

Lettre d'Information Juridique

LETTRE MENSUELLE DE LA DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES
DU MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION NATIONALE

N° 55

Signalé à l'attention de nos lecteurs :

JURISPRUDENCE

- **CAA** : Enseignants-chercheurs – Répartition des services d'enseignement – Procédure – Garantie statutaire substantielle p. 10
- **Cass.** : Collège privé – Accident dans la cour de récréation – Élève interne – Responsabilité de l'État non engagée (art. L. 911-4 du Code de l'éducation, art. 1384 du Code civil) p. 13
- **CAA** : Demande d'expertise en référé – Condition d'utilité de celle-ci p. 13
- **CA** : Recevabilité des requêtes – Incompétence du juge judiciaire des référés – Décision administrative p. 13

CONSULTATIONS

- **Attribution à des personnels ATOS d'indemnités en contrepartie de leur concours à des actions éducatives, sportives ou culturelles organisées par des collectivités territoriales** p. 15

CHRONIQUES

- **Référé-injonction et référé-suspension** : Les premières applications (suite) p. 17
- **Les promesses de l'administration** (suite de la 1^{re} partie) p. 19

DOCUMENT

- **Avis du Conseil de la concurrence** p. 24

ACTUALITÉS: Sélection de la *LJ*

TEXTES OFFICIELS

- **Signature électronique** p. 40
- **Contraception d'urgence** p. 40

ARTICLES DE REVUES

- **La date et l'écrit électronique** p. 41
- **Internet – Diffamation – Point de départ de la prescription** p. 41

- **INTERNET : Sites juridiques signalés** p. 42

“ **En république,
il n’y a pas de droits
sans devoirs correspondants,
ni de libertés sans obligations** ”

*Régis DEBRAY, in La république expliquée à ma fille,
éditions Seuil, p. 38, 1998.*

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.

La Lettre d’Information Juridique est imprimée sur un papier écologique, sans chlore, ce qui lui donne un caractère biodégradable et donc respecte l’environnement.



Lettre d'Information Juridique

Rédaction LIJ:

Ministère de l’éducation nationale
Direction des affaires juridiques
142, rue du Bac – 75357 PARIS 07 SP
Téléphone: 01 55 55 05 39
Fax: 01 45 48 96 27

Directeur de la publication:

Jacques-Henri Stahl

Rédacteurs en chef et adjoint:

G. Motsch – V. Sueur – L. Jouve

Responsable de la coordination:

Anne-Marie Amélio

Ont participé à ce numéro:

*Claudette Berland,
Valérie Blaise,
Lionel Blaudeau,
Françoise Bourgeois,
Raymond Bruneau-Latouche,
Philippe Buttiglione,
Francis Contin,
Jacques Crain,
Jean-Noël David,
Dominique Dumont,
Éric Laurier,
Monique Lecygne,
Élisabeth Lemignon,
Jean-Pierre Ronel,
Isabelle Sarthou,
Didier Taravella.*

Maquette, mise en page:

HEXA Graphic

Édition et diffusion:

Centre national de documentation
pédagogique

Imprimeur:

BIALEC
9, avenue du Général Leclerc
BP 3003
54012 NANCY CEDEX

N° de commission paritaire:

n° 0503 B 05108

N° ISSN:

1265-6739

Éditorial

Dans un contexte économique caractérisé notamment par l'accélération des mutations, la formation continue est appelée à connaître un développement important.

L'étendue des besoins, sans cesse renouvelés, permet de penser que ce secteur d'activité présente une importance capitale à l'horizon des vingt prochaines années.

Les intervenants dans ce domaine sont divers et nombreux et si l'entreprise privée s'y investit fortement, l'éducation nationale y affirme sa présence depuis déjà une longue période. C'est cette présence et celles d'autres organismes publics sur ce marché qui ont motivé la demande d'avis au Conseil de la concurrence présentée par la Fédération de la formation professionnelle (FFP), sur la compatibilité de cette présence avec le respect des règles permettant le jeu de la libre concurrence.

Le Conseil a rendu son avis le 12 décembre 2000 et nous le publions intégralement dans ce numéro. Il constitue par son exhaustivité un document de première importance dont la lecture ne peut qu'être recommandée.

On trouvera également dans la présente *Lettre* la suite de la chronique sur les promesses de l'administration et consacrée cette fois-ci aux promesses liées à l'affectation ou d'ordre financier.

Nous poursuivons aussi, en les commentant, la signalisation des dernières décisions rendues par la juridiction administrative selon les nouvelles procédures de référé.

Jacques-Henri STAHL

Sommaire

Jurisprudence p. 06

ENSEIGNEMENT SCOLAIRE p. 06

Enseignement du 1^{er} degré

- **Organisme consultatif – Conseil supérieur de l'éducation – Quorum**
CE, 06.04.2001, Société des agrégés de l'université, n^{os} 213087, 213088, 213089, 213090
- **Organisation d'un enseignement maternel bilingue – Carte scolaire**
TA, STRASBOURG, 13.03.2001, Mme BALIN c/recteur de l'académie de Strasbourg et ville de Sélestat, n° 004376-2

ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR ET RECHERCHE p. 06

Études

- **Examen de demandes d'inscription présentées par des bacheliers d'une autre académie – Incompétence du recteur**
TA, LYON, 31.01.2001, Mlle SUSBIELLES, n° 9903979

Vie de l'étudiant

- **Aides aux étudiants de 3^e cycle et contrat de travail – Critères de distinction – Droit à l'indemnisation du chômage (non)**
TA, ORLÉANS, 13.02.2001, M. HIBERT, n° 99-626

EXAMENS ET CONCOURS p. 07

Réglementation

- **Concours CAPES réservé – Conditions d'accès aux concours**
TA, STRASBOURG, 06.02.2001, Mme MEYER, n° 99486
- **Publicité des règlements d'examen**
TA, MONTPELLIER, 24.01.2001, M. GARCIA, n° 004458

PERSONNELS p. 08

Questions communes aux personnels

- **Retraités – Tableau d'assimilation**
CE, 29.12.2000, M. ORSANE, n^{os} 194137, 198628 et 200742
- **Mouvement national à gestion déconcentrée des personnels enseignants – Règles d'organisation – Incompétence du ministre pour définir par circulaire une obligation d'ordre statutaire**
CE, 19.03.2001, Société des agrégés de l'université, n° 204347 et 204348 (cette décision sera publiée au Recueil Lebon)

- **Protection des fonctionnaires – Demande tardive**
CAA, PARIS, 15.02.2001, M. DJURDJEVAC, n° 99PA02184
- **Cumul de rémunérations publiques – Compte de cumul**
TA, RENNES, 25.01.2001, M. LE GALL, n° 99159
- **Logement de fonction – Expulsion – Procédure**
CAA, PARIS, 20.02.2001, M. N. n° 00PA02638
- **Indemnité forfaitaire de transport de bagages à l'issue d'un séjour outre-mer**
CE, 10.01.2001, M. GROS, n° 215177

Questions propres aux personnels de l'enseignement universitaire

- **Enseignants-chercheurs – Répartition des services d'enseignement – Procédure – Garantie statutaire substantielle**
CAA, PARIS, 15.02.2001, M. DJURDJEVAC, n° 99PA02183

ÉTABLISSEMENTS D'ENSEIGNEMENT PRIVÉS p. 11

Personnels

- **Licenciement d'un maître contractuel – Incompétence du juge administratif – Renvoi au tribunal des conflits**
TA, SAINT-DENIS-DE-LA-RÉUNION, 07.02.2001, Mme P. c/ association « Islam Sounate Djamatte », n° 0000261

RESPONSABILITÉ p. 12

Responsabilité : questions générales

- **Responsabilité des universités – Composition et fonctionnement des jurys d'examen irréguliers**
TA, PARIS, 01.02.2001, M. KHALED, n^{os} 9801187/7 et 9802445/7

Accidents survenus ou causés aux élèves et aux étudiants

- **Collège public – Récréation – Dispute entre élèves – Responsabilité de l'État non engagée (art. L. 911-4 du Code de l'éducation, art. 1384 du Code civil)**
TGI, TOULOUSE, 15.02.2001, M. HANNE c/ préfet de la Haute-Garonne, n° 88
- **Collège privé – Accident dans la cour de récréation – Élève interne – Responsabilité de l'État non engagée (art. L. 911-4 du Code de l'éducation, art. 1384 du Code civil)**
Cass., 29.03.2001, État français c/ M. FELLONI, n° 441 FS-P+B

PROCÉDURE CONTENTIEUSE p. 13

Recevabilité des requêtes

- **Demande d'expertise en référé – Condition d'utilité de celle-ci**

CAA, MARSEILLE, 23.01.2001, M. KHADRI, n° 99MA01571

- **Recevabilité des requêtes – Incompétence du juge judiciaire des référés à l'égard d'une décision administrative**

CA, TOULOUSE, 12.02.2001, État c/ Mlle HOOBERGS

- **Association – Action en justice – Compétence de l'assemblée générale**

CE, 16.02.2001, Association pour l'égalité aux concours et examens, n° 221622- (cette décision sera publiée au Recueil Lebon)

Procédures d'urgence – Référé

- **Professeur certifié – Service hebdomadaire d'enseignement – Répartition des enseignements – Absence d'urgence**

TA, VERSAILLES, *Référé-suspension*, 28.03.2001, Mme S.

- **Voies de recours contre les ordonnances du juge des référés statuant en urgence – Ministère d'avocat obligatoire en cas de recours en cassation p. 17**

CE, 28.02.2001, M. CATSIAPIS, n° 229458

- ***Référé-suspension* – Exclusion en cours d'année d'un étudiant de 3^e cycle – Conditions et règles de compétence – Doute sérieux sur la légalité et condition d'urgence réunis p. 17**

TA, PARIS, 14.03.2001, Mlle D., n° 0103133/9

- **Champ d'application de l'article L. 531-3 du Code de justice administrative – Mesure utile ne pouvant faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative – Communication d'un document administratif dont l'accès était refusé (non) p. 17**

CAA, PARIS, 08.03.2001, Mlle DEBERGUE, n° 00PA03152

(Voir chronique de Philippe BUTTIGLIONE et Jean-Noël DAVID)

Consultations p. 15

- **Attribution à des personnels ATOS d'indemnités en contrepartie de leur concours à des actions éducatives, sportives ou culturelles organisées par des collectivités territoriales**

Lettre DAJ A2 n° 01-183 du 26 mars 2001 adressée à un recteur d'académie

- **Enseignant-chercheur – Procédure disciplinaire – Détermination de la section disciplinaire compétente**

Lettre DAJ B2 n° 501 en date du 19 mars 2001

Chroniques p. 17

- **Référé-injonction et référé-suspension**

Les premières applications (suite) p. 17

- **Les promesses de l'administration**

Promesses et carrière (suite de la 1^{re} partie) p. 19

Document p. 24

- **Conseil de la concurrence**

Avis n° 00-A-31 du 12 décembre 2000 relatif à une demande d'avis présentée par la Fédération de la formation professionnelle (FFP)

Actualités p. 40

Sélection de la LIJ

TEXTES OFFICIELS p. 40

- **Signature électronique**

Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique
JORF du 31 mars 2001 – pp. 5 070-5 072

- **Contraception d'urgence**

Décret n° 2001-258 du 27 mars 2001 pris en application de la loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence
JORF du 28 mars 2001, p. 4 825

- **Gratuité – Contributions des familles**

Circulaire n° 2001-256 du 30 mars 2001 relative à la mise en œuvre du principe de gratuité de l'enseignement scolaire public
BOEN n° 15 du 12 avril 2001, p. 737

- **Neutralité commerciale – Partenariat avec le monde professionnel**

Circulaire n° 2001-053 du 28 mars 2001 portant code de bonne conduite des interventions des entreprises en milieu scolaire
BOEN n° 14 du 5 avril 2001, p. 691-695

ARTICLES DE REVUES p. 41

- **La date et l'écrit électronique**

- **Indépendance et liberté d'expression des enseignants-chercheurs**

- **Participer à un jury de thèse**

- **Internet – Diffamation – Point de départ de la prescription**

INTERNET : Sites juridiques signalés p. 42

AU SOMMAIRE DU PROCHAIN NUMÉRO

de la *Lettre d'Information Juridique*, juin 2001

ENSEIGNEMENT SCOLAIRE

Enseignement du 1^{er} degré

- **Organisme consultatif – Conseil supérieur de l'éducation – Quorum**

CE, 06.04.2001, Société des agrégés de l'université, nos 213087, 213088, 213089, 213090

Conformément à un arrêt rendu le 27 octobre 1989 où il avait considéré qu'un laps de temps d'une heure entre deux réunions devait être considéré comme une interruption et non comme constituant une nouvelle réunion (Assemblée, Fédération CGT des services publics, Rec, p. 210), le Conseil d'État considère que la procédure consultative devant le Conseil supérieur de l'éducation (CSE) du 12 juillet 1999 est entachée d'irrégularité, le report d'une heure de la réunion de ce conseil pour faute de quorum ne pouvant constituer une seconde réunion dispensée de quorum. Sont donc annulés l'arrêté du 28 juillet 1999 modifiant les arrêtés du 10 juillet 1992, relatif aux programmes de la classe de seconde générale et technologique, et du 14 juin 1995, relatif au programme d'histoire-géographie de la classe de seconde générale et technologique, ainsi que l'arrêté du 4 août 1999 modifiant l'arrêté du 10 juillet 1992 modifié relatif aux programmes de la classe de seconde générale et technologique.

NB: Ce n'est que dans la mesure où certaines des dispositions des arrêtés auraient vocation à être pérennisées qu'elles devraient être à nouveau examinées, pour régularisation, par le CSE.

- **Organisation d'un enseignement maternel bilingue – Carte scolaire**

TA, STRASBOURG, 13.03.2001, Mme BALIN c/recteur de l'académie de Strasbourg et ville de Sélestat, n° 004376-2

Le tribunal administratif de Strasbourg a rejeté le recours de parents d'élèves dirigé contre une décision de l'inspecteur de l'éducation nationale confirmée par le recteur d'académie, refusant à leurs enfants le bénéfice de l'inscription en enseignement maternel bilingue pour la rentrée 2000.

Les requérants invoquaient notamment le moyen tiré de l'article 2 du protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 20 mars 1952 en vertu duquel l'État est tenu de respecter dans l'exercice des fonctions qu'il exerce dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses ou philoso-

phiques. Le tribunal a jugé que l'organisation d'un enseignement bilingue en classe maternelle était étrangère aux convictions religieuses ou philosophiques visées par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Le tribunal a jugé également que le moyen de légalité tiré de la méconnaissance des stipulations contractuelles d'un contrat de plan entre l'État et la région Alsace, ne pouvait être invoqué à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir et ne pouvait donc qu'être rejeté. En vertu de l'article 1^{er} de la loi du 30 octobre 1886 les écoles maternelles relèvent de l'enseignement primaire et s'il incombe aux collectivités publiques de créer des classes élémentaires en raison du caractère obligatoire de la formation scolaire à partir de six ans, aucune disposition législative ou réglementaire n'impose la création de classes maternelles, qu'elles soient bilingues ou monolingues. Le tribunal a donc jugé que les parents requérants ne pouvaient se prévaloir d'aucun droit à l'organisation d'un enseignement maternel bilingue pour leurs enfants nonobstant la circonstance que des dispositions législatives ou réglementaires qu'ils invoquaient prévoyaient la possibilité d'organiser un enseignement bilingue et définissaient des mesures tendant à favoriser un tel enseignement.

Enfin, le tribunal a estimé que la circonstance que l'enseignement maternel bilingue se développe dans certaines parties du territoire alors que le service public facultatif de l'enseignement maternel est, de manière générale, organisé dans un cadre monolingue ne permet pas aux requérants de soutenir que le refus de mettre en place un enseignement maternel bilingue à Sélestat porterait atteinte au principe d'égalité.

NB: Le juge se fonde sur l'article 1^{er} de loi du 30 octobre 1886, loi sur l'organisation de l'enseignement primaire (loi Goblet), qui a été implicitement abrogé et remplacé par l'article 2 de la loi 75-620 relative à l'éducation (loi Haby) lequel est devenu l'article L. 113-1 du Code de l'éducation.

On rappellera que le n° 51 de la LIJ a consacré une chronique sur les pouvoirs du maire en matière de sectorisation et de dérogation.

ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR ET RECHERCHE

Études

- **Examen de demandes d'inscription présentées par des bacheliers d'une autre académie – Incompétence du recteur**

TA, LYON, 31.01.2001, Mlle SUSBIELLES, n° 9903979

Aux termes du cinquième alinéa de l'article 14 de la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 modifiée sur l'enseignement supérieur, «*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, constatée 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*».

La compétence confiée par ces dispositions au recteur chancelier pour se prononcer ne concerne donc que les candidats ayant une priorité d'inscription dans un établissement de l'académie. Par contre, le président de chaque université demeure compétent pour rejeter les demandes d'inscription présentées par les candidats ayant obtenu le baccalauréat ou son équivalent dans le ressort d'une autre académie (annulation de la décision rectorale du 27 juillet 1999 ayant refusé l'inscription de la requérante à l'université Lyon I en 1999-2000 alors qu'elle avait obtenu le baccalauréat dans l'académie de Grenoble).

NB : À rapprocher de l'arrêt de la CAA de Marseille du 27.01.1998, université Montpellier I, n° 96MA11268 (LIJ n°23, mars 1998). Les dispositions législatives invoquées par le TA de Lyon figurent désormais au deuxième alinéa de l'article L. 612-3 du Code de l'éducation.

Vie de l'étudiant

- **Aides aux étudiants de troisième cycle et contrat de travail – Critères de distinction – Droit à l'indemnisation du chômage (non)**
TA, ORLÉANS, 13.02.2001, M. HIBERT, n° 99-626

Si la convention passée entre la région, une société et l'université prévoyant l'attribution d'une bourse d'études de 3^e cycle en contrepartie de la présentation d'une thèse sur un sujet déterminé fixait le lieu où devait se dérouler l'étude, prévoyait des mesures de sanction dans l'hypothèse de travaux insuffisants et évoquait le paiement des charges sociales, en l'absence de lien de subordination avec l'université, le bénéficiaire ne peut être regardé comme un agent non titulaire de celle-ci.

En tout état de cause, l'intéressé étant en formation pendant la période en cause, au même titre que les internes en médecine, ne pourrait être considéré

comme involontairement privé d'emploi à son terme, au sens de l'article L. 651-1 du Code du travail

NB : L'article 23 de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 modifié d'orientation et de programmation pour la recherche, qui qualifie de contrat de travail à durée déterminée l'attribution par l'État ou des organismes de recherche d'allocations pour la formation par la recherche, n'était pas applicable en l'espèce compte tenu des signataires de la convention créant cette bourse. Le tribunal a donc recherché si l'attribution de cette aide entraînait un lien de subordination impliquant la possibilité de donner des ordres et des instructions, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements.

Si tel avait été le cas, le contrat aurait été considéré, en l'absence de qualification législative contraire, comme étant de droit public en application de la jurisprudence dite BERKANI. La comparaison, dans la décision, de la situation de l'intéressé avec celle des internes en médecine se réfère à l'arrêt du Conseil d'État du 09.10.1992, centre hospitalier de Nérac et autres, mentionné aux tables du Recueil Lebon p. 1 313, leur déniant le droit à l'indemnisation du chômage quelles qu'aient été la nature et les modalités de la rémunération qui leur a été servie durant cette période de formation.

Il convient de signaler que dans une décision du 8.03.2001, BRUCKNER c/université d'ORLÉANS, la cour administrative d'appel de NANTES a jugé que le requérant, bénéficiaire d'une allocation d'étude pour préparer une thèse de 3^e cycle, créée par une convention entre l'université et la région, n'établissant pas qu'il avait «participé en qualité d'agent dudit établissement à l'exécution d'une mission de service public, dont l'université a la charge» et n'avait donc pas droit à l'indemnité de chômage. Elle a d'ailleurs condamné l'intéressé à verser à l'université 6 000 F au titre de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative.

EXAMENS ET CONCOURS

Réglementation

- **Concours CAPES réservé – Conditions d'accès au concours**
TA, STRASBOURG, 06.02.2001, Mme MEYER, n° 99486

Une candidate au concours réservé (prévu par la loi n° 96-1093 du 16 décembre 1996) du CAPES de lettres

modernes, maître auxiliaire de l'éducation nationale depuis 1991 et ayant suivi au cours de l'année 1995/1996 une préparation à l'IUFM, n'a pas été admise à se présenter à la session 1998 dudit concours par le recteur d'académie, au motif qu'elle ne remplissait pas les conditions d'admission, à savoir : «1^e Justifier à la date du 14 mai 1996 de la qualité d'agent non titulaire de l'État ou de ses établissements d'enseignement publics (...) – 2^e Être à la même date en fonction ou bénéficiaire d'un congé en application du décret pris sur le fondement de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 précitée (...)»

Le juge a considéré que la décision du recteur n'était entachée d'aucune illégalité.

En effet, l'intéressée qui n'exerçait pas de fonctions de maître auxiliaire au cours de l'année scolaire 1995-1996, ne pouvait pas non plus être regardée comme bénéficiant d'un congé pour formation professionnelle, dans la mesure où elle n'avait pas obtenu d'allocation de formation reclassement, mais seulement une allocation attribuée par le directeur de l'IUFM. Elle ne pouvait pas non plus être considérée comme bénéficiaire d'un congé pour convenances personnelles, qu'elle n'avait pas sollicité.

Rejet, en conséquence, de la demande d'annulation de la décision rectorale.

● Publicité des règlements d'examen

TA, MONTPELLIER, 24.01.2001, M. GARCIA, n° 004458

Il ressort des pièces du dossier que le requérant, comme l'ensemble des étudiants concernés, a eu communication, lors de son inscription, d'un extrait du règlement intérieur du département génie électrique et informatique industrielle (GEII) précisant l'incidence sur la moyenne de l'étudiant des absences non justifiées au-delà de deux. Par suite, l'intéressé ne saurait utilement soutenir que des points lui ont été retirés par le jury du diplôme universitaire de technologie (DUT) de cette spécialité pour absences sans qu'il en ait été préalablement informé (légalité de la décision du 10 juillet 2000 par laquelle le jury du DUT l'a déclaré non admis).

NB : Cette question de la publicité des règlements d'examens universitaires, qui doit être assurée chaque année par les établissements auprès des étudiants, a déjà fait l'objet de commentaires dans la Lettre d'Information Juridique (n° 41, janvier 2000, TA POITIERS, 03.11.1999, JACQUEMIN, n°s 97180 et 97456 ; n° 51, janvier 2001, CAA DOUAI, 09.11.2000, MESLIN, n° 97DA11251) auxquels le lecteur voudra bien se reporter. Rappelons par ailleurs que le juge administratif contrôle l'effectivité de cette publicité (TA LYON, 15.05.1997, CUNIBIL, n° 9605382).

PERSONNELS

Questions communes aux personnels

● Retraités – Tableau d'assimilation

CE, 29.12.2000, M. ORSANE, n°s 194137, 198628 et 200742

Il résulte des dispositions de l'article 27 du décret n° 91.290 du 20 mars 1991 modifié portant statut particulier des directeurs de centre d'information et d'orientation (DCIO) et conseillers d'orientation psychologues que les services accomplis par les directeurs de centre d'information et d'orientation dans leur ancien corps sont assimilés aux services accomplis dans le corps régi par le présent décret.

Par ailleurs, aux termes de l'article L.16 du Code des pensions civiles et militaires de retraite : «*En cas de réforme statutaire, l'indice de traitement mentionné à l'article L.15 sera fixé conformément à un tableau d'assimilation annexé au décret déterminant les modalités de cette réforme*».

Selon le tableau d'assimilation prévu par le décret n° 98.859 du 23 septembre 1998, qui a modifié le décret du 20 mars 1991, les directeurs de centre d'information et d'orientation de l'ancien corps qui avaient atteint le dernier échelon de leur grade, soit le 11^e échelon, se voient assimilés aux directeurs de centre d'information et d'orientation régis par le décret du 20 mars 1991 et ayant atteint le 5^e échelon de leur grade, alors que le nombre d'échelons a été fixé à 7.

La Haute Assemblée a considéré que les modalités prévues par le tableau d'assimilation pour les personnels retraités, qui ne permettent pas aux DCIO de bénéficier des derniers échelons du grade de DCIO dans le nouveau corps, pouvaient ne pas être conformes aux règles édictées par l'article 27 du décret du 20 mars 1991, dans la mesure où ces dernières ne concernent que les personnels en activité et ne créent, en conséquence, aucun droit au bénéfice des personnels retraités.

NB : Le Conseil d'État avait déjà jugé (MASSON, DARBLADE ET CABOT, 06.07.1977, publié aux tables du Lebon) que les dispositions de l'article L. 16 du Code des pensions n'ouvrent pas de droit à une révision de la pension en cas de création d'un grade nouveau ou d'un échelon supplémentaire dans le grade détenu au moment de la cessation d'activité. Dans le même sens, à propos de la création, par le décret n° 97-565 du 30 mai 1997, d'un 7^e échelon dans la hors classe de certains corps de personnels enseignants du second degré, de personnels d'éducation et d'orientation : SNETAA, SNEP et SNES, 07.12.1998 et KHAYAT, 22.03.2000.

● **Mouvement national à gestion déconcentrée des personnels enseignants – Règles d'organisation – Incompétence du ministre pour définir par circulaire une obligation d'ordre statutaire**

CE, 19.03.2001, Société des agrégés de l'université, n° 204347 et 204348 (cette décision sera publiée au Recueil Lebon)

La Société des agrégés de l'université demandait au Conseil d'État l'annulation d'un arrêté du 7 décembre 1998 et d'une note de service de la même date qui fixaient les modalités du mouvement national à gestion déconcentrée des personnels enseignants et des personnels d'éducation et d'orientation pour la rentrée scolaire de septembre 1999.

La note de service distinguait, conformément aux dispositions introduites par décret en Conseil d'État, le 13 octobre 1998, dans les statuts particuliers de ces corps de fonctionnaires, d'une part, et à la délégation de compétence donnée aux recteurs d'académie par un arrêté du même jour complétant un arrêté du 15 octobre 1986 pris en application du décret n° 85-899 du 21 août 1985, d'autre part, une première phase de décisions prises par le ministre concernant les changements d'académie et une deuxième phase, au niveau des rectorats, conduisant à l'affectation sur un poste déterminé à l'intérieur du ressort académique.

Cette note prévoyait que, dans certains cas, ce poste pouvait, à la suite de la mise en œuvre d'une procédure dite d'extension de vœux, ne correspondre à aucune des demandes que les candidats à une mutation ont été invités à formuler et prescrivait aux candidats de signer un engagement d'accepter obligatoirement la nomination reçue dans le cadre des travaux de mouvement.

Il a été, en l'espèce, jugé que «*s'il appartenait au ministre d'apprécier les suites qui peuvent être données dans l'intérêt du service aux demandes de mutation qui lui sont présentées, il ne tenait d'aucune disposition législative ou réglementaire le pouvoir de contraindre un agent qui demande une mutation à s'engager par avance à accepter une mutation ne correspondant pas aux vœux qu'il est invité à formuler ; qu'en prévoyant une telle obligation, le ministre a pris une disposition à caractère statutaire qu'il n'était pas compétent pour édicter*».

Ont été ainsi annulés la note de service litigieuse, la disposition illégale étant indivisible des autres dispositions, et l'arrêté du 7 décembre 1998 au motif que celui-ci incorporait dans son dispositif les dispositions de ladite note.

NB : Le Conseil d'État n'a, en l'occurrence, pas commis le Gouvernement qui ne pensait pas qu'en instituant ce mécanisme de « cliquet », consubstantiel à la procédure de mutation de l'enseignant en deux temps par

deux autorités différentes et qu'en prévoyant que l'enseignant ne pouvait revenir sur son affectation dans sa nouvelle académie, le ministre ait édicté une mesure ayant un caractère statutaire et ait ajouté aux règles légales applicables.

Cette décision s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence *Institution Notre-Dame du Kreisker* (CE, 29.01.1954) selon laquelle le ministre ne peut prescrire la production par un demandeur d'un engagement non prévu par la norme applicable à la matière, ici le décret en Conseil d'État.

L'administration prépare une modification des dispositions statutaires afin de donner une base juridique adéquate au dispositif en vigueur.

● **Protection des fonctionnaires – Demande tardive**

CAA, PARIS, 15.02.2001, M. DJURDJEVAC, n° 99PA02184

Aux termes de l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, la collectivité dont ils dépendent est tenue de protéger les fonctionnaires contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont ils pourraient être victimes à l'occasion de leurs fonctions, et de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté.

Dans la mesure où, à la date de réception d'une demande de protection contre la diffusion d'un document contenant des mentions outrageantes sur le comportement professionnel d'un agent, aucune démarche de l'administration, adaptée à la nature et à l'importance de ces outrages, n'était plus envisageable, le président de l'université et le ministre ne pouvaient que rejeter cette demande. La circonstance qu'aucune disposition législative ou règlement ne fixe de délai pour présenter une demande de protection est alors inopérante.

NB : Il convient de rappeler que l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 met à la charge de la collectivité concernée aussi bien de prendre les mesures nécessaires pour faire cesser ces outrages, d'engager si cela relève de sa compétence une procédure disciplinaire à l'encontre des auteurs des faits, mais également de réparer les conséquences préjudiciables de ces attaques. S'agissant d'un fonctionnaire de l'État, celui-ci doit prendre les mesures qui lui incombent à cet effet mais certaines mesures de protection peuvent également relever de la compétence du chef d'établissement, notamment dans le cadre de ses pouvoirs vis-à-vis des personnels de l'établissement ou en matière d'organisation du service, de maintien de l'ordre et disciplinaires.

● **Cumul de rémunérations publiques – Compte de cumul**

TA, RENNES, 25.01.2001, M. LE GALL, n° 99159

Aux termes de l'article 5 du décret n° 58-430 du 11 avril 1958, « *le relevé du compte (de cumul) arrêté au 31 décembre, est renvoyé au plus tard le 30 juin de l'année suivante* » et « *dans le délai d'un mois, l'intéressé doit renvoyer le relevé communiqué revêtu d'une mention reconnaissant son exactitude ou faire connaître ses observations. Dans ce dernier cas, la collectivité vérifie le relevé et le transmet à nouveau à l'agent après l'avoir éventuellement modifié. L'intéressé doit faire connaître son acquiescement ou ses observations dans le même délai.* »

Il ressort de ces dispositions que l'université n'était tenue à aucun délai, ni pour vérifier le relevé de compte du requérant suite à ses observations, ni pour lui transmettre ce nouveau relevé.

● **Logement de fonction – Expulsion – Procédure**

CAA, PARIS, 20.02.2001, M. N. n° 00PA02638

Un proviseur adjoint, ayant été exclu temporairement de ses fonctions pour une durée de deux ans, s'est trouvé ainsi privé de tout titre à occuper le logement de fonction qui lui avait été attribué par nécessité absolue de service.

Il a formé un recours pour excès de pouvoir contre l'ordonnance du tribunal administratif de Melun, qui faisant droit à la demande de la région Ile-de-France, lui avait enjoint sous astreinte de libérer le logement de fonction situé dans l'enceinte du lycée.

À l'appui de ce recours, le requérant a notamment invoqué l'irrégularité de la procédure d'expulsion, dont il avait fait l'objet, pour méconnaissance des dispositions du troisième alinéa de l'article 15 du décret n° 86-428 du 14 mars 1986.

Aux termes de cet alinéa, il est précisé que : « *Lorsque la concession ou la convention d'occupation vient à expiration pour quelque cause que ce soit, le bénéficiaire doit quitter les lieux dans le délai qui lui est imparti conjointement par l'autorité académique ou l'autorité en tenant lieu et la collectivité de rattachement...* ».

La cour administrative d'appel de Paris a écarté ce moyen comme non fondé, car ce délai avait été fixé concomitamment par le proviseur du lycée, qui doit être considéré comme le représentant de l'autorité académique, et le président du conseil régional.

NB : *Il est impératif que le délai imparti à l'occupant d'un logement de fonction pour libérer ce dernier soit fixé par les deux autorités, la collectivité de rattachement et l'autorité académique. Cette exigence constitue une formalité substantielle dont le non-respect peut fonder l'annulation de la procédure d'expulsion.*

● **Indemnité forfaitaire de transport de bagages à l'issue d'un séjour outre-mer**

CE, 10.01.2001, M. GROS, n° 215177

Le décret n° 98-844 du 22 septembre 1998 modifié a fixé les conditions et les modalités de règlement des frais occasionnés par les déplacements des personnels civils de l'État à l'intérieur d'un territoire d'outre-mer, entre la métropole et un territoire d'outre-mer, entre deux territoires d'outre-mer et entre un territoire d'outre-mer et un département d'outre-mer, la collectivité territoriale de Mayotte ou celle de St-Pierre-et-Miquelon.

L'article 40 prévoit que « *l'agent qui ne bénéficie pas d'un logement meublé dans sa nouvelle résidence est remboursé de tous les frais autres que les frais de transport de personnes au moyen d'une indemnité forfaitaire de changement de résidence dont le montant est déterminé suivant des modalités fixées par un arrêté conjoint du ministre chargé du budget, du ministre chargé de la fonction publique et du ministre chargé de l'outre-mer (...).* »

L'article 2 de cet arrêté en date du 22 septembre 1998 retient deux manières de calculer ladite indemnité, l'une pour l'agent et l'autre pour le conjoint et toute personne à charge, suivant que la valeur globale du produit VD (où V est le volume du mobilier transporté et D la distance kilométrique la plus courte) est égale ou inférieure à 110 000 ou supérieure à 110 000.

Est rejetée la demande du requérant tendant à obtenir l'annulation de la décision implicite de rejet du vice-recteur des îles Wallis-et-Futuna sur sa demande de révision du montant de l'indemnité forfaitaire de transport de bagages à laquelle il pouvait prétendre à l'issue d'un séjour outre-mer.

La Haute Assemblée a considéré que le vice-recteur n'a pas commis d'erreur de droit dès lors qu'en sus de l'indemnité déterminée pour l'agent, une seule indemnité doit être calculée pour le conjoint et les personnes à charge ce qui, en l'espèce, pour l'épouse et les trois enfants, aboutissait à un VD dépassant 110 000, et qu'en conséquence, la formule appropriée avait été bien appliquée.

Questions propres aux personnels de l'enseignement universitaire

● **Enseignants-chercheurs – Répartition des services d'enseignement – Procédure – Garantie statutaire substantielle**

CAA, PARIS, 15.02.2001, M. DJURDJEVAC, n° 99PA02183

Aux termes de l'article 7 du décret n° 84-431 du 6 juin 1984, portant dispositions statutaires communes aux enseignants-chercheurs et statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences, « *la répar-*

tion des services d'enseignement des professeurs des universités et des maîtres de conférences est arrêtée chaque année par le président ou le directeur de l'établissement, sur proposition du conseil de l'unité de formation et de recherche de rattachement, après avis du ou des présidents des commissions de spécialistes concernés».

La procédure organisée par ces dispositions constitue une garantie substantielle du statut des professeurs et des maîtres de conférences.

Aucune pièce du dossier contentieux n'établissant que, à la date à laquelle il a confié au requérant une fonction de soutien aux étudiants préparant un DEUG, le président de l'université était en possession de la proposition écrite du conseil de l'unité de formation et de recherche de rattachement, sa décision est jugée, en conséquence, comme ayant été prise à la suite d'une procédure irrégulière.

NB: *L'arrêt précisant que le conseil de l'unité de formation et de recherche a délibéré antérieurement à la décision mais que le procès-verbal officiel n'a été transmis que plus tard au président de l'université, c'est bien l'absence de prise en compte d'un compte rendu écrit de la délibération du conseil qui est considérée comme méconnaissant une forme substantielle de cette procédure.*

ÉTABLISSEMENTS D'ENSEIGNEMENT PRIVÉS

Personnels

● Licenciement d'un maître contractuel – Incompétence du juge administratif – Renvoi au tribunal des conflits

TA, SAINT-DENIS-DE-LA-RÉUNION, 07.02.2001, Mme P. c/ association « Islam Sounate Djamatte », n° 0000261

Une enseignante recrutée en qualité de maître contractuel dans une école privée sous contrat d'association avec l'État a été informée par le président de l'association gestionnaire de ladite école qu'il ne demanderait pas au recteur d'académie le renouvellement de son contrat.

Le conseil de prud'hommes qui a été saisi par l'enseignante licenciée aux fins d'obtenir la condamnation solidaire de l'association gestionnaire de l'école et de l'État à lui verser diverses indemnités liées à son licenciement s'est déclaré incompétent au profit de la juridiction de l'ordre administratif.

Saisi par l'enseignante licenciée, le tribunal administratif s'est déclaré également incompétent pour connaître des conclusions dirigées contre un acte d'une personne morale de droit privé détachable du

contrat public de rémunération existant entre l'État et la requérante.

Sur le fondement des dispositions du décret du 26 octobre 1849 modifié par le décret du 25 juillet 1960, le tribunal administratif de Saint-Denis-de-la-Réunion a donc renvoyée l'affaire au tribunal des conflits.

NB: *Dans cette affaire, le tribunal administratif a suivi les conclusions du ministère défendeur qui a rappelé au tribunal qu'en vertu de la jurisprudence concordante de la Cour de cassation et du Conseil d'État, le maître contractuel d'un établissement privé sous contrat d'association bien que rémunéré par l'État, est lié par un contrat de travail à l'établissement qui est son employeur, et que le chef d'établissement dirige et contrôle (cf. : CE, 24.06.1987, Syndicat des chefs d'établissement d'enseignement libre, CE, 26.03.1993, PAMPALONI, et C. Cass. soc. 25.03.1998, Denis CROUAN c/ collègue épiscopal Saint-Étienne).*

Il résulte de ces jurisprudences que les litiges nés de l'exécution ou de la résiliation du contrat de travail qui lie le maître contractuel à l'établissement employeur relèvent en première instance de la compétence de la juridiction prud'homale et non de la juridiction administrative.

Le conseil de prud'hommes s'étant déclaré incompétent pour connaître la requête de Mme P, le tribunal administratif ne pouvait que se déclarer incompétent et saisir le tribunal des conflits.

La distinction opérée par la jurisprudence administrative et judiciaire qui emporte des conséquences sur les compétences respectives des deux ordres de juridiction trouve à s'appliquer en matière disciplinaire.

C'est ainsi qu'un maître peut faire l'objet d'une procédure disciplinaire à l'initiative du seul chef d'établissement employeur sur le fondement de l'article L. 122-34 du Code du travail, lequel prévoit que l'employeur fixe dans le règlement intérieur de travail les règles générales et permanentes relatives à la discipline, et notamment la nature et l'échelle des sanctions qu'il peut prendre.

En vertu de l'article L. 511-1 du Code du travail, lequel dispose que : « Les personnels des services publics lorsqu'ils sont employés dans les conditions du droit privé relèvent de la compétence des conseils de prud'hommes », le conseil de prud'hommes est seul compétent pour connaître les litiges nés de l'action disciplinaire engagée par l'employeur.

Le maître contractuel ou agréé peut être également l'objet d'une procédure disciplinaire sur le fondement de l'article 11 du décret n° 64-217 du 10 mars 1964 relatif aux maîtres contractuels et agréés des établissements

d'enseignement privé sous contrat. Le pouvoir disciplinaire du ministre de l'éducation exercé dans les conditions prévues à l'article 11 du décret du 10 mars 1964 et le pouvoir disciplinaire de l'employeur fixé par le Code du travail relèvent de deux procédures autonomes et donc, de deux ordres de juridiction. Il est à noter qu'en vertu de l'article 5 du décret n° 60-390 du 22 avril 1960 relatif au contrat simple passé avec l'État par les établissements d'enseignement privé, l'autorité académique est tenue de constater que la rupture du contrat liant les maîtres à l'établissement entraîne le retrait de l'agrément, et de ne plus assurer la rémunération du maître licencié à partir du jour où il n'y a plus de service fait. S'agissant d'un constat, il est notifié à l'intéressé sans recours à la procédure prévue à l'article 11 dudit décret.

*TGI, TOULOUSE, 15.02.2001,
M. HANNE c/ préfet de la Haute-Garonne, n° 88*

Lors d'une récréation, une élève avait eu, à l'occasion d'une dispute, le bras tordu par un de ses camarades. Statuant sur la demande de la compagnie d'assurances qui constatait que les élèves étaient, au moment des faits, en classe SEGPA d'enseignement technique, qu'ils bénéficiaient d'un enseignement professionnel et donc des dispositions relatives aux accidents du travail et maladies professionnelles, le tribunal a considéré que la législation sur les accidents du travail était manifestement inapplicable en l'espèce. Les enfants étaient, en effet, scolarisés dans un collège d'enseignement général, au sein d'une section d'enseignement général professionnel adaptée ; ils n'étaient donc pas scolarisés dans un établissement technique ; enfin, les faits s'étaient déroulés dans une cour de récréation. En toute hypothèse, le caractère intentionnel de la faute commise par l'auteur du dommage excluait l'application de la législation sur les accidents du travail, le caractère intentionnel étant démontré par les témoignages des autres élèves.

Statuant sur la responsabilité de l'État sur le fondement de la loi du 5 avril 1937, le tribunal a relevé que les circonstances précises de l'accident n'étaient pas connues ; que seules deux attestations émanant de jeunes indiquaient que la victime avait eu le bras tordu par un de ses camarades au cours d'une dispute. Ce geste était nécessairement intervenu dans un laps de temps très bref. Le seul fait que l'accident avait pu survenir, et ce malgré la présence d'un surveillant, ne pouvait démontrer une faute d'encadrement en l'espèce, étant souligné que les jeunes étaient âgés de 15 ans.

Pour ces motifs, l'action intentée contre l'État par les parents de la victime devait être rejetée.

En revanche, le tribunal a retenu la responsabilité de la mère de l'élève auteur du dommage, dès lors que celui-ci, vivant avec elle, avait indiscutablement commis un geste dangereux, cause d'un dommage. Agé de 15 ans au moment des faits, il ne pouvait qu'avoir conscience de ses actes.

NB : *Même si la responsabilité de l'État a été écartée en l'espèce, il convient de noter que ce jugement est un bon exemple de l'intrication des régimes juridiques applicables aux accidents scolaires. La décision analysée concerne un élève de SEGPA. Les élèves de SEGPA bénéficient des dispositions du Code de la sécurité sociale relatives aux accidents du travail. C'est donc en application de ces dispositions que le chef d'établissement avait déclaré l'accident à la CPAM compétente. L'application de la législation sur les accidents du travail ne pouvait être contestée en l'espèce, nonobstant le fait que l'accident soit survenu dans la cour de récréation. Le tribunal a cru*

RESPONSABILITÉ

Responsabilité : questions générales

- **Responsabilité des universités – Composition et fonctionnement des jurys d'examen irréguliers**
*TA, PARIS, 01.02.2001, M. KHALED,
n^{os} 9801187/7 et 9802445/7*

Dans la mesure où les préjudices invoqués par le requérant trouvent leur origine, l'un dans l'absence de désignation des membres du jury du diplôme études supérieures spécialisées par le président de l'université, l'autre dans une erreur commise par le jury, ces faits procèdent de décisions prises par des organes de l'université dans le cadre des pouvoirs qui leur sont reconnus par les dispositions du Code de l'éducation en matière de délivrance de diplômes nationaux.

Comme les autorités de l'État n'ont pris aucune part à ces décisions, celles-ci ne sont pas de nature à engager la responsabilité de l'État.

Si les pertes de rémunération dont il est demandé réparation ne présentent, en l'espèce, qu'un caractère éventuel, les préjudices de perte de chance d'obtention du diplôme et moral sont fixés respectivement à 300 000 F et 50 000 F. L'université est condamnée, par ailleurs, à verser au requérant 15 000 F au titre de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative.

Accidents survenus ou causés aux élèves et aux étudiants

- **Collège public – Récréation – Dispute entre élèves – Responsabilité de l'État non engagée (art. L. 911-4 du Code de l'éducation, art. 1384 du Code civil)**

devoir se fonder sur la décision de la CPAM, qui a refusé de prendre en charge l'accident, pour déclarer que les dispositions du Code de la sécurité sociale ne s'appliquaient pas. Il aurait pu faire application de l'article L 452-5 du Code de la sécurité sociale, qui permet à la victime d'un accident du travail d'agir en droit commun contre l'auteur de la faute intentionnelle.

● **Collège privé – Accident dans la cour de récréation – Élève interne – Responsabilité de l'État non engagée (art. L. 911-4 du Code de l'éducation, art. 1384 du Code civil)**

Cass., 29.03.2001, État français c/M. FELLONI, n° 441 FS-P+B

Un élève d'un collège privé avait été blessé à l'œil, dans la cour de récréation, par une balle de tennis lancée par un autre élève.

Par arrêt en date du 12 juin 1998, la cour d'appel de Paris avait retenu la responsabilité de l'État au motif que cet accident n'avait 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, ce qui caractérisait la faute de l'établissement.

La Cour de cassation a considéré qu'en se déterminant par ces seuls motifs, sans rechercher l'existence d'une faute personnelle à la charge d'un enseignant déterminé, la cour d'appel n'avait pas donné de base légale à sa décision.

Par ailleurs, pour écarter la responsabilité des parents de l'élève auteur du dommage, la cour d'appel avait considéré que ces derniers étaient fondés à se prévaloir du fait que leur fils n'habitait pas avec eux lors des faits, étant interne du collège, de sorte qu'ils n'avaient plus la garde de leur enfant, laquelle s'était trouvée transférée à l'établissement. La Cour de cassation a jugé qu'en statuant ainsi, alors que la présence d'un élève dans un établissement scolaire, même en régime d'internat, ne supprimait pas la cohabitation de l'enfant avec ses parents, la cour d'appel avait violé l'article 1384, alinéas 4 et 7 du Code civil.

NB: La décision de la Cour de cassation revêt une grande importance dans le contexte actuel de relance de l'internat public. En décidant que la présence d'un élève dans un établissement scolaire, même en régime d'internat, ne supprimait pas la cohabitation avec ses parents, donc la responsabilité de ceux-ci, la Haute Juridiction applique sa nouvelle jurisprudence, inaugurée en 1997 avec l'arrêt BERTRAND, à un dommage causé par un enfant interne, alors même qu'on aurait pu penser qu'en confiant leur enfant à l'établissement scolaire, les parents échappaient ainsi à leur responsabilité découlant

de l'article 1384, alinéa 4. Il est rappelé que l'arrêt BERTRAND a opéré un revirement jurisprudentiel en instaurant une responsabilité de plein droit des parents du fait de leur enfant mineur, lesquels ne peuvent désormais s'exonérer de cette responsabilité qu'en cas de force majeure ou de faute de la victime.

PROCÉDURE CONTENTIEUSE

Recevabilité des requêtes

● **Demande d'expertise en référé – Condition d'utilité de celle-ci**

CAA, MARSEILLE, 23.01.2001, M. KHADRI, n° 99MA01571

Une demande d'expertise en référé doit présenter un caractère utile.

Le président du tribunal administratif avait, en application de l'article R. 128 de l'ancien Code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, rejeté la demande en considérant que la demande d'expertise graphologique de ses copies des épreuves du concours d'accès en 2^e année d'études médicales ne présentait pas ce caractère d'utilité dans la mesure où les résultats de ces épreuves ne pouvaient plus faire l'objet d'un recours en annulation.

Le requérant ayant fait appel en invoquant l'utilité d'une expertise en fonction d'une possibilité de recours contentieux contre les résultats de ces épreuves en l'absence de mention des délais et voies de recours, le juge d'appel confirme l'absence de caractère utile de la demande d'expertise en se fondant sur l'impossibilité pour le requérant d'obtenir un rang utile de classement au concours dans la mesure où il ne s'est pas présenté à trois des six modules et seulement de manière partielle à deux autres modules.

NB: Les demandes d'expertise en référé relèvent désormais soit de la procédure de « référé-constat » soit de la procédure de « référé instruction » fixées respectivement par les articles R. 531-1 et 532-1 du Code de justice administrative.

● **Recevabilité des requêtes – Incompétence du juge judiciaire des référés à l'égard d'une décision administrative**

CA, TOULOUSE, 12.02.2001, État c/Mlle HOOBERGS

À la réception de la convocation aux épreuves du baccalauréat, une candidate a remarqué qu'une erreur avait été commise dans le choix de sa matière

à option. Elle réclame alors, avec l'appui du chef de son établissement scolaire, la rectification de sa convocation au recteur d'académie. À la suite du refus de ce dernier de faire droit à sa requête, la candidate saisit en référé le tribunal de grande instance en vue d'obtenir une condamnation imposant au recteur d'académie la rectification demandée.

Par une ordonnance en date du 19 juin 2000, le juge des référés du tribunal de grande instance a écarté l'exception d'incompétence au profit des juridictions administratives soulevée par l'État au motif qu'en l'absence de toute autre juridiction susceptible de statuer dans un délai utile le juge des référés était compétent, en considérant que le refus opposé à la candidate de modifier son inscription à l'épreuve du baccalauréat devait être regardé comme une voie de fait. L'État a été condamné aux dépens et à payer la somme de 6 000 F.

Le recteur a interjeté appel en invoquant l'incompétence du juge judiciaire pour apprécier la régularité de la décision administrative critiquée — à savoir le refus de modifier le choix de l'option retenue — qui, au surplus, ne pouvait être regardée comme une voie de fait de nature à rendre la compétence aux juridictions judiciaires.

La cour d'appel a estimé que le juge des référés judiciaires n'était compétent pour statuer qu'autant que le litige dont il était saisi au fond relevait, au moins pour partie, de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire.

En l'espèce, la question se posait de savoir si, dans le cadre des prérogatives dont elle dispose pour l'organisation des épreuves du baccalauréat, l'administration de l'éducation nationale avait commis une voie de fait en refusant de modifier l'option à laquelle s'était inscrite la requérante.

Dans un attendu, la cour rappelle que constitue une voie de fait une action de l'administration insusceptible de se rattacher à ses pouvoirs normaux ou présentant une irrégularité grossière et patente par manque de droit ou de procédure et portant atteinte au droit de propriété ou à une liberté publique.

Dans le cas d'espèce, la cour a jugé que l'administration de l'éducation nationale avait compétence pour refuser de modifier une erreur commise lors de l'inscription à un examen, sans pour autant porter atteinte à la liberté de la candidate qui, finalement, avait été autorisée à s'inscrire aux épreuves auxquelles elle était initialement convoquée.

Enfin, la cour a jugé qu'en l'absence de voie de fait le juge des référés ne pouvait retenir sa compétence au seul motif qu'il n'existait pas de recours judiciaire approprié au cas d'urgence qui lui était soumis.

● **Association – Action en justice – Compétence de l'assemblée générale**

CE, 16.02.2001, Association pour l'égalité aux concours et examens, n° 221622- (cette décision sera publiée au Recueil Lebon)

L'association requérante demandait au Conseil d'État l'annulation d'une épreuve d'admissibilité du concours externe du certificat d'aptitude au professorat du 2nd degré. Le Conseil d'État a jugé que la requête n'était pas recevable. En l'espèce, le président de l'association avait été autorisé à engager une action en justice par le conseil d'administration. En effet, en l'absence, dans les statuts d'une association, de stipulation réservant expressément à un autre organe la capacité de décider de former une action devant le juge administratif, celle-ci est régulièrement engagée par l'organe tenant des mêmes statuts le pouvoir de représenter en justice cette association. Dans le silence des statuts sur ce point, une action en justice ne peut être régulièrement engagée que par l'assemblée générale.

NB : À rapprocher de la décision *CE, 22.03.1999, Union syndicale de défense des français repliés d'Algérie, n° 180940.*

Procédures d'urgence – Référé

● **Professeur certifié – Service hebdomadaire d'enseignement – Répartition des enseignements – Absence d'urgence**

TA, VERSAILLES, Référé-suspension, 28.03.2001, Mme S.

La requérante demandait, par une requête enregistrée le 23 mars 2001, la suspension de l'exécution d'une décision du 11 avril 2000 relative à la répartition d'heures d'enseignement, dans le cadre du service qui lui était confié pour l'année scolaire 2000/2001 en application de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative. Le tribunal administratif de Versailles a considéré que la requête, alors que le deuxième trimestre de l'année scolaire est sur le point de s'achever, ne saurait être regardée comme présentant, dans les circonstances de l'espèce, un caractère d'urgence, laquelle doit s'apprécier objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce. Eu égard à la nature du litige, qui se limite à la répartition des heures d'enseignement pour lesquelles la requérante ne conteste pas être qualifiée, et compte tenu de l'intérêt que présente pour les élèves la continuité de l'enseignement du français jusqu'à la fin de l'année scolaire en cours, il n'apparaît pas que l'urgence puisse justifier la suspension de la décision. La requête est ainsi rejetée sans qu'il soit besoin pour le juge des référés de se prononcer sur les autres conditions de l'application de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative.

● **Attribution à des personnels ATOS d'indemnités en contrepartie de leur concours à des actions éducatives, sportives ou culturelles organisées par des collectivités territoriales**

Lettre DAJ A2 n° 01-183 du 26 mars 2001 adressée à un recteur d'académie

Interrogé par un recteur sur la légalité du versement, au profit des personnels ATOS en fonction dans les lycées de son académie, d'indemnités prévues au titre de l'aide aux formations organisées dans le cadre d'un dispositif dit d'«*aide aux élèves*», mis en place par la région en charge desdits lycées, la direction a apporté les précisions suivantes.

I. S'agissant de la participation des personnels concernés, en sus de leur service, aux formations susvisées, il convient, en premier lieu, de rappeler que l'article 2 du décret n°85-730 du 17 juillet 1985 relatif à la rémunération des fonctionnaires de l'État et des fonctionnaires des collectivités territoriales régis respectivement par les lois n°84-16 du 11 janvier 1984 et n°84-53 du 26 janvier 1984, précise que les fonctionnaires de l'État ne peuvent bénéficier d'«*aucune indemnité autre que celles fixées par une loi ou un décret (...)*».

Aux termes de l'article 14, III de la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 complétant la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État (articles L. 211-8 et L. 214-6 du Code de l'éducation), la région, qui a la charge des lycées et des établissements d'éducation spéciale, en assure «*la construction, la reconstruction, l'extension, les grosses réparations, l'équipement et le fonctionnement, à l'exception, d'une part, des dépenses pédagogiques à la charge de l'État dont la liste est arrêtée par décret et, d'autre part, des dépenses de personnels, sous réserve des dispositions de l'article 26 (de la loi)*».

Ce dernier article, codifié à l'article L. 216-1 du Code précité, dispose que les «*communes, départements ou régions peuvent organiser dans les établissements scolaires, pendant leurs heures d'ouverture et avec l'accord des conseils et autorités responsables de leur fonctionnement, des activités éducatives, sportives et culturelles complémentaires*». Il ajoute : «*Ces activités sont facultatives et ne peuvent se substituer ni porter atteinte aux activités d'enseignement et de formation fixées par l'État. Les communes, départements ou régions en supportent la charge financière. Des agents de l'État, dont la rémunération leur incombe, peuvent être mis à leur disposition (...)*». Enfin, il précise que «*l'organisation des activités susmentionnées est fixée*

par une convention, conclue entre la collectivité intéressée et l'établissement scolaire, qui détermine notamment les conditions dans lesquelles peuvent être mis à disposition les agents de l'État».

C'est donc dans le seul cadre de la mise à disposition prévue par cet article (qu'il convient de bien distinguer de la mise à disposition prévue par l'article 41 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État), que des personnels de l'État, ATOS, administratifs ou enseignants, peuvent, au titre de leur concours à des actions éducatives, sportives et culturelles correspondant à leurs missions statutaires, apporté en sus de leurs obligations de service hebdomadaire, percevoir une rémunération versée par une collectivité territoriale.

Dans l'espèce, seules ces dispositions pouvaient donc servir de fondement au versement au profit des agents concernés d'une rémunération supplémentaire en contrepartie de leur participation aux actions à vocation éducative, sportive ou culturelle réalisées dans le cadre du dispositif mis en place par la région, étant rappelé que, dans cette hypothèse, il appartiendrait à l'administration de veiller particulièrement à ce que seules les actions ne se substituant ni ne portant atteinte aux activités d'enseignement ou de formation incombant aux lycées, puissent être organisées, et, donc, donner lieu aux éventuelles mises à disposition des agents de l'État dont la participation serait sollicitée.

II. Concernant l'indemnisation, par la collectivité territoriale, des agents concernés, en contrepartie de leur concours aux actions réalisées dans le cadre d'un tel dispositif, dans les conditions rappelées ci-dessus, c'est au regard des dispositions de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 modifiée et du décret n° 82-979 du 19 novembre 1982 modifié pris pour son application, qu'il convient d'en déterminer les bases. Aux termes des dispositions de l'article 97, alinéa 2 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 modifiée relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, «*les collectivités territoriales et leurs établissements publics peuvent, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, verser des indemnités supplémentaires aux agents des services extérieurs de l'État ou des établissements publics de l'État au titre des prestations fournies personnellement par ces agents en dehors de l'exercice de leurs fonctions dans lesdits services et établissements publics de l'État*».

Le décret n° 82-979 du 19 novembre 1982 modifié fixant les conditions d'octroi d'indemnités par les collectivités territoriales et leurs établissements publics aux agents des services extérieurs de l'État ou des établissements publics de l'État, pris pour

l'application de la loi du 2 mars 1982 précitée, précise, dans son article 2, que «ne peuvent donner lieu à attribution d'indemnités que les travaux et déplacements que la collectivité supportant la dépense n'est pas en mesure de faire exécuter par ses propres agents et qui n'entrent pas dans les attributions réglementaires des services de l'État».

Le même article cite, entre autres travaux susceptibles d'entraîner le versement desdites indemnités, «(...) les missions de surveillance et d'encadrement effectuées par des personnels des établissements scolaires (...), les participations à des jurys d'examens et de concours (...), les missions d'enseignement confiées à des agents des services extérieurs de l'État ou des établissements publics de l'État (...)».

L'alinéa 2 de l'article premier du décret, dans sa rédaction issue du décret n° 91-794 du 16 août 1991 portant sa modification, fixe à 50 000 F le plafond du volume annuel des indemnités susvisées, et précise que ce montant évolue «dans les mêmes conditions que la valeur annuelle du traitement afférent à l'indice 100 majoré de la fonction publique».

● **Enseignant-chercheur – Procédure disciplinaire – Détermination de la section disciplinaire compétente**

Lettre DAJ B2 n° 501 en date du 19 mars 2001

La direction des affaires juridiques étant interrogée sur la section disciplinaire compétente à l'égard d'un enseignant-chercheur mis en position de dis-

ponibilité après les faits a donné la réponse suivante. Une procédure disciplinaire pourrait être engagée avant même la réintégration de l'intéressé. Les faits qui motiveraient l'engagement la procédure disciplinaire ayant été commis au sein de l'université d'affectation, c'est la section disciplinaire du conseil d'administration de cet établissement qui peut seule être saisie en application des dispositions de l'article 3 du 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.

En effet, ces dispositions donnent compétence à la section disciplinaire de l'établissement où les faits ont été commis ou, lorsqu'ils n'ont pas été commis dans un établissement d'enseignement supérieur, à celle de l'établissement dans lequel l'intéressé «est affecté ou, à défaut, où il exerce principalement ses fonctions». Il résulte du rapprochement des deux alinéas de l'article 3, correspondant à ces deux hypothèses, qu'ils visent tous deux l'établissement où les faits ont été commis ou, à défaut celui où l'enseignant exerçait ses fonctions au moment de leur accomplissement.

Il est à noter que cette réponse complète l'analyse du régime disciplinaire applicable aux enseignants et usagers de l'enseignement supérieur, publiée dans le numéro de mars 2001 de la *Lettre d'Information Juridique* (page 20, 2^e colonne, 4^e paragraphe) indiquant que la section disciplinaire compétente est celle de l'établissement où l'enseignant exerce ou celle dans laquelle l'utilisateur est inscrit «au moment de l'ouverture de la procédure».

RÉFÉRÉ-INJONCTION ET RÉFÉRÉ-SUSPENSION Les premières applications (suite)

Voies de recours contre les ordonnances du juge des référés statuant en urgence – Ministère d’avocat obligatoire en cas de recours en cassation
CE, 28.02.2001, M. CATSIAPIS, n° 229458.

En vertu du premier alinéa de l’article L. 523-1 du Code de justice administrative, les ordonnances du juge des référés statuant en urgence rejetant, comme ne présentant pas un caractère d’urgence, ne relevant pas de la compétence du juge administratif, non recevable ou mal fondée, une requête en référé présentée notamment sur le fondement de l’article L. 522-3 en vue d’obtenir «*une mesure utile*», sont rendues «*en dernier ressort*» et sont donc seulement susceptibles d’un recours en cassation.

Comme tout pourvoi en cassation, celui-ci fait l’objet d’une procédure préalable d’admission.

Ce pourvoi n’étant pas dispensé du ministère d’avocat en application de l’article R. 821-3 du Code de justice administrative et comme la notification de l’ordonnance attaquée faisait mention de cette obligation, la requête présentée sans ministère d’avocat était irrecevable et n’a pas été admise.

Note : Seules les ordonnances du juge des référés statuant après la tenue d’une audience sur une requête présentée en application de l’article L. 523-2, dit référé-injonction concernant l’atteinte portée à une liberté fondamentale, sont susceptibles d’appel et devant le Conseil d’État (2^e alinéa de l’article L. 523-1), les autres décisions sont rendues «*en dernier ressort*», y compris lorsque le juge des référés rejette directement une requête en référé-injonction, et ne sont donc susceptibles que de recours en cassation.

Toutefois, en raison du caractère provisoire des décisions du juge des référés, le requérant peut saisir le juge des référés d’une nouvelle requête, en cas de rejet de sa première requête, ou demander, comme toute autre personne intéressée, en application de l’article L. 521-4, que la mesure de suspension ou d’injonction prononcée soit modifiée ou qu’il y soit mis fin en fonctions d’un élément nouveau.

Référé-suspension – Exclusion en cours d’année d’un étudiant de 3^e cycle – Conditions et règles de compétence – Doute sérieux sur la légalité et condition d’urgence réunis
TA, PARIS, 14.03.2001, Mlle D., n° 0103133/9

Saisi d’une demande de suspension d’une décision du responsable pédagogique d’un DESS demandant

de ne plus accepter à leurs séminaires et de ne pas admettre à passer les examens une étudiante qui n’aurait pas satisfait à l’obligation de présence aux cours et aux enseignements pratiques prévue dans le dossier d’habilitation de l’établissement à délivrer le diplôme, le juge des référés relève qu’aucun texte ne donne compétence à son auteur pour exclure définitivement un étudiant, alors que seul le président de l’université est compétent pour prononcer les inscriptions à cette formation, que le pouvoir disciplinaire est exercé par la section disciplinaire du conseil d’administration et que le diplôme est délivré sur délibération du jury.

Le moyen tiré de l’incompétence de l’auteur de la décision étant propre à créer, en l’état de l’instruction, un doute sérieux sur sa légalité, ainsi d’ailleurs que celui relatif à une erreur de fait en l’absence de toute justification du défaut d’assiduité. L’interdiction de suivre les séminaires qui préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à la situation de la requérante en lui interdisant de remplir la condition d’assiduité aux cours requise, est de nature à établir l’existence d’une urgence justifiant que soit prononcée sa suspension.

Champ d’application de l’article L. 531-3 du Code de justice administrative – Mesure utile ne pouvant faire obstacle à l’exécution d’une décision administrative – Communication d’un document administratif dont l’accès était refusé (non)

CAA, PARIS, 08.03.2001, Mlle DEBERGUE, n° 00PA03152

Alors qu’elle avait déféré au juge de l’excès de pouvoir la décision de refus opposée par le ministre de la recherche à sa demande de communication de documents administratifs relatifs à sa thèse de doctorat, la requérante demandait au juge des référés d’enjoindre au ministre de la recherche de lui communiquer ces mêmes documents.

La cour relève que la décision de refus de communication constitue une décision faisant grief et juge, en se fondant sur les dispositions de l’article R.130 de l’ancien Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d’appel : «*En cas d’urgence, le président du tribunal administratif ou de la cour administrative d’appel ou le magistrat que l’un d’eux délègue peut, sur simple requête qui, devant le tribunal administratif, sera recevable même en l’absence d’une*

décision administrative préalable, ordonner toutes mesures utiles sans faire préjudice au principal et sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative», que la mesure demandée préjudicierait au principal du litige qui porte sur le droit à communication.

Note: Il est à noter que l'article L. 521-3 du Code de justice administrative n'a pas repris la condition que la mesure utile ne fasse pas obstacle à l'exécution d'une décision administrative. Comme l'avait déjà jugé le Conseil d'État en application des dispositions précédentes (CE, 10.03.1995, ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche c/ M. COLASSE, *Lebon*, tables, p. 819), le refus de communication d'un document constitue une décision faisant grief. L'exécution de cette décision ne permet donc pas que le juge ordonne la communication du document. Voir ci-après l'autre motivation possible de l'irrecevabilité d'une telle demande en référé.

En conclusion : depuis la précédente chronique, de nouvelles précisions ont été apportées sur l'application du nouveau régime de référé.

Le juge des référés, ne pouvant prendre qu'une mesure à caractère provisoire, ne peut donc annuler une décision administrative. Comme l'exécution d'une injonction de communiquer un document administratif aurait des effets en tous points identiques à ceux qui résulteraient de l'exécution par l'autorité administrative de la décision par laquelle le juge de l'excès de pouvoir annulerait un refus de communication, des conclusions en ce sens, en l'espèce présentées en application de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, sont irrecevables (CE, 01.03.2001, PATUREL).

Par ailleurs, le Conseil d'État maintient expressément sa jurisprudence relative au sursis à exécution (CE, 13.02.1976, Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame, *Lebon*, p. 380) qui reconnaît au juge la possibilité de ne pas prononcer la suspension demandée alors même que les conditions exigées par l'article L. 521-1 sont réunies (CE, 12.02.2001, association «France nature environnement» et autres).

S'agissant de la condition d'urgence, en présence d'une poursuite d'échanges de vues pour la recherche d'un accord, cette condition n'est pas remplie pour la suspension d'un refus d'inscription sur la liste des médicaments remboursables (CE, 28.02.2001, société MERCK SHARP et DOHME BV).

La suspension de l'arrêté portant agrément de la convention du 1^{er} janvier 2001 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage est refusée en raison de la date d'entrée en vigueur de la plupart de ses stipulations (1^{er} juillet 2001) et en considérant que la suspension de la mise en œuvre des autres stipulations serait préjudiciable à la situation des travailleurs privés d'emploi (CE, 28.02.2001, Union

syndicale groupe des 10). Il en est de même pour une demande de suspension de la décision fixant la liste des comités d'établissement de la société Air France, eu égard, d'une part, à la nature du litige limité à l'absence de création d'un comité d'établissement pour la Corse et, d'autre part, à ses conséquences à savoir le report de la date des élections et de la constitution du comité central d'entreprise qui priverait les salariés du bénéfice de ces institutions (CE, 05.03.2001, Syndicat des travailleurs corses).

Enfin, le juge des référés du Conseil d'État saisi d'une demande de suspension d'une décision d'autorisation de transfert d'une «jardinerie» juge, comme dans l'arrêt COMBRET du 01.02.2001, cité dans la chronique publiée en mars qui concernait une autorisation d'ouverture d'un complexe cinématographique, que cette condition n'est pas remplie dans la mesure où son ouverture ne pourra intervenir qu'après la construction ou la transformation de locaux nécessitant l'obtention d'un permis de construire (CE, 15.02.2001, association «Hautes-Alpes demain» et autres).

Sur la notion de liberté fondamentale au sens des dispositions de l'article L. 521-2, plusieurs décisions sont également intervenues. C'est ainsi que le refus de communication de la liste électorale ne saurait être regardé comme portant atteinte au principe de libre expression du suffrage ni à aucune «autre» liberté fondamentale (CE, 07.02.2001, commune de Pointe-à-Pitre). De même, la seule intention exprimée prématurément par une autorité administrative de saisir le comité médical supérieur avant même que le comité médical départemental ne se soit prononcé ne saurait être regardée comme affectant l'exercice par le fonctionnaire concerné d'une liberté fondamentale (CE, 08.02.2001, GUILLOU). Enfin, dans la mesure où d'autres salles, mêmes si elles sont plus petites et moins bien équipées que la salle des fêtes, pouvaient être mises à la disposition d'une liste de candidats et que la salle des fêtes était elle-même disponible à d'autres dates que les 10 et 17 mars 2001, dates auxquelles un plus grand nombre d'habitants séjournaient dans la commune, le refus du maire de louer la salle pour l'organisation d'une réunion d'information d'une liste de candidats ne peut être considéré comme portant un atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale et en particulier à la libre expression du suffrage à laquelle contribuent de telles réunions (CE, 02.03.2001, DAUPHINE).

Nous terminerons cette chronique par la mention de la cassation d'une ordonnance suspendant la décision de fermeture d'un débit de boissons pour dénaturation des pièces de la procédure, à savoir les motifs de la fermeture (CE, 23.02.2001, ministre de l'intérieur c/TRAIKIA, sera mentionnée aux tables du *Recueil Lebon*).

Philippe BUTTIGLIONE et Jean-Noël DAVID

LES PROMESSES DE L'ADMINISTRATION (suite de la 1^{re} partie)

PROMESSES ET CARRIÈRE

Dans le précédent numéro de la *Lettre d'Information Juridique* a été abordée l'étude de la jurisprudence relative aux promesses dont font état des requérants candidats à un emploi dans la fonction publique. Il convient à présent d'aborder un autre point tout aussi fertile en décisions juridictionnelles : celui des promesses d'affectation et des promesses à caractère financier qui constituent deux aspects particulièrement intéressants du problème général posé par l'incidence des engagements de l'administration sur la carrière de l'agent public.

II – PROMESSES D'AFFECTION

Dans les développements précédents, nous avons rencontré plusieurs exemples de promesses de l'administration concernant la nomination d'un agent sur un poste ; mais il s'agissait alors de personnes candidates à un emploi public et qui n'avaient pas encore la qualité d'agent public, ou qui l'avaient perdue. Il convient, à présent, de nous pencher sur les promesses dont se prévalent des personnes dont la carrière est en cours et qui concernent leur affectation sur un autre poste que celui qu'elles occupent.

À cet égard, nous nous pencherons sur une affaire qui présente le mérite de définir avec acuité la question des droits de l'agent public quant à l'obtention d'une affectation ainsi que celle de la responsabilité de l'administration découlant d'un engagement générateur de préjudice.

Cette affaire (CE, 27.07.1988 – ORDOUX – NEMESIS n° 00579) s'est inscrite dans le contexte suivant :

un inspecteur de l'aviation civile, en poste à la direction de l'aviation civile des Antilles-Guyane, s'était vu proposer par son chef de service une affectation au Centre national de la formation aéronautique de Melun. Cette proposition lui paraissant satisfaisante, l'intéressé avait alors formulé, le 20 avril 1983, une demande d'affectation sur le poste qui venait de lui être proposé. Son affectation lui avait été confirmée par le chef du service de la formation aéronautique et du contrôle technique, par télex du 10 mai suivant. Il était, toutefois, précisé dans le télex que « cette décision ne saurait engager l'avenir de façon définitive ». L'affectation sur le nouveau poste était néanmoins prévue, dans ce même télex, pour le 1^{er} août suivant.

Mais le 13 juillet, soit un peu plus de deux semaines avant cette échéance, un nouveau télex, émanant du même chef de service notifiait à l'agent en cause qu'il serait affecté non pas à Melun mais en Saône-et-Loire, au Centre école de Saint-Yan, à compter du 15 septembre 1983.

Cette décision était motivée par le fait que « les perspectives d'activité du centre de Melun étaient moins favorables que ce qui avait été prévu ».

Faisant valoir que ce changement d'affectation avait été à l'origine d'un préjudice certain, l'agent avait demandé qu'une réparation lui soit accordée. Le tribunal administratif de Fort-de-France a accédé à sa demande en condamnant l'administration à lui verser une somme de 2 000 F. L'affaire ayant été portée en appel, le Conseil d'État a confirmé le principe de la responsabilité de l'État tout en relevant que l'intéressé ne pouvait « se prévaloir d'un droit à être affecté à Melun ».

Le principe selon lequel le fonctionnaire ne peut se prévaloir d'un droit à être affecté en tel ou tel lieu est consacré depuis longtemps. Mais il importe de retenir que ce principe n'a pu faire obstacle au fait que l'agent avait droit à la réparation du préjudice consécutif aux promesses de l'administration, même si ces dernières ne pouvaient constituer un engagement de sa part. On observera, d'ailleurs, que le chef de service en cause avait pris le soin, dans son télex, de préciser que sa décision ne pouvait « engager l'avenir de manière définitive », ce qui est une façon de rappeler que l'intéressé ne pouvait se prévaloir d'un droit à être affecté à Melun.

Nous avons déjà observé, dans des affaires précédemment commentées, l'existence de ce « découplage » entre des promesses sans effet juridiques sur la carrière de l'agent et la possibilité, pour ce dernier, d'obtenir une indemnisation pour les conséquences du préjudice personnellement subi du fait de ces promesses. En l'espèce, et bien que l'arrêt en cause soit fort peu explicite sur ce point, on remarquera que le préjudice subi par l'agent était patent. Ce n'est, en effet, qu'une quinzaine de jours avant la date de son affectation qu'on lui a signifié qu'il prendrait ses fonctions sur un autre site que celui qui avait été initialement prévu. On imagine sans peine les soucis matériels (recherche d'un logement, déménagement, scolarité des enfants) entraînés par une décision aussi tardive. À ce préjudice matériel se rattache un préjudice qui mériterait peut-être d'être qualifié de préju-

dice moral ; en effet, c'est sur proposition de son chef de service que l'agent a demandé son affectation sur un poste et dans une localité précis. Dans ces conditions, l'on peut soutenir qu'il a vécu pendant plusieurs mois dans la conviction, appuyée sur un engagement écrit de sa hiérarchie, qu'il serait affecté sur le poste en cause. Si la proposition initiale n'avait pas été formulée, le cours de sa carrière aurait peut être été différent mais, en tout état de cause, il n'aurait pas été victime d'une vaine promesse.

Cette affaire ne concerne pas un membre du personnel de l'éducation nationale ; néanmoins, elle doit interpellier les gestionnaires de ce département ministériel dans la mesure où les litiges concernant l'affectation des agents présentent souvent un caractère dramatique et passionné qui obscurcit la recherche d'une solution acceptable tant par l'administration que par l'agent en cause. À la lumière de l'affaire que nous venons de présenter, ces gestionnaires doivent retenir que l'administration peut être sanctionnée par le juge si elle prend l'engagement d'affecter un agent sur un poste, si elle revient sur cet engagement par la suite et si l'agent en cause peut faire état d'un préjudice consécutif à cette promesse non tenue. Le fait que l'agent n'ait pas un droit à obtenir une affectation là où il en fait la demande ne saurait le priver de la possibilité d'obtenir la réparation du préjudice dont il a été victime.

III. PROMESSES À CARACTÈRE FINANCIER

Les décisions juridictionnelles concernant les «*promesses à caractère financier*» dont se prévalent les agents publics se rencontrent beaucoup moins fréquemment que celles qui concernent les avantages de carrière. Nous sommes toutefois en mesure de les regrouper en deux grandes catégories :

- les promesses à caractère financier liées à un «*accident*» dans la carrière ;
- les promesses à caractère financier liées à des changements d'affectation.

A . Promesses à caractère financier liées à des «*accidents*» dans la carrière

Par «*accident*» de carrière, nous entendons tout événement majeur qui affecte le déroulement de cette carrière, qu'il s'agisse d'un licenciement, d'une radiation ou encore, cas plus fréquent, de la suppression d'un poste.

Dans les développements précédents, nous avons eu l'occasion d'observer que lors de tels «*accidents*», il pouvait naître des affaires contentieuses portant sur l'existence d'une promesse de réemploi ou de nouvelle affectation. Mais dans ce type de litige, la discussion portait essentiellement sur l'existence d'un préjudice affectant la poursuite de la carrière de l'intéressé et

consécutif à la rupture de l'engagement initial de l'administration. Mais il peut advenir que l'objet de la promesse ait un caractère financier, une compensation pécuniaire ayant, par exemple, été promise à un agent dont le poste venait à être supprimé.

À cet égard, nous nous proposons d'analyser ici trois affaires illustrant le traitement réservé par la juridiction administrative aux promesses à caractère financier liées à un accident de carrière.

1. La première affaire (CE, 9.04.1999 – M. ROCHAIX) concerne un agent de la fonction publique hospitalière. Ce dernier exerçait les fonctions de directeur général des hospices civils de Lyon, fonctions auxquelles il avait alors été mis fin par décret en date du 14 mai 1984. Par arrêté du 21 mai suivant, cet agent avait été réintégré dans le cadre du personnel de direction des établissements d'hospitalisation publics et affecté sur un emploi aux hospices civils de Lyon.

Deux actions contentieuses avaient alors été engagées ; la première, qui tendait à obtenir l'annulation du décret et de l'arrêté, a été rejetée par le Conseil d'État. La seconde, qui va faire l'objet de notre analyse, visait à obtenir que l'État soit condamné pour n'avoir pas donné suite à une promesse adressée à l'agent lorsqu'il a été mis fin à ses fonctions.

Cette promesse, formulée par lettre en date du 12 mai 1984 (soit antérieurement à la prise de l'arrêté de réintégration et d'affectation de l'intéressé) résidait dans l'assurance donnée par le ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale et par le secrétaire d'État à la santé, que l'agent se verrait confier une «*mission de réflexion et de proposition*» pour laquelle il bénéficierait des «*avantages financiers et en nature équivalents à ceux dont il disposait jusqu'alors*».

Cette promesse n'avait pas été suivie d'effets et l'intéressé ne s'était vu confier aucun travail effectif dans le cadre du poste sur lequel il avait été affecté.

Deux points essentiels devaient donc être résolus par le Conseil d'État : l'un, qui nous intéresse ici directement et qui concerne la validité d'une promesse de maintien d'avantages financiers pour compenser un «*accident de carrière*», l'autre, sur lequel nous ne dirons que quelques mots car il ne se rapporte pas à notre sujet, et qui a trait à l'indemnisation du préjudice moral consécutif à une affectation sur un poste ne comportant pas de fonctions effectives.

Sur le premier point, on notera avec intérêt que l'existence de la promesse n'a pas été remise en question par la Haute-Juridiction. On n'imagine d'ailleurs pas qu'il aurait pu en aller autrement car cette promesse était couchée sur le papier, en l'occurrence dans un courrier adressé à l'intéressé. Restait alors à préciser la valeur de cet engagement, ce que le Conseil d'État a fait en distinguant, d'une part, la question du droit au maintien d'avantages financiers antérieurs et, d'autre part, celle de l'existence d'un préjudice consécutif à l'absence de suite donnée par l'administration

à son engagement de maintenir de tels avantages. Le droit au maintien des avantages financiers dont bénéficiait l'intéressé antérieurement à la perte de ses fonctions a été catégoriquement rejeté par le Conseil d'État, qui a énoncé que l'agent «*ne peut utilement revendiquer le bénéfice d'aucun droit à rémunération ou à indemnité autre que ceux prévus par les textes légalement applicables*». Cette solution n'a rien pour nous surprendre car elle illustre de manière non plus classique le fait qu'un agent public ne peut jouir d'avantages autres que ceux qui sont prévus par son statut. Mais on doit, toutefois, constater que les termes de la promesse ministérielle (écrite) adressée à l'intéressée étaient juridiquement viciés. Nous nous trouvons donc en présence d'une promesse qui ne pouvait avoir aucun effet juridique.

Les conséquences de cette promesse, viciée dès que formulée, auraient pu donner matière à réparation si l'agent avait invoqué un préjudice distinct de celui résultant de l'absence de maintien des avantages antérieurs ; c'est ce qu'a d'ailleurs relevé le Conseil d'État, tout en constatant que le requérant n'avait, sur ce point, fait état d'aucun préjudice spécifique.

En revanche, l'intéressé invoquait un autre préjudice, non directement lié à l'absence d'effets de la promesse, mais qui a été reconnu fondé par le Conseil d'État : le préjudice moral consécutif au fait qu'on ne lui avait pas confié de fonctions effectives. Nous ne nous étendons pas sur ce point qui mériterait une étude particulière dans le cadre d'une autre chronique mais nous ferons remarquer, de manière incidente, que l'administration a été reconnue fautive à l'égard de son agent, non pour lui avoir fait des promesses vaines mais pour ne lui avoir, en fin de compte, confié aucune attribution

2. Une autre affaire (CAA, PARIS, 23.09.1999, M. FABRE) met également en relief le fait que l'administration peut «*se laisser aller*» à faire des promesses dont la traduction en termes effectifs serait contraire au droit, mais sans que, pour autant, sa responsabilité soit retenue.

Dans cette affaire, un agent, recruté par contrat, par le maire d'une commune, pour exercer des fonctions dans son cabinet, avait été licencié par arrêté en date du 16 mai 1991. Or, dès le 25 avril précédent, un «*protocole*» avait été signé entre ce maire et l'intéressé, prévoyant que ce dernier percevrait une indemnité de licenciement de 550 000 F et que la concession de logement dont il bénéficiait serait prolongée jusqu'au 31 décembre. L'arrêté du 16 mai comportait donc un article mentionnant le fait que le maire avait accepté les termes de ce protocole.

Mais le 4 juillet 1991, le maire a pris un second arrêté abrogeant cet article et un autre arrêté, pris le 22 avril 1992, a mis fin à la concession de logement.

L'agent licencié a alors engagé une action devant la juridiction administrative en faisant valoir qu'il aurait

été «*incité à quitter ses fonctions sur la base de promesses fallacieuses*», ces promesses fallacieuses étant constituées par l'engagement à lui verser une indemnité de licenciement et à prolonger l'occupation du logement qui lui avait été concédé.

Le tribunal administratif a rejeté cette argumentation. La cour administrative d'appel de Paris a confirmé cette décision en faisant observer que le maire pouvait mettre fin aux fonctions de l'intéressé de manière unilatérale. Cette faculté le dispensait donc de toute obligation d'accorder à ce dernier une quelconque compensation. S'agissant de l'indemnité de licenciement, promesse à caractère financier, la cour a précisé (tout comme l'avait déjà fait le tribunal administratif) que le maire «*ne pouvait légalement engager la commune à lui verser une indemnité de licenciement*».

Nous nous trouvons donc, une fois encore, devant un engagement formellement constitué puisqu'il est exprimé en l'espèce dans un arrêté, mais totalement dénué d'effets juridiques... et pour cause puisqu'il était contraire au droit. Mais dans ce cas encore, l'agent bénéficiaire de la «*promesse*» n'a pu obtenir réparation pour le préjudice allégué.

3. Une troisième affaire contentieuse (CE, 16.10.1996 – M. VUILLECARD) mérite d'être évoquée pour compléter notre démonstration du fait qu'il existe des promesses à caractère financier dont ne peuvent se prévaloir les agents publics qui en sont destinataires car elles sont insusceptibles de créer des droits à leur profit.

En l'espèce, il avait été mis fin aux fonctions d'un directeur départemental de l'agriculture. Ce dernier avait été réintégré dans son corps d'origine et affecté sur un poste de secrétaire du conseil général du génie rural des eaux et forêts. Ce changement d'affectation ayant entraîné une baisse de la rémunération de l'intéressé, l'administration a alors versé à ce dernier, pendant trois ans, une indemnité complémentaire. Puis, ce versement a été interrompu. Le reversement d'une partie des sommes perçues a même été exigé, ce dont l'agent s'est, du reste, acquitté, non sans avoir, dans le même temps, engagé une action devant la juridiction administrative en faisant valoir que l'administration lui avait promis de lui verser une telle indemnité compensatrice jusqu'à son départ à la retraite. Cette action tendait à obtenir non seulement que soit indemnisé le préjudice résultant de l'interruption du versement de l'indemnité compensatrice mais encore que lui soit accordée une réparation pour le préjudice consécutif au reversement d'une partie de cette indemnité.

Le Conseil d'État, bien entendu, n'a pas donné satisfaction au requérant. Il a, en effet, rappelé que «*l'administration ne peut payer les traitements et indemnités qu'en vertu des obligations résultant pour elle des lois et règlements*» et que «*l'indemnité complémentaire allouée à M. VUILLECARD étant dépourvue de*

base légale, le ministre de l'agriculture était tenu, comme il l'a fait par sa décision du 11 octobre 1983, d'en interrompre le versement».

La Haute-Juridiction a ajouté que «la promesse faite par le directeur général de l'administration et du financement de compenser intégralement la perte de rémunération subie par M. VUILLECARD et ce jusqu'à son admission à la retraite... ne pouvait créer aucun droit à son profit».

Cette décision est exemplaire dans la mesure où, en tout premier lieu, elle rappelle un principe fondamental du droit de la fonction publique (et de la comptabilité publique) selon lequel le paiement des traitements et des indemnités ne peut résulter que des obligations prévues par les lois ou par les règlements. En second lieu, cette décision énonce que la violation de ce principe ne crée aucun droit pour la personne bénéficiaire des versements indus. On comprend, dès lors, que toute promesse contraire audit principe soit dénuée de tout effet juridique.

Le Conseil d'État a pourtant reconnu, en l'espèce, que le versement pendant trois ans d'une «indemnité illégale» était constitutif d'une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'administration. L'intéressé, au titre de l'indemnisation de ce préjudice, ne s'est d'ailleurs vu réclamer que le reversement d'une partie seulement des sommes perçues. Mais on observera que la faute commise par l'administration a été considérée comme résultant du versement indu et non de la promesse initiale.

L'analyse de ces trois affaires a permis de vérifier que les promesses à caractère financier, adressées à des agents victimes d'un «accident de carrière», sont totalement vaines et ne peuvent créer pour ces derniers aucun droit dans la mesure où elles font fi du principe selon lequel le versement des traitements et des indemnités doit trouver sa source dans un texte légalement applicable. On doit néanmoins constater que l'existence de litiges entre l'administration et ses agents, résultant de l'existence de telles promesses, met en relief, et de manière regrettable, la méconnaissance de ce principe.

Nous allons maintenant constater que les promesses à caractère financier formulées dans un contexte tout différent, à savoir celui d'un changement d'affectation, peuvent, en revanche, être constitutives d'une faute si elles ne sont pas suivies d'effets.

B. Promesses à caractère financier liées à des changements d'affectation

Nous avons fait observer, précédemment, que les promesses de l'administration quant à l'affectation d'un agent sur un poste déterminé étaient sans valeur mais que le préjudice (le plus souvent matériel) supporté par l'agent qui s'est fié à d'une telle promesse pouvait ouvrir droit à réparation.

Nous allons maintenant évoquer des affaires dans lesquelles l'affectation n'est pas remise en cause par

l'administration, puisque l'agent a effectivement rejoint son poste, mais qui ont donné lieu à un litige issu d'une autre forme de promesse : celle de prendre en charge les frais supportés par l'agent du fait de son changement d'affectation.

On rencontre, en effet, des cas de figure dans lesquels un agent qui a reçu l'assurance que ses frais seraient pris en charge n'a jamais perçu les sommes attendues. Nous évoquerons ici deux affaires significatives.

1. La première affaire (TA, CLERMONT-FERRAND, 31.03.2000, CHARLES c/ recteur de l'académie de Clermont-Ferrand – NEMESIS n° 04312) concerne un agent exerçant ses fonctions dans un GRETA. Ce dernier, agent contractuel, était en poste dans l'académie de Clermont-Ferrand. Alors que son contrat n'avait pas été renouvelé dans cette académie, il avait été recruté sur deux emplois à mi-temps, par contrats à durée indéterminée, dans l'île de la Réunion. Il avait alors sollicité, auprès du délégué académique à la formation continue, par lettre du 6 avril 1993, l'attribution d'une aide lui permettant de financer son transport et son déménagement.

Le délégué académique à la formation continue lui avait répondu, par courrier en date du 1^{er} juin 1993, que le fonds académique de compensation des ressources de formation continue pourrait prendre en charge cette aide. Mais le recteur, par décision du 21 février 1994, a opposé un refus à sa demande. Celle-ci, renouvelée l'année suivante, s'est également vue opposer un refus.

Le litige a, dans un premier temps, été porté sur le terrain de l'excès de pouvoir. Le tribunal administratif a rejeté la requête de l'intéressé. Dans un second temps, ce dernier a engagé une action en plein contentieux tendant à obtenir que l'État supporte le coût des frais de transport et de déménagement ainsi qu'il s'y était engagé.

Après avoir admis que cette seconde action était recevable car reposant sur une cause juridique distincte, le tribunal administratif a accueilli favorablement la demande du requérant. Il a considéré, en effet, qu'eu égard aux termes du courrier qui lui avait été adressé, ce dernier «a pu croire qu'il pouvait bénéficier de l'aide qu'il avait sollicitée» et «que, par suite, en lui donnant des assurances erronées, le délégué académique à la formation continue a commis une faute de nature à engager la responsabilité de l'État».

On notera que le tribunal a strictement limité le montant de l'indemnisation à la somme correspondant aux frais dont le remboursement avait été promis par l'administration, à l'exclusion des autres frais dont le requérant réclamait également le remboursement dans sa requête; le juge a probablement voulu, de cette façon, effacer totalement le refus de l'administration de donner suite à sa promesse sans pour autant permettre à la victime d'obtenir, par le biais de son action

contentieuse, un remboursement de frais supérieur à celui qu'il aurait obtenu si les engagements initialement pris à son égard avaient été tenus.

On observera également que la promesse de l'administration n'a pu être honorée parce que les informations données à l'agent étaient erronées car contraires aux dispositions réglementaires. Ce constat nous amène à évoquer la difficile question de la réparation des conséquences de la communication de renseignements erronés. L'affaire qui vient d'être évoquée a permis de vérifier que la communication de renseignements erronés pouvait être assimilée à une promesse non tenue mais nous tenons à préciser qu'il n'en va pas toujours de même.

2. La seconde affaire (CE, 12.02.1990, Secrétaire d'État auprès du ministre de l'industrie, des PTT et du tourisme, chargé des PTT c/ M. CLOUET – NEMESIS n° 00600) est proche, de par les faits qui s'y trouvent rapportés, de celle qui vient d'être citée.

Le directeur des postes du département du Calvados avait proposé à un agent un poste de receveur tout en lui assurant que ses frais de logement seraient pris en charge par l'administration. L'agent en cause a alors accepté cette proposition et a trouvé un logement dont l'administration a refusé de prendre le bail à sa charge. L'affaire a été portée devant le tribunal administratif, puis sur appel du ministre, devant le Conseil d'État. La Haute Juridiction a confirmé la décision du tribunal en ce qui concerne l'existence d'une faute de la part de l'administration, mais elle a, en revanche, réduit le montant du préjudice indemnisable.

Ce qu'il importe de retenir c'est que le Conseil d'État a considéré que « l'administration, en lui donnant des assurances qu'elle ne pouvait légalement respecter, a induit en erreur M. Clouet et commis une faute de service de nature à engager la responsabilité de l'État ».

Dans ce cas encore, nous pouvons observer que la promesse de l'administration était, en fait, constituée par un engagement qui ne reposait sur aucun fondement légal et qui, par conséquent, était dénué de tout effet juridique. Le bénéficiaire de cet engagement a donc été amené à agir sur la foi d'informations erronées, équivalentes à une promesse sans valeur. Les juges ont considéré qu'un tel comportement de l'administration constituait une « faute de service », et il faut remarquer que cette qualification est très rarement employée dans ce genre de décisions.

Mais nous ne devons pas nous laisser abuser par le caractère quelque peu exceptionnel de cette dernière affaire. Les promesses non tenues par l'administration

ne sont, dans l'immense majorité des cas, que des déclarations d'intention, fautives car contenant des énoncés contraires à la réglementation, mais faites sans intention d'abuser la personne qui en est destinataire. Ce constat est vrai pour les promesses d'affectation ainsi que pour les promesses à caractère financier liées à des changements d'affectation. Mais en ce qui concerne les autres types de promesses, et notamment les promesses de recrutement et les promesses d'emploi, celles-ci n'existent bien souvent que dans l'imagination des interlocuteurs de l'administration et très rares sont les cas où le juge sanctionne des propos ou des écrits qui ont pu être interprétés comme d'authentiques engagements.

En tout état de cause, et pour conclure ce développement sur les promesses de l'administration concernant la carrière de ses agents, on peut tirer les trois enseignements suivants qui sont autant de conseils adressés aux services et aux agents :

– le premier, délivré à l'adresse des services, n'est qu'une recommandation à s'exprimer prudemment et à tenir compte du fait que l'interlocuteur ne retient souvent que ce qu'il a envie d'entendre ; de là, naissent des méprises qui génèrent de nombreuses affaires contentieuses où un requérant, de toute bonne foi, essaie de faire valoir que l'administration s'est engagée vis-à-vis de lui ;

– le deuxième conseil, lui aussi adressé aux services, est de s'assurer que les engagements pris sont conformes à la réglementation. Nous avons évoqué, en effet, de nombreuses affaires dans lesquelles des promesses insusceptibles d'avoir un effet juridique quelconque ont été formulées. Même lorsque l'administration n'est pas condamnée, l'existence de telles promesses entache sa crédibilité et fait peser des doutes sérieux sur sa connaissance de l'environnement juridique dans lequel s'inscrit son action ;

– le troisième et dernier conseil, celui-ci adressé aux agents, consiste à leur rappeler qu'ils doivent faire preuve d'un minimum de discernement et, dans la mesure du possible, vérifier que les bénéfices ou les avantages qu'on leur promet sont juridiquement fondés. Mais ce conseil pourrait être adressé à l'ensemble des administrés ainsi qu'en témoignent les affaires que nous évoquerons dans la suite de cette chronique, consacrée aux promesses adressées aux particuliers et aux cocontractants de l'administration.

Dominique DUMONT

Le Conseil de la concurrence (section III),

Considérant que l'intervention des personnes publiques, notamment les groupements d'établissements (GRETA), sur le marché de la formation continue perturbe le jeu de la concurrence, la Fédération de la formation professionnelle a saisi, pour avis, le Conseil de la concurrence. Selon cette Fédération, les organismes privés de formation qui supporteraient des coûts plus importants, seraient désavantagés par rapport au secteur public. Saisi pour avis, le Conseil de la concurrence ne peut se prononcer sur l'existence ou non de pratiques anticoncurrentielles. Mais les éléments de réflexion générale qu'il livre laisse à penser que les organismes publics interviennent régulièrement sur le marché de la formation continue.

L'avis n° 00-A-31 du 12 décembre 2000 reproduit ci-dessous, avec l'autorisation du rapporteur général, Patrick Hubert, comporte trois parties. La première partie, très pédagogique, décrit le cadre législatif et réglementaire de la formation continue en soulignant l'implication de l'État.

La deuxième partie examine les enjeux commerciaux de la formation professionnelle, qui génère un chiffre d'affaire de 67 milliards de francs. On apprend ainsi que les GRETA représentent seulement 6% du chiffre d'affaire total du secteur.

Le Conseil de la concurrence recherche, dans la troisième partie, si les organismes publics de formation exercent une concurrence déloyale. S'il reconnaît que ces derniers bénéficient d'avantages liés à leur statut, les contraintes qui en résultent ne permettent pas de conclure *a priori* à des pratiques anticoncurrentielles.

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Avis n° 00-A-31 du 12 décembre 2000 relatif à une demande d'avis présentée par la Fédération de la formation professionnelle (FFP)

vu la lettre enregistrée le 2 mars 2000 par laquelle la Fédération de la formation professionnelle (FFP) a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sur le fondement de l'article L. 462-1 du Code de commerce;

vu le livre IV du Code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 pris pour l'application de l'ordonnance n° 86 1243 du 1^{er} décembre 1986;

le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus, les représentants de la Fédération de la formation professionnelle, du ministère de l'éducation nationale, du ministère de l'emploi et de la solidarité et de la chambre de commerce et d'industrie de Paris entendus conformément aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article L. 463-7 du Code de commerce;

est d'avis de répondre à la question posée dans le sens des observations qui suivent:

la Fédération de la formation professionnelle (FFP) a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis relative à l'intervention de plusieurs services ou organismes publics dans le secteur de la formation professionnelle.

La FFP souhaite que soient précisés les règles et prin-

cipes juridiques qui devraient présider à l'intervention des personnes publiques dans le secteur de la formation professionnelle, de telle sorte que puisse être évitée toute situation de concurrence déloyale envers des prestataires privés de formation professionnelle présents sur les mêmes marchés. Plus précisément, la FFP estime que le marché de la formation professionnelle est affecté par divers dysfonctionnements liés à l'intervention d'un grand nombre d'organismes publics. Du côté de la demande, la FFP souligne l'absence de règles en ce qui concerne les modalités de présentation et d'attribution des commandes publiques en matière de formation professionnelle, au détriment de l'objectif de transparence. Du côté de l'offre, la FFP met l'accent sur la présence de l'initiative privée en ce domaine et considère que les interventions des organismes publics bénéficient de conditions de coûts spécifiques qui font apparaître les organismes privés de formation moins compétitifs. La FFP souligne que l'ensemble des organismes publics développent une politique commerciale active en direction des différents publics de la formation professionnelle.

À titre liminaire, il convient de rappeler qu'il n'appartient pas au Conseil de la concurrence, saisi d'une demande d'avis sur le fondement de l'article L. 462-1 du Code de commerce, de se prononcer sur la question de savoir si telle ou telle pratique d'un opérateur est contraire aux dispositions des articles L.

420-1 et L. 420-2 du même Code. Seules une saisine contentieuse et la mise en œuvre d'une procédure pleinement contradictoire, prévue à l'article L. 463-1 du Code de commerce, sont de nature à permettre une appréciation de la licéité des pratiques exposées au regard des dispositions prohibant les ententes illécitiques et les abus anticoncurrentiels de position dominante ou de dépendance économique.

Le Conseil considère qu'en application de la procédure prévue à l'article L. 462-1 du Code de commerce, rien ne s'oppose à ce qu'il réponde aux questions qui lui sont posées, dans la mesure où elles présentent un caractère de généralité suffisant et où elles mettent en cause des principes de concurrence.

Après avoir décrit le contexte juridique dans lequel les différents opérateurs publics interviennent sur les marchés concernés (I), puis le secteur concerné par la demande d'avis (II), le présent avis examine les conditions de l'exercice de la concurrence par ces opérateurs sur ces marchés (III).

I. LE CADRE LÉGISLATIF ET RÉGLEMENTAIRE

Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel renvoie celui de la Constitution du 4 octobre 1958, place la formation professionnelle parmi les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps.

Le système de formation professionnelle existant aujourd'hui apparaît, au plan juridique, comme l'addition de plusieurs strates, correspondant à divers modes d'intervention, fondés sur un nombre important de textes, codifiés notamment au livre IX du Code du travail, qui reflètent diverses conceptions de la formation professionnelle et de son utilisation pour répondre aux évolutions économiques et sociales.

D'abord conçue comme un instrument de la promotion sociale visant à faciliter le perfectionnement individuel, la formation professionnelle est devenue un outil de la politique de l'emploi avec la création du Fonds national de l'emploi, par la loi du 18 décembre 1963. Les lois du 3 décembre 1966 et du 31 décembre 1968 ont institué le congé individuel de formation et organisé son financement. La loi du 16 juillet 1971, portant organisation de la formation professionnelle, qui constitue encore le pivot du système de formation professionnelle, vise à satisfaire un objectif général de formation, pour permettre l'adaptation ou la reconversion des travailleurs, l'entretien et le perfectionnement des connaissances, la promotion sociale ainsi que l'adaptation au monde du travail des personnes sans qualification suffisante ainsi que la pré-formation des plus jeunes. La loi du 24 février 1984 a renforcé ce système et a précisé les conditions dans lesquelles les entreprises peuvent s'acquitter de leurs obligations en

la matière: plans de formation internes, versement à un fonds d'assurance formation, financement d'actions de formation au bénéfice des travailleurs privés d'emploi, contribution au financement d'études ou de recherche. La loi étend en outre le droit au congé individuel de formation à tous les salariés et institue le principe de la formation professionnelle en alternance. La loi du 5 août 1985 relative au congé de conversion a complété les moyens d'intervention du Fonds national de l'emploi, la formation professionnelle étant utilisée pour le reclassement des travailleurs licenciés. Enfin, en créant le crédit-formation, la loi n° 90-579 du 4 juillet 1990 a reconnu un droit à la qualification professionnelle à tout salarié entrant ou engagé dans la vie active, qui ouvre droit à un bilan de compétences et à l'élaboration d'un projet personnalisé de parcours de formation ainsi qu'à la prise en charge totale ou partielle de cette formation. La loi quinquennale n° 93-1313 du 23 décembre 1993, relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, a réformé les modalités de financement, développé les mesures de formation en alternance, ainsi que les droits individuels des salariés, et posé le principe du transfert de financement des actions préqualifiantes et qualifiantes à destination des jeunes de l'État vers les régions, qui avaient déjà été investies, avec la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983, de la compétence de droit commun en matière de formation professionnelle continue. Elle institue, notamment, les plans régionaux de développement des formations professionnelles des jeunes couvrant l'ensemble des filières de formation des jeunes préparant l'accès à l'emploi: formation initiale, contrats d'insertion en alternance, formation professionnelle continue. Enfin, la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation, relative à la lutte contre les exclusions, renforce l'accompagnement personnalisé vers l'emploi pour les jeunes de 16 à 25 ans (programme TRACE).

La formation professionnelle est définie à l'article L. 900-1 du Code du travail: elle comporte une formation initiale et des formations ultérieures destinées aux adultes et aux jeunes déjà engagés dans la vie active ou qui s'y engagent. Ces formations ultérieures constituent la formation professionnelle continue, qui fait partie de l'éducation permanente.

La formation professionnelle continue a pour objet de permettre l'adaptation des travailleurs aux changements des techniques et des conditions de travail, de favoriser leur promotion sociale et leur contribution au développement culturel, économique et social. Elle est assurée dans le cadre d'actions de formation qui peuvent être:

- des actions de pré-formation et de préparation à la vie professionnelle, qui ont pour objectif de permettre à toute personne, sans qualification professionnelle et sans contrat de travail, d'atteindre le niveau nécessaire pour faire un stage de formation professionnelle ou pour entrer dans la vie active;
- des actions d'adaptation à l'emploi;

- des actions de promotion ;
- des actions de prévention en direction des salariés dont l'emploi est menacé par une mutation d'activité ;
- des actions de conversion, permettant à des travailleurs dont le contrat de travail est rompu d'acquérir une nouvelle qualification ;
- des actions d'acquisition, d'entretien ou de perfectionnement des connaissances, dans le cadre de l'éducation permanente ;
- des actions permettant de réaliser un bilan de compétences.

1. Les institutions de la formation professionnelle

La formation professionnelle et la promotion sociale font l'objet d'une politique coordonnée et concertée, notamment avec les organisations représentatives des employeurs et des travailleurs salariés, ainsi qu'avec les travailleurs indépendants.

Au niveau national, sont placés auprès du Premier ministre un comité interministériel et un groupe permanent de hauts fonctionnaires, qui sont assistés par un Conseil national de la formation professionnelle, de la promotion sociale et de l'emploi réunissant, notamment, des représentants des pouvoirs publics et des organisations professionnelles et syndicats intéressés. Le comité interministériel détermine, en fonction des exigences de la promotion sociale et du développement économique, culturel et social, les orientations prioritaires de la politique des pouvoirs publics.

Au niveau régional et départemental, sont institués des comités régionaux et départementaux de la formation professionnelle, de la promotion sociale et de l'emploi. Ces comités régionaux sont consultés sur les programmes et les moyens mis en œuvre dans chaque région par l'Agence nationale pour l'emploi et l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes. Ils sont tenus informés des contrats de progrès quinquennaux conclus entre l'État et ces deux organismes ainsi que des projets de convention tripartite qui associent les régions et ont pour objet d'adapter ces contrats à la situation particulière de ces collectivités territoriales.

2. Les sources de financement

A. Les financements publics

L'ensemble des crédits de fonctionnement affectés par l'État à la formation professionnelle sont inscrits dans quatre chapitres budgétaires qui regroupent :

- les dotations de décentralisation ;
- les dépenses relatives au financement de la formation professionnelle, relevant notamment du Fonds de la formation professionnelle et de la promotion sociale (FFPPS) ;
- les subventions aux établissements dépendant du ministère du travail (AFPA), de l'éducation nationale

(CNAM, CNED), de la justice (Centre de formation des avocats), de l'artisanat, etc. ;

- les dépenses relatives aux dispositifs d'insertion des publics en difficulté, qui comprennent les actions de formation au profit des chômeurs de longue durée et le financement du réseau d'accueil des jeunes.

Le FFPPS a pour objet, conformément aux dispositions de l'article L. 941-4 du Code du travail, de regrouper les crédits correspondant aux charges assumées par l'État pour la mise en œuvre d'actions de formation correspondant aux objectifs de la formation professionnelle continue, visées à l'article L. 900-2 du Code du travail.

Ces interventions sont complétées par celles du Fonds national pour l'emploi, créé en 1963, non doté de la personnalité morale et qui regroupe un ensemble de crédits devant permettre *«de faciliter aux travailleurs la continuité de leur activité à travers les transformations qu'implique le développement économique et de favoriser à cette fin (...) l'adaptation de ces travailleurs»*.

À partir du milieu des années 1980, la décentralisation des actions de formation professionnelle a contribué à la diminution des crédits affectés au FFPPS et le développement des politiques de lutte contre le chômage de longue durée et l'exclusion a entraîné la mise en place de dispositifs d'aide à l'emploi ou à l'insertion, financés par le FNE. Celui-ci constitue aujourd'hui la plus importante ligne budgétaire pour le financement d'actions de formation.

Le Fonds d'action sociale (FAS), créé par l'ordonnance du 29 décembre 1958, participe au financement d'actions conduites par divers dispensateurs de formation en direction des travailleurs immigrés.

Le Fonds social européen (FSE), créé en application du traité de Rome, constitue l'instrument privilégié du financement de la formation professionnelle par l'Union européenne, avec pour objectif de développer l'emploi et la mobilité professionnelle et géographique des travailleurs. Depuis l'entrée en application du règlement n° 4255/88 du 19 décembre 1988, seules les autorités administratives, administrations centrales, préfets ou régions, peuvent lui adresser une demande de concours.

B. Les financements privés

Si aucune obligation directe de former son personnel ne pèse sur l'employeur, une forte incitation en ce sens a été mise en place au plan financier : l'entreprise doit dépenser un pourcentage minimum de la masse salariale en vue de concourir à la formation de son personnel et, à défaut, doit payer une taxe de valeur équivalente.

La participation des employeurs au développement de la formation professionnelle est définie aux articles L. 950-1 et suivants du Code du travail. Le taux légal est fixé par la loi de finances et varie selon la taille des entreprises. Les employeurs occupant moins de dix

salariés doivent consacrer au financement de la formation professionnelle 0,15 % des salaires versés au cours de l'année civile pour le financement du plan de formation et 0,10 % de la masse salariale annuelle brute pour le financement des formations en alternance si l'entreprise est assujettie à la taxe d'apprentissage. Les employeurs occupant au moins dix salariés doivent consacrer un pourcentage minimal de 1,5 % des salaires versés pendant l'année de référence. Cette participation permet de financer trois types d'obligations :

- le plan de formation de l'entreprise, qui regroupe les formations à l'initiative de l'entreprise et liées à l'entreprise;
- le congé individuel de formation pour des formations à l'initiative du salarié et le capital temps formation pour des formations d'initiative conjointe, lorsqu'il existe un accord sur le capital temps de formation;
- la formation en alternance des jeunes.

L'entreprise peut s'acquitter de cette obligation par des actions internes, par des conventions conclues avec des organismes de formation librement choisis (article L. 920-1 et s. du Code du travail), par des conventions conclues avec un organisme paritaire collecteur agréé (OPCA), par le financement de centres de formation pour chômeurs ou des engagements de développement de la formation. À défaut, l'entreprise s'acquitte de ses obligations par un versement au Trésor.

Enfin, les ménages contribuent également au financement d'actions de formation professionnelle.

3. Les moyens d'action

La formation professionnelle ne constitue pas, à la différence de l'éducation nationale, un service public. Les procédés juridiques utilisés dans les relations entre demandeurs et offreurs de formation professionnelle sont au nombre de deux : l'agrément du stage, qui conditionne la rémunération du stagiaire par l'État ; la convention de formation professionnelle, qui constitue la relation essentielle entre offreurs et demandeurs.

Les conventions de formation professionnelle

Les actions de formation professionnelle et de promotion sociale peuvent faire l'objet, aux termes de l'article L. 920-1 du Code du travail, de conventions. Celles-ci prévoient :

- la nature, l'objet, la durée et les effectifs des stages qu'elles prévoient ;
- les moyens pédagogiques mis en œuvre ;
- les conditions de prise en charge des frais de formation pédagogique des éducateurs et leur rémunération ;
- les facilités accordées aux salariés, notamment en termes de facilités d'horaires.

L'aide des collectivités publiques aux actions de formation professionnelle repose sur la prise en compte des besoins des bénéficiaires de la formation et donc des

prestations qui doivent les satisfaire et non des institutions qui les dispensent. Cette aide est constituée par une contribution à la dépense exposée au titre de la prestation de formation et s'analyse, conformément aux dispositions de l'article L. 941-1 du Code du travail, comme une subvention d'aide au fonctionnement de cycles de formation dont le but est de couvrir tout ou partie des frais de fonctionnement. Elle prend la forme d'une convention. Par celle-ci, l'État ou la région s'engage à financer sur fonds publics des actions de formation continue en contrepartie d'obligations que le cocontractant s'engage à respecter. Le cocontractant peut être un centre de formation public ou privé, une entreprise ou un organisme paritaire.

La subvention est calculée à partir d'un barème de référence revalorisé tous les ans, variant en fonction de la catégorie de formation proposée et de son niveau. Le montant de la subvention se détermine en tenant compte d'un coût forfaitaire horaire, du nombre d'heures de formation par stagiaire multiplié par le nombre de stagiaires et d'un pourcentage de prise en charge.

La convention prévoit un contrôle pédagogique, administratif, financier et technique de l'État.

Les régions utilisent également ce même outil juridique pour mettre en œuvre leur politique de formation, en arrêtant librement les éléments, notamment en matière de contrôle.

II. LE SECTEUR DE LA FORMATION PROFESSIONNELLE

L'essentiel des statistiques relatives à la formation professionnelle sont regroupées dans le compte économique de la formation professionnelle établi chaque année par le ministère chargé de l'emploi, à l'occasion du débat budgétaire.

Ces statistiques sont élaborées à partir des déclarations fiscales des employeurs, des bilans pédagogiques et financiers établis par les organismes de formation déclarés, des comptes rendus d'activité des organismes collecteurs paritaires agréés (OPCA), des informations fournies par l'État et les collectivités territoriales, ainsi que des enquêtes formation et qualification professionnelles réalisées par l'INSEE.

En 1998, les dépenses totales affectées à ce secteur étaient d'environ 140 milliards de francs. Ce montant recouvre des postes très différents : rémunération des stagiaires de formation, exonération des charges sociales et salaires versés aux salariés en formation (environ 60 milliards de francs), frais de déplacement, équipement des organismes de formation, subventions publiques, bourses, salaires des formateurs, opérations d'orientation ou d'information ; il inclut également les dépenses engagées pour l'apprentissage (environ 11 milliards de francs), qui relève de la formation initiale. La répartition de cette dépense par public, hors dépense d'équipement, est la suivante :

- 57,8 % pour la formation des actifs occupés ;

- 19,3 % pour la formation des demandeurs d'emploi ;
- 8 % pour la formation de première insertion (hors apprentissage) ;
- 8,4 % pour l'apprentissage, inclus dans ce compte, bien qu'il relève de la formation initiale.

1. La production de formation professionnelle

L'activité de la branche, prenant en compte l'ensemble des producteurs de formation professionnelle, quel que soit le cadre dans lequel ils exercent cette activité, peut être évaluée en 1997 à environ 67 milliards de F, soit environ 15 % de la dépense totale de formation initiale. La production des actions de formation continue se répartit en deux sous-ensembles :

- une partie de ces sommes est consacrée à la formation professionnelle réalisée par les entreprises elles-mêmes en direction de leurs salariés ou par les collectivités publiques pour leurs propres agents. Ces sommes correspondent à des prestations qui sont fournies en interne, par les entreprises (6,6 milliards de francs) et par les administrations publiques (12,8 milliards de francs), et qui ne font donc pas l'objet d'un échange sur le marché. Les statistiques y ajoutent environ 10 milliards de francs correspondant à des subventions globales, accordées par l'État à différents organismes (Conservatoire national des arts et métiers, Centre national d'enseignement à distance, universités, etc.) pour leur activité en matière de formation en direction d'adultes engagés dans des cursus de formation supérieure initiale ;
- l'autre partie de ces sommes, soit 37 milliards de francs en 1997, correspond à des prestations qui font l'objet d'une transaction financière et qui ont pour support des conventions ou contrats de formation professionnelle définis par le Code du travail.

Globalement, l'activité de la branche a progressé de + 15 % en francs courants entre 1992 et 1997. La branche «*marchande*» est la plus dynamique avec une progression de 22 % entre les mêmes dates. Elle est en forte augmentation en 1998, pour atteindre 42,4 milliards de francs, augmentation la plus forte depuis 1993. Au sein des activités marchandes, ce sont celles réalisées par les opérateurs privés à but lucratif qui ont connu le plus fort taux de progression (+ 35 %).

2. Le secteur

Les statistiques de la formation professionnelle font également référence à la notion de secteur, qui rassemble les organismes exerçant une activité de formation à titre principal, ou à tout le moins de façon pérenne et significative.

Les contours en sont relativement flous, compte tenu des pratiques professionnelles et de l'incertitude des déclarations des intéressés. La représentation courante

de l'appareil de formation est marquée par deux éléments : la multiplicité des organismes de formation et les entrées sur le marché, d'un accès aisé puisque la déclaration d'existence n'a aucune vocation de contrôle, mais seulement d'identification. En 1997, plus de 58 000 dispensateurs de formation ont ainsi déposé une déclaration d'existence en préfecture. Environ 40 000 avaient eu effectivement une activité de formation professionnelle l'année précédente.

Afin d'obtenir une image plus précise de ce secteur, les données statistiques combinent l'utilisation de l'activité économique principale avec celle de la part du chiffre d'affaires réalisé dans le domaine de la formation professionnelle. Le secteur, au sens étroit du terme, regroupe des organismes déclarant la formation continue comme activité principale et pour lesquels celle-ci représente effectivement l'essentiel des ressources : ceux-ci sont au nombre de 4 766 en 1997 et ont réalisé un chiffre d'affaires global de 11 milliards de francs, le chiffre d'affaires moyen s'élevant à 2,3 millions de francs. 2 260 dispensateurs de formation pour un chiffre d'affaires de 3,6 milliards de francs déclarent la formation continue comme activité principale, mais tirent l'essentiel de leurs ressources d'une autre activité. À côté de ces organismes, on trouve environ 1 500 organismes ayant des activités proches de la formation continue (enseignements secondaire, supérieur ou spécialisés, notamment), mais qui tirent essentiellement leurs ressources de la formation continue. Vient ensuite un groupe de plus de 5 500 entreprises (pour un chiffre d'affaires global de 5,8 milliards de francs) qui ne déclarent pas une activité principale se rapportant à la formation continue ou à l'enseignement, mais qui en tirent l'essentiel de leurs ressources.

Au total, ces trois secteurs représentent un ensemble de 11 750 entreprises réalisant un chiffre d'affaires global de 13 milliards de francs.

3. Les intervenants

3.1. Les offreurs

L'article L. 900-1 du Code du travail indique que l'État, les collectivités locales, les établissements publics, les établissements d'enseignement publics et privés, les associations, les organisations professionnelles, syndicales et familiales, ainsi que les entreprises, concourent à assurer la formation professionnelle.

L'offre de formation continue se partage entre les organismes publics ou parapublics, les prestataires du secteur privé à but lucratif, entreprises ou personnes exerçant à titre individuel, et les organismes à but non lucratif.

Les *prestataires privés* réalisent la part la plus importante de l'activité de formation professionnelle, soit entre 69 et 78 % selon la définition retenue. Parmi l'ensemble des organismes exerçant à titre principal ou non une activité de formation, le pourcentage de sta-

giaires formés dans une structure privée est d'environ 75 %, pourcentage stable depuis 1990. Les structures privées et les prestataires individuels dispensent 78 % des heures-stagiaires.

L'absence quasi totale de réglementation de l'accès au marché de la formation professionnelle a conduit à une explosion de l'offre constituée de «dispensateurs de formation», selon les termes de la loi du 16 juillet 1971, à caractère individuel.

Ces prestataires individuels représentent, en 1998, près de 25 % des dispensateurs de formation, mais n'accueillent que 11 % des stagiaires et ne dispensent que 8 % des heures de formation. Leur importance numérique fait qu'ils réalisent globalement 5 % du chiffre d'affaires global de la branche.

Les organismes publics et parapublics ne représentent plus que 3 % des prestataires en 1998, contre 5 % en 1990. Leur part dans le chiffre d'affaires global a également diminué en valeur relative, passant de 21 % à 17 % en 1998. Par rapport au nombre de stagiaires accueillis, cette part passe de 19 à 13 % et celle du nombre d'heures-stagiaires réalisées de 28 à 22 %. Leur chiffre d'affaires moyen est de 4,6 millions de francs.

3.1.1. Les organismes publics et parapublics

3.1.1.1. L'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes (AFPA)

Créée par un décret du 5 novembre 1945, et placée sous la tutelle du ministère de l'emploi et de la solidarité, l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes (AFPA) est une association de la loi de 1901, qui connaît une gestion tripartite, associant l'État, les organisations professionnelles d'employeurs et les syndicats de salariés. Sa vocation première est la qualification des adultes et, en priorité, des demandeurs d'emploi. Elle doit permettre à des personnes faiblement qualifiées ou dont la qualification obtenue dans le système de formation initiale n'est plus adaptée d'acquérir, de maintenir et de développer leur qualification tout au long de leur vie.

L'intervention de l'AFPA dans la politique générale de l'emploi est coordonnée et contractualisée avec les services de l'État.

Son rôle, ses missions, ses modalités d'intervention et ses relations avec ses différents partenaires sont précisés dans un contrat de progrès signé avec l'État. L'objectif général assigné par le contrat de progrès pour les années 1999-2003 prévoit que l'AFPA centre sa mission, en complémentarité avec l'ANPE, sur les services aux demandeurs d'emploi en vue de leur retour à l'emploi, ancre son activité dans les objectifs et les priorités des politiques publiques pour la formation professionnelle et l'emploi, renforce ses liens avec les deux autres composantes du service public de l'emploi, les services déconcentrés de l'État et l'ANPE, et clarifie ses modes de relations avec les régions et les branches professionnelles. Ce même contrat prévoit que la subvention de fonctionnement

versée par l'État comprendra, notamment, le financement de la totalité de la commande publique (présentations d'orientation et de formation professionnelle, mission d'appui et d'ingénierie auprès des services déconcentrés du ministère de l'emploi et de la solidarité), valorisée aux coûts complets, cette valorisation étant «réalisée à terme sur la base d'une comptabilité analytique mise en œuvre par l'AFPA et validée par les ministères en charge de l'emploi et du budget». L'AFPA, étant une association de droit privé, pratique une comptabilité privée.

L'AFPA dispose d'un réseau de 400 implantations, réparties sur tout le territoire. Elle compte parmi ses personnels 350 ingénieurs et chargés d'études, 700 psychologues du travail et 4 700 formateurs recrutés parmi les professionnels.

Elle participe pour 1,4 % à la production de la branche formation professionnelle, hors enveloppe globale de subventions.

3.1.1.2. Les structures dépendant du ministère de l'éducation nationale

L'article L. 122-5 du Code de l'éducation nationale rappelle que l'éducation permanente constitue une obligation nationale et qu'elle fait partie des missions des établissements d'enseignement. Elle doit ainsi offrir à chacun la possibilité d'élever son niveau de formation, de s'adapter aux changements économiques et sociaux et de valider les connaissances acquises.

3.1.1.2.1. L'article L. 423-1 de ce même code prévoit que, pour la mise en œuvre de leur mission de formation continue ainsi que de formation et d'insertion professionnelles, les établissements scolaires publics peuvent s'associer en groupements d'établissements (GRETA) ou constituer, pour une durée déterminée, un groupement d'intérêt public.

Les GRETA n'ont pas la personnalité morale. Ils relèvent, pour ce qui concerne leur gestion, d'un établissement public d'enseignement support. Le Conseil d'État et le tribunal des conflits ont considéré que les GRETA constituaient des services publics administratifs (CE 17.12.1997, TESCHER et TC 07.10.1996, préfet des Côtes-d'Armor). On compte actuellement 290 GRETA, au sein desquels peuvent exister des centres permanents qui offrent aux stagiaires la possibilité de suivre un parcours individualisé. Leur action s'inscrit dans le cadre d'orientations nationales et de plans académiques de développement élaborés et animés par les délégués académiques à la formation continue, au nombre de 30. Trois branches professionnelles — administration publique, éducation, santé et action sociale — prescrivent à elles seules trois quarts du volume des heures-stagiaires dispensées dans les GRETA. Les administrations publiques sont le prescripteur le plus important, avec près de la moitié du volume financier et plus de 64 % des heures-stagiaires.

Il s'agit d'actions de formation pour leur propre personnel, mais surtout en direction des publics dont elles ont la charge : jeunes demandeurs d'emploi sans qualification, formations destinées à des publics tels que les détenus et les migrants. Par rapport à l'ensemble des organismes de formation continue, la répartition du chiffre d'affaires des GRETA comporte une sur-représentation des actions relevant de la formation financée sur fonds publics prescrite par des personnes publiques au profit des populations jeunes et demandeurs d'emploi. Ils sont moins accessibles aux actions en direction des salariés d'entreprises assujetties à la taxe sur la formation professionnelle. Parmi celles-ci, celles appartenant à la branche des industries manufacturières est la plus importante, suivie de celle des services collectifs sociaux et personnels et de celle de l'immobilier, locations et services aux entreprises. Ainsi, 25 % environ des stagiaires accueillis dans les GRETA sont en formation dans le cadre des plans de formation d'entreprise. Un quart d'entre eux sont inscrits dans des formations liées à des mesures conjoncturelles, dont les stages d'insertion-formation-emploi (SIFE), et 19 % le sont à titre personnel.

Le chiffre d'affaires moyen réalisé par les GRETA est très variable selon les régions : 13 GRETA réalisent un chiffre d'affaires supérieur à 20 millions de francs, seize ont un chiffre d'affaires inférieur à 2,5 millions de francs. En 1997, ils ont accueilli 498 000 stagiaires et dispensé 75 millions d'heures de formation continue.

L'activité des GRETA est, pour la première fois en 1998, en augmentation depuis 1990. Elle a représenté, avec l'activité des 28 centres académiques à la formation continue (CAFOC), qui ont pour mission la formation de personnel interne et externe à l'éducation nationale intervenant en formation d'adultes, 2,55 milliards de francs, soit près de 6 % du chiffre d'affaires total du secteur en 1998.

3.1.1.2.2. Les établissements d'enseignement supérieur ont, pour leur part, accueilli en 1996, 371 000 stagiaires de la formation continue pour un volume d'heures un peu supérieur à 47 millions. Un peu plus d'un dixième de ces stagiaires étaient des chômeurs. Deux cinquièmes de leurs ressources provenaient des entreprises, deux cinquièmes de fonds publics et un cinquième des stagiaires eux-mêmes. En 1997, la part des universités dans le chiffre d'affaires global de la formation professionnelle était de 2,3 %.

3.1.1.3. Le secteur consulaire

Les chambres de commerce et d'industrie ont, comme tous les établissements publics, une spécialité qui détermine leurs compétences. La loi du 9 avril 1898, modifiée à plusieurs reprises, a conféré à ces établissements des attributions nombreuses et variées. Ainsi, aux termes de l'article 14 de ce texte, les chambres de commerce et d'industrie peuvent être autorisées à

fonder et à administrer tous établissements à l'usage du commerce et acquérir ou construire des bâtiments pour leur propre installation et celle de leurs établissements. Parmi ces établissements, figurent les écoles de commerce, les écoles professionnelles et techniques, qui constituent des services publics et bénéficient de plein droit du statut des écoles privées d'enseignement technique reconnues par l'État.

La quasi-totalité des chambres de commerce et d'industrie a développé à partir de ces écoles ou des centres de formation d'apprentis, et non des chambres elles-mêmes, des actions de formation professionnelle continue. La formation initiale est dispensée dans 540 établissements et le budget qui y est affecté représente environ 6 milliards de francs. Dans la plupart des chambres de commerce et d'industrie, l'activité de formation professionnelle continue a été externalisée, relevant de centres de formation professionnelle indépendants, au nombre de 214, ou de centres d'études de langues, au nombre de 171, organisés en réseau, géré par l'AGERCEL. La consolidation de l'ensemble des bilans pédagogiques établis par ces organismes de formation dépendant de ces écoles et centres montre que l'activité de formation professionnelle représente un montant de 1,967 milliard de francs, soit moins de 4 % de l'ensemble du chiffre d'affaires global de la formation professionnelle en 1998. Le chiffre d'affaires moyen d'un centre de formation est de 9 millions de francs. Ces centres ont accueilli 381 465 stagiaires en 1997 pour un nombre d'heures de formation d'environ 30,5 millions. Les formations dispensées concernent pour 41 % le secteur du commerce, de la vente, de la gestion des entreprises et des ressources humaines, pour 33 % les autres activités tertiaires, pour 12 % l'industrie, pour 11 % les langues et l'enseignement général pour 3 %.

La formation dans les organismes consulaires est orientée vers les besoins des petites et moyennes entreprises.

Un quart des ressources fiscales des chambres de commerce et d'industrie, constituées par l'impôt additionnel à la taxe professionnelle (IATP), est affecté à l'activité de formation professionnelle continue, dans la mesure où certaines d'entre elles ne peuvent dégager de rentabilité.

3.1.2. Les contenus

Une dizaine de spécialités de formation regroupent plus de la moitié des stagiaires (56 %) et des heures-stagiaires dispensées (52 %) :

- informatique (10,5 %),
- santé (6,9 %),
- formations générales pluridisciplinaires (5,7 %),
- développement des capacités d'orientation ou d'insertion (5,7 %),
- secrétariat, bureautique (5,4 %),
- commerce, vente (5 %),
- sécurité des biens et des personnes (4,6 %),

- comptabilité, gestion (4,2 %),
- développement des capacités comportementales et relationnelles (4 %),
- ressources humaines, gestion du personnel (3,9 %).

3.2. La demande en matière de formation professionnelle continue

3.2.1. Les demandeurs

Si le stagiaire de formation est le «*client*» ou le «*consommateur*» final de formation, il n'exprime pas souvent, dans ce secteur, une demande directe et surtout n'est que rarement l'acheteur direct.

La contribution des ménages est limitée à environ 2 % de l'activité de formation professionnelle continue, mais devrait avoir tendance à s'accroître, avec le développement du droit individuel à la formation.

La demande émane plus fréquemment des entreprises et des collectivités publiques, qui seront aussi parfois prescripteurs, et à qui il appartient de définir le profil des publics bénéficiaires.

3.2.1.1. Les publics

En 1998, plus de 12 millions de stagiaires ont bénéficié d'une action de formation, soit une augmentation de 17 % par rapport à 1997.

Une grande partie de la dépense de formation continue peut être ventilée selon les grandes catégories de public auxquelles elle bénéficie : plus des deux tiers des stagiaires sont des salariés, 12 % sont des demandeurs d'emploi ou des jeunes en première insertion (stages de formation ou contrats d'insertion en alternance) et 6 % des particuliers. Les 13 % restants représentent des dirigeants d'entreprise et des agents publics.

Plus d'un salarié sur deux est formé par une structure privée à but lucratif et un sur quatre par un organisme privé à but non lucratif. Les demandeurs d'emploi et les particuliers sont plutôt accueillis par les organismes à but non lucratif et publics ou parapublics. Avec 187 heures en moyenne, les demandeurs d'emploi bénéficient des formations les plus longues.

3.2.1.2. Les entreprises

La demande émanant des entreprises s'exprime soit directement auprès des organismes de formation, pour les actions de formation qui seront mises en place par le biais de conventions, soit par l'intermédiaire des organismes paritaires collecteurs agréés.

Les entreprises consacrent environ 80 % de leurs dépenses à la formation de leurs salariés dans le cadre du plan de formation ou du congé individuel de formation. Elles consacrent environ 10 milliards de francs au financement des contrats d'insertion en alternance et de l'apprentissage, à parts à peu près égales.

Dans le premier cas, les achats de prestations de formation professionnelle sont de plus en plus fréquemment banalisés et sont effectués par la direction des achats, selon les techniques d'achat courantes.

Mais une partie des fonds que les entreprises doivent obligatoirement affecter à la formation professionnelle est collectée et gérée par les organismes paritaires agréés. Cette part représente environ 30 % de ces fonds. Les organismes dont il s'agit sont issus de la loi quinquennale du 23 décembre 1993. Celle-ci a posé les fondements d'un nouveau dispositif de collecte des fonds de la formation professionnelle, qui s'est traduit par une diminution importante du nombre de ces organismes, passés de 255 à 99, et par la simplification des types d'agrément délivrés. Deux types de réseaux se sont ainsi constitués : en premier lieu, les organismes agréés au titre du plan de formation et des formations en alternance, au nombre de 68, dont 42 organismes nationaux professionnels, deux organismes nationaux interprofessionnels et 24 organismes interprofessionnels régionaux ; en second lieu, les organismes agréés au titre du congé individuel de formation, au nombre de 43, dont 17 organismes nationaux et 26 organismes interprofessionnels régionaux (OPACIF, FONGECIF et AGECEF). La même loi a eu pour objectif de distinguer organismes collecteurs de fonds et dispensateurs de formation, en rendant ces deux fonctions incompatibles.

Les entreprises peuvent faire appel à ces organismes pour gérer et mutualiser les fonds qu'elles destinent à la formation de leurs salariés, sachant que ce système est obligatoire pour les entreprises de moins de dix salariés. Lorsque l'entreprise a versé sa participation à un tel organisme collecteur, ce dernier peut, soit payer lui-même le prestataire de formation, soit rembourser à l'entreprise les montants que celle-ci a payés au prestataire auquel elle s'est adressé directement. Lorsque les organismes collecteurs opèrent directement avec les organismes de formation, les prestataires qu'ils sollicitent sont différents selon le type d'actions de formation. Ainsi, au titre du plan de formation, 92 % des produits provenant d'organismes collecteurs ont été reçus par des organismes privés, dont la majeure partie à but lucratif. Pour la formation en alternance, ce pourcentage est de 82 %, de plus de 66 % au titre de la formation des non-salariés et de 58,5 % au titre du congé individuel de formation. En 1997, les organismes collecteurs agréés ont reçu et géré 17,4 milliards de francs.

3.2.1.3. Les autres demandeurs

En 1997, l'État a contribué au financement final de la formation professionnelle et de l'apprentissage, à un niveau comparable à celui des entreprises, avec chacun environ 39 % du total. Suivent les autres administrations publiques (parmi lesquelles l'UNEDIC) avec un peu plus de 10 % et les régions avec 9,4 %, cette part s'accroissant rapidement en raison des transferts de compétences réalisés, notamment en ce qui concerne les formations qualifiantes et pré-qualifiantes pour les jeunes de moins de 26 ans.

En 1997, l'État a consacré 45 % environ de sa dépense totale en matière de formation professionnelle en

faveur de ses agents et 55 % à des interventions en faveur de publics autres, dont près de la moitié pour les demandeurs d'emploi et un peu moins pour les jeunes en formation ou en contrat de travail en alternance, dont 3,2 milliards de francs constituent une indemnité de soutien à la formation des apprentis. Il s'agit en général de publics atteints par le chômage de longue durée et disposant de revenus parmi les plus bas (RMI, publics spécifiques tels que les détenus, les femmes en difficulté, etc).

Les financements en provenance des régions s'élevaient à environ 13 milliards de francs en 1997. Les régions ont la responsabilité d'intervenir en direction des jeunes de moins de 26 ans primo-demandeurs d'emploi, actions auxquelles elles affectent près des deux tiers de ces financements, dont la moitié pour l'apprentissage, et de participer au financement des stages destinés aux bénéficiaires de l'allocation de formation-reclassement.

Les dépenses des autres administrations, qui représentent en 1997 14 milliards de francs, sont composées pour 80 % de la contribution de l'UNEDIC à l'allocation formation-reclassement et des dépenses de l'association de gestion des conventions de conversion (AGCC) pour les salariés menacés de perdre leur emploi.

3.2.1.4. Le rôle des « médiateurs »

Un certain nombre d'organismes jouent un rôle d'intermédiaire entre organismes dispensateurs de la formation et bénéficiaires. Il s'agit notamment de l'ANPE, des permanences d'accueil, d'information et d'orientation (PAIO) et des missions locales d'information et d'insertion (ML), de l'AFPA ou des OPCA. Leurs compétences les conduisent dans certains cas à intervenir à différents stades de la mise en œuvre des politiques et des actions de formation.

Les OPCA jouent ainsi un rôle déterminant à l'égard de la demande des PME-PMI, dans la mesure où ils sont acheteurs de prestations de formation qu'ils proposeront aux entreprises adhérentes, orientant ainsi cette demande, dans des conditions que critiquent parfois les dispensateurs de formation, dès lors que les procédures mises en œuvre conduisent à faire écran entre ceux-ci et les entreprises, qui sont pourtant les dispensateurs de financement. La loi du 23 décembre 1993 a toutefois clarifié leur rôle en interdisant le cumul entre les fonctions de collecteur et de dispensateur de formation.

L'ANPE joue un rôle dans l'élaboration de la commande publique de formation, intervient comme acheteur de prestations spécifiques (stages d'accès à l'emploi [SAE] et stages d'insertion-formation à l'emploi [SIFE]) et ses agents sont également des prescripteurs pour l'entrée en stage de formation des demandeurs d'emploi dont ils ont la charge, ayant la responsabilité du recrutement des stagiaires. La commande de prestations, en général réalisée au

niveau régional, prend la forme d'une habilitation pour une durée de trois ans. Au niveau local, la commande sera affinée pour répondre précisément aux besoins tels qu'ils ont été analysés. En tant que prescripteurs, les agences locales mettent à la disposition des demandeurs d'emploi des catalogues de stages. Elles ont quelquefois mis en place des ateliers de formation, dans lesquels le stagiaire trouve une aide à la recherche des organismes de formation. La multiplication de ces organismes et la diversification des formations rendent en effet difficiles la connaissance du marché et l'accès à l'information.

L'AFPA occupe une position particulière dans la mesure où entre dans ses compétences une mission d'assistance technique et d'encadrement des actions de formation dispensées avec l'aide de l'État. À ce titre, elle participe à la formulation de la demande de formation par les directions départementales du travail et de la formation professionnelle, sur la base d'une analyse des besoins locaux et à l'élaboration des opérations de formation. Elle est également un important dispensateur de formation. Enfin, elle apporte une aide à la construction du projet de retour à l'emploi des demandeurs d'emploi en collaboration avec l'ANPE.

Le contrat de progrès État-AFPA 1999-2003 prévoit que « l'AFPA clarifiera son positionnement et ses modes d'intervention dans les programmes d'insertion des publics en grande difficulté », en précisant que « l'AFPA doit apporter son appui aux programmes menés par l'État dans le cadre de la politique de lutte contre les exclusions (...), elle n'a pas vocation à intervenir comme un opérateur classique, conventionné par appel d'offres en vue de réaliser des actions d'insertion des publics en difficulté ». Ce repositionnement doit se faire progressivement au cours du contrat de progrès, « par le biais de commandes contractualisées entre l'AFPA et les services déconcentrés de l'État sur des programmes identifiés mobilisant des moyens relevant de sa commande publique et des moyens relevant de financements déconcentrés. Le financement des interventions de l'AFPA sur de telles actions se fera sur la base du coût complet de la prestation demandée ».

Si la mission de l'AFPA est centrée sur les demandeurs d'emploi, elle a développé des actions en direction des entreprises, dont le chiffre d'affaires représente globalement environ 150 millions de francs. Le contrat de progrès signé avec l'État prévoit que « les interventions de l'AFPA sur le marché concurrentiel de la formation se feront à égalité de concurrence avec les opérateurs privés, tant du point de vue de l'accès aux marchés que de la prise en compte du coût complet des prestations fournies ».

Enfin, l'AFPA et l'ANPE coopèrent dans le cadre du plan national pour l'emploi, en associant les services offerts aux demandeurs d'emploi par l'ANPE pour la construction d'un projet d'accès à l'emploi et par l'AFPA pour l'élaboration du parcours de formation. Ce service intégré d'accompagnement vers la forma-

tion concerne exclusivement les projets de formation à finalité «*professionnalisante*» vers l'AFPA ou un autre organisme de formation, la première ne disposant pas des capacités d'accueil de la totalité des stagiaires orientés. Ce dispositif pourra être mobilisé pour les autres partenaires, et notamment les PAIO, les missions locales et les régions. La coopération se poursuit après la formation avec l'appui apporté par l'ANPE au retour à l'emploi des stagiaires AFPA.

3.2.2. L'évolution de la demande

Eu égard aux évolutions des politiques de l'emploi, les dispositifs mis en place, notamment en faveur des demandeurs d'emploi, ont intégré un certain nombre de prestations qui ne relèvent pas à proprement parler de la formation professionnelle continue. Ainsi en est-il des stages d'insertion-formation à l'emploi (SIFE). On distingue ainsi quatre fonctions qui sont associées à la formation proprement dite : l'accueil et l'information, l'accompagnement social, qui induit des coûts importants, le diagnostic permettant la définition du projet professionnel personnel, l'aide à l'insertion, qui est devenue un critère d'appréciation de la prestation de formation professionnelle.

Le développement d'actions intégrant plusieurs de ces fonctions nécessite souvent d'associer divers organismes, qui ont développé des compétences spécifiques à telle ou telle fonction. La gestion de ces «*plates-formes*» est, d'un point de vue administratif, très lourde et peut conduire l'acheteur à exiger que la convention soit mise en place avec un organisme pilote, les relations avec les autres prestataires faisant l'objet de contrats particuliers. Le choix de l'AFPA comme organisme pilote est parfois justifié par sa surface financière, qui assure la bonne fin de l'opération dans son ensemble, même si un retard de paiement devait être constaté ; mais ce choix est également critiqué dans la mesure où il amplifie le rôle des centres de formation qui relèvent de cet organisme.

III. L'ACTIVITÉ DES ORGANISMES PUBLICS AU REGARD DES RÈGLES DE CONCURRENCE

La demande d'avis présentée par la FFP porte sur des dysfonctionnements qui seraient liés, d'une part, aux modalités dans lesquelles s'effectue la commande publique, d'autre part, aux avantages dont disposent les organismes publics et parapublics de formation, qui leur permettraient d'offrir des prestations à moindre coût.

1. Le rôle des organismes publics

A. La commande publique

La FFP dénonce de ce point de vue plus particulièrement les incertitudes qui peuvent affecter les règles de publicité, de transparence et de concurrence appli-

cables aux commandes publiques, non pas en ce qui concerne les formations en direction des agents publics, mais celles qui font l'objet d'un financement sur fonds publics en direction d'autres bénéficiaires.

Elle estime que, s'il apparaissait opportun de mettre en place un régime objectif, transparent et non discriminatoire pour l'attribution des commandes publiques, il appartiendrait au Conseil de la concurrence d'étudier les modalités permettant d'assurer le respect de la libre concurrence en la matière, en définissant les procédures appropriées, les critères de présentation et de sélection des offres et les conditions dans lesquelles les entreprises peuvent présenter leur candidature.

Sous le terme de «*commande publique*», il est fait référence aux différentes opérations effectuées par les services de l'État en vue de mettre en place des prestations de formation professionnelle continue au bénéfice des publics dont ils ont la responsabilité. Ces opérations correspondent à l'analyse des besoins, à l'élaboration du cahier des charges, du mode d'instruction, du conventionnement et des procédures de suivi ainsi que de l'évaluation des prestations commandées. Elles ne concernent évidemment pas les prestations réalisées en interne par les administrations, ni les opérations qui sont financées par une subvention globale à de grands établissements.

Dans l'ensemble des financements reçus par les prestataires de formation professionnelle en 1997 (37,3 milliards de francs), environ 10 milliards provenaient des pouvoirs publics, dont 4 milliards de francs des régions et 3,2 milliards de francs des services de l'État, le reste, soit 2,8 milliards de francs, étant financé par des fonds de la Communauté européenne, des autres collectivités territoriales et de divers organismes publics. Comme il a été indiqué ci-dessus, le principe de base qui préside aux interventions publiques en la matière est celui de l'aide aux actions de formation professionnelle par une subvention au fonctionnement des cycles de formation dans le cadre d'une convention passée avec l'organisme dispensateur de la formation. Il n'y a donc pas, en droit, d'achat de prestations de formation dans ce contexte et les procédures de passation des marchés ne s'appliquent pas.

Mais il est vrai également que les pratiques suivies par les services en charge de la mise en place de ces actions de formation se rapprochent des techniques d'achat. Un guide de l'acheteur public de formation a ainsi été diffusé notamment à partir de 1993 par les services relevant du ministère du travail, guide qui a été rénové en 1996. Ces mêmes services ont mis en place des procédures d'achat, dans le cadre d'appels à propositions formalisés par des cahiers des charges. Toutefois, si l'objectif était d'aboutir à une certaine harmonisation des pratiques, avec des références de travail communes, celui-ci s'est heurté à l'évolution du secteur, caractérisée par deux phénomènes : l'émergence de nouveaux commanditaires, notamment les régions, et la fin des grands programmes de formation

gérés par les structures régionales du ministère du travail et de l'emploi, avec une diminution des volumes d'achat financés sur le FFPPS et le FNE.

On assiste donc à une déconcentration de la demande, qui est de plus en plus fréquemment élaborée et gérée au niveau local, associée à une diversification très forte des prestations demandées. À cet égard, l'évolution constatée reflète également l'utilisation de moyens de la formation professionnelle pour mettre en œuvre divers types d'opérations, qui n'en relèvent pas strictement, telles, par exemple, que les actions d'orientation ou d'insertion ou d'accompagnement social, mais qui sont utilisées pour permettre de donner un statut clair aux stagiaires accueillis: il ne s'agit plus alors de commandes de formation, mais de commandes au titre de la formation.

Cette évolution induit de nouvelles relations entre opérateurs, dès lors qu'il s'agit moins de mettre en place et de contrôler des programmes de formation, que de gérer des actions d'implantation de dispositifs locaux d'insertion-formation en partenariat avec d'autres dispensateurs de financement.

Le constat de ces évolutions et les difficultés qui peuvent en résulter pour les organismes de formation ont fait l'objet d'un groupe de travail réuni sous l'égide du secrétariat d'État à la formation professionnelle en mars 2000. Le document établi par ce groupe de travail relève les critiques adressées par les organismes privés de formation aux procédures de la commande publique, notamment pour leur «non-transparence», liée à l'absence de procédures officielles d'information et de diffusion des appels à propositions, à l'existence de procédures de gré à gré, à la longueur et à la lourdeur des procédures, au défaut de connaissance des critères de choix.

Le secteur de la formation professionnelle continue repose ainsi sur des mécanismes spécifiques, qui l'apparentent à un marché de prescription. Les individus qui bénéficient d'actions de formation professionnelle n'ont pas, dans la très grande majorité des cas, à financer celles-ci, dès lors qu'elles sont prises en charge par une collectivité publique ou par l'employeur selon le type de stage, et qu'ils n'auront pas non plus été, dans bon nombre de cas, à l'origine du choix de l'action de formation suivie. Cette intermédiation peut être encore renforcée dans le cas des PME-PMI par la mutualisation et la gestion par les OPCA des fonds de la formation professionnelle continue que ces entreprises destinent à leurs salariés. Dans un tel contexte, l'équilibre du marché de la formation professionnelle continue ne conduit pas à une allocation optimale des ressources, dès lors que la demande qui s'exprime ne maximise pas l'utilité intertemporelle des individus concernés *in fine* par les actions de formation professionnelle continue: d'une part, l'expression des besoins par le truchement de l'entreprise peut être biaisée par la prise en compte de ses seuls intérêts propres, d'autre part, les indivi-

us ne disposent que d'une information imparfaite sur les prestations existantes. La demande ne peut ainsi exercer la même fonction que sur un marché sur lequel le consommateur exerce directement ses choix en fonction des prix et de la qualité des prestations recherchées en disposant d'une information complète sur les avantages qu'il peut attendre de l'acquisition des différents produits qui lui sont proposés. Dans la mesure où la demande ne peut jouer son rôle, il convient donc de rechercher d'autres mécanismes qui puissent venir compenser cette imperfection du marché. L'élaboration particulièrement précise des cahiers de charges qui expriment les besoins propres des bénéficiaires de l'action de formation peut constituer un de ces mécanismes.

Le rapport final de la table ronde organisée par le secrétariat d'État aux droits des femmes et à la formation professionnelle portant sur la professionnalisation de l'offre de formation et des relations entre les utilisateurs et les organismes, rendu public en septembre 2000, relève que «pour les pouvoirs publics, le conventionnement devra être harmonisé avec le Code des marchés publics. Ce dernier constitue un cadre de référence, dont la souplesse potentielle est réelle et dont l'application est à terme incontournable au regard des dispositions communautaires. La clé d'un usage satisfaisant de ce type d'instrument est l'amélioration des cahiers des charges où la spécificité de la demande peut s'exprimer librement et déboucher sur le choix des prestations les mieux appropriées du Code des marchés publics». Une des propositions formulées par les auteurs du rapport vise l'amélioration des appels à projets, qui serait obtenue, notamment, en rédigeant avec précision les objectifs et les modalités de réalisation des actions et en déterminant les critères d'évaluation des conventions. Il est également proposé d'inscrire au livre IX du Code du travail les conditions propres à assurer le respect de la mise en concurrence et de la transparence en ce qui concerne la commande publique.

Si le choix de soumettre la commande publique en matière de prestations de formation professionnelle au Code des marchés publics devait effectivement être entériné, toutes les initiatives pour que la demande soit exprimée le plus précisément possible dans des cahiers des charges détaillés rejoindraient les préoccupations ci-dessus exposées.

Dans son avis n° 96-A-08 du 2 juillet 1996, relatif à la réforme du Code des marchés publics, le Conseil de la concurrence a déjà relevé que le droit de la commande publique et le droit de la concurrence sont complémentaires. Le premier a pour objet principal d'assurer le meilleur usage des deniers publics, ce qui implique notamment l'exercice effectif de la concurrence entre offreurs, lequel relève du droit de la concurrence.

Dans ce même avis, ainsi que dans celui rendu sous le n° 97-A-11 sur le même sujet, le Conseil a considéré que le bon fonctionnement de la concurrence

dans les marchés publics implique, d'une part, que le maître d'ouvrage détermine précisément sa demande, d'autre part, que les organismes chargés du contrôle des procédures d'attribution des marchés puissent s'assurer que cette attribution est exclusivement fondée sur les mérites respectifs des offres au regard de la demande exprimée. Il a ainsi insisté sur la distinction qu'il y avait lieu d'opérer entre la spécification précise de la demande et la définition *a priori* de critères de choix. Il a, notamment, indiqué que la définition détaillée des besoins de l'acheteur public était un préalable nécessaire à l'exercice de la concurrence entre offreurs. Plus la demande est clairement exprimée, plus les offreurs pourront en effet élaborer leur offre dans de bonnes conditions et pourront en faire valoir les avantages. Cette définition peut prendre, par exemple, la forme d'un cahier des charges.

En revanche, le Conseil a souligné combien la publicité des critères de choix du demandeur peut avoir des effets anticoncurrentiels : le fait de porter à la connaissance des entreprises soumissionnaires les critères de choix, qu'ils soient inscrits dans le Code des marchés ou laissés à l'appréciation du demandeur, est en effet susceptible de favoriser les ententes de nature anticoncurrentielle entre offreurs. Le Conseil a ainsi indiqué que *«une règle du jeu rigide et connue à l'avance par les soumissionnaires rend prédictibles par eux les conditions d'attribution du marché. Que l'attributaire soit désigné systématiquement au moins-disant ou à l'entreprise répondant aux critères précisément définis, une entente permettrait à ses membres de désigner entre eux, en concertation et à l'insu de l'acheteur public, celui qui déposera l'offre moins-disante ou répondant aux critères et ceux qui déposeront des offres de couverture, plus élevées ou s'écartant des critères d'attribution»*.

B. Les offreurs publics

De ce point de vue, la FFP pose d'abord une question de principe relative à la nécessité de la présence d'organismes publics dans le secteur de la formation professionnelle, dès lors qu'aucune carence de l'initiative privée ne peut être relevée. Elle ajoute que, si cette présence était reconnue comme nécessaire, il conviendrait de s'assurer que ces organismes respectent les règles de concurrence.

S'agissant de la question de principe posée par la FFP, il y a lieu de relever que la formation professionnelle continue est la source d'externalités positives. Si l'employeur a financé une action de formation qui est censée améliorer la qualification professionnelle de ses employés, d'autres entreprises sont susceptibles d'en bénéficier ultérieurement quand elles emploieront ces salariés. Or, ces dernières ne dédommageront pas l'employeur qui a ainsi amélioré le niveau de qualification de ses personnels et celui-ci ne tiendra compte que des effets de ces actions sur son propre profit. En conséquence, l'avantage tiré de ces actions

de formation sera inférieur à l'avantage qu'en tirera la collectivité dans son ensemble, de sorte que l'entreprise seule aura une incitation insuffisante à développer des compétences susceptibles d'être utilisées dans d'autres emplois et donc de favoriser la mobilité sur le marché du travail. En cas d'externalités, le système des prix ne guide plus les agents vers des décisions optimales pour la collectivité et il en résulte des formes diverses d'inefficacité dans l'organisation des activités de production. L'intervention de l'État est ainsi justifiée parce qu'elle garantit qu'en termes de quantité et de qualité la formation professionnelle continue sera offerte de manière adéquate.

Au plan juridique, le législateur a voulu que l'activité en matière de formation professionnelle soit exercée par des organismes de nature diverse, relevant de personnes publiques et privées. Il a ainsi confié à divers institutions ou organismes publics une mission de formation professionnelle continue : il en est ainsi des établissements d'enseignement, notamment. Par conséquent, la FFP ne saurait invoquer ici utilement le critère de la carence de l'initiative privée, qui peut justifier dans certains cas l'intervention des personnes publiques dans des secteurs marchands, dès lors que le fondement de ces interventions dans le secteur considéré se trouve dans la loi.

2. Cadre d'analyse d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles

Du point de vue des règles de concurrence, l'article L. 410-1 du Code de commerce détermine le champ d'application de ces règles en leur soumettant les activités de production, de distribution ou de services des personnes publiques comme des personnes privées. Ainsi, ces règles n'écartent pas les personnes publiques *a priori* des marchés concurrentiels, mais les soumettent aux règles de droit commun qui sont édictées pour préserver le bon fonctionnement des marchés. La nature publique des GRETA ou des centres de formation des chambres de commerce et d'industrie ne les fait donc pas échapper aux règles du droit de la concurrence.

Dès lors que leur activité ou une partie de celle-ci entre dans le champ d'application de l'article L. 410-1 du Code de commerce, les pratiques liées à cette activité peuvent être visées par les dispositions qui prohibent les ententes anticoncurrentielles ou les abus de position dominante.

Toutefois, avant d'envisager un éventuel abus anticoncurrentiel d'un opérateur public, il convient d'établir que cet opérateur détient une position dominante sur un marché pertinent au sens économique de ce terme ou agit dans le cadre d'une entente prohibée avec un autre opérateur, *a priori* en concurrence avec lui.

À cet égard, la FFP estime que la formation professionnelle continue constitue un marché en tant que tel, sur lequel les opérateurs sont tous en concurrence

les uns avec les autres, quel que soit leur lieu d'implantation. La position des opérateurs publics dans ce cadre a été exposée ci-dessus : seul le réseau des GRETA dans son ensemble disposerait d'une part de marché dépassant 5 %.

Le Conseil de la concurrence n'a pas, lorsqu'il intervient à titre consultatif, à délimiter les marchés pertinents pouvant être concernés par les questions d'ordre général qui lui sont posées dans ce cadre. En revanche, la définition des marchés dans ce domaine peut s'appuyer sur les éléments d'analyse qu'il a coutume d'utiliser, en raisonnant à partir de la demande et donc des besoins exprimés par les demandeurs et en prenant en compte un critère de nature géographique, dans la mesure où, d'une part, la demande de formation s'élabore de plus en plus au niveau local, en raison de la déconcentration des crédits et de la diversification de la demande, et où, d'autre part, la mobilité des stagiaires est, au moins pour un grand nombre d'entre eux, limitée. Dans cette perspective, tenant compte à la fois des investissements nécessaires et de la dimension géographique, il ne peut être exclu que, pour tel type de prestations de formation professionnelle continue, un des opérateurs publics se trouve en position dominante localement.

Aucun de ces organismes ne dispose de droits exclusifs. En revanche, ils peuvent bénéficier d'autres éléments considérés comme positifs, liés notamment à leur notoriété ou, parfois, à l'image du service public. En outre, la participation de certains organismes aux institutions de la formation permanente ou leur participation commune à des dispositifs spécifiques peut contribuer à renforcer leur poids localement. Or, la jurisprudence communautaire a établi que l'égalité des chances est rompue dans la concurrence entre opérateurs publics et privés lorsque les premiers sont à la fois compétiteurs et arbitres au titre de la même activité sur le même terrain (CJCE, République française c/ commission, 19 mars 1991).

A supposer, ensuite, que l'opérateur dont les pratiques contestées dispose d'une position dominante, encore conviendrait-il d'examiner dans quelles conditions cet opérateur contreviendrait aux dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce, en abusant de cette position sur le marché sur lequel il est en position dominante ou sur un marché connexe ou pourrait mettre en œuvre une entente de nature anticoncurrentielle. La demande de la FFP fait référence à un certain nombre d'avantages dont bénéficieraient les organismes publics et qui leur permettraient d'apparaître, artificiellement, plus compétitifs.

S'agissant du statut des organismes de formation, le Conseil de la concurrence a eu déjà l'occasion d'affirmer que le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation identiques. Il suppose, toutefois, qu'aucun opérateur ne bénéficie, pour son dévelop-

pement, de facilités que les autres ne pourraient obtenir et d'une ampleur telle qu'elles lui permettent de fausser le jeu de la concurrence, sauf à ce qu'elles soient justifiées par des considérations d'intérêt général. De tels avantages peuvent faire obstacle au développement d'une compétition par les mérites sur le marché concerné, quel que soit par ailleurs le niveau des performances des opérateurs.

L'exercice de la concurrence n'est donc pas nécessairement affecté par l'existence d'organismes de statuts divers. D'ailleurs, de nombreux opérateurs privés ont un statut d'association et non de société commerciale. L'AFPA elle-même est une association de droit privé.

A. L'utilisation de moyens matériels et humains

En ce qui concerne les GRETA

Si les GRETA utilisent les locaux des établissements d'enseignement adhérents, toutes les charges qui en résultent (chauffage, éclairage, loyer, notamment) sont comptabilisées et remboursées à l'établissement d'accueil, de manière à éviter tout transfert indû de charges à l'activité d'enseignement. Les budgets sont établis à partir de taux d'utilisation horaires ou journaliers variables suivant les éléments mis à disposition (salles banalisées, salles avec matériel de projection, avec matériel informatique, etc.) et le comptage réel des prestations d'électricité ou de chauffage. En cas d'utilisation de locaux spécifiques, les frais d'occupation se fondent sur les charges réelles de fonctionnement et d'entretien.

S'agissant des personnels, les GRETA peuvent recruter du personnel, administratif ou enseignant, sur contrat. En cas de licenciement, ces personnels pourront bénéficier d'indemnités de chômage. En conséquence, les GRETA cotisent aux ASSEDIC et se réassurent à travers un fonds académique de mutualisation. Ces contractuels sont au nombre de 7 000 environ. Par ailleurs, un certain nombre d'emplois gagés figurant au budget de l'État sont utilisés par les GRETA, qu'il s'agisse de personnels enseignants (1 035 équivalents postes annuels) ou de personnels administratifs (474 équivalents postes annuels). Les charges de personnel comprennent les salaires versés aux enseignants ou personnels administratifs sur emplois gagés, aux contractuels, les heures supplémentaires et les vacances prévues, les indemnités versées aux chefs de travaux, les indemnités pour travaux supplémentaires, les charges fiscales et sociales et les contributions aux fonds de compensation des personnels. Elles incluent également la formation des personnels.

Les modalités de service des enseignants des 1^{er} et 2nd degrés qui participent aux activités de formation professionnelle sont régies par le décret n° 91-1126 du 25 octobre 1991 et précisées par une circulaire n° 93-175 du 23 mars 1993. Celle-ci prévoit, notamment, que les activités confiées à ces enseignants ne sont pas seulement des activités d'enseignement, mais qu'entrent dans leur service également les activités

liées à l'acte de formation, qui impliquent les formateurs dans l'élaboration du projet de formation (négociation de ces projets avec les entreprises, élaboration et expérimentation des produits de formation, activités de conseil ou d'audit), dans le développement des démarches et parcours individualisés de formation proposés aux bénéficiaires de la formation, dans l'animation de l'équipe pédagogique ou encore dans le développement des contacts avec les entreprises.

Les professeurs de l'enseignement secondaire intervenant dans des activités de formation continue restent soumis aux règles statutaires particulières qui leur sont applicables. Ils conservent, notamment, l'obligation de service du corps auquel ils appartiennent, soit 540 heures annuelles pour un agrégé et 648 heures pour un professeur certifié. Ce service est de 810 heures pour les contractuels, alors que la convention collective de branche fixe la durée annuelle du travail à 1 100 heures pour les formateurs privés.

Le coût de ces postes explique, d'une part, que l'ensemble des postes budgétés ne soient en fait pas utilisés et, d'autre part, que les GRETA aient développé l'appel à des personnels vacataires (10 826 en 1998) ou rémunèrent des enseignants en heures complémentaires (24 932).

A côté de ces personnels, le GRETA peut bénéficier de l'activité d'un certain nombre de personnels, qui ne relèvent pas directement de lui, mais du rectorat ou du délégué académique à la formation continue (DAFCO). Il s'agit, notamment, des conseillers en formation continue, qui mettent en œuvre le plan de formation académique. Ceux-ci sont recrutés parmi les personnels de catégorie A, enseignants ou non. Ils consacrent l'essentiel de leur temps aux relations extérieures et au travail d'animation dans le cadre de leur «*mission de développement*». Le ministère de l'éducation nationale considère que l'activité des CFC relève de la mission générale de développement de la formation professionnelle continue, qui lui a été confiée par le législateur.

Les mêmes principes président à la gestion du personnel dans les centres de formation professionnelle gérés par les universités.

En ce qui concerne les organismes consulaires

Lorsque l'activité de formation est externalisée, l'organisme détermine seul sa politique de personnel et en supporte les charges. Dans le cas où l'activité de formation professionnelle est constituée en service interne, les charges de personnel sont individualisées et remboursées par le service.

B. La comptabilité et le contrôle de gestion

En ce qui concerne les GRETA

La gestion financière des GRETA est régie par la circulaire n° 87-237 du 7 août 1987. Celle-ci rappelle que le dispositif de gestion de ces services doit être conforme, d'une part, aux règles de la comptabilité

publique auxquelles sont soumis les établissements publics d'enseignement, d'autre part, à la législation relative à la formation professionnelle continue, qui prévoit que les dispensateurs de formation dotés d'un statut de droit public tiennent un compte séparé de leur activité en matière de formation professionnelle. Les GRETA sont des «*services à comptabilité distincte sans personnalité juridique (compte 453)*», comportant une section de fonctionnement, comprenant cinq postes (frais de personnel, frais pédagogiques, frais d'occupation des locaux, frais de déplacement, frais généraux) et une section d'investissement. Le budget prévisionnel, qui doit tenir compte de l'ensemble des coûts directs et indirects liés à l'activité de formation professionnelle continue des établissements et du service commun, et le compte financier, qui retrace les opérations réalisées, sont des comptes annexes de l'établissement support. C'est le conseil d'administration de l'établissement support qui l'adopte ou le rejette.

La circulaire du 7 août 1987 impose au GRETA d'établir un budget global, qui prend en compte l'ensemble des recettes et dépenses relatives aux activités de formation continue assurées par les établissements membres; ce budget est le reflet du programme prévisionnel d'action du GRETA.

Le budget est approuvé et exécuté en équilibre. Si l'activité réelle n'atteint pas le niveau initialement prévu, les dépenses de l'exercice doivent être réduites.

Les limites de la comptabilité publique ont conduit les établissements à se doter d'une comptabilité analytique depuis 1993. Le manuel de formation au suivi financier des GRETA, édité par le ministère de l'éducation nationale, rappelle qu'il convient d'ajouter aux charges incorporables certains éléments dits «*supplémentifs*», qui sont ignorés par la comptabilité générale, comme les charges pour dépréciation qui n'apparaissent pas dans le compte d'exploitation, puisque le GRETA ne pratique pas l'amortissement réel budgétaire. Ces charges supplémentives sont considérées comme des charges à part entière dans le budget du contrôle de gestion.

Par ailleurs, ce même guide conseille à ces établissements de pratiquer l'amortissement réel budgétaire, «*l'intérêt de cette technique (étant) d'obtenir une plus grande sincérité du compte de résultat et des coûts*». Aujourd'hui, parmi les treize GRETA réalisant plus de 20 millions de francs de recettes, trois pratiquent l'amortissement réel budgétaire (Caen Bayeux, Flandre maritime, Sud Isère). Un grand nombre de GRETA plus petits ont déjà adopté cette technique, sous l'impulsion des délégués à la formation continue. La généralisation de cette pratique nécessitera toutefois certainement une réglementation plus contraignante.

En ce qui concerne les établissements de formation des CCI

Un nouveau plan comptable a été institué pour les établissements consulaires par le décret n° 91-739 du 18 juillet 1991, la réforme étant entrée en application

le 1er janvier 1992. L'assemblée générale vote chaque année un budget primitif, qui doit satisfaire aux principes généraux applicables au budget des établissements publics à caractère administratif, sous réserve de certaines adaptations. Ce budget recouvre l'ensemble des activités de l'organisme consulaire, mais ce caractère unique ne fait pas obstacle à ce que le budget comprenne des regroupements comptables, destinés à individualiser certaines activités, notamment économiques.

Comme il a été indiqué plus haut, la plupart des activités de formation dans les chambres de commerce et d'industrie sont externalisées et sont donc gérées de manière totalement autonome, notamment en ce qui concerne les personnels.

La position de la chambre de commerce et d'industrie de Paris est un peu différente, dans la mesure où l'activité de formation professionnelle constitue un service organisé dans les écoles. Toutefois, cette activité fait l'objet d'une comptabilité analytique, qui s'appuie sur des centres de responsabilité, auxquels sont imputés l'ensemble des coûts qui sont objectivement afférents à l'activité de formation professionnelle continue. Le personnel de la chambre de commerce et d'industrie de Paris bénéficie d'un régime particulier de sécurité sociale, qui fait ressortir un niveau de charges sociales un peu inférieur à celui d'un salarié du secteur privé, mais aussi d'un régime de retraite propre, dont le financement est entièrement à sa charge.

C. Les niveaux de prix pratiqués et le démarchage commercial

Les organismes publics bénéficient d'avantages en termes de coûts sur plusieurs postes, en ce qui concerne certaines charges de personnel, certaines taxes (taxe sur les salaires) ou les charges d'amortissement :

- ainsi, les GRETA peuvent bénéficier des actions de développement de la formation professionnelle continue mises en œuvre par les conseillers en formation continue, qui sont rémunérés directement par le ministère et ne grèvent pas le budget du GRETA ;
- l'application des règles de la comptabilité publique conduit à ne pas enregistrer de charges d'amortissement ;
- l'utilisation de locaux par ailleurs amortis allège les charges correspondantes ;
- les centres AFPA peuvent financer leurs investissements sur crédits budgétaires ;
- les cotisations sociales apparaissent un peu moins élevées, notamment dans le cadre du régime particulier de la chambre de commerce et d'industrie de Paris.

En revanche, ces organismes, en raison de leur statut et de leur mission de service public, supportent des surcoûts que ne connaissent pas les entreprises privées. Ainsi, si ces organismes ont utilisé le système des

heures complémentaires ou des vacances, la mise en place des plans de résorption de l'emploi précaire conduisant à la titularisation de ces personnels entraîne une flexibilité moindre dans l'adaptation des effectifs : il en est ainsi pour les GRETA et les organismes consulaires. De la même façon, si la participation de personnels enseignants peut constituer un avantage, le maintien de ceux-ci dans leur corps d'origine et donc des obligations de service qui y sont liés, moindres que celles qui sont prévues par la convention collective, alourdit les charges de personnel. En outre, si les GRETA peuvent placer leurs ressources propres, il leur est interdit de le faire avec les subventions qu'ils reçoivent et ils ne peuvent recourir à l'emprunt. Enfin et surtout, en matière fiscale, ces établissements ne peuvent récupérer la TVA, de telle sorte que leurs consommations intermédiaires supportent intégralement cet impôt.

Il apparaît ainsi que mettre en exergue tel ou tel élément pour en déduire l'existence d'une distorsion de concurrence au détriment des opérateurs privés ne peut constituer une méthode d'analyse pertinente. L'élaboration d'un bilan global coûts-avantages se heurte par ailleurs à des difficultés méthodologiques. En ce qui concerne la tarification appliquée par les organismes publics, la réglementation applicable conduit à la détermination de coûts complets prenant en compte l'ensemble des coûts liés aux services rendus, c'est-à-dire non seulement les coûts « *d'enseignement* », mais aussi des interventions autres se rattachant à l'activité de formation continue. L'analyse devrait, dans chaque cas d'espèce, examiner la pertinence de la méthodologie retenue pour l'élaboration des tarifs et la manière dont elle est appliquée pour les établir et confronter les tarifs effectivement pratiqués avec les coûts, en s'appuyant sur des valeurs de la comptabilité analytique intégrant les charges supplémentaires.

Les relations entre les organismes de formation publics et leurs clients

La FFP a produit un certain nombre de documents de nature publicitaire émanant de centres de l'AFPA ou de GRETA qui témoigneraient de politiques commerciales agressives, dans la mesure où ils proposent notamment des stages gratuits, permettant en outre d'obtenir une rémunération en tant que stagiaire de l'État.

Mais ces documents peuvent également revêtir le caractère d'informations en direction de tel ou tel public, ou de tels ou tels demandeurs. À cet égard, le rapport cité plus haut, élaboré à la demande du secrétariat aux droits des femmes et à la formation professionnelle, a relevé le caractère particulièrement peu transparent du marché, notamment à l'égard du « *stagiaire* » de formation professionnelle, qui, bien que titulaire d'un droit, se trouve souvent, face au déficit d'information, à la complexité de la législation et à l'atomisation de l'offre, incapable de l'exer-

cer à bon escient.

On relèvera, à cet égard, que le caractère «*gratuit*» de la formation pour le stagiaire et la rémunération dont il peut bénéficier ne résultent pas d'une politique mise en œuvre par l'organisme formateur, mais de dispositifs légaux.

Les prescripteurs et intermédiaires

L'utilisation des compétences acquises par les organismes publics dans l'élaboration des politiques et programmes d'action engagés au niveau local paraît particulièrement importante en ce qu'elle permet de bénéficier d'un retour d'expérience, de suivre les évolutions et d'adapter le dispositif de formation aux besoins des différents demandeurs.

Toutefois, notamment au niveau régional et local, l'accès privilégié à l'information résultant de la participation aux instances de concertation et les actions d'aide à la décision ne doivent pas donner aux organismes publics, en tant que dispensateurs de forma-

tion, des avantages tels qu'ils leur permettraient d'évincer leurs concurrents.

Par ailleurs, la concertation entre les organismes publics participant au «*service public de l'emploi*» doit préserver la transparence et l'égalité entre les dispensateurs de formation, en prohibant toute orientation privilégiée vers la structure publique, à partir du moment où il existe deux offres concurrentes émanant d'un organisme privé et d'un organisme public de formation, de telle sorte que les mérites de chacun d'entre eux puissent être objectivement comparés.

Délibéré, sur le rapport de Mme PICARD, par M. JENNY, vice-président, présidant la séance, en remplacement de Mme HAGELSTEEN, présidente, empêchée, M. HUBERT, rapporteur général, Mme MOUILLARD, MM. RIPOTOT et ROBIN, membres.

TEXTES OFFICIELS

● Signature électronique

Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique
JORF du 31 mars 2001, pp. 5 070-5 072

Le décret pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil était à l'état de projet lorsqu'a été publiée, dans le numéro 53 de la LIJ (mars 2001) la chronique intitulée *La signature électronique: bientôt au quotidien*. Son contenu reste valable car le décret qui vient d'être publié ne présente pas de points nouveaux qui n'auraient pas fait l'objet d'un développement dans celle-ci.

Le texte de ce décret, qui figure au JO du 31 mars 2001, s'inspire, ainsi que nous l'avons signalé dans la chronique précitée, de la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. On remarquera toutefois, que l'expression «signature électronique avancée» est remplacée, dans le décret, par «signature électronique sécurisée». De même, la «certification des prestataires de services de certification électronique» est devenue la «qualification des prestataires de services de certification électronique».

Pour plus d'information sur ce sujet, on pourra se reporter à la chronique précitée.

● Contraception d'urgence

Décret n°2001-258 du 27 mars 2001 pris en application de la loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence
JORF du 28 mars 2001, pp. 4 825

Le protocole national en exécution duquel les infirmières des établissements d'enseignement du 2nd degré peuvent, dans les circonstances prévues par l'article L. 5134-1 du Code de la santé publique (LIJ n° 51, janvier 2001, p. 29), administrer aux élèves mineures et majeures une contraception d'urgence, a été publié en annexe du décret n°2001-258 du 27 mars 2001 pris en application de la loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence.

Sont ainsi déterminées les modalités d'administration de cette contraception non soumise à prescription obligatoire aux élèves externes et internes des établissements susmentionnés, pour la mise en œuvre desquelles ceux-ci sont tenus d'adapter leur mode de fonctionnement.

Ce protocole fixe les exigences réglementaires rela-

tives aux cinq points suivants: désignation des personnels infirmiers compétents pour la délivrance de cette contraception d'urgence, déroulement de l'entretien préalable obligatoire avec l'élève, mise en place différenciée de cette contraception selon que l'élève est ou non majeure, élaboration d'un compte rendu après chaque administration puis d'un état annuel adressé à l'autorité académique, enfin, organisation d'un suivi individuel (médical et psychologique) des élèves auxquelles ce type de contraception a été administré.

● Gratuité – Contributions des familles

Circulaire n° 2001-256 du 30 mars 2001 relative à la mise en œuvre du principe de gratuité de l'enseignement scolaire public.
BOEN n° 15 du 12 avril 2001, p. 737

Cette circulaire rappelle que le principe de gratuité posé par l'article L. 132-2 du Code de l'éducation s'oppose à ce qu'une contribution puisse être demandée aux familles pour le financement des dépenses de fonctionnement administratif et pédagogique relatives aux activités obligatoires des élèves (frais de correspondances, photocopies...).

L'application de ce principe ne fait pas obstacle à une participation des familles aux dépenses afférentes aux activités facultatives (voyages). De même, les fournitures strictement individuelles donnant lieu à une appropriation personnelle de l'élève peuvent être laissées à la charge des familles (papeterie, matériel d'écriture).

● Neutralité commerciale – Partenariat avec le monde professionnel

Circulaire n° 2001-053 du 28 mars 2001 portant code de bonne conduite des interventions des entreprises en milieu scolaire
BOEN n° 14 du 5 avril 2001, pp. 691-695

Devant la multiplication des démarches d'entreprises privées ou publiques qui désirent intervenir en milieu scolaire, ce code de bonne conduite rappelle aux services de l'éducation nationale et aux établissements scolaires les principes à respecter dans le cadre de la mise en œuvre d'une opération de partenariat pédagogique: neutralité, interdiction de toute campagne publicitaire, possibilité sous certaines conditions d'insérer des encarts publicitaires dans les plaquettes de présentation des établissements.

Ce texte propose également un cadre pour la mise en œuvre d'une action de partenariat, soulignant l'importance de la conclusion d'une convention. Une rubrique est consacrée au partenariat pour la réalisation de produits multimédias.

ARTICLES DE REVUES

● La date et l'écrit électronique

Sylvain Mercoli, docteur en droit, membre du CRDP de Nancy, aborde la question de la valeur juridique de la date insérée dans un document, qu'il s'agisse d'une acte «traditionnel» sous seing privé ou d'un écrit électronique.

Il constate, à la lecture de l'article 1328 du Code civil, que la date qui figure dans un acte sous seing privé n'est opposable aux tiers que dans un nombre de cas limité et qu'il importe, de manière générale, de prouver son exactitude.

Il s'étonne que, parmi les dispositions introduites par la loi du 13 mai 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, n'en figure aucune concernant la date. La certification de la date des écrits électroniques est, en effet, absente de ces dispositions, la certification de la signature ayant été privilégiée.

MERCOLI Sylvain, docteur en droit, membre du CRDP de Nancy. «Incertitudes sur la date des actes sous seing privé de l'écrit papier à l'écrit électronique». *Les Petites affiches*, 6 février 2001, n° 26, p. 4-9

● Indépendance et liberté d'expression des enseignants-chercheurs

Cet article, vraisemblablement écrit il y a plusieurs mois dans la mesure où il ne contient aucune référence aux nouvelles dispositions du Code de l'éducation et où il ne mentionne pas la dernière application du principe d'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur, faite par l'arrêt du Conseil d'État du 22 mars 2000, MENARD, analysé dans le numéro de mai 2000 de la LIJ, constitue un utile recensement des jurisprudences constitutionnelle et administrative en la matière. Cette indépendance est analysée sous les deux aspects de l'indépendance des enseignants-chercheurs à l'égard du «pouvoir politique» mais également des étudiants. S'agissant du régime disciplinaire spécifique applicable aux enseignants-chercheurs, au-delà de la simple mention de «formations de jugement», il convient d'insister sur son caractère juridictionnel, les décisions du Conseil national de l'enseignement supérieur statuant en matière disciplinaire relevant du Conseil d'État par la voie du recours en cassation (pour une application, CE 19.05.1993 et 28.09.1998 NOTTIN, cités dans l'article).

Enfin, il convient de signaler que le principe d'autonomie administrative et pédagogique des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel ne s'étend pas au recrutement des enseignants-chercheurs, comme l'indique finalement l'auteur. La juris-

prudence du Conseil d'État, (CE 11.07.1975, ministre de l'éducation nationale c/ Dame SAID, *Lebon*, p. 425, avec les conclusions du commissaire du Gouvernement et CE 02.05.1988, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale/CFDT *Lebon*, p. 98, les conclusions du commissaire du Gouvernement ayant été publiée dans le numéro de juillet août 1988 de la *Revue française de droit administratif*) l'excluent expressément en cette matière, même si un autre arrêt du 2 mai 1988 – Fédération nationale des syndicats autonomes de l'enseignement supérieur et de la recherche le mentionne en concordance avec les principes du droit des concours.

MONIOLLE Carole, maître de conférences de droit public à l'université de technologie de Compiègne. «Indépendance et liberté d'expression des enseignants-chercheurs». *Actualité juridique-Droit administratif*, 20 mars 2001, n° 3, p. 226-240

● Participer à un jury de thèse

Le premier intérêt de cet article pour un juriste est de montrer comment fonctionne un jury d'examen un peu particulier puisqu'il s'agit d'un jury de thèse de doctorat. Son second intérêt, en rapport avec l'article précédemment cité qui évoquait une nécessaire indépendance des maîtres de conférence vis-à-vis des professeurs, est de souligner, à l'occasion de la réunion des jurys d'examen, l'existence de contraintes informelles dans les relations des enseignants-chercheurs entre eux, indépendamment de l'expression de divergences d'appréciation inhérentes à la démarche scientifique et de l'exercice collégial de compétences en matière de recrutement, d'affectation et de carrière au sein des instances, composées uniquement de représentants élus ou nommés à cet effet, prévues par la loi.

LORIMIER Jean. «Participer à un jury de thèse». *Revue administrative*, janvier/février 2001, n° 319, p. 86-93

● Internet – Diffamation – Point de départ de la prescription

Dans le précédent numéro de la LIJ, a été commenté un jugement en date du 6 décembre 2000, du tribunal de grande instance de Paris, qui a considéré que la prescription de trois mois à compter du premier jour de publication, prévue par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, ne pouvait être invoquée en ce qui concerne les propos diffamatoires publiés sur un site internet. Cette position reposait sur l'opinion selon laquelle un tel délit présente un caractère continu dû au fait que les propos publiés sont accessibles de manière permanente par le public. La Cour de cassation n'avait pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ce point de droit. Dans un

arrêt rendu le 30.01.2001 (Cass. crim. 30.01.2001, Mme Annie X dite Y), elle a été amenée à rappeler que les dispositions de l'article 65 de la loi précitée étaient applicables à la publication d'un article à caractère diffamatoire sur un site internet mais que les juges du fond étaient dans l'obligation de rechercher le point de départ du délai de prescription.

Cette décision fait l'objet d'une note de Frédéric-Jérôme PANSIER, dans *Les Petites affiches* du 3 avril 2001.

L'auteur, après avoir rappelé les faits qui ont donné matière à cette affaire et qui n'ont, d'ailleurs, aucun caractère exceptionnel puisqu'une personne avait poursuivi le responsable d'un site qui avait mis en ligne un article à caractère injurieux et diffamatoire la mettant personnellement en cause, retrace les différentes étapes de la procédure. Le tribunal correctionnel a condamné le responsable du site tandis que la cour d'appel, au contraire, a fait droit aux conclusions de ce dernier tendant à faire valoir que la prescription lui était acquise, au motif qu'il n'était «*nullement impossible*» que la publication de l'article en cause ait eu lieu plus de trois mois avant l'introduction de l'action.

Cette incertitude quand à l'énoncé de la date de la première publication de l'article et par conséquent de celle du point de départ de la prescription, a conduit la Cour de cassation à censurer la décision de la cour d'appel.

L'auteur, tout en insistant sur le fait que le principe de l'application de la prescription de trois mois à compter de la première mise en ligne de l'article diffamatoire a été confirmé par la Haute Juridiction, rappelle qu'une grande partie de la doctrine ainsi qu'un certain nombre de décisions jurisprudentielles récentes, considèrent que les spécificités de la diffusion de l'information sur internet doivent conduire à écarter la règle posée par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881.

PANSIER Frédéric-Jérôme. «Prescription abrégée de la diffamation par internet».

Les Petite affiches, 3 avril 2001, n° 66, p. 3-5

INTERNET : Sites juridiques signalés

Sont signalés ci-après les principaux sites qui nous semblent les plus utiles pour la recherche d'information juridique. Une veille est organisée pour repérer les nouveaux sites juridiques intéressants ainsi que leurs évolutions. Leur adresse est alors publiée dans la *Lettre*.

Lexbase : la réponse juridique

<http://lexbase.fr>

Lexbase propose une recherche sur trois rubriques : recherches et revue d'actualités, répertoire des sites (plus de 1 000 sites juridiques dans le monde entier), et indices et taux. Une base thématique (droit du travail, droit social, droit communautaire, droit civil, droit fiscal..., le droit public est en cours de développement), une base sources officielles en accès direct ou commenté (codes, lois et décrets, jurisprudence, conventions collectives). Trois modes de recherche juridique sont possibles : guide juridique, document disponible et numéro. La rédaction de Lexbase est composée de professeurs d'université, d'analystes et de praticiens du droit. Ce site a développé un service interactif original qui combine étroitement les performances d'un moteur de recherche assisté, à la richesse d'une base de données véritablement indexée par les rédacteurs. À noter que certains accès sont sur abonnement

Premier ministre

<http://www.premier-ministre.gouv.fr>

Suite à la parution du décret n° 2001-272 du 30.03.2001 sur la signature électronique, le site du Premier ministre dans la rubrique actualités propose un dossier très complet sur la signature et la certification électronique. Ce dossier juridique et technique présente tout le fonctionnement du système, il est complété par un dossier technique et des questions réponses sur l'utilisation de la signature électronique (cf. la signature électronique qui a fait l'objet d'une chronique dans la *LIJ* n° 53 de mars 2001).

Lettre d'Information Juridique

L'outil d'information à l'intention des juristes et des décideurs du système éducatif

La **LIJ** est vendue au numéro au prix de 25 F (3,81 €)

- dans les points de vente des CRDP et CDDP,
- à la librairie du CNDP, 13, rue du Four, 75006 Paris
- par correspondance à CNDP, 77568 Lieusaint cedex

Tél: 01 64 88 46 29 - Fax: 01 60 60 00 80

BULLETIN D'ABONNEMENT **LIJ**

à retourner, accompagné de votre règlement, à l'adresse suivante:

CNDP/Abonnement

BP 750, 60732 Sainte-Geneviève cedex

Relations abonnés: 03 44 03 32 37 - Télécopie: 03 44 03 30 13

ou à votre CRDP

Votre abonnement sera pris en compte à dater de la réception de votre paiement.



TITRE	CODE	Tarif France	Tarif étranger	TOTAL
Lettre d'Information Juridique (1 abonnement)	E	190 F (28,97 €)	220 F (33,54 €)	
2 à 3 abonnements (- 25%)	E	142 F (21,65 €)	174 F (26,53 €)	
4 abonnements et plus (- 40%)	E	113 F (17,23 €)	146 F (22,26 €)	

(Tarifs valables jusqu'au 31 juillet 2001)

RÈGLEMENT À LA COMMANDE (cocher votre mode de règlement)

- 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.....

Date, signature
et cachet de l'établissement

Au sommaire du prochain numéro de la

Lettre d'Information Juridique

(juin 2001)

LES PROMESSES DE L'ADMINISTRATION

2^e partie: Les promesses à l'égard des administrés et des cocontractants

Faisant suite aux deux précédentes, consacrées aux promesses dont sont destinataires les agents publics, la prochaine chronique s'attachera à commenter quelques décisions jurisprudentielles concernant les engagements, non suivis d'effets, dont font état les administrés ou les partenaires de l'administration. On pourra constater que le juge admet parfois l'existence d'une responsabilité partagée, notamment lorsqu'il estime que le destinataire de la promesse non suivie d'effets était en mesure de s'assurer de la pertinence juridique de celle-ci.

Le portail de l'éducation :

<http://www.education.fr>

