut également proposer aux élèves mineurs, sous réserve de l'accord de leurs parents, des activités facultatives qui concourent à l'action éducative.

De plus, la définition statutaire de leur mission n'exclut pas la prise en charge d'activités qui ne sont pas expressément prévues, dès lors qu'elles complètent cette mission statutaire et qu'elles contribuent à améliorer son exercice dans l'intérêt des usagers.

En conséquence, seuls les encarts publicitaires qui prolongent l'information dispensée par un EPLE, dans sa plaquette, ou qui ont un lien avec les activités notamment culturelles, artistiques ou sportives peuvent légitimement y figurer.

Publicité en milieu scolaire

Lettre DAJ A1, n° 98-541 du 12 octobre 1998, adressée à un recteur d'académie

Un recteur sollicitait un avis sur une convention de partenariat qu'une société anonyme proposait à un établissement public local d'enseignement (EPLE) de son académie, notamment au regard du principe de neutralité que doivent respecter les établissements scolaires.

Aux termes de la convention, la société devait installer des distributeurs de boissons dans les établissements en contrepartie de l'organisation, à l'attention des élèves, de visites de son usine et de conférences. Elle s'engageait également à participer à des événements organisés au sein de l'EPLE, en distribuant notamment des objets publicitaires.

Or, les circulaires n° II-67-290 du 3 juillet 1967 et n° 76-440 du 10 décembre 1976 relatives à l'interdiction des pratiques commerciales dans les établissements publics d'enseignement, rappellent que les maîtres et les élèves ne peuvent, en aucun cas et en aucune manière, servir directement ou indirectement à quelque publicité commerciale que ce soit.

Les prestations offertes par l'entreprise participaient indéniablement à une action publicitaire dont la cible est l'élève. Dès

lors, l'EPLE ne pouvait en aucun cas adhérer à cette convention.
Au surplus, un article de la convention stipulait que l'EPLE signataire *«s'engage à confier de manière préférentielle l'installation et l'exploitation de distributeurs automatiques»* à la société. Une telle clause qui en fait paraît attribuer une exclusivité certaine au cocontractant, en tant que seuls les produits de sa marque seront proposés dans les distributeurs, entre dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles sanctionnées par l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence.
Pour autant, aucune disposition légale ou réglementaire ne paraît s'opposer à ce que des distributeurs de boissons soient installés dans l'enceinte d'un EPLE.
Un établissement scolaire exerce des compétences d'attribution fixées par le décret n° 85-924 relatif aux EPLE, conformément au principe de spécialité auquel sont soumis les établissements publics. Au regard de la jurisprudence du Conseil d'État, le respect de ce principe ne s'oppose pas à ce qu'un EPLE assume également des activités qui ne lui ont pas été expressément dévolues. Celles-ci doivent néanmoins apparaître comme complémentaires de sa mission statutaire et contribuer directement à améliorer son exercice, dans l'intérêt des usagers.
Un contrat passé entre un hôpital et une société privée de location, afin de mettre à disposition des patients des récepteurs de télévision, concourt à l'exécution du service public hospitalier (C.E., 8.06.1994, Société Codiam, Rec, p. 294). Dans le même sens, l'installation d'une librairie sur le domaine public universitaire répond à un objet conforme à la mission de l'établissement auquel a été confié ce domaine (10.06.1996, SARL La Roustane et autres et Université de Provence, Rec, p. 168).
L'installation d'un distributeur de boissons, dans l'enceinte d'un EPLE, favorise l'exercice de la mission éducative, contribuant à faire des établissements des lieux de sociabilité. Elle incite les élèves à rester dans l'établissement durant les périodes d'interclasses.
L'autorisation d'occupation du domaine public qui en découle, résulte soit d'un contrat, nécessairement administratif, soit d'un acte unilatéral qui sera un permis de stationnement puisque l'installation de distributeurs de boissons ne paraît pas comporter d'emprise. Cette autorisation d'occupation est révocable, mais le juge s'assure du respect des droits de la défense si le retrait de l'autorisation apparaît comme une sanction (C. E., 5.05.1944, dame veuve Trompier-Gravier, RDP, 1944, p. 256).
Enfin, il appartient au chef d'établissement, responsable de la police du domaine, d'autoriser l'installation de distributeurs, dès lors que cette occupation du domaine public ne comporte pas d'emprise. Si la procédure contractuelle est retenue, une délibération du conseil d'administration est nécessaire.

Droits d'auteur et musique d'attente téléphonique

Lettre DAJ A1, n° 98-552 du 14 octobre 1998, adressée à un recteur d'académie

La Société civile pour l'exercice des droits des producteurs phonographiques (SCPP) avait soumis à un recteur un contrat dont la conclusion devait permettre, en contrepartie du paiement d'une redevance, de maintenir la diffusion d'une œuvre musicale à l'occasion de l'attente téléphonique des correspondants du rectorat.
La SCPP est une société de gestion collective qui gère les droits des producteurs de phonogrammes. Société civile déclarée auprès du ministère de la Culture, elle perçoit les redevances auprès des utilisateurs de phonogrammes et les répartit entre les producteurs et, le cas échéant, les artistes interprètes. Elle est donc parfaitement fondée à solliciter le paiement d'une redevance autorisant à communiquer au public un phonogramme qui appartient à son catalogue.
La SCPP intervient au titre de la sauvegarde des droits voisins des droits d'auteurs, consacrés par le livre deuxième du code la propriété intellectuelle, intitulé « des droits voisins des droits d'auteurs».
Ainsi, sont reconnus des droits à certains collaborateurs des auteurs. Ils ne créent pas d'œuvre de l'esprit mais contribuent à l'existence de celle-ci. Le Code de la propriété intellectuelle (CPI) énumère les titulaires des droits voisins parmi lesquels figurent les producteurs de phonogrammes qui sont, selon la définition de l'article L. 213-1 du CPI, les personnes, physiques ou morales, qui ont *«l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence de son»*.
Conformément à l'article L. 213-1 du CPI, l'autorisation du producteur de phonogramme est requise avant toute reproduction ou communication de son phonogramme au public. En contrepartie de cette autorisation, le producteur de phonogramme est libre de demander une rémunération. C'était le cas en l'espèce.
La méconnaissance de ces règles est sévèrement sanctionnée. L'article L. 335-4 du CPI prévoit en effet une amende de 1 000 000 F en cas de *«défaut de versement de la rémunération due [...] au producteur de phonogramme au titre [...] de la communication publique»*.
Pour prévenir tout risque de poursuites pénales, il importe de se conformer aux prescriptions du CPI et donc, de contracter avec la Société civile pour l'exercice des droits des producteurs de phonogrammes (SCPP). la société qui assure la maintenance des communicateurs numériques ne gère pas les droits définis par le CPI. Elle n'était nullement tenue d'alerter le rectorat sur l'obligation de respecter les droits du producteur du phonogramme utilisé qui appartient au répertoire géré par la SCPP.
La SCPP a, en effet, établi une tarification forfaitaire, par tranche, en fonction du nombre de lignes téléphoniques qui proposent aux correspondants du rectorat une musique. Il convient de s'assurer que les lignes téléphoniques retenues par la SCPP utilisent bel et bien une musique de garde.
S'il est envisagé la création d'une musique de garde, cette démarche doit tenir compte des recommandations suivantes.
1) l'enregistrement à l'initiative du recteur d'une musique ne le libérera que des droits voisins du producteur de phonogramme.
En effet, conformément à l'article L. 211-1 du CPI, la reconnaissance de droits voisins ne doit pas *«être interprétée de manière à limiter l'exercice du droit d'auteur par ses titulaires»*. Un article du contrat, transmis par la SCPP, s'analyse comme une clause de garantie aux termes de laquelle le rectorat prémunit la SCPP contre les risques de recours en réparation qu'introduiraient d'éventuels ayants droit de l'auteur.
Par conséquent, si l'enregistrement d'une sonorisation musicale est projetée et que le choix porte sur une œuvre qui n'appartient pas encore au domaine public, il faudra acquitter les droits d'auteur à la SACEM. Cette obligation subsiste soixante-dix ans après le décès de l'auteur

en application de l'article L. 123-1 du CPI.
Aussi est-il préférable, pour être libéré de tout droit, d'enregistrer une œuvre plus ancienne ou de commander la création d'une œuvre originale.
2) Si l'œuvre musicale retenue appartient au domaine public, il faut cependant respecter les droits moraux attachés à l'œuvre, notamment le droit au respect de son intégrité. Cette exigence s'impose notamment en cas d'adaptation ou de variation de l'œuvre.
Le CPI autorise les adaptations ou les arrangements d'une œuvre de l'esprit existante et les qualifie alors d'œuvres dérivées (article L. 112-3 du CPI). La liberté de celui qui décide d'adapter une œuvre, de procéder à des variations, n'est cependant pas illimitée. Dans l'hypothèse d'une variation, celle-ci doit être fidèle à l'œuvre originale et ne doit pas en dénaturer le caractère (Cass., Civ. 1ère, 22.11.1966, Consorts Bernanos c/Société anonyme Champs Elysées Production et autres, D. 1967, J., p. 485).
3) En cas de réalisation d'une œuvre dérivée, à partir d'une œuvre originale libérée de droit, ou de création d'une œuvre originale, certaines précautions sont nécessaires pour être titulaire des droits patrimoniaux attachés à l'œuvre créée.
Lors de l'élaboration de la convention qui aura pour objet la commande d'une musique d'attente téléphonique, doit être prévue expressément une clause de cession des droits de reproduction et de représentation au bénéfice du rectorat.
Une telle clause doit être incluse, même si l'œuvre est créée par des agents publics. En effet, aux termes d'un avis du Conseil d'Etat, Section de l'Intérieur, du 21.11.1972, OFRATEME, l'agent public peut revendiquer le bénéfice des droits patrimoniaux si l'œuvre est créée lors de l'exécution du service.
«Les nécessités du service exigent que l'administration soit investie des droits de l'auteur sur les œuvres de l'esprit» lorsque leur création est l'objet même du service.
Il appartient à l'administration d'établir, en cas de contestation, que l'œuvre a été créée dans le cadre du service.
Or, la réalisation d'une musique d'attente ne paraît pas liée à l'objet même du service public de l'éducation pris en charge par les services rectoraux. Par conséquent, en l'absence d'une clause de cession de droit, le fonctionnaire ou l'agent qui composera une œuvre dérivée ou une œuvre originale aura certainement la jouissance des droits.

Condamnation pénale d'un étudiant de troisième cycle de médecine

Lettre DAJ B1, n° 429 du 16 septembre 1998, adressée à un président d'université

L'étudiant concerné, qui, pour un délit commis dans sa fonction hospitalière, avait fait l'objet d'une condamnation pénale comportant *«l'interdiction définitive d'exercer toute profession médicale entraînant un contact avec les patients»*, demandait néanmoins à s'inscrire dans un troisième cycle de médecine spécialisée. Le président de l'université souhaitait savoir si l'intéressé était en droit d'obtenir cette inscription et s'il pouvait être traduit devant la section disciplinaire de l'établissement.
1) Sur le premier point, la réponse est négative. Selon les dispositions du décret n° 88-321 du 7 avril 1988 relatif à l'organisation du troisième cycle des études médicales, la préparation du diplôme d'études spécialisées comporte obligatoirement des fonctions pratiques dans des services hospitaliers. Il peut donc lui être refusé de poursuivre ses études dans la mesure où cet étudiant se verrait dans l'impossibilité d'accomplir sa formation hospitalière, et où une inscription serait de nature à fournir à l'intéressé le moyen de se soustraire à l'interdiction prononcée par l'autorité judiciaire.
2) Sur le second point, le principe de l'indépendance de l'action disciplinaire à l'égard de l'action pénale autorise l'administration à poursuivre l'intéressé sur la base des mêmes faits, à condition que ceux-ci puissent être qualifiés par référence aux manquements sanctionnés par les textes régissant le régime disciplinaire des usagers des établissements publics d'enseignement supérieur.
À ce titre, le décret n° 92-657 du 13 juillet 1992 relatif à la procédure disciplinaire dans les établissements publics d'enseignement supérieur placés sous la tutelle du ministre chargé de l'enseignement supérieur prévoit, à l'article 2, 2°, *b,* l'engagement de la procédure disciplinaire pour les faits de nature à porter atteinte à l'ordre ou au bon fonctionnement d'un établissement d'enseignement supérieur. Bien que les faits incriminés aient été commis dans le cadre de l'activité hospitalière, l'insertion pleine et entière de celle-ci dans le cursus de la formation universitaire justifie la comparution de cet étudiant devant la section disciplinaire de l'université.

Limitation des heures complémentaires effectuées par les enseignants-chercheurs

Lettre DAJ B1, n° 446 du 25 septembre 1998, adressée à un recteur d'académie

La Direction des affaires juridiques était interrogée par un recteur sur la légalité d'une délibération du conseil d'administration d'une université décidant de limiter le nombre d'heures supplémentaires susceptibles d'être effectuées par chaque enseignant de l'établissement, *«tant en formation initiale que continue et pour tous lieux d'exercice»*. Il lui a été répondu de la manière suivante.
Outre que les questions statutaires ne relèvent pas de la compétence du conseil d'administration (art. 28 de la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur), il a été rappelé qu'en vertu de l'arrêté du 15 décembre 1997 portant délégation de pouvoirs en matière de recrutement et de gestion des professeurs des universités et des maîtres de conférences (J.O. du 14 janvier 1998, p. 555), il appartient au seul président de l'université d'autoriser ou de refuser les cumuls de rémunérations dont ces personnels souhaiteraient bénéficier. Le conseil pourrait éventuellement être consulté, au titre de la politique de l'établissement, mais sans pour autant que le président soit lié par son avis.
En conséquence, la délibération en cause a été prise dans un domaine étranger à la compétence du conseil d'administration et est donc entachée d'illégalité. Comme telle, elle serait susceptible de faire l'objet du déféré rectoral prévu à l'article 46 de la loi du 26 janvier 1984 précitée. Le tribunal administratif de Besançon a ainsi annulé, dans une décision du 2 avril 1998, recteur de l'académie de Besançon, une délibération fixant des règles générales en matière d'obligations statutaires de service du personnel enseignant.

S. Champeyrache
É. Laurier
M. Lopez-Crouzet

● CHRONIQUES

LA PREUVE ET LES TECHNOLOGIES NOUVELLES

(suite de la page 1)

L'auteur de ces lignes qui, de par ses fonctions, régénère des fichiers en apparence détruits de nombreuses fois dans l'année, a donc, tout naturellement, été amené à s'interroger sur la nature des documents reposant sur un support magnétique, tel que le disque dur d'un micro-ordinateur. Il est, en effet, troublant de constater qu'un même fichier peut tantôt être accessible sans aucune difficulté par son auteur ou par toute autre personne autorisée, et tantôt n'exister que de manière virtuelle et n'être lisible qu'au prix de la mise en œuvre de techniques sophistiquées.

À partir de ce constat, il n'est pas difficile d'imaginer les nombreux applications, plus ou moins honnêtes, qui peuvent découler de la nature fugitive des documents entreposés dans un micro-ordinateur. Un utilisateur qui, par exemple, souhaiterait dissimuler des documents susceptibles de conduire à la mise en cause de sa responsabilité pénale, pourrait les enfouir dans son disque dur et les rendre parfaitement invisibles à qui tenterait de faire l'inventaire de ce disque. Ce cas de figure nous amène à poser la question du statut de la preuve face aux développements des technologies nouvelles et, plus précisément, celle du combat entre les techniques qui permettent de dissimuler les documents susceptibles d'avoir une force probante à l'égard de ceux à qui ils pourraient être opposés et les techniques permettant d'exhumer les documents ainsi enfouis, dans une intention coupable.

Les techniques de dissimulation (ou d'enfouissement) des documents ne sont d'ailleurs pas uniquement composées de méthodes permettant de stocker ceux-ci dans un recoin inaccessible (en principe) du disque dur. Il en est d'autres qui reposent sur le codage (le terme consacré est «cryptage») du document, de manière à le rendre incompréhensible à toute personne qui ne détient pas la «clef» qui en permet l'appréhension.

Notre droit, comme nous le vérifierons dans les lignes qui suivent, tente de maîtriser l'évolution des techniques aux finalités perverses qui pourraient, si elles n'étaient pas sévèrement encadrées ou même, parfois, interdites, permettre l'épanouissement d'une «criminalité numérique» qui serait hors d'atteinte de toute sanction pénale, faute, pour les services de police et les magistrats instructeurs, de relever le moindre élément de preuve. Mais, en tout état de cause, ce droit est encore parcellaire et n'a vraiment trouvé son plein développement qu'en matière de «cryptologie».

L'exposé du droit et des techniques de lutte contre la dissimulation de la preuve est nécessairement complexe et pourrait se révéler, si nous n'y prenions garde, extrêmement rébarbatif pour un juriste dont les connaissances en matière d'informatique ne sont pas particulièrement développées. Telle est la raison pour laquelle nous allons partager la présente chronique en deux parties : la première consacrée aux dispositions générales du droit pénal concernant la dissimulation (et la destruction) de la preuve, aux techniques d'«enfouissement» de cette preuve et aux moyens techniques permettant de la restaurer ; la seconde, aux techniques de cryptage et à son encadrement juridique.

Première partie
DROIT, ALTÉRATION ET DESTRUCTION DE LA PREUVE

I - LE DROIT PÉNAL ET LA PREUVE

Les dispositions pénales susceptibles d'être appliquées lorsqu'une personne entend enfouir une preuve résidant sur un support informatisé reposent essentiellement dans l'article 434-4 du Code pénal. Ce n'est qu'à titre «exploratoire» que nous évoquerons la possibilité de faire intervenir les dispositions des articles 323-1 et suivants, relatifs aux «atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données», dans quelques rares cas de figure ayant trait à l'objet de la présente chronique.

A - L'article 434-4 du Code pénal

L'article 434-4 du Code pénal renferme, entre autres dispositions, celles qui énoncent les sanctions applicables aux personnes qui détruisent, dissimulent ou altèrent les documents (ou les objets) ayant (ou étant susceptibles d'avoir) un caractère probant.

Ses termes en sont les suivants :

«Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende le fait, en vue de faire obstacle à la manifestation de la vérité :
1° De modifier l'état des lieux d'un crime ou d'un délit soit par l'altération, la falsification ou l'effacement des traces ou indices, soit par l'apport, le déplacement ou la suppression d'objets quelconques ;
2° De détruire, soustraire, receler ou altérer un document public ou privé ou un objet de nature à faciliter la découverte d'un crime ou d'un délit, la recherche des preuves ou la condamnation des coupables.
Lorsque les faits prévus au présent article sont commis par une personne qui, par ses fonctions, est appelée à concourir à la manifestation de la vérité, la peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et à 500 000 F d'amende».

Cet article est inséré dans le Livre IV du Code pénal («Des crimes et délits contre la Nation, l'État et la Paix publique»), Titre III («Des atteintes à l'autorité de l'État»), Chapitre IV («Des atteintes à l'action de la justice»), Section I («Des entraves à la saisine de la justice»).

Dans cette section, il voisine avec différents articles qui visent à punir :

1°) ceux qui n'informent pas les autorités judiciaires ou administratives de la

commission effective ou imminente d'un crime (article 434-1 et 434-2), des mauvais traitements infligés à un mineur ou à une personne affaiblie (434-3) ;
2°) ceux qui usent de menace en vue de déterminer la victime d'un crime ou d'un délit à ne pas porter plainte ou à se rétracter (434-5) ;
3°) ceux qui aident les auteurs de crimes ou leurs complices à se soustraire aux recherches ou à l'arrestation ;
4°) ceux qui recèlent le cadavre de la victime d'un homicide ou de violences.

Le contenu de cette section présente, certes, un caractère quelque peu hétéroclite mais un point commun unit, néanmoins, les différents articles qui la composent : le souci de punir tout acte ou toute abstention qui laisserait la justice dans l'ignorance d'actes criminels ou délictueux ou qui ne lui permettrait pas d'avoir accès à la pleine connaissance des éléments de fait qui constituent le contexte matériel de tels actes. C'est d'ailleurs à ce dernier titre que l'article 434-4 prend place dans ladite section.

On ne manquera pas d'observer qu'il fédère autour de la notion «d'obstacle à la manifestation de la vérité» deux types de délits : celui qui consiste à empêcher l'autorité judiciaire de dresser un état exact du lieu ou un crime où un délit a été perpétré et celui qui vise à priver celle-ci de l'accès à des documents ou des objets nécessaires à la recherche de preuves ou à la condamnation d'un criminel ou d'un délinquant.

Ce dernier point, qui constitue le 2° de l'article 434-4 du Code pénal, doit faire l'objet d'une analyse attentive, analyse dirigée vers un objectif essentiel compte tenu de l'objet de la présente chronique : déterminer si un document informatisé, son support magnétique ou l'appareil permettant de le lire sont compris au nombre des documents ou des objets visés par le législateur.

1° - Quel est le statut du document informatisé au regard de l'article 434-4 2° ?

À cette question il n'est possible de répondre qu'en faisant appel à la réflexion et au raisonnement par analogie ; la jurisprudence, en effet, ne nous offre guère de ressources pertinentes.

En tout état de cause, il convient, avant toute autre considération, de tenir compte du fait que la rédaction de l'article 434-4 du Code pénal est intervenue dans les toutes premières années de la décennie 90, à une époque où le développement de l'outil informatique était déjà parfaitement intégré dans l'évolution de notre droit. Il serait donc pour le moins surprenant que le législateur n'ait pas voulu inclure les documents informatisés parmi ceux dont la destruction, la soustraction, le recel ou l'altération sont pénalement sanctionnés. Et d'ailleurs, l'absence de texte visant spécifiquement la destruction des documents informatisés lorsque ceux-ci sont susceptibles de permettre «la recherche des preuves ou la condamnation des coupables» suffit à dissiper toute équivoque, sauf à considérer (hypothèse hautement improbable) qu'il existe un vide juridique.

La seule ambiguïté qui pourrait subsister réside dans le point de savoir si, dans le cas d'un élément de preuve informatisé, le document est constitué par les données informatisées elles-mêmes ou par son support, qui peut être, par exemple, une disquette. L'approfondissement de ce point ne relève nullement d'un quelconque byzantinisme juridique ; en effet, ainsi que nous l'avons précisé précédemment, les données numérisées sont susceptibles de reposer sur des supports très différents les uns des autres, disquette, disque dur, cassette (de sauvegarde), disque optique-numérique, etc. Elles peuvent même n'avoir pas d'autre localisation que la mémoire vive d'un micro ordinateur : tel est le cas, par exemple, d'un texte en cours de rédaction et qui n'a pas encore fait l'objet d'une sauvegarde. C'est, précisément, ce type d'existence virtuelle, purement électronique et non pas magnétique, d'un document qui nous autorise à penser que sous le terme «document» tel qu'il figure dans l'article 434-4, il faut entendre «données informatisées», même si celles-ci ne reposent encore sur aucun support. Il ne serait pas rationnel, en effet, qu'une personne, qui serait en train d'élaborer un texte où seraient consignés des éléments de preuve recherchés par les autorités judiciaires, ne soit pas poursuivie si elle éteint son ordinateur lorsqu'arrivent les policiers chargés de l'interpeller.

Les disquettes, disques durs et autres supports constituent à notre sens les «objets» visés par l'article 434-4- 2°. Il en va d'ailleurs de même de l'ordinateur lui-même, dans la mesure où il contient un disque dur.

La question du statut du document informatisé et de son insertion dans l'article 434-4 étant, nous l'espérons, éclaircie, il reste un point important à préciser : quels sont les actes portant atteintes à ces documents qui sont pénalement sanctionnés ?

2° - Quels sont les actes pénalement sanctionnés ?

L'article 434-4 2° punit la destruction, la soustraction, le recel ou l'altération d'un document public ou privé ou d'un objet, à la condition expresse que ceux-ci soient de nature à faciliter à l'autorité judiciaire la recherche de preuves ou la condamnation d'un coupable.

Au strict point de vue des techniques informatiques, chacun des actes précités répond à une manipulation nettement caractérisée ; la destruction sera opérée par l'effacement d'un fichier, la soustraction par sa copie (avant destruction) sur un autre support qui sera, ensuite, dissimulé et l'altération par une modification partielle de ce fichier ou par la suppression de certaines de ses parties. Le recel peut se concevoir sous la forme de l'hébergement sur le micro-ordinateur par un tiers (à la suite, par exemple, d'un transfert par messagerie électronique), de fichiers compromettants pour l'auteur de l'infraction principale.

L'article 434-4 2° n'évoque pas expressément un acte tel que le cryptage du document ; on peut imaginer en effet qu'une personne cherche à soustraire un document aux investigations de la police ou de la justice en le rendant illisible grâce à la mise en œuvre d'un procédé de codage (techniquement qualifié de «cryptage»). Certes, il est loisible de considérer que le cryptage n'est qu'une forme de soustraction ou, peut-être, d'altération du document mais le respect du principe selon lequel la loi pénale est d'interprétation stricte nous oblige à formuler les plus expresses réserves sur cette assimilation. En effet, le cryptage, qui n'est pas

une destruction matérielle du document puisque celui-ci subsiste, n'est pas non plus une «soustraction», tout au moins dans la mesure où il n'y a pas déplacement matériel de ce document.

Le cryptage n'est pas, non plus, une altération du document puisqu'il consiste, somme toute, en une traduction exacte de ce dernier dans un autre langage (hermétique, il est vrai). En fait, le seul terme qui pourrait exprimer la mise en œuvre d'un procédé de cryptage dans le contexte de l'article 434-4 2° serait celui de «dissimulation», expression qui ne suppose pas nécessairement un transfert du document ni son altération.

Sur ce point, il importe de faire ici une remarque importante : la «dissimulation» d'un document faisait partie des actes pénalement sanctionnés par l'article 439 alinéa 2 de l'ancien Code pénal, article auquel s'est substitué l'article 434-4 2° ; ses termes en étaient les suivants : *«Quiconque aura sciemment détruit, soustrait, recelé,* ***dissimulé*** *ou altéré un document public ou privé de nature à faciliter la recherche des crimes ou délits, la découverte des preuves ou le châtiment de leur auteur sera, sans préjudice des peines plus graves prévues par la loi, puni ainsi qu'il suit».* Le rédacteur du «nouveau» Code pénal n'ayant pas repris le terme «dissimulé» dans sa rédaction, on ne saurait établir s'il s'agit là d'un oubli ou omission volontaire en raison d'un rapprochement hâtif avec les autres actes sanctionnés. Mais, en tout état de cause et comme nous ne manquerons pas de le faire observer dans les prochains développements de cette chronique, le «cryptage» est une source d'équivoques juridiques qui peuvent se révéler très lourdes de conséquences.

Enfin, et pour clore l'examen des actes sanctionnés par l'article 434-4 2°, il convient de préciser un point important : «la destruction, la soustraction, le recel ou l'altération» emporteront la condamnation de leur auteur dès lors qu'il seront commis dans l'intention de faire obstacle à la manifestation de la vérité et ce, même si aucune enquête policière ou aucune instruction judiciaire n'a encore commencé. Ce qu'a entendu punir le législateur, ce sont les manœuvres tendant à effacer les traces d'un crime ou d'un délit et non pas, exclusivement, l'entrave au fonctionnement de la justice. Cet aspect de la loi rejaillit, d'ailleurs, sur un autre point important : celui de la détermination de la personne punissable.

3° - Quelles sont les personnes punissables ?

Les dispositions de l'article 434-4 2° ne sont pas applicables à l'auteur du crime ou du délit principal ; ne peuvent êtres punies, en effet, que des personnes qui entendent, par exemple, venir en aide à cet auteur principal. Ceci ressort d'une jurisprudence (Cass. Crim., 11 février 1954) rendue sur le fondement de l'article 439 de l'ancien Code pénal qui a précédé l'article 434-4. Une telle solution serait vraisemblablement reconduite, sous l'empire de ces nouvelles dispositions, dans la mesure où leur application à l'auteur principal équivaudrait selon certains juristes (Paul Malibert, conseiller honoraire à la cour de Cassation dans son article «Altération des preuves au cours d'une procédure judiciaire», Jurisclasseur de Droit pénal) à renverser la charge de la preuve ; on imagine difficilement, en effet, que l'on puisse poursuivre l'auteur d'un crime ou d'un délit sur la base de preuves dont on lui ferait, par ailleurs, grief de les avoir détruites ou altérées. C'est ainsi, par exemple, que la personne qui se livre à la copie illicite de logiciels et qui détruit celui qui lui sert de modèle ne pourra être poursuivie que du seul chef de violation de la propriété intellectuelle et non de celui d'entrave à la saisine de la justice selon les dispositions de l'article 434-4 2°.

Cette remarque est importante pour la suite de notre exposé car il conviendra de ne jamais oublier que la destruction de preuves n'emportera pas l'application des peines prévues par cet article, dès lors qu'elles sont le fait de l'auteur principal d'un crime ou d'un délit.

On ne manquera pas, avant de clore ce développement, d'observer que la «tentative» n'est pas punissable ; en effet, le législateur ne l'a pas prévue expressément comme tel doit être le cas en matière de délits (article 121-4 du Code pénal).

Par ailleurs, on signalera que le dernier alinéa de l'article 434-4 dispose que *«lorsque les faits prévus au présent article sont commis par une personne qui, par ses fonctions, est appelée à concourir à la manifestation de la vérité, la peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et à 500 000 F d'amende».*

De l'étude de l'article 434-4 2° on retiendra, à titre principal, qu'il a pour vocation de punir l'entrave au fonctionnement de la justice et qu'il n'est pas une circonstance aggravante à la commission d'un crime ou d'un délit. Sa mise en œuvre, comme nous l'avons fait observer, ne sera possible que dans des cas d'espèces, somme toute réduits, car ne concernant pas l'auteur principal d'une infraction. Il en va de même, mais à une échelle encore plus réduite, des dispositions des articles 323-1 et suivants qui concernent les atteintes portées aux systèmes de traitement automatisé de données.

B - Les article 323-1 et suivants du Code pénal

La vérité nous oblige à dire que l'application des articles 323-1 et suivants du Code pénal à des cas de figure concernant la destruction de preuves sur support informatisé ne se rencontrera que de manière très exceptionnelle ; mais la probabilité n'étant pas nulle, nous nous devons de l'évoquer ici, ne serait-ce que pour faire bénéficier le lecteur d'un rappel des dispositions relatives aux atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données, objet de ces articles.

Les termes de l'article 323-1 sont les suivants : *«le fait d'accéder ou de se maintenir frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.*
Lorsqu'il en est résulté soit la suppression ou la modification des données contenues dans le système, soit une altération du fonctionnement de ce système la peine est de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende».

L'article 323-2 ajoute que *«le fait d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende».*

Enfin, l'article 323-3 énonce que *«Le fait d'introduire frauduleusement des données dans un système de traitement automatisé ou de supprimer ou de modifier frauduleusement les données qu'il contient est puni de trois ans d'emprisonnement de 300.000 F d'amende».*

À la lecture de ces dispositions, il apparaît avec évidence que le législateur a visé un double objectif :
- sanctionner la suppression ou la modification de données lorsqu'elles résultent d'une intrusion frauduleuse dans un système de traitement automatisé, que ces atteintes soient volontaires (article 323-3) ou non (article 323-1) ;
- punir le fait d'entraver ou de fausser le système même si l'intrusion dans celui-ci n'est pas accomplie de manière frauduleuse (article 323-2).

La destruction des éléments de preuve reposant sur un support informatisé, objet de la présente chronique, est donc susceptible de répondre aux exigences posées par ces différents articles dans deux cas de figure essentiels :
- la paralysie du système volontairement provoquée par la personne en charge du traitement automatisé ;
- le traitement frauduleux de données (introduction de données erronées, modifications, suppression).

Nous supposons bien évidement que ces gestes sont sciemment accomplis ; aussi n'évoquerons-nous plus l'hypothèse envisageable à la lecture de l'article 313-1, à savoir la destruction involontaire de données.

1) La paralysie du système d'information volontairement provoquée par la personne en charge du traitement automatisé

L'article 323-2 du Code pénal, en évoquant le fait d'«entraver» ou de «fausser le système de traitement automatisé de données» punit, en fait, ce qu'il convient de désigner sous l'appellation triviale de «sabotage».

Entraver ou fausser le système conduit à la paralysie de ce dernier, c'est-à-dire à l'impossibilité d'y accéder ou de le faire fonctionner correctement. De telles pratiques peuvent effectivement conduire à empêcher l'autorité judiciaire d'avoir connaissance d'éléments d'information susceptibles d'avoir un caractère probant. Dans une telle hypothèse, la preuve n'est pas détruite ou altérée mais se trouve inaccessible.

Bien des moyens peuvent être employés pour «entraver» le fonctionnement d'un système d'information. Le délinquant peut, par exemple, modifier les codes d'accès (mots de passe) du système ; il peut aussi introduire un virus, non moins pervers quoique de mise en œuvre plus simple encore : l'effacement de certains fichiers de commande du système.

En ce qui concerne le fait de «fausser» le fonctionnement du traitement automatisé, avec, pour résultat, d'amener celui-ci à produire des informations erronées (ce qui, dans notre optique, équivaut à altérer les éléments de preuve), les moyens qui peuvent être mis en œuvre sont moins variés qu'en matière d'«entrave» ; ils se résument, dans la majorité des cas, à modifier le programme de traitement des données.

En tout état de cause, ces pratiques condamnables ne peuvent être le fait que de personnes qui maîtrisent parfaitement le système d'information et qui savent que celui-ci recèle des informations qui sont susceptibles d'être retenues à leur encontre dans le cadre d'une action pénale. La destruction de telles informations, c'est-à-dire d'éléments de preuve, relève des dispositions de l'article 323-2 du Code pénal.

2) Le traitement frauduleux de données (introduction de données erronées, modifications, suppression)

Le traitement frauduleux de données relève des dispositions de l'article 323-3. Il réside dans l'introduction, la suppression ou la modification d'éléments d'information et non dans une modification du programme destinée à générer des éléments erronés (hypothèse de l'article 323-2 : fausser le fonctionnement du système).

Les termes de cet article sont suffisamment évocateurs pour nous dispenser de dresser un tableau des «manœuvres» qui s'y trouvent visées. En tout état de cause, celles-ci sont, au strict point de vue technique, plus faciles à mettre en œuvre que celles qui ont pour objectif la paralysie du système : la suppression, la modification ou l'ajout d'une «fiche» sont, en effet, des opérations habituelles pour toute personne ayant en charge le traitement de données et il n'est pas nécessaire d'être informaticien de métier pour y procéder.

En tout état de cause, et aux termes de ce développement consacré à l'état du droit en matière de destruction ou d'altération de preuves, il faut souligner que le Code pénal n'a pas abordé cette question de manière globale ; les articles dont nous venons de faire l'analyse sont, en effet, dispersés sous deux rubriques : «Entraves au fonctionnement de la justice» et «Atteintes aux systèmes de traitement automatisé des données». Leurs champs ne se recouvrent pas et l'absence de prise en compte de l'outil informatique parmi les moyens permettant d'entraver la saisine de la justice est le témoignage d'un certain retard conceptuel qui, n'en doutons pas, sera, un jour ou l'autre, comblé.

Ces propos ne doivent pas laisser penser que la criminalité informatique a de beaux jours devant elle. Bien au contraire, et quand bien même le droit pénal ne l'aurait-il pas encore totalement intégré dans ses schémas, les progrès techniques permettent dès à présent de la mettre en échec : il n'est guère de documents qui puissent être soustraits totalement et définitivement aux investigations de l'autorité judiciaire. Telle sera la démonstration qui constituera l'objet de la seconde partie de cette chronique.

II - LA LUTTE CONTRE LA DESTRUCTION OU L'ALTÉRATION DE LA PREUVE

Tout document ayant fait l'objet d'un enregistrement sur un support magnétique (disque dur ou disquette) laisse sur ce dernier une trace durable qui, bien que dégradée, peut, dans la grande majorité des cas, rester accessible à la lecture et conduire à la «reconstruction» du document initial. Ce n'est qu'en cas de destruction matérielle de ce support magnétique que tout espoir de restauration est alors perdu. Tel sera l'objet principal du développement qui va suivre ; mais il convient de ne pas négliger un autre point

important, ayant trait à l'«informatique communicante» c'est-à-dire aux technologies de type «internet». Il se trouve, en effet, que l'accès aux sites «Web» (dont certains contiennent des informations tombant sous le coup de la loi pénale) laisse une trace parmi les multiples fichiers qui composent le système d'exploitation des micro-ordinateurs ; c'est pourquoi il sera très souvent possible de recueillir la preuve de l'accès à de tels sites (pédophiles, par exemple).

A - Destruction et restauration de la preuve sur support magnétique

La destruction d'un fichier contenant des informations (pouvant constituer un élément de preuve) est réalisée au travers d'une commande d'effacement des fichiers, variable selon les systèmes d'exploitation en cause (MS-DOS, MAC-OS, NETWARE, UNIX, etc.).

L'effet produit par une telle commande n'est pas une destruction pure et simple des fichiers mais une autorisation donnée au système d'exploitation d'écrire un nouveau fichier à l'emplacement de celui qui est censé avoir été «détruit».

On comprend donc sans peine que tant qu'aucun ordre de réécriture sur cet emplacement n'a été donné par le système d'exploitation, le fichier «détruit» reste, en fait, lisible, pourvu que l'on mette en œuvre la procédure adéquate.

Cette procédure n'est pas unique et dépend à la fois du type de système d'exploitation utilisé et de l'état de dégradation des données initiales.

1) Destruction et restauration des données en fonction du système d'exploitation

Nous ne prendrons pour exemple que les seuls systèmes d'exploitation NETWARE 3.12 et MS-DOS 6, qui ne sont certes pas les plus récemment apparus, mais qui ont le mérite de se prêter très facilement à la description de leurs fonctions essentielles.

NETWARE 3.12 permet d'exploiter les installations en réseau et présente la particularité de préserver l'intégrité des fichiers effacés (volontairement ou par inadvertance) par l'utilisateur, tant qu'il reste de l'espace sur le disque dur du serveur du réseau. À tout moment, et pourvu que de nouveaux fichiers n'aient pas encore recouvert l'espace attribué aux fichiers détruits, l'administrateur du réseau peut récupérer ces fichiers en apparence effacés ou détruits. L'auteur de ces lignes a bien souvent procédé à de tels «sauvetages» qui ont, ainsi, permis à des collègues maladroits de pouvoir continuer à travailler sur les documents effacés de manière intempestive.

Il va de soi que des documents volontairement détruits pourraient faire l'objet d'une même procédure de récupération ; celle-ci, précisons-le, ne peut être mise en œuvre que par une personne (en général, l'administrateur du réseau) ayant une très bonne connaissance de l'architecture du système de fichiers. De plus, l'administrateur du réseau est la seule personne qui soit autorisée à mettre en œuvre la procédure permettant de détruire définitivement les fichiers en apparence détruits ou effacés.

Ces considérations nous amènent tout naturellement aux conclusions suivantes :
- les utilisateurs d'un réseau ne peuvent effacer définitivement les documents qu'ils ont sauvegardés sur le disque du serveur ;
- l'administrateur du réseau dispose à la fois des moyens de les effacer définitivement ou de les rendre de nouveau accessibles. C'est peu dire qu'il dispose d'un pouvoir considérable car il est à même de disposer du sort de documents dont la production peut, le cas échéant, établir que leur auteur a enfreint des dispositions pénales. On ne saurait donc trop recommander à ces administrateurs de réseau de n'user que de manière prudente de la commande permettant de «purger» le disque du serveur des fichiers effacés.

Certes, le système d'exploitation MS-DOS, installé sur environ 80 % du parc micro-informatique français n'efface ni ne détruit définitivement les fichiers. Les commandes «DELETE» ou «ERASE» peuvent être annulées par une autre commande telle que «UNDELETE» ou «UNERASE». Mais, à la différence de la commande permettant d'obtenir le même résultat avec le système NETWARE, cette manœuvre se révèle beaucoup plus aléatoire quant à son résultat. L'espace occupé par un fichier en apparence effacé est, en effet, très rapidement occupé par les fichiers nouveaux, ce qui limite singulièrement les possibilités de récupération par le biais des commandes précitées. De plus, l'expérience acquise en ce domaine nous permet de dire que ces dernières, même si l'on y a recours dans les instants qui suivent un effacement volontaire ou accidentel, ne présente aucune garantie de fiabilité. Tout espoir de «sauvetage» de données détruites n'est pourtant pas perdu, ce sont alors des techniques plus sophistiquées qu'il convient de mettre en œuvre.

2) Destruction et restauration des données en fonction de leur état de dégradation

Le contenu d'un disque (ou d'une disquette) peut être récupéré grâce à des logiciels spécialisés qui constituent des «outils» permettant non seulement de localiser des fichiers effacés mais encore de les lire et de les rendre de nouveau accessibles. Certes, pour les raisons que nous avons précisées quelques lignes plus haut, ces fichiers peuvent être en partie irrécupérables, leur emplacement se trouvant occupé partiellement par de nouveaux fichiers, mais la possibilité existe de sauver ce qui peut l'être encore.

La mise en œuvre de tels outils se révèle spectaculaire. Les noms des fichiers effacés ou détruits apparaissent à l'écran (lorsqu'ils ont été traités sous le système d'exploitation MS-DOS), précédés d'un symbole caractéristique qu'il suffit d'effacer pour rendre leur contenu de nouveau accessible.

De telles opérations ne sont pas très simples à accomplir car il est nécessaire d'avoir une bonne connaissance du système d'exploitation en cause ; mais elles permettent au-delà des manœuvres élémentaires décrites dans le développement précédent, de récupérer des données enfouies beaucoup plus profondément dans le disque dur.

Le lecteur nous autorisera à rester discret sur ces procédures et sur les produits qui autorisent leur emploi ; en effet, à côté de la possibilité offerte de restaurer des données temporairement effacées ou détruites, ils permettent également de les

effacer définitivement. Nous devrions d'ailleurs dire «presque définitivement» car il demeure toujours une ultime possibilité de «sauvetage» extrêmement complexe (et coûteuse) fondée sur la nature magnétique de l'enregistrement des données.

Les données enregistrées sur le disque dur le sont, en fait, sous la forme d'une succession de points qui laissent une trace magnétique. Cette trace n'est jamais totalement effacée et peut subsister longtemps, perdue au milieu des autres traces laissées par les fichiers qui l'ont recouverte. Les références techniques que nous avons consultées laissent entendre que les données d'un fichier au dessus duquel se sont superposés, par suite d'effacements ou de destructions, quatre fichiers successifs, peuvent encore être identifiées et permettre la reconstitution, au moins sous la forme de bribes, de ce fichier initial.

Une telle reconstitution nécessite la mise en œuvre de méthodes très sophistiquées faisant appel à des appareils tels que l'oscilloscope. Ce dernier identifie les signaux qui ont laissé une trace magnétique sur le disque dur et les amplifie ; associé à un logiciel spécialisé, il reconstitue la séquence des «bits» composants les données, les rendant ainsi accessibles à la lecture.

Ces méthodes peuvent être mises en œuvre par des entreprises spécialisées mais aussi par les services scientifiques de la Police nationale. À cet égard, il est légitime de les considérer comme faisant partie de l'arsenal des techniques d'investigation permettant, au travers de la récupération de documents volontairement effacés, d'établir la réalité d'agissements susceptibles de constituer des infractions pénales.

Ce survol des procédures permettant de restaurer des données perdues, mais encore stockées sur le disque dur d'un micro-ordinateur, ne saurait toutefois épuiser le sujet ici abordé. En effet, l'informatique de cette fin de siècle présente un visage autre que celui d'un outil permettant d'accumuler des documents et de les exploiter ; la «communication», c'est-à-dire l'accès à des données distantes, par le biais de réseaux aujourd'hui mondiaux, constitue la voie privilégiée des développements techniques actuels, développements qui ont donné naissance à des formes nouvelles de criminalité.

B - La preuve de l'accès à des «sites» contrevenant à la loi pénale

Nous ne retiendrons ici que l'un des aspects de la criminalité de la communication : celui concernant les sites «Internet» recelant des images à caractère pédophile. L'accès à de tels sites permet, en effet, de sauvegarder sur le disque dur du micro-ordinateur des photographies dont la seule existence suffit à prouver que des actes de nature souvent criminelle ont été perpétrés sur des enfants. L'étude des sanctions pénales correspondant à ces actes, qui fera l'objet d'une prochaine chronique dans la LIJ, ne sera pas abordée dans ce développement ; mais nous pouvons, dans le présent propos, insister sur le fait que les personnes qui se sont, même de façon tout à fait occasionnelle, connectées sur de tels sites, ne peuvent le dissimuler aux investigations de l'autorité judiciaire. En effet, les logiciels qui permettent de se connecter à «Internet» («navigateurs Web») contiennent un répertoire dans lequel viennent s'inscrire des fichiers («cookies») émis par le site Web et qui contiennent des données telles que les adresses des sites visités et la date des connections. Ces fichiers sont des «fichiers systèmes» qui, à ce titre, ne peuvent être effacés comme des fichiers ordinaires. Leur finalité première est de permettre un accès plus rapide aux sites les plus fréquemment consultés mais il n'en demeure pas moins qu'ils constituent un répertoire des agissements de l'internaute et que leur consultation peut permettre d'apporter la preuve d'un accès à des sites contrevenant à la loi pénale.

Il est vrai que certaines procédures, connues des personnes qui pratiquent la micro-informatique à un degré avancé, autorisent l'effacement de ces fichiers compromettants ; mais nous venons de voir que la récupération de fichiers effacés est très souvent possible, ce qui nous conduit à conclure ces quelques lignes en soutenant que le navigation sur le Web laisse un sillage persistant qui permet de suivre pendant très longtemps l'itinéraire du «surfer», le plus souvent à son insu.

Cette dernière réflexion nous amène à conclure le présent développement sur la constatation d'une réalité mal connue mais sur laquelle nous ne saurions trop insister : l'usage de «l'outil informatique» laisse derrière lui des traces qui ne sont pas volatiles comme on le croit trop souvent. Les données numérisées sont inscrites dans la matière et ne s'effacent qu'au prix d'une lente érosion. Leur destruction volontaire n'est, le plus souvent, qu'illusoire. De ce fait, la recherche de la preuve d'un acte pénalement sanctionné ne sera que très rarement mise en échec dans un contexte où l'ordinateur joue le rôle d'une «cache secrète». À cet égard, les technologies nouvelles n'apportent nullement aux délinquants un arsenal de moyens leur permettant de se soustraire aux poursuites ; elles ont, certes, conduit à l'émergence de nouvelles formes de criminalité mais elles n'ont pas, jusqu'à présent, fait obstacle à l'application de la loi pénale.

Le législateur veille, d'ailleurs, très attentivement à ce que la technologie soit confinée dans des limites interdisant que l'équilibre actuel ne soit un jour rompu. C'est en en ce sens qu'il faut interpréter l'encadrement législatif et réglementaire dont font l'objet les techniques de cryptage des documents. Cette question complexe, tant sur le plan juridique que sur le plan technique, fera l'objet de la seconde partie de la présente chronique, qui paraîtra dans la *Lettre d'Information Juridique* du mois prochain.

(à suivre ...)

D. Dumont

LE CONTENTIEUX DES ÉTABLISSEMENTS D'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR

I - ENQUÊTE SUR LE CONTENTIEUX EN 1997

Cette enquête portant sur le nombre de dossiers en instance au 1er janvier 1998, le flux en 1997 (nouveaux recours et jugements) et la nature des contentieux, qui a été adressée à tous les chefs d'établissement public d'enseignement supérieur relevant du ministère de l'Enseignement supérieur, de la Recherche et de la Technologie en avril 1998, était une nouveauté.

Jusqu'ici, en effet, ce contentieux n'était connu que par la notification à l'administration centrale de certaines décisions par les juridictions administratives elles- mêmes, dont les plus instructives étaient analysées dans la *Lettre d'Information Juridique*.

54 universités et instituts nationaux polytechniques, 11 écoles normales supérieures et grands établissements, 20 écoles d'ingénieurs, 21 IUFM et 7 autres établissements ont répondu à cette enquête, ce qui montre l'intérêt qu'ils y ont porté.

Vous trouverez ci-après des tableaux regroupant les informations significatives qui ont été ainsi recueillies.

Ils montrent que beaucoup d'établissements, en dehors des universités, ont un faible nombre de dossiers contentieux, sauf recours en série ponctuels (heures supplémentaires, par exemple) ou spécifiques (allocations d'IUFM).

En ce qui concerne le contentieux des universités, dont 60 % ont répondu à l'enquête, ces tableaux montrent, comme l'on pouvait s'y attendre, que la majorité des dossiers concernent la scolarité (inscriptions, examens et redoublements) mais aussi les personnels sans qu'il soit toujours possible de savoir s'il ne s'agit que de personnels contractuels de l'établissement.

Ce contentieux est constitué essentiellement de recours contre les établissements, ces derniers faisant rarement appel des décisions qui leur sont défavorables, et la part non négligeable du contentieux judiciaire contractuel et pénal (faux diplômes, vols et vandalisme).

D'autre part, l'enquête avait également pour but de sensibiliser ses destinataires à une distinction entre le contentieux propre à leur établissement (y compris en matière de paiement d'heures supplémentaires à des agents de l'État) et le contentieux mettant en cause l'État mais qui les concerne néanmoins.

Ce dernier concerne essentiellement les délibérations des commissions de spécialistes, les décisions des chefs d'établissement prises, en application des mesures expérimentales de déconcentration instituées par l'arrêté du 20 décembre 1993 et qui ont été étendues à tous les établissements par l'arrêté du 15 décembre 1997, pour la gestion des professeurs des universités et des maîtres de conférences et, enfin, les décisions de ces mêmes chefs d'établissement prises au nom de l'État en matière d'attribution de certaines primes et de constatation de l'absence de service fait entraînant une suspension de traitement.

Même si ce contentieux n'est pas toujours distingué de celui des établissements comme il devrait l'être, il convient de rappeler que l'État ne peut alors être représenté devant la juridiction administrative que par le ministre, sous réserve de la compétence des recteurs devant les tribunaux administratifs pour les décisions prises sous leur autorité.

TABLEAU 1 : Jugements et arrêts rendus en 1997 *(cases vides = 0)*

Établissements	Recours contre l'établissement						Contentieux de l'État		Recours à l'initiative de l'établissement			Contentieux judiciaire
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)	(9)	(10)	(11)	
U. Aix-Marseille 1			1									
U. Aix-Marseille 2	2	4								2		
U. Avignon												
U. Besançon	7											2
U. Bordeaux 1	3						1					
U. Bordeaux 2	1											
U. Bordeaux 3												1
U. Pau	2											
U. Caen			1	1	2	4						2
U. Paris 12	4	21										
U. Marne-la-Vallée		1										
U. Paris 13	2	1	3	1								3
U. Dijon		6				2						1

U. Grenoble 1		1				1						1
U. Grenoble 2	1	2	3		1							
U. Grenoble 3												
U. Lille 1	4	1	1			9					1	1
U. Valenciennes												
U. Limoges	3	1										
U. Lyon 1	2	11	4			1				3		4
U. Lyon 2	1	3	1			2						1
U. Lyon 3												
U. Saint-Étienne	2											
U. Montpellier 2	2		1				1				1	
U. Montpellier 3	1	2										
U. Perpignan												
U. Nancy 1	1	8										1
U. Nancy 2	2		1			1						
U. Nantes	1		7		1	1						
U. Angers			1									
U. Toulon			2			1						1
U. Tours	4		4									
U. Paris 2	1	1	2			1						
U. Paris 3						1		1				
U. Paris 4		1			2					1		1
U. Paris 5	2	3	1									
U. Paris 6	5	4	2								1	1
U. Paris 9	1	9	1		1	4						
U. Reims	1	34	1									
U. Rennes 1	1		5			2						
U. Brest												
U. Bretagne Sud												
U. Rouen	1		1		1	1	1					
U. Strasbourg 1	1					2						2
U. Strasbourg 3			4									
U. Toulouse 1	1	1	1					1				
U. Toulouse 3		13				1						
U. Paris 10	1	3	4			1						
U. Paris 11	1	11	3			1						
U. Evry												
U. Pacifique						1		7				
Total Universités	**61**	**142**	**55**	**2**	**8**	**37**	**3**	**9**		**6**	**3**	**23**
3 ENS	1	2						1				1
Collège de France	3						3					
IAE Paris												
Observatoire de Paris											1	
IPG Paris												
EHESS	5	1										
Palais de la découverte												
ENSSIB												
Total	**9**	**3**					**3**	**1**			**1**	**1**
INP Grenoble	1	1										
INP Nancy	1			1								
INP Toulouse												
CNAM	1	1	3									1
U.T Compiègne	1					1					1	
IP Sevenans	1											
Centrale Lyon												
Centrale Lille												
ENI Belfort					1							

ENI Tarbes			1	1								
INSA Lyon												
INSA Rennes												
INSA Rouen												
INSA Toulouse												
10 autres écoles												
Total	5	2	4	2	1	1					1	1
5 IEP												
21 IUFM	4	5		1		24		7		2		5
3 autres établissements												
Total	79	152	59	5	9	62	6	17		8	5	30
Total général	402											30

(1) Personnels
(2) Inscriptions
(3) Examens
(4) Redoublements
(5) Conseils
(6) Autres
(7) Contentieux des délibérations des commissions de spécialistes
(8) Autres
(9) Cassation
(10) Appel
(11) 1ère instance

TABLEAU 2 : Recours en instance au 1er janvier 1998 *(cases vides = 0)*

Établissements	Recours contre l'établissement						Contentieux de l'État			Recours à l'initiative de l'établissement			Contentieux judiciaire	Recours 1997
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)	(9)	(10)	(11)	(12)		
U. Aix-Marseille 1	2	2	1											
U. Aix-Marseille 2	7		3			1					1		1	3
U. Avignon	2		2				1							5
U. Besançon	1	1			1								2	5
U. Bordeaux 1	1					1								1
U. Bordeaux 2		3	1			1	1	9					1	16
U. Bordeaux 3	2		1			1						1		
U. Pau		1												1
U. Caen			2	1									1	3
U. Paris 12	4	2	1										1	
U. Marne-la-Vallée					1	1								
U. Paris 13	3	4	6	1	1								5	
U. Dijon	2	15		1	2								1	
U. Grenoble 1		1	1			2						1	1	
U. Grenoble 2	1		2	1										1
U. Grenoble 3														
U. Lille 1	3	2	1		4								1	4
U. Valenciennes	1	1	1											2
U. Limoges	1													
U. Lyon 1	3	3	2			1					1		1	8
U. Lyon 2	3		2										3	

U. Lyon 3	5	4			1		1							2
U. Saint-Étienne	5	1												2
U. Montpellier 2	1	1	1						1				2	4
U. Montpellier 3	3	1												2
U. Perpignan	1		2											2
U. Nancy 1	2	28												14
U. Nancy 2	1		3								1		8	4
U. Nantes	4	1	2	1	1								1	7
U. Angers	3					1	1				1			3
U. Toulon											1			
U. Tours	6		3			1								4
U. Paris 2		2	3								1		3	3
U. Paris 3	2		1		1	1	1						1	
U. Paris 4		1	1				2				1			1
U. Paris 5	8	7	5			4							1	5
U. Paris 6	12				1					1			2	2
U. Paris 9	3		2		1						2		2	4
U. Reims		1	1			1								1
U. Rennes 1	1	3			4	2						1	1	6
U. Brest	2	1	1			1								
U. Bretagne Sud														
U. Rouen	7	1		1		4	2				1		2	7
U. Strasbourg 1	3				1	3				1				3
U. Strasbourg 3	1	1	2											
U. Toulouse 1			1											
U. Toulouse 3	4	6	3	1	2									6
U. Paris 10	37	1	6			4								40
U. Paris 11	6	2	7			2	1					2	1	6
U. Evry			4											1
U. Pacifique	2		4			1			16					12
Total Universités	**155**	**97**	**78**	**7**	**21**	**33**	**10**	**9**	**17**	**2**	**10**	**5**	**42**	**190**
3 ENS														
Collège de France	12						12							8
IAE Paris														
Observatoire Paris	1												1	2
IPG Paris														
EHESS		1				1							1	
Palais découverte	1					1								1
ENSSIB	1													
Total	**15**	**1**				**2**	**12**						**2**	**11**
INP Grenoble				1									1	
INP Nancy	1			1										1
INP Toulouse	1	5	1										1	
CNAM	4		3			5							2	7
U.T Compiègne														
IP Sevenans														
Centrale Lyon														
Centrale Lille														
ENI Belfort				1		1								
ENI Tarbes	6			1		1					1		1	
INSA Lyon	23	1				2							1	24
INSA Rennes	3													3
INSA Rouen						1								
INSA Toulouse	1													
10 autres écoles														
Total	**39**	**6**	**4**	**4**		**10**					**1**		**6**	**35**

5 IEP	1											1		2
21 IU.FM	14	9		1	7		1		2				4	11
3 autres établis.	1													1
Total général	**225**	**113**	**82**	**12**	**28**	**45**	**23**	**9**	**19**	**2**	**11**	**6**	**54**	**250**

(1) Personnels
(2) Inscriptions
(3) Examens
(4) Redoublements
(5) Conseils
(6) Autres
(7) Contentieux des délibérations des commissions de spécialistes
(8) Contentieux des décisions prises par les chefs d'établissement par délégation du ministre (arrêté du 20 décembre 1993)
(9) Autres
(10) Cassation
(11) Appel
(12) 1ère instance

J.-N. David

II - SYNTHÈSE DES DÉCISIONS DE L'ANNÉE 1997

Alors que l'enquête auprès des établissements d'enseignement supérieur fait apparaître un total de 402 décisions rendues pour l'année 1997 (pour un peu plus de 60 % des établissements) seules 231 décisions, y compris celles concernant les CROUS, ont été notifiées à l'administration centrale.
L'analyse de ces décisions fait apparaître une proportion forte de recours pour excès de pouvoir.

Certaines d'entre elles ont déjà été signalées dans la *LIJ* (Cf. les index 1996-1997 et 1997-1998 dans les numéros de septembre 1997 et 1998). Quelques décisions significatives de 1998 ont également été, par anticipation, incluses dans la présente synthèse.

A - Les chiffres

Sur les 231 décisions notifiées à l'administration centrale en 1997, les recours pour excès de pouvoir représentent 191 décisions, 34 décisions concernent le plein contentieux et 6 concernent des conclusions à la fois d'excès de pouvoir et de plein contentieux.

En première instance, la majorité des décisions a été rendue en matière de scolarité au sens large du terme : inscription à l'université, redoublements et examens (voir tableau I, page 34).

Les décisions rendues en appel par les cours administratives d'appel ou le Conseil d'État sont, thématiquement, le reflet des décisions de 1ère instance. On peut relever que les établissements utilisent peu la procédure d'appel à laquelle les personnels et les étudiants recourent davantage (voir tableau II).

Ont été distinguées (tableau III) 7 décisions concernant les professeurs des universités pour lesquels le Conseil d'État est compétent, conformément à l'article 2-2° du décret n° 53-1169 du 28 novembre 1953 modifié, pour connaître des *«litiges relatifs à la nomination, à la discipline, aux émoluments, aux pensions et généralement tous les litiges d'ordre individuel concernant les droits des fonctionnaires et agents civils et militaires dont la nomination doit être prononcée par décret du président de la République, en vertu des dispositions de l'article 13, alinéa 3 de la Constitution et des articles 1 et 2 de l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État»*.

B - Les décisions les plus significatives

1. Les inscriptions

S'agissant des inscriptions, des distinctions peuvent être établies entre les refus d'inscriptions en 1ère année qui représentent les trois quarts des décisions rendues en la matière, les refus d'inscriptions en 2ème ou 3ème cycles et les refus de redoublement à quelque niveau que ce soit.

a) Pour les inscriptions en 1er cycle universitaire, les candidatures doivent être enregistrées selon les modalités fixées par l'article 14 de la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 modifiée sur l'enseignement supérieur, dans la limite de capacités d'accueil de l'université, en respectant le principe d'égalité des candidats à l'accès au service public de l'enseignement supérieur.

Ce principe fait, par exemple, obstacle à une prise en compte des candidatures avant que tous les candidats au baccalauréat dans l'académie aient pu obtenir leurs résultats à cet examen (T.A. Strasbourg, 04.12.1997, Wernert, n° 972535) ou à l'examen des candidatures en fonction de critères d'ordre qualitatif (T.A. Lyon, 30.04.1997, Laminana, n° 9604678) ou à l'instauration d'un jury d'admission (T.A. Versailles, 27.05.1997,

Turpin Richèbe, n° 965276). Ces dispositions font également obstacle à un traitement différent des candidatures des bacheliers de l'académie à l'inscription en 1ère année de DEUG selon l'année au titre de laquelle ils ont obtenu ce diplôme (T.A. Lyon, 20.11.1997, Roussel, nos 9702883 et 9702884 et T.A. Paris, 03.07.1997, Cordonny, n° 9705371).

Les bacheliers ont droit à être inscrits en 1ère année dans l'académie où ils ont obtenu le baccalauréat ainsi que les candidats dispensés du baccalauréat dans l'académie de leur résidence (art 14 - 5ème alinéa, loi 26-01-84). Lorsque l'effectif des candidatures excède les capacités d'accueil de l'établissement demandé, le président de l'université n'est pas compétent pour refuser d'inscrire pour ce motif (T.A. Strasbourg, 22.09.1997, Barth, n° 971964, Ball, nos 971957, 58 et 59, Hammann, n° 972106) il doit, comme la réglementation le prévoit, renvoyer les candidatures au recteur. Cependant, la compétence de ce dernier ne concerne que les candidats ayant une priorité d'inscription, le président de l'université demeurant compétent pour rejeter les demandes d'inscription présentées par des candidats ayant obtenu le baccalauréat dans une autre académie (C.A.A. Marseille, 27.01.1998, université Montpellier 1, n° 96MA11268, LIJ n° 23, mars 98).

Le président de l'université est également compétent pour accorder les inscriptions supplémentaires sollicitées (1, au plus 2) par les étudiants ayant déjà pris trois inscriptions en DEUG et est tenu de refuser une sixième inscription à ce titre (C.A.A. Marseille, 16.12.1997, M. Vieilledent, n° 96MA11762).

b) Les inscriptions en deuxième cycle (article 15, loi 26.01.84)

Elles sont ouvertes à tous les titulaires de diplômes sanctionnant les études de 1er cycle ainsi qu'à ceux qui peuvent bénéficier des dispositions de l'article 5 de la même loi relatives à la validation des études, expériences professionnelles ou acquis personnels. Ces dispositions interdisent aux établissements d'opposer la limitation de leurs capacités d'accueil à des demandes d'inscription en 2ème cycle ou d'instituer une procédure de sélection des demandes, en dehors des formations limitativement énoncées par un décret. *A fortiori*, une université ne peut instituer, pour l'accès au 2ème cycle, une priorité d'inscription au bénéfice des étudiants issus de ses propres formations de 1er cycle (T.A. Paris, 10.12.1997, Liatard, n° 9715291).

L'admission en IUFM correspond à l'un des cas d'accès à des formations de l'enseignement supérieur pour lesquels l'article 14-7ème alinéa de la loi du 26 janvier 84 habilite le ministre à instituer une sélection. Aux termes de l'article 2 de l'arrêté du 7 décembre 1994, les décisions d'admission sont prises, en fonction des capacités d'accueil de l'établissement, par le directeur, après avis d'une commission qu'il préside.

Le conseil d'administration de l'IUFM ne peut édicter des critères supplémentaires d'admission résultant notamment des diplômes dont sont titulaires les candidats ou de leur expérience professionnelle (C.A.A. Paris 23.10.1997, IUFM de Paris, n° 96PA00165 et T.A. Paris, 12.11.1997, Hallais, nos 9712300 et 9712301).

c) Les inscriptions en troisième cycle

L'inscription en 3ème cycle est subordonnée à l'obtention d'une maîtrise ou à la reconnaissance d'un diplôme au moins équivalent ou à l'admission au bénéfice de la validation d'un niveau reconnu équivalent ou d'acquis liés à l'expérience professionnelle et aux travaux personnels.

Il appartient au président de l'université, sur proposition du conseil de l'université réuni en commission pédagogique, de se prononcer sur le niveau des diplômes présentés à l'équivalence (C.E., 04.04.1997, Wodka-Gallien, n° 168148). En l'absence de propositions de la commission pédagogique, le président se trouve en situation de compétence liée pour refuser l'équivalence (C.A.A. Nancy, 26.06.1997, Demay, n° 96NC02661). De même, en l'absence de validation du 2ème cycle, le président de l'université doit rejeter la demande d'inscription en 3ème cycle (T.A. Lille 14.01.1997, Banasiak, n° 91119).

L'inscription en thèse est prononcée par le directeur de l'établissement sur proposition d'un directeur de thèse ou de travaux. En l'absence d'une telle proposition, le directeur de l'établissement est tenu de refuser la demande d'inscription de l'étudiant (C.E., 21.02.1997, École centrale de Lyon c/Dubois, n° 155965).

Cette inscription en thèse est annuelle, elle doit donc être renouvelée au début de chaque année universitaire et est subordonnée, chaque année, à la délivrance d'une autorisation d'inscription par le directeur sur proposition du responsable de l'école doctorale (T.A. Lyon, 06.03.1997, Dubois, nos 9500734 et 9501334 et 9603392).

> ➔ ***NB :*** *Les décisions relatives à l'accès à un centre régional de formation à la profession d'avocat concernent la formation professionnelle des avocats dont le contentieux, en application l'article 14 de la loi 71-1130 du 31 décembre 1971 relève de la compétence de la juridiction judiciaire (C.E., 27.05.98, CRFPA, n° 169982, pour une délibération de jury - LIJ n° 28, octobre 98). Tel devrait également être le cas pour les décisions des présidents d'université à qui il appartient de qualifier, en l'absence de définition légale ou réglementaire, la catégorie des* «DEA des disciplines juridiques reconnus équivalents à la maîtrise en droit pour l'exercice de la profession d'avocat» *qui lui sont présentés par les candidats.*

2. Les examens

Le contentieux des examens est principalement dirigé contre les délibérations de jurys et sont mises en cause aussi bien les notes que les appréciations portées par ceux-ci.
Les étudiants n'hésitent pas à contester leur relevé de note ou les décisions des jurys lorsqu'elles leur paraissent entachées d'irrégularités formelles mais aussi d'erreur sur l'appréciation de leurs mérites.

Dans ce domaine, le juge vérifie, comme en matière de concours, que la réglementation applicable à l'examen a bien été respectée, que le jury était régulièrement composé, que son appréciation n'a pas été fondée sur des critères étrangers à l'examen ou n'est pas entachée d'erreur matérielle mais ne contrôle pas l'appré-

ciation portée sur les mérites des candidats.

a) Il contrôle :
- que le règlement fixant les modalités de contrôle des connaissances a été respecté (T.A. Montpellier Pons, 05.03.1997, n° 962287, C.E., 22.09.1997, Michaelidès, n° 137295 ; C.E., 29.12.1997, Menotto, n° 169494) ou qu'il a bien été porté à la connaissance des étudiants (T.A. Lyon, 15.05.1997, Cunibil, n° 9605382) ;
- que l'appréciation portée sur les résultats d'un étudiant n'est entachée d'aucune erreur de fait ;
- si les notes obtenues, compte tenu du règlement de l'examen, permettaient à l'étudiant de prétendre à la délivrance du diplôme, (T.A. Lille 28.01.1997, Hayat, n° 924667 et T.A. Lyon, 10.12.1997, Vernier, n° 9703245) ou de participer à une session de rattrapage ouverte également à d'autres candidats ajournés (T.A. Versailles, 10.06.1997, Dubois, n° 911308) ;
- que le jury était régulièrement composé, c'est-à-dire dans une formation compétente (T. A. Versailles, 30.09.1997, Gemayel, n° 96375), ou, en cas de nouvelle délibération après annulation, dans une formation identique à sa composition initiale (T.A. Versailles, 08.07.1997, Caritey, n° 963524 et 965018), qu'il n'a pas méconnu sa compétence en supprimant une épreuve alors qu'il lui appartenait de faire recomposer les étudiants (T.A. Besançon 30.10.1997, Anglade, n° 970729) ;
- que le jury n'a pas méconnu le principe d'égalité entre candidats à une même épreuve, notamment en faisant composer oralement l'un d'eux trois fois plus longtemps que les autres (T. A. Toulouse 19.12.1997, Faye, n° 971118) ;
- que le système de notation a respecté l'égalité de tous les candidats au même examen (T.A. Lyon, 30 avril 1997, Legrand, n° 9605281, T.A. Besançon 30.10.1997, Anglade, n° 970729, T.A. Toulouse 19.12.1997, Faye, n° 971118 et T.A. Lyon, 30.01.1997, Rey, n° 9603720) ;
- que le jury n'a pas pris en compte des critères extérieurs à ceux sur lesquels doit se fonder son appréciation, notamment tirés d'une assiduité insuffisante en cours de scolarité (T.A. Lille 28.01.1997, Hayat, n° 924667) ;
- le classement des étudiants lorsqu'il est saisi d'un refus de redoublement (T. A. Orléans 11.03.1997, Hrache, n° 961393).

b) S'agissant des copies d'examen, le juge relève que ni l'article 17 de la loi du 26 janvier 84 ni les dispositions de l'arrêté du 26 mars 1992, relatif au deug à la licence ou à la maîtrise, applicables en 1995, n'imposaient l'anonymat des copies (C.A.A. Nancy, 31.07.1997, université Nancy II c/Mlle Dardenne, n° 96NC02023/3 ; cf. également, C.E., 01.04.98 Jolivet n° 172973, publié au recueil Lebon, LIJ n° 26, juin 98). Par ailleurs, il appartenait, en application de ces dispositions, aux organes compétents de chaque université de fixer les modalités d'appréciation des aptitudes et des connaissances des étudiants. Or, aucune délibération des organes compétents des universités concernées n'avait prescrit l'anonymat des copies. À cet égard, la circonstance que l'anonymat n'a pas été appliqué à l'ensemble des épreuves d'un examen ne constitue pas une rupture d'égalité entre candidats, dès lors qu'à l'intérieur de chaque épreuve, ils ont été traités de manière identique (C.A.A. Marseille 20.11.1997, Pelletier, n° 96MA00832).

> ➔ ***NB :*** *Dorénavant, l'arrête du 9 avril 1997 relatif à ces diplômes, applicable à compter de l'année universitaire 1997-1998, impose que* «les modalités des examens garantissent l'anonymat des épreuves écrites» *(article 18 - §2).*

Le juge relève également qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'impose au correcteur, tant lors de la double correction que lors de l'arbitrage final, d'annoter les copies et qu'aucun principe général du droit n'impose la correction des épreuves par des enseignants ayant assuré les enseignements correspondants (T.A. Paris, 29.10.1997, Becart, n° 9613575).

c) Délivrance de diplômes
Le refus de délivrance d'un diplôme ne doit pas être fondé sur des motifs erronés (T.A. Lille 28.01.1997, Hayat, n° 924667) et doit être pris par une autorité compétente. Ainsi, en l'absence de délibération finale du jury sur son admission, un responsable de DESS ne peut décider, en se fondant sur un mémoire d'études qualifié «d'irrecevable en l'état» par les examinateurs, qu'une étudiante ne peut prétendre à la délivrance du diplôme (T.A. Lyon, 15.05.1997, Arnaud, n° 9604657).

La délivrance du diplôme de docteur étant subordonnée à une soutenance publique donnant lieu, après délibération, à un rapport signé des membres du jury, le président de l'université doit refuser la demande de délivrance du diplôme de docteur de 3ème cycle à un étudiant ajourné et qui, après une soutenance infructueuse, a remanié sa thèse pour tenir compte des observations du jury, mais ne l'a pas à nouveau soutenue publiquement (T.A. Paris, 03.07.1997, Matallah, n° 9700545).

III - LES PERSONNELS ET USAGERS

Ce contentieux concerne les personnels propres à l'établissement mais également les décisions prises par le chef d'établissement pour les agents de l'État qui y exercent leurs fonctions.

1. Les enseignants

a) Obligations de service
Aux termes du deuxième alinéa de l'article 4 de la loi n° 61-825 du 29 juillet 1961 modifiée, *«l'absence de service fait pendant une fraction quelconque de la journée donne lieu à une retenue dont le montant est égal à la fraction du traitement frappée d'indivisibilité [...]».*

Ainsi, un enseignant qui s'est abstenu de participer à la réunion d'une sous-commission de jury d'admission chargé d'établir la liste des candidats susceptibles d'être admis à l'IUT, à laquelle il avait été convoquée, justifie une retenue sur traitement pour service non fait (C.E., 23.04.1997, Dumery, n° 143066).
De même, est justifiée la décision prise par le président de l'université de suspendre le traitement d'un enseignant qui n'a pas accompli son enseignement depuis le début de l'année, malgré une mise en demeure (C.E., 29.12.1997, Riollot, n° 15092).

Le président de l'université a compétence, dans le cadre du pouvoir hiérarchique qu'il détient sur l'ensemble de personnels de l'établissement en vertu de l'article 27 de

la loi du 26 janvier 1984, pour répartir entre les enseignants chercheurs les tâches accessoires aux enseignements qu'ils doivent assurer en application des dispositions combinées de la loi du 26 janvier 84 et du décret du 6 juin 1984 (T. A. Paris, 10.12.1997, Godot, n° 9416382).

En revanche, le conseil d'administration de l'université ne tire d'aucune disposition législative ou réglementaire le droit d'édicter des règles relatives aux obligations de service des personnels enseignants-chercheurs, notamment en décidant une répartition obligatoire des enseignements sur quatre demi-journées, étalées sur trois jours (T.A. Caen, 18.11.1997, Boutin et autres, n° 97622).

b) Attribution du titre de professeur émérite, décret du 6 juin 1984

En l'absence de décret en conseil d'État fixant les critères en fonction desquels peut être attribué l'éméritat, le juge contrôle que le refus d'attribution opposé par le conseil scientifique n'était pas fondé sur d'autres motifs que la valeur des travaux scientifiques et la qualité des services rendus par l'intéressé ou qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que le refus aurait été fondé sur des faits matériellement inexacts ou aurait procédé d'une erreur manifeste d'appréciation (C.E., 24.09.1997, Guillebeau, n° 180364, publié au recueil Lebon).

c) Les congés

La décision d'un président d'université de mettre un professeur des universités en congé de maladie ordinaire avec demi traitement, avant que le comité médical supérieur ne rende son avis sur un refus de congé de longue maladie émis par le comité médical départemental, a pour effet de priver l'intéressé des garanties auxquelles il peut prétendre en application des dispositions de l'article 35 du décret n° 86-442 du 14 mars 1986 (C.E., 22.09.1997, Guillot-Coli, n° 167282).

2. Personnels administratifs non titulaires

a) Cessations de fonctions

L'état de grossesse d'un agent n'a pas pour effet de prolonger le contrat à durée déterminée dont elle bénéficie lorsque le terme de celui-ci est survenu (T.A. Amiens, 08.04.1997, Deneuville, n° 962459).

b) Indemnités de licenciement

Le licenciement, prononcé à titre non disciplinaire, d'un agent bénéficiant d'un contrat à durée indéterminée, ouvre droit, conformément aux dispositions de l'article 51 du décret n° 86-83 du 17 janvier 86, à une indemnité de licenciement (T. A. Amiens 03.06.1997, Merlin, n° 95896).
Mais le non renouvellement d'un contrat à durée déterminée à l'issue de celui-ci n'ouvre pas droit au versement d'une telle indemnité (T.A. Lille, 11.02.1997, Thieffry, n° 93566 ; T.A. Lille, 06.05.1997, Vande Sompele, n° 921145 ; C.A.A. Paris, 13.05.1997, Beaumartin, n° 96PA01201).

c) Indemnité de chômage

Aux termes de l'article L.351-1 du Code du travail, applicable aux agents non fonctionnaires des EPA de l'État, *«les travailleurs involontairement privés d'emploi [...] ont droit à un revenu de remplacement [...]»*.
Un auxiliaire de bureau d'un CROUS à qui, à l'issue d'un contrat à durée déterminée, est proposé un emploi lui procurant une rémunération très inférieure à la précédente doit être considéré comme involontairement privé d'emploi au sens des dispositions précitées du Code du travail (C.A.A. Lyon 15.04.1997, CROUS de Corté, n° 95LY01837).

En revanche, un agent contractuel d'une université, bénéficiaire d'un contrat à durée déterminée qui fait connaître son intention, avant le terme du contrat, de ne plus exercer ses fonctions au terme de celui-ci, doit être regardé comme ayant volontairement quitté sa dernière activité professionnelle salariée et ne peut prétendre aux indemnités de chômage (C.A.A. Paris 13.05.1997, Beaumartin, n° 96PA01201).

d) Motifs du licenciement

La réalité des faits reprochés au soutien du licenciement doit ressortir de pièces du dossier et non d'une intime conviction de l'auteur de l'acte (T.A. Versailles, 04.07.98, Marta, n° 964942).

e) Obligations de service

Un agent non titulaire, réintégré après un congé parental, conserve le droit d'obtenir une autorisation d'exercer ses fonctions à temps partiel dans les conditions prévues par le 1er alinéa de l'article 34 du décret du 17 janvier 1986. Cependant, aux termes du 2ème alinéa de l'article, cette autorisation d'exercice à temps partiel étant liée aux nécessités de fonctionnement du service peut lui être refusée pour ce motif (C.E., 04.04.1997, Delenna, n° 143946, mentionnée aux tables).

f) Sanction disciplinaire

Les absences, lorsqu'est invoqué un motif médical, doivent être justifiées par des certificats médicaux produits en temps utile. À défaut, et alors que des faits semblables avaient déjà été sanctionnés dans le passé, une sanction disciplinaire peut, sans erreur manifeste d'appréciation, être infligée (T.A. Lyon, 02.01.1997, Seigneuret, n° 9300228).

3. Les étudiants

Lors de l'éviction d'un étudiant d'un logement universitaire pour transgression du règlement intérieur le juge opère un contrôle de la proportionnalité de la sanction prise vis-à-vis des fautes commises (T.A. Montpellier, 08.10.1997, Catorc, n° 963045).

En matière d'admission et de réadmission en résidence universitaire, il contrôle que le rejet de la demande n'est pas fondé sur un critère autre que ceux, sociaux et universitaires, qu'il appartient au seul conseil d'administration du CROUS de fixer et de rendre publics (C.E., 04.04.1997, Dubois, n° 86694).

IV - PROCÉDURE CONTENTIEUSE

1. Actes susceptibles ou non de recours

a) Mesure préparatoire

Une note n'est pas détachable de la décision d'ajournement prononcée par le jury et les conclusions dirigées contre une note obtenue à l'issue de l'une des épreuves de l'examen ne sont pas recevables (T.A. Montpellier 22.09.1997, Pommier, n° 95109).

La décision d'un jury de médecine d'annuler une question ne constitue pas un acte détachable de l'ensemble des opérations du concours, en particulier de sa décision finale (T. A. Montpellier 07.10.1997, Mias, n° 962673 et 962674).

b) Décision faisant grief
La décision par laquelle un conseil d'UFR supprime un enseignement de langue dont il n'est pas démontré qu'elle aurait été prise en méconnaissance de dispositions législatives ou réglementaires déterminées, et qu'elle reposerait sur des faits matériellement inexacts ou serait entachée d'erreur manifeste d'appréciation est une mesure dont l'opportunité n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de l'excès de pouvoir (C.A.A. Nancy, 09.10.1997, Jacob, n° 96NC01817).

La décision par laquelle le responsable d'une formation se prononce sur l'agrément d'un stage que doit effectuer un étudiant ou un élève constitue une mesure d'ordre intérieur insusceptible de recours pour excès de pouvoir (T.A. Paris, 30.04.1997, Melkaoui, n° 9606470).

La décision par laquelle un président de l'université répartit entre les enseignants chercheurs les tâches accessoires aux enseignements qu'ils doivent également assurer, en application des dispositions combinées de la loi du 26 janvier 1984 et du décret du 6 juin 1984, relève de son pouvoir hiérarchique issu de l'article 27 de la même loi, et constitue une mesure d'ordre intérieur ne portant pas atteinte aux prérogatives de ces personnels et insusceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir (T.A. Paris, 10.12.1997, Godot, n° 9416382).

De même, la décision d'un président d'université modifiant la répartition des locaux où travaille un professeur des universités, à l'intérieur de l'établissement, qui ne porte ni atteinte aux droits et prérogatives que l'intéressé tire de son statut, ni à sa rémunération constitue une simple mesure d'organisation du service non susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir (C.E., 25.06.1997, Cohen-Adad, n° 150711).

2. Qualité - Intérêt pour agir

Un enseignant, membre élu du conseil de gestion d'une UFR, tire de cette qualité un intérêt suffisant à contester une décision créant un diplôme d'université dans son établissement (T.A. Montpellier, 02.04.1997, Bilard, n° 963438).

Un enseignant de l'établissement, et de la discipline, justifie d'un intérêt à agir pour demander au juge l'annulation d'une décision délivrant un diplôme à une étudiante (T.A. Paris, 27.11.1997, Catsiapis, n° 9711169).

3. Forme de la requête

Demande préalable :
La demande par laquelle un étudiant sollicite le remboursement de frais exposés pour la poursuite de ses études doit être regardée comme tendant au bénéfice d'une indemnité et doit être dirigée contre une décision de l'administration, préalablement saisie de ces prétentions (T.A. Paris, 02.04.1997, Vo Van, n° 9601510) ; de même, une demande tendant au paiement d'intérêts de retard en raison du versement tardif de frais irrépétibles (C.A.A. Lyon, 16.07.1997, université Lyon I, n° 96LY02286 et 02532).

Une copie d'examen est un document administratif auquel l'étudiant peut accéder. En cas de refus de communication, l'étudiant doit saisir la commission d'accès aux documents administratifs ; à défaut, sa requête est irrecevable (T.A. Lille, 08.07.1997, Segard, n° 97359 et 97922).

V - MOTIVATION

1. Aux termes de l'article 1 dernier alinéa de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 *«doivent être motivées les décisions qui [...] refusent une autorisation»*.

Le rejet d'une demande d'inscription en 2ème année après validation d'expérience professionnelle ou d'acquis personnels doit être regardé comme un refus d'autorisation au sens de l'article 1er de la loi précitée (T.A. Lyon, 02.01.1997, Lucas, n° 9604563).

Sur ce fondement doit également être motivée la décision du président de l'université refusant une 3ème inscription en 1ère année (T.A. Caen, 04.11.1997, Kokabi, n° 971222). Une motivation ultérieure ne peut avoir pour effet de régulariser le vice entachant la décision initiale (T.A. Lyon, 15.05.1997, M'Boyo, n° 9604365).

2. La décision licenciant un agent contractuel au cours de la période d'essai doit être motivée (T.A. Lille 14.01.1997, Truffaut, n° 932448).

En revanche, les décisions par lesquelles un jury d'examen propose l'ajournement d'un candidat, en raison de l'insuffisance de ses résultats ne sont pas soumises à l'obligation de motivation (T.A. Montpellier 05.03.1997, Saint-Pierre, n° 963724 et C. E., 12.11.1997, Roussigne, n° 168416).

3. Cette motivation doit permettre de faire connaître les raisons exactes de ce refus.

Constitue une motivation suffisante celle par laquelle le président de l'université justifie son refus d'autoriser un étudiant à présenter une thèse en se fondant sur les deux avis négatifs des rapporteurs et sur l'avis défavorable du directeur de l'école doctorale (T.A. Strasbourg, 02.12.1997, Pezerat, n° 97993).

De même, est suffisamment motivée au regard des dispositions de la loi du 11 juillet 1979, la décision d'un chef d'établissement qui refuse une réinscription en 3ème année en se fondant sur le fait que l'intéressé ayant dépassé la date limite d'inscription il n'a plus, au moment de la décision attaquée, la qualité d'élève de l'établissement et ne peut plus, de ce fait, en invoquer le règlement (C.A.A. Paris, 11.07.1997, Toussaint, n° 96PA00991).

VI - ACCÈS AUX DOCUMENTS ADMINISTRATIFS

À la différence d'une copie, le corrigé type d'une épreuve n'a pas le caractère d'un document administratif au sens de la loi du 17 juillet 1978 (T.A. Lyon, 19.11.1997, Vignon, n° 9604758).

VII - PLEIN CONTENTIEUX

1. Les élections des instances universitaires

a) Contrôle du règlement applicable à l'élection
Le juge vérifie que les statuts des UFR qui fixent les conditions d'éligibilité du directeur respectent les dispositions de l'article 32 de la loi du 26 janvier 1984 prévoyant qu'il est élu parmi les enseignants chercheurs, les enseignants et les chercheurs qui participent à l'ensei-

gnement dans l'unité (T.A. Lyon, 16.09.1997, Ginisti, n° 94047705) ou les dispositions de l'article 39 relatif à la parité des professeurs et personnels de niveau équivalent avec les autres personnels (T.A. Caen, 02.07.1997, Bertsch, n° 97387).

Il convient donc de s'assurer de la conformité des dispositions des statuts des universités et de leurs composantes à celles de la loi du 26 janvier 1984. Ainsi, les dispositions des statuts selon lesquelles *«nul ne peut exercer plus de deux mandats consécutifs»* pour les élections dans les conseils d'administration, conseils scientifiques et conseils des études et de la vie universitaire sont illégales et doivent être abrogées. Il n'appartient cependant qu'au seul conseil d'administration, en vertu de l'article 22 de la loi précitée, d'abroger ces dispositions ; le président de l'université ne peut décider que ces dispositions ne seront pas prises en compte, car cette décision, par son objet, modifie le contenu des statuts (T.A. Toulouse, 19.06.1997, Madaule, n° 940240).

b) Contrôle du déroulement des opérations électorales

Il a été jugé que le fait pour un directeur d'UFR de rédiger un courrier sur un papier à en-tête de l'unité, et présentant toutes les apparences d'un document officiel, consacré au soutien d'une liste en présence, et de l'adresser à tous les électeurs du collège la veille du scrutin a constitué une manœuvre et altéré la sincérité du scrutin (T.A. Paris, 19.03.97 - Even - n° 9701862).

En cas de scrutin de liste avec panachage autorisé, il convient en application de l'article 21 et du décret n° 85-59 du 18 janvier 1985 modifié, d'attribuer à chaque liste le nombre de suffrages obtenus par ses candidats, que les électeurs aient utilisé le bulletin de vote de la liste considérée ou qu'ils aient ajouté les noms des candidats de cette liste sur le bulletin d'une autre liste (C.A.A. Nantes, 10.04.1997, Université de Nantes, n° 96NT01865).

2. Les demandes de réparation fondées sur des fautes commises en matière de scolarité

Refus ou retard d'inscription ne pouvant être regardés comme ayant causé un préjudice certain :

- Une étudiante qui n'a obtenu sa capacité en droit qu'après trois années d'études et à qui une dérogation pour prendre une 4ème inscription pour l'accès à la 1ère année de DEUG de droit a été refusée ne justifie pas que ce refus lui ait causé la perte d'une chance sérieuse d'obtenir ce diplôme et n'est pas fondée à réclamer une indemnité (T.A. Melun, 11.03.1997, Boudoukha, n° 965323).
- De même, compte tenu des résultats antérieurs, (non obtention du Deug de droit malgré 4 ans en premier cycle), le retard avec lequel une université a informé un étudiant que sa demande d'inscription en licence de droit, par équivalence, ne pouvait être accueillie, faute d'accord du président de l'université, ne peut être considéré comme lui ayant fait perdre une chance sérieuse d'obtenir le diplôme et comme lui ayant causé un préjudice indemnisable (C.A.A. Lyon, 06-03-97, Oper, n° 95LY00130).

Une erreur matérielle dans la mention du cœfficient d'une note, sans que le calcul de cette note en soit affecté, ne constitue pas une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'université (T.A. Lille, 23.09.1997, Lescrenier, n° 941946).

Un étudiant qui apporte la preuve que le refus illégal de lui délivrer un diplôme de technologie lui a ôté une chance d'améliorer sa carrière est fondé à solliciter la condamnation de l'université (T.A. Lille, 28.01.1997, Hayat, n° 924667).

VIII - EXÉCUTION DES DÉCISIONS D'ANNULATION

On peut remarquer que le juge a fait plusieurs fois usage de son nouveau pouvoir d'injonction issu de la loi n° 95-125 du 8 février 1995.

À la suite d'annulations de refus d'inscription en 1ère année, il enjoint à une université d'inscrire l'étudiant dans la formation demandée (T.A. Lyon, 30.01.1997, Morin, n° 9504874, Malatier, n° 9604853 et Catala, n° 9604852).

Après l'annulation d'une délibération d'un jury de fin d'études, il enjoint à l'établissement de faire procéder à une session de rattrapage dans les 3 mois (T.A. Nice, 21.10.1997, Baldini, n° 961086 ; T.A. Versailles, 30.07.1997, n° 96375) sous peine, d'astreinte de 300 F par jour de retard (T.A. Pau, 22.01.1997, Varennes, n[os] 951245 et 951261).

Après annulation d'une délibération d'un jury d'études médicales, il lui enjoint de classer un étudiant en rang utile et au président de l'université d'autoriser l'intéressé à s'inscrire en 2ème année d'odontologie, sous astreinte de 1 000 F par jour de retard (C.A.A. Lyon, 16.07.1997, université Lyon I, n[os] 96LY02286 et 02532).

À la suite d'un ajournement irrégulier, et compte tenu des points obtenus, il enjoint à un jury de délivrer un diplôme dans un délai de 15 jours (T.A. Lyon, 10.12.1997, Vernier, n° 9703245).

En revanche, il précise que l'exécution d'un arrêt annulant la décision d'un président d'université refusant le versement de la prime d'encadrement doctoral à un enseignant chercheur n'implique pas que cette autorité procède au versement de l'indemnité ; elle a pour seul effet de saisir à nouveau de la demande ladite autorité (C.E., 12.11.1997, Catherinot, n° 182449).

M.-V. Samama-Patte

Tableau I
Décisions rendues en 1ère instance pour le contentieux des établissements, y compris CROUS, en 1997, hors contentieux judiciaire

Objet	Contentieux gagnés	Contentieux perdus	Désistements et non lieux	TOTAL
scolarité	30	38	20	88
examens	13	14	2	29
personnels	12	5	4	21
vie étudiant	4	1	2	7
gestion établissement	11	7	2	20
TOTAL	**70**	**65**	**30**	**165**

Tableau II
Décisions rendues en appel, C.A.A. et C.E.

Objet	Contentieux gagnés	Contentieux perdus	Désistements et non lieux	TOTAL
scolarité	14	11	2	27
examens	7	1	1	9
personnels	9	5	0	14
vie étudiant	0	2	0	2
gestion établissement	2	1	2	5
TOTAL	**32**	**20**	**5**	**57**

Tableau III
Décisions C.E. 1er et dernier ressort

Objet	Contentieux gagnés	Contentieux perdus	TOTAL
carrière	1	2	3
primes et indemnités	1	1	2
service fait	1		1
gestion établissement	1		1
TOTAL	**4**	**3**	**7**

● POINTS DE REPÈRES

Audiovisuel et protection des mineurs

Recommandation du Conseil du 24 septembre 1998
J.O. des Communautés européennes, 07.10.1998, L.270/48

Une recommandation du Conseil de l'Union européenne, en date du 24 septembre 1998, concerne *«le développement de la compétitivité de l'industrie européenne des services audiovisuels et d'information par la promotion de cadres nationaux visant à assurer un niveau comparable et efficace de protection des mineurs et de la dignité humaine».*
À travers cette recommandation, les États sont encouragés à entreprendre différentes actions, et notamment :
- une action visant à permettre aux mineurs d'utiliser «de manière responsable» les services audiovisuels et d'information en ligne, grâce à un sensibilisation des parents, des éducateurs et des enseignants ;
- une action visant à promouvoir, après contrôle de leur qualité, les services destinés aux mineurs.
Cette recommandation s'inscrit donc dans la double perspective de la protection des mineurs et de la promotion des moyens éducatifs audiovisuels.

Vie lycéenne

Note de service n° 98-197 du 5 octobre 1998 relative à la réforme des lycées : pour une participation accrue des élèves à la vie lycéenne
B.O. n° 37 du 8 octobre 1998, p. 2129

La mobilisation des personnels d'encadrement en vue de promouvoir la participation des élèves à la vie lycéenne passe par la mise en œuvre de manière encore plus déterminée des dispositions existantes, notamment en ce qui concerne leur information sur le fonctionnement de leur établissement et leur participation aux diverses instances internes, académique et nationale.
Il convient aussi d'innover et d'adapter les dispositifs existants, notamment à travers la création expérimentale d'un conseil de la vie lycéenne, présidé par le chef d'établissement et qui sera consulté sur tous les aspects de la scolarité avant les séances du conseil d'administration. Des dispositions réglementaires viendront très rapidement pérenniser cette instance et modifier en conséquence les règles relatives aux conseils académiques et au conseil national de la vie lycéenne.

Violence à l'école

Circulaire interministérielle n° 98-194 du 2 octobre 1998 relative à la lutte contre la violence en milieu scolaire et renforcement des partenariats
B.O. n° 11 du 15 octobre 1998, p. 3

Cette circulaire, qui rappelle que l'éducation est la condition première de la prévention en la matière, précise la conduite à tenir face aux situations de violence et répertorie les différents dispositifs de partenariat qui sont à la disposition des membres de la communauté scolaire pour résoudre les difficultés, et notamment les nouveaux «comités d'éducation à la santé et à la citoyenneté» qui se substituent aux comités d'environnement social.
Ce texte est complété par un guide pratique sur les approches partenariales en cas d'infractions dans un établissement scolaire. Onze type d'infractions sont identifiées : intrusions, dégradations, vols, menaces, violences verbales, bizutage, port d'armes, violences physiques, racket, violences sexuelles et stupéfiants. Pour chacune d'entre elles, un tableau précise la conduite à tenir en premier lieu à l'égard de la ou des victimes et comporte la mention des qualifications pénales attachées à l'infraction et les autorités à prévenir ou à saisir.

Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale

Décret n° 98-815 du 11 septembre 1998 portant publication de la convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, faite à la Haye le 29 mai 1993 et signée par la France le 5 avril 1995
J.O. du 13 septembre 1998, p. 13 997

Aux termes de son article 1er, cette convention a pour objet :
«1°) D'établir les garanties pour que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et dans le respect des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en droit international.
2°) D'instaurer un système de coopération entre les États contractants pour assurer le respect de ces garanties et prévenir ainsi l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants.
3°) D'assurer la reconnaissance dans les États contractants des adoptions réalisées selon la convention.
L'article 6-1 de la convention prévoit que chaque État cocontractant désigne une autorité centrale chargée de satisfaire aux obligations qui lui sont imposées par la convention».
La France a désigné comme autorité centrale, l'autorité centrale pour l'adoption internationale dont le secrétariat est assuré par la Mission de l'adoption internationale, 244, boulevard Saint-Germain, 75303 Paris 07 SP.

Mission interministérielle de lutte contre les sectes

Décret n° 98-890 du 7 octobre 1998 instituant une mission interministérielle de lutte contre les sectes
J.O. 9 octobre 1998, p. 15 286

Par décret en date du 7 octobre, a été créée une mission interministérielle de lutte contre les sectes.
Placée auprès du Premier ministre, cette mission est chargée d'analyser le phénomène des sectes, d'inciter les services publics à prendre, dans le respect des libertés publiques, les mesures appropriées pour prévoir et combattre les actions des sectes qui portent atteinte à la dignité de la personne humaine ou qui menacent l'ordre public.
Elle est également chargée de contribuer à l'information et à la formation des agents publics sur les méthodes de lutte contre les sectes, d'informer le public sur les dangers que présente le phénomène sectaire et de participer aux réflexions et travaux concernant les questions relevant de sa compétence qui sont menés dans les

enceintes internationales.
Le décret prévoit que le président de la mission, nommé par décret pour une durée de cinq ans, établit, chaque année, un programme d'action de la mission et un rapport annuel d'activité qui est transmis au Premier ministre et est rendu public.
Il est enfin précisé que le décret n° 96-387 du 9 mai 1996 portant création d'un observatoire interministériel sur les sectes est abrogé.

Principes fondamentaux et principes généraux

La *Revue française de droit administratif* a consacré à ces principes deux articles issus de deux communications faites lors d'un colloque sur Les principes non écrits en droit public qui a eu lieu à Paris, les 28 et 29 mai 1998.
1°) Le premier, rédigé par M. Bruno Genevois, conseiller d'État, a pour titre : «Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République».
Au seuil de son analyse, B. Genevois souligne le mélange de défiance et de désenchantement dont sont l'objet les PFRLR en raison de la difficulté à les identifier sans une marge d'appréciation qui peut se prêter à la critique du «gouvernement des juges».
Il rappelle l'ambiguïté entourant l'introduction de ces principes et leur caractère «figé» au regard des critères d'identification retenus. L'auteur souligne en effet que les PFRLR ne peuvent être dégagés qu'à partir de textes législatifs relatifs à des droits et des libertés essentiels, appliqués avec une constance suffisante avant l'entrée en vigueur du Préambule de la constitution du 27 octobre 1946.
Il analyse ensuite la pratique juridictionnelle qui met en évidence le rôle limité des PFRLR.
Cependant, en dépit de ces limites, l'auteur nous invite à ne pas sous estimer la portée des PFRLR expressément reconnus s'agissant, par exemple, de la liberté d'association, de la liberté d'enseignement, de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur, du principe des droits de la défense et d'une manière générale de tous les principes se rattachant à l'activité juridictionnelle.
Il souligne également les implications positives des PFRLR en raison notamment de leur application sur l'ensemble du territoire de la République y compris les territoires d'outre-mer et du fait que, même non reconnus comme tels, ils peuvent conduire à un approfondissement du contenu du «bloc de constitutionnalité».
Enfin, pour l'auteur, toutes les virtualités des PFRLR ne semblent pas avoir été épuisées, et il propose plusieurs pistes de recherche.
2°) Le second article, rédigé par Franck Moderne, professeur à l'université de Paris I, traite de «l'Actualité des principes généraux du droit»
Franck Moderne analyse l'attitude respective du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel à l'égard des principes généraux du droit en opposant la «retenue persistante» du juge constitutionnel à «la politique volontariste du juge administratif».
Après avoir rappelé la définition couramment admise des PGD *(des principes positifs du droit, dotés d'une force juridique suffisante pour qu'ils puissent être considérés comme normatifs, c'est-à-dire produire des effets de droit, s'inscrire dans une hiérarchie de normes)*, l'auteur analyse l'attitude du Conseil constitutionnel à l'égard des PGD, caractérisée par une grande prudence.
En effet, la requalification sous forme de principes constitutionnels ou à valeur constitutionnelle opérée par le Conseil constitutionnel d'un certain nombre de principes généraux du droit utilisés par le Conseil d'État pour les besoins du contrôle de l'administration s'effectue par une référence textuelle tirée du «bloc de constitutionnalité» (Préambules, Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, principes fondamentaux reconnus par les lois de la République).
Par ailleurs, l'accueil réservé aux principes de «sécurité juridique» et au «principe de confiance légitime» témoigne de cette prudence.
Il analyse ensuite l'attitude du Conseil d'État en notant que les PGD connaissent une extension notoire en certaines matières comme le droit des étrangers et le droit des relations sociales mais que la Haute Assemblée manifeste de la réticence à faire place aux PGD d'origine externe, tirés des principes généraux du droit international ou de la coutume internationale, tout en adoptant une attitude plus mesurée à l'égard des PGD du droit communautaire dont il est fait application lorsque l'objet du litige est lui-même régi par le droit communautaire.

Déconcentration de la gestion des personnels enseignants, d'information, d'orientation et d'éducation de l'enseignement secondaire

Décret n° 98-915 du 13 octobre 1998 portant déconcentration en matière de gestion des personnels enseignants, d'information, d'orientation et d'éducation de l'enseignement secondaire
J.O. du 14 octobre 1998, pp. 15 530 à 15 532
BOEN du 22 octobre 1998
Décret n° 98-916 du 13 octobre 1998 portant déconcentration en matière de titularisation et de stage de certains personnels relevant du ministre de l'Éducation nationale et modifiant les conditions de déroulement du stage des conseillers principaux et conseillers d'orientation
J.O. du 14 octobre 1998, pp. 15 532 à 15 534
BOEN du 22 octobre 1998
Arrêté du 13 octobre 1998 modifiant l'arrêté du 15 octobre 1986 portant délégation des pouvoirs du ministre de l'Éducation nationale aux recteurs d'académie en matière de gestion des personnels enseignants, d'éducation, d'information et d'orientation relevant de la direction des personnels enseignants des lycées et collèges
J.O. du 14 octobre 1998, p. 15 538
BOEN du 22 octobre 1998

Le premier décret prévoit que pour neuf catégories de personnels la première affectation après titularisation, ainsi que les mutations ultérieures d'académie, sont prononcées par le ministre après avis des commissions paritaires.
Sont concernés tous les corps d'enseignants de l'enseignement secondaire (chargés et professeurs d'EPS, agrégés, certifiés, chargés et adjoints d'enseignement, PLP), ainsi que les conseillers principaux et conseillers d'éducation et les personnels d'orientation.
Le second décret du même jour confie aux

recteurs la validation des stages effectués dans leur académie, ainsi que leur éventuelle prolongation et la titularisation, pour les mêmes catégories de personnels ainsi que pour les PEGC.
L'arrêté du même jour donne compétence aux recteurs pour prononcer les premières et les nouvelles affectations des personnels nommés au sein de leur académie et fixe la liste des corps de fonctionnaires auxquels cette délégation s'applique.

→NB : Ces textes concrétisent une très importante mesure de déconcentration de la gestion des personnels du second degré puisque les recteurs d'académie sont désormais compétents pour affecter, titulariser et muter ceux de ces fonctionnaires qui sont en fonction au sein de leur académie ou que le ministre désigne pour une première affectation dans leur académie. Consécutivement, les recteurs assureront la défense du contentieux de première instance relatif aux décisions correspondantes, conformément à la délégation de compétence qui leur a été donnée par le décret n° 87-787 du 23 septembre 1987 (J.O. 29 septembre 1987).

L. Blaudeau
D. Dumont
D. Ferrari
L. Jouve
J.-P. Ronel

● NOTES DE LECTURE

Propriété littéraire et artistique - Gestion collective des droits patrimoniaux

La première Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 24 février 1998, TF1 c/Société Sony music entertainment France et autre, a jugé que *«les auteurs et éditeurs ayant adhéré à la SACEM n'en conservaient pas moins l'exercice de leurs droits sur l'œuvre, dont ils pouvaient demander la protection, notamment, par l'action en contrefaçon»*.
Dans une note, André Françon, Professeur émérite à l'université Panthéon-Assas Paris II, souligne que cette décision met fin à une hésitation jurisprudentielle ancienne. Il cite en effet des arrêts de la cour d'appel de Paris aux termes desquels l'auteur qui avait cédé ses droits patrimoniaux à une société de gestion collective, tantôt se voyait reconnaître la capacité d'ester en justice, tantôt en était privé.
Cet arrêt risque, selon lui, d'affaiblir les sociétés de perception et de répartition des droits d'auteur d'autant que la formulation retenue par la Cour de cassation laisse entendre que la cession par un auteur de ses droits patrimoniaux ne l'empêcherait pas de conclure avec un tiers sur les droits cédés.

→NB : Cette jurisprudence concerne toute société de perception et de répartition des droits d'auteur quel que soit son domaine d'intervention. Cette solution s'applique même en matière de reproduction par reprographie où la gestion collective est imposée par l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle. Il paraît peu probable, en effet, que la Cour de cassation ait entendu priver une catégorie d'auteurs ou d'éditeurs de la capacité de veiller à une utilisation conforme de leurs œuvres, nonobstant leur adhésion obligatoire au Centre français d'exploitation du droit de copie.
Il résulte de cet arrêt que la sonorisation musicale de certaines dépendances ou installations téléphoniques des établissements d'enseignement, autorisée par un contrat conclu avec la SACEM doit respecter scrupuleusement les clauses du contrat. En cas de représentation ou de reproduction d'œuvres musicales non autorisée par le contrat, une action en contrefaçon pourra être mise en œuvre tant par la SACEM que par l'auteur de l'œuvre irrégulièrement utilisée.
Recueil DALLOZ, 1998, 34ème cahier, jurisprudence, pp. 471-473.

Convention internationale sur les droits de l'enfant

Conclusions du commissaire du Gouvernement, M. Ronny Abraham, sur C.E., 22.09.1997, Mlle CINAR.
Mlle CINAR demandait l'annulation du jugement du 19 juillet 1994 par lequel le tribunal administratif de Strasbourg avait rejeté sa demande dirigée contre la décision en date du 25 novembre 1993 par laquelle le préfet de Moselle avait refusé d'autoriser le séjour en France de son fils. À l'appui de sa demande, la requérante invoquait notamment l'article 3-1 de la Convention sur les droits de l'enfant du 26 janvier 1990, aux termes duquel : *«Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait d'institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale»*.
Dans ses conclusions, le commissaire du Gouvernement s'interroge sur l'effet direct de ce texte. Le Conseil d'État, rappelle t'il, distingue parmi les stipulations de la Convention de New-York les règles qui sont pourvues d'effet direct et celles qui ne le sont pas. Selon lui, une stipulation internationale doit être regardée comme dépourvue d'effet direct dans deux cas seulement.
En premier lieu, lorsque l'objet même de la stipulation est de régler les rapports d'État à État, et qu'elle ne vise pas à créer des droits au profit des particuliers (C.E., Ass, 8.03.1985, Garcia-Henriquez), en second lieu, lorsque la stipulation qui, bien qu'ayant pour objet de garantir des droits au profit des particuliers, n'est pas susceptible d'être immédiatement appliquée à des situations individuelles, parce qu'elle n'est pas suffisamment précise, complète et inconditionnelle pour servir à cette fin.
Pour le commissaire du gouvernement, l'article 3-1 de la Convention de New-York n'entre pas dans ces deux catégories et relève bien des dispositions ayant un effet direct.
Appliqué au cas d'espèce, la Haute Assemblée, suivant les conclusions du commissaire du gouvernement, a considérée que, l'enfant de Mlle CINAR n'ayant aucune personne proche de la famille pouvant le recevoir en Turquie, la décision du préfet de renvoyer cet

enfant en Turquie et de le séparer, même provisoirement de sa mère, portait atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant et devait être regardée comme contraire à l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (annulation du jugement du tribunal administratif de Strasbourg).

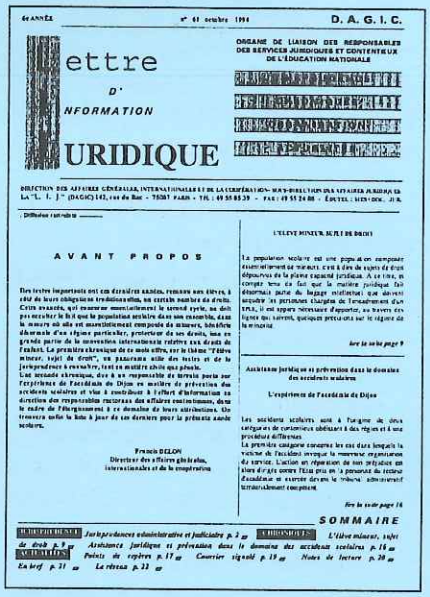
«L'effet direct de certaines stipulations de la convention internationale sur les droits de l'enfant»

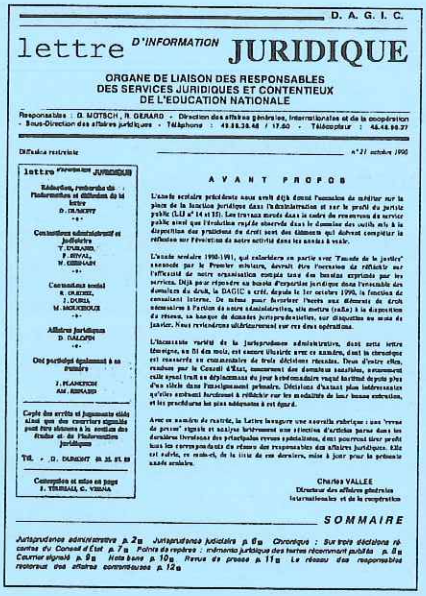
Conclusions de M. Ronny Abraham, maître des requêtes au Conseil d'État, commissaire du Gouvernement sur C. E., 22.09.1997, Mlle CINAR
RFDA, 14 (3) mai-juin 1998

L. Blaudeau
D. Ferrari
É. Laurier

DIX ANS DÉJÀ ...

D.A.G.I.C.
lettre D'INFORMATION JURIDIQUE
ORGANE DE LIAISON DES RESPONSABLES DES SERVICES JURIDIQUES ET CONTENTIEUX DE L'EDUCATION NATIONALE
Diffusion restreinte
N° 1 3 octobre 1988
AVANT PROPOS


ORGANE DE LIAISON DES RESPONSABLES DES SERVICES JURIDIQUES ET CONTENTIEUX DE L'ÉDUCATION NATIONALE
AVANT PROPOS
SOMMAIRE


D. A. G. I. C.
lettre D'INFORMATION JURIDIQUE
ORGANE DE LIAISON DES RESPONSABLES DES SERVICES JURIDIQUES ET CONTENTIEUX DE L'EDUCATION NATIONALE
AVANT PROPOS
SOMMAIRE

Créée au lendemain de la déconcentration du contentieux administratif, la ***Lettre d'Information Juridique*** se voulait à la fois organe de liaison des responsables des services juridiques, moyen de communication, instrument de travail et d'échange. «*Ce n'est pas un journal de direction de plus*», écrivions-nous en octobre 1988, soulignant par là l'originalité du propos : à l'heure du «retour en force du droit», lancer (avec les moyens du bord) un vecteur d'informations spécialisées, à diffusion restreinte, présentaient les garanties d'un professionnalisme de bon aloi. Celui-ci devait se manifester au travers de quelques constantes : austérité de la présentation, concision et rigueur dans la rédaction, anonymat des contributions. Les années qui ont suivi devaient montrer la validité de la formule et confirmer l'audience que rencontrait la ***Lettre bleue*** au-delà même du réseau qu'elle desservait à l'origine. Amplifiée et diversifiée dans son contenu, elle tend à présent à devenir l'organe d'information des responsables de terrain, au premier rang desquels les chefs d'établissement. Dix ans après son lancement, c'est bien en tant que journal de direction à part entière, depuis la création de la Direction des affaires juridiques, qu'elle veille à maintenir la valeur de référence qui a fait son succès.

La rédaction

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

● LA PREUVE ET LES TECHNOLOGIES NOUVELLES (2ème PARTIE)

La dissimulation de la preuve et l'encadrement juridique des techniques de cryptage

Si les technologies modernes de l'information permettent d'altérer ou de détruire la preuve, elles permettent aussi de la dissimuler en rendant totalement hermétiques les documents susceptibles de lui servir de support ; les techniques de «cryptage» ont, en effet, atteint un degré de sophistication tel que, sans l'intervention du législateur, la criminalité informatique pourrait vivre à l'abri de toute investigation judiciaire.

La prochaine chronique s'attachera à donner un aperçu des grands principes qui régissent ces techniques et s'emploiera à démontrer que le législateur, tout en libéralisant le régime de la «cryptologie» dans la perspective du développement du commerce via le réseau mondial, a voulu garantir à l'État la possibilité d'accéder aux donnés cryptées, afin d'interdire que celles-ci ne soient définitivement rendues inaccessibles par des personnes animées de mauvaises intentions.

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 1999

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 - V. Sueur - L. Jouve

Ont participé à ce numéro : *Lionnel Blaudeau, Sophie Champeyrache, Francis Contin, Jacques Crain, Jean-Noël David, Philippe Dhennin, Dominique Dumont, Dominique Ferrari, René Gérard, Éric Laurier, Mireille Lopez-Crouzet, Jean Prat, Marie-Véronique Samama-Patte, Jean-Pierre Ronel, Frédéric Séval, Josiane Teuriau.*

Maquette, mise en page : HEXA Graphic
Édition et diffusion : Centre national de documentation pédagogique
Imprimeur : INSTAPRINT, 1.2.3, Levée de la Loire, La Riche, BP 5927 - 37059 TOURS CEDEX 1
N° de commission paritaire : n° 0503 B 05108
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.

9 771265 673001 98029