

Lettre d'Information Juridique

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

N° 60

Signalé à l'attention de nos lecteurs :

JURISPRUDENCE

- **CE**: Responsabilité – Accident scolaire – Élève – Collège – Département – Collectivité de rattachement – Banc – Dommage travaux publics..... p. 10
- **CE**: Décision individuelle explicite créatrice de droits entachée d'illégalité – Le retrait n'est possible que dans le délai de quatre mois suivant la prise de la décision p. 12

CONSULTATIONS..... p. 16

- **Organisation de sorties scolaires pour les classes relais** p. 16
- **Agents contractuels – Renouvellement – Cumuls – Primes**..... p. 19

CHRONIQUES p. 24

- **Le nouveau code des marchés publics**: vers une responsabilisation accrue des acheteurs publics p. 24
- **Décision de la Cour européenne des droits de l'Homme sur l'interdiction faite à une institutrice membre de l'enseignement public genevois de porter le foulard islamique dans l'exercice de ses fonctions**..... p. 35

ACTUALITÉS: Sélection de la *LJ*

TEXTES OFFICIELS

- **Baccalauréat professionnel – Règlement général** p. 39
- **Étudiant étranger – Visa scientifique** p. 40

ARTICLES DE REVUES p. 40

- **Sanction administrative – Pouvoir législatif – Contrôle du juge – Garantie – Droits de l'Homme** p. 40
- **Loi de finances** p. 41
- **Propriété intellectuelle – Marchés publics**..... p. 41

OUVRAGES..... p. 42

- **Guide juridique du chef d'établissement** p. 42

INTERNET: Sites juridiques signalés p. 42

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:

C. Moreau – V. Sueur – L. Jouve

Responsable de la coordination:

Anne-Marie Amélio

Ont participé à ce numéro:

*Françoise Bourgeois,
Francis Contin,
Frédéric Carre,
Jean-Noël David,
Marcelle Davids,
Philippe Dhennin,
Dominique Dumont,
Yvonne Duvelleroy,
Alexandra Gaudé,
Géraldine Goncalves,
Stéphanie Gutierrez,
Danièle Josserand,
Jean-François Laurent,
Éric Laurier,
Monique Lecygne,
Élisabeth Lemignon,
Mireille Lopez-Crouzet,
Sylvain Mary,
Jean-Pierre Ronel,
Anne Verdon,
Daniel Vergely,
Nurdan Yilmaz.*

Maquette, mise en page:

HEXA Graphic

Édition et diffusion:

Centre national de documentation
pédagogique

Imprimeur:

BIALEC
95, boulevard d'Austrasie,
BP 10 423
54001 Nancy cedex

N° de commission paritaire:

n° 0503 B 05108

N° ISSN:

1265-6739

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

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.



Éditorial

Quelques mois après la publication du décret du 7 mars 2001, Élisabeth LEMIGNON propose une chronique complète et documentée sur le nouveau code des marchés publics, entré en vigueur le 9 septembre dernier. Elle insiste particulièrement sur les possibilités et limites de certains régimes de passation des marchés qui devraient offrir aux acheteurs publics les moyens de rendre leurs achats plus efficaces, tout en continuant de respecter les principes fondamentaux de la commande publique.

Ce numéro de la *Lettre d'information Juridique* se distingue également par la richesse de la rubrique consacrée aux consultations, reflet de l'activité de conseil et d'expertise de la direction des affaires juridiques. Outre les réponses proposées à des questions récurrentes relatives au régime des cumuls ou à la communication des documents administratifs, des développements sont consacrés à l'organisation des sorties scolaires par les classes relais et au régime de responsabilité applicable aux personnels des services de la protection judiciaire de la jeunesse qui contribuent ainsi à la scolarisation d'élèves en difficulté.

Ce panorama ne serait pas complet si l'attention des lecteurs n'était pas appelée sur l'actualité jurisprudentielle la plus récente, j'entends mentionner la décision rendue par l'assemblée du contentieux du Conseil d'État le 26 octobre 2001, sur la requête de M. TERNON, décision qui remet substantiellement en cause le régime jurisprudentiel du retrait des actes administratifs créateurs de droit sur laquelle la *Lettre* aura l'occasion ultérieurement de revenir.

Jacques-Henri Stahl

Sommaire

Jurisprudence p. 07

ENSEIGNEMENT SCOLAIRE p. 07

Enseignement du 2nd degré

- **Écoles techniques privées reconnues par l'État – Réglementation de la scolarité par arrêté ministériel – Dispositions complémentaires du règlement intérieur de l'école – Limitation des possibilités de redoublement**
TA, PARIS, 03.07.2001, M. DEVANLAY, n° 9821871
- **Commissions académiques d'appel – Impartialité des commissions**
TA, TOULOUSE, 27.09.2001, Conseil départemental des parents d'élèves de la Haute-Garonne (FCPE) c/ recteur de l'académie de Toulouse

EXAMENS ET CONCOURS p. 07

Organisation

- **Examen – Fautes de l'administration – Préjudices indemnisables**
TA, STRASBOURG, 16.10.2001, M. SCHWAIGER, n° 985533
- **Examen – Session de rattrapage – Information tardive – Principe d'égalité**
TA, LYON, 12.10.2001, Mlle OUAkak, n° 0001234-2
- **Examen – session de rattrapage – étudiant régulièrement inscrit**
CAA, DOUAI, 02.10.2001, M. KRONBY, n° 98DA01569

PERSONNELS p. 08

Questions communes aux personnels

- **Recrutement**
TA, PARIS, 26.04.2001, Association syndicale des attachés d'administration centrale des ministères de l'éducation nationale, de la recherche et de la jeunesse et des sports, n° 0015148/7
- **Candidate informée de son admission au concours externe du certificat d'aptitude au professorat de l'enseignement technique (CAPET) – Erreur matérielle commise par l'administration lors de l'édition des listes des candidats proposés pour l'admission – Retrait, par voie de lettre circulaire, de l'acte administratif par lequel l'intéressée a été informée à tort de sa réussite au concours – Référé tendant à obtenir la suspension de l'exécution de cette lettre circulaire**
CE, 31.10.2001, MEN c/Mme DOUREL, n° 239050 (cette décision sera publiée au Recueil Lebon)

- **Disponibilité – Régularisation**

TA, AMIENS, 28.06.2001, Mme DOMURADO, n° 97531

- **Refus de protection juridique des fonctionnaires – Préjudice sans lien avec les fonctions**

TA, FORT-de-FRANCE, 15.10.2001, M. MIQUEL, n° 9904624

- **Indemnité d'éloignement – Égalité des citoyens – Égalité des sexes**

CAA, BORDEAUX, 25.10.2001, M. et Mme LEROY n° 00BX01792

- **Indemnité d'éloignement – DOM – Prescription quadriennale**

TA, PARIS, 11.10.2001, Mme DOLLIN, n° 9903850/7

- **Maître auxiliaire – Nationalité étrangère – Absence d'autorisation de travail – Allocation de chômage – Refus**

CAA, BORDEAUX, 17.05.2001, M. EL KOUHEN c/ recteur de l'académie de Toulouse, n° 97BX02057

RESPONSABILITÉ p. 10

Accidents survenus ou causés aux élèves et aux étudiants

- **Responsabilité – Accident scolaire – Élève – Collège – Département – Collectivité de rattachement – Banc – Dommage travaux publics**
CE, 26.09.2001, département du Bas-Rhin, n° 204575 (cette décision sera publiée au Recueil Lebon)

- **École primaire publique – Récréation – Responsabilité de l'État non engagée (art. L. 911-4 du code de l'éducation, art. 1 384 du code civil)**
TGI, La ROCHELLE, 25.09.2001, M. et Mme MAHEVAS c/ préfet de la Charente-Maritime, n° 00/00547

- **École maternelle – Récréation – Responsabilité de l'État non engagée (art. L. 911-4 du code de l'éducation, art. 1 384 du code civil)**
CA, POITIERS, 18.09.2001, Mlle ROBERT c/ préfet de la Vienne, n° 581

- **Collège public – EPS – Responsabilité de l'État non engagée (art. L. 911-4 du code de l'éducation, art. 1 384 du code civil)**
TGI, VERSAILLES, 13.09.2001, Mme GALLOT c/ préfet des Yvelines, n° 2000/09159

PROCÉDURE CONTENTIEUSE p. 12

Recevabilité des requêtes

- **Décision individuelle explicite créatrice de droits entachée d'illégalité – Le retrait n'est possible que dans**

le délai de quatre mois suivant la prise de la décision
CE, Ass., 26.10.2001, M. TERNON, n° 197018, (cette décision sera publiée au Recueil Lebon)

- **Enseignement supérieur – Examen – Enseignant – Intérêt donnant qualité pour agir**
TA, PARIS, 11.10.2001, M. CATSIAPIS, n° 9914230/7
- **Enseignement supérieur – Scolarité – Enseignant – Intérêt donnant qualité pour agir**
CE, 21.09.2001, Mlle PHYTILIS, n° 201878 (cette décision sera mentionnée dans les tables du Recueil Lebon)
- **Prorogation du délai de recours contentieux – Recours gracieux – Contenu**
CE, 30.05.2001, SCI « Les Jardins de Mennecy », n° 204434

Procédures d'urgence – Référé

- **Suspension de fonction – Maître contractuel**
TA, ORLÉANS, 02.11.2001, M. THIRION, n° 014147
- **Candidate informée de son admission au concours externe du certificat d'aptitude au professorat de l'enseignement technique (CAPET) – Erreur matérielle commise par l'administration lors de l'édition des listes des candidats proposés pour l'admission – Retrait, par voie de lettre circulaire, de l'acte administratif par lequel l'intéressée a été informée à tort de sa réussite au concours – Référé tendant à obtenir la suspension de l'exécution de cette lettre circulaire**
CE, 31.10.2001, MEN c/Mme DOUREL, n° 239050 (cette décision sera publiée au Recueil Lebon) (voir analyse p. 9)

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE p. 13

- **Propriété intellectuelle – Durée de la protection – Prorogation pour temps de guerre**
TGI, PARIS, 1^{re} ch, 1^{re} sect, 27.06.2001, ADAGP c / société ÉDITIONS HAZAN

AUTRES JURISPRUDENCES p. 14

- **Internet – Responsabilité – Référé**
TGI, PARIS, ordonnance de référé du 30.10.2001, Association « J'accuse ! Action internationale pour la justice » (AIPJ), La Licra et autres c/ Association française d'accès et de service internet (AFA), 13 fournisseurs d'accès et prestataires techniques d'internet
- **Internet – Diffamation – Prescription – Loi du 29 juillet 1881**
Cass. crim., 16.10.01, M. TRANCHANT/M. BARDIN, M. RENOM de la BAUME

- **Domaine – Affectation – Compétence juridictionnelle**
CAA, PARIS, 27.09.2001, Institut de France, n° 00PZA01633

- **Validité des actes administratifs – Limites du pouvoir réglementaire – Ministre chargé du travail**
CE, 27.06.2001, Syndicat Sud-Travail, SSR n° 226261

- **Droit de la personnalité – Atteinte au droit à l'image**
CA, PARIS, Ch 1, Sect 3, 16.02. 2001, De Haut de Sigy c /THE FACTORY, n° 137747

Consultations p. 16

- **Organisation de sorties scolaires pour les classes relais**
Lettre DAJ A1 n° 01424 du 8 novembre 2001 adressée à la directrice d'un centre d'action éducative placé sous l'autorité d'une direction départementale de la protection judiciaire de la jeunesse

- **Notes provisoires aux épreuves anticipées du baccalauréat**
Lettre DAJ A1 n° 01-412 du 5 novembre 2001 adressée à un recteur d'académie

- **Révocation d'un agent titulaire, droit à l'indemnisation pour perte d'emploi**
Lettre DAJ A2 n° 01-515 du 31 octobre 2001 adressée à un recteur d'académie

- **Avancement de grade – Décharge totale de service**
Lettre DAJ A2 n° 01-510 en date du 30 octobre 2001 adressée à un recteur d'académie

- **Affichage de panneaux publicitaires dans l'enceinte d'un établissement scolaire et autorité compétente pour signer les contrats nécessaires à sa mise en œuvre**
Lettre DAJ A1 n° 01-405 du 25 octobre 2001 adressée à un recteur d'académie

- **IUT – Conseil d'administration – Éligibilité**
Lettre DAJ B1 n° 353 du 23 octobre 2001

- **Agents contractuels – Renouvellement – Cumuls – Primes**
Lettre DAJ B1 n° 352 du 23 octobre 2001

- **Cours « de rattrapage » dispensés par un professeur des écoles à des élèves qui rencontrent des difficultés scolaires**
Lettre DAJ A2 n° 01-489 du 15 octobre 2001 à un inspecteur général de l'éducation nationale

- **Respect du secret médical – Modalités de transmission des avis d'arrêt de travail**
Lettre DAJ A2 n° 01-429 du 3 septembre 2001

- **Cumul d'une activité publique et d'une activité agricole**
Lettre DAJ A2 n° 01-403 en date du 17 août 2001 adressée à une direction de personnels
- **Communication de documents aux organisations syndicales**
Lettre DAJ A2 n° 01-351 en date du 19 juillet 2001 adressée à un recteur d'académie
- **Titularisation des professeurs des écoles**
Lettre DAJ n° 371 du 3 juillet 2001
- **Condamnation pénale – Radiation pour incompatibilité avec les fonctions ou sanction disciplinaire**
Lettre DAJ A2 n° 01-316 du 29 juin 2001
- **Désignation des représentants des personnels au sein des commissions de réforme départementales**
Lettre DAJ A2 n° 01-210 en date du 10 avril 2001 adressée à une direction de personnels

Chroniques p. 24

- **Le nouveau code des marchés publics : vers une responsabilisation accrue des acheteurs publics**
- **Décision de la Cour européenne des droits de l'Homme sur l'interdiction faite à une institutrice membre de l'enseignement public genevois de porter le foulard islamique dans l'exercice de ses fonctions**

Actualités p. 39

Sélection de la LIJ

TEXTES OFFICIELS p. 39

- **Cotisations professionnelles à caractère parafiscal – Métiers du bâtiment et des travaux publics**
Décret n° 2001-981 du 25 octobre 2001 modifiant le décret n° 98-67 du 4 février 1998 relatif à la cotisation professionnelle à caractère parafiscal destinée aux formations initiales dans les métiers du bâtiment et des travaux publics
JORF du 28 octobre 2001, p. 17014

- **Baccalauréat professionnel – Règlement général**
Décret n° 2001-982 du 25 octobre 2001 modifiant le décret n° 95-663 du 9 mai 1995 portant règlement général du baccalauréat professionnel
JORF du 28 octobre 2001 p. 17014

- **Prise en charge des prestations en nature de l'assurance maladie aux mineurs victimes de sévices sexuels réprimés par le code pénal**
Décret n° 2001-833 du 13 septembre 2001 fixant les modalités de suppression de la participation de l'assuré au titre des frais de soins consécutifs aux sévices sexuels subis par des mineurs et modifiant le code de la sécurité sociale
JORF du 15 septembre 2001, p. 14700-14701

- **Étudiant étranger – Visa scientifique**
Arrêté du 19 septembre 2001 pris en application de l'article 7-8 du décret n° 46-1574 du 30 juin 1946 modifié réglementant les conditions et de séjour en France des étrangers :
JORF du 19 octobre 2001, p. 16491-16493

ARTICLES DE REVUES p. 40

- **Sanction administrative – Pouvoir législatif – Contrôle du juge – Garantie – Droits de l'Homme**
- **Loi de finances**
- **Propriété intellectuelle – Marchés publics**

OUVRAGES p. 42

- **Guide juridique du chef d'établissement**

INTERNET : Sites juridiques signalés p. 42

AU SOMMAIRE DU PROCHAIN NUMÉRO de la Lettre d'Information Juridique janvier 2002

ENSEIGNEMENT SCOLAIRE

Enseignement du 2nd degré

- **Écoles techniques privées reconnues par l'État – Réglementation de la scolarité par arrêté ministériel – Dispositions complémentaires du règlement intérieur de l'école – Limitation des possibilités de redoublement**

TA, PARIS, 03.07.2001, M. DEVANLAY,
n° 9821871

Aux termes de l'article 170 du code de l'enseignement technique « *des certificats d'études et des diplômes peuvent être délivrés par les écoles (techniques privées) reconnues par l'État dans les conditions déterminées par arrêté ministériel...* ». Les dispositions de l'article 8 de l'arrêté du 14 juin 1978, portant modification du règlement de scolarité de l'École supérieure des techniques aéronautiques et de construction automobile, reconnue par l'État par un arrêté du 4 juin 1953, fixent les conditions de passage en année supérieure, soit automatiquement pour les élèves ayant obtenu une note d'année au moins égale à 13 sur 20, soit, pour les élèves ayant obtenu une note au moins égale à 10 sur 20, sur décision du jury qui décide du passage en année supérieure ou du redoublement.

Le règlement intérieur de l'école a pu n'autoriser qu'un seul redoublement par cycle d'études, sans méconnaître ainsi les dispositions susvisées dont l'objet est de réglementer les conditions de délivrance des certificats d'études et des diplômes par les écoles privées afin de garantir leur qualité et qui ne régissaient pas l'hypothèse de redoublements multiples.

NB: *Les dispositions correspondantes de l'article 35 de la loi du 25 juillet 1919 insérées à l'article 170 du code de l'enseignement technique ont été remplacées par celles de l'article L. 443-2 du code de l'éducation.*

- **Commissions académiques d'appel – Impartialité des commissions**

TA, TOULOUSE, 27.09.2001, Conseil départemental des parents d'élèves de la Haute-Garonne (FCPE) c/ recteur de l'académie de Toulouse

La Fédération des conseils de parents d'élèves (FCPE) demandait l'annulation des décisions du 17 et 20 mai 1999, par laquelle l'inspecteur d'académie de la Haute-Garonne a fixé la composition des commissions d'appel des collèges (pour les classes de 6^e, 4^e et 3^e) et des lycées (pour les classes de 2^{nde}), au motif que la participation à ces commissions de personnes

ayant déjà eu à connaître des dossiers en première instance nuisait à l'impartialité et à la neutralité de celles-ci.

L'article 3 de l'arrêté ministériel du 14 juin 1990 (RLR 523-0 et JO du 15 juin 1990) relatif aux commissions d'appel précise que « *le dossier de l'élève est présenté à la commission d'appel par un professeur de la classe à laquelle appartient l'élève et par le conseiller d'orientation intervenant dans l'établissement scolaire fréquenté par l'élève. Les rapporteurs n'ont pas voie délibérative* ».

Le juge administratif a rejeté la requête de la FCPE, l'arrêté du 14 juin 1990 n'interdisant pas expressément la nomination, en qualité de membres des commissions d'appel ou de sous-commissions, de chefs d'établissement ou de professeurs faisant partie d'établissements situés dans le ressort desdites commissions. En conséquence, il n'est pas porté atteinte aux garanties d'impartialité des commissions et la FCPE ne peut utilement se prévaloir que les années précédentes, les personnes siégeant dans les commissions d'appel étaient étrangères aux établissements dont les dossiers d'appel étaient soumis à leur appréciation.

EXAMENS ET CONCOURS

Organisation

- **Examen – Fautes de l'administration – Préjudices indemnisables**

TA, STRASBOURG, 16.10.2001,
M. SCHWAIGER, n° 985533

À la session de septembre 1995, un étudiant a obtenu des résultats suffisants pour lui permettre de passer, dans deux matières, les épreuves orales de la session d'octobre. Son nom ne figurant pas sur la liste affichée d'admissibilité aux oraux, il n'a été verbalement informé de sa convocation que deux jours avant les épreuves. À l'issue de celles-ci, il n'a pas figuré sur la liste des étudiants admis et n'a été informé de son succès que par l'envoi de son relevé de notes. Finalement, son attestation de réussite ne lui a été délivrée qu'en juillet 1996.

Saisi d'une demande de condamnation pécuniaire de l'université, le tribunal n'a pas tenu compte de l'existence d'un lien direct avec les erreurs commises tant en ce qui concerne une perte de chances sérieuses de poursuivre le cursus universitaire en vue de devenir professeur que les frais d'inscription dans un établissement privé qu'il a engagé alors même qu'il n'a pas demandé son inscription à l'université pour préparer la licence.

En revanche, ces erreurs et le retard dans la délivrance de l'attestation de réussite ont causé à l'intéressé un préjudice moral lui ouvrant droit à une indemnité de 5 000 F.

NB: *Il doit exister entre le préjudice invoqué et le fait dommageable (faute engageant la responsabilité de l'administration) un lien de causalité direct pour ouvrir droit à l'indemnisation de ce préjudice. C'est au demandeur d'apporter la preuve ou au moins des éléments suffisants pour établir ce lien. Ce caractère direct est apprécié au cas par cas par la juridiction de telle sorte qu'il est difficile de donner une règle précise permettant de le déterminer. Néanmoins, outre l'examen de la jurisprudence du Conseil d'État pour tenter d'y trouver des cas approchant la situation dans laquelle on souhaite déterminer si il y a un lien direct ou non, une bonne approche de ce qu'est l'examen du juge peut être donnée en disant que seuls seront pris en compte pour être indemnisés les éléments du préjudice qui sont la conséquence normale du fait dommageable.*

● **Examen – Session de rattrapage – Information tardive – Principe d'égalité**

TA, LYON, 12.10.2001, Mlle OUAkak, n° 0001234-2

Le respect du principe d'égalité des candidats à un examen impose que les épreuves de rattrapage soient organisées de manière à permettre à l'ensemble de ces candidats de s'y présenter. C'est ainsi qu'a été annulée la décision (verbale) du directeur d'UFR refusant d'organiser une session de rattrapage au mois de septembre destinée à permettre à une candidate informée tardivement (par courrier reçu le matin même des épreuves qui commençaient à 8 h 30) de la possibilité qui lui était offerte de se présenter à la session de rattrapage du mois de juin.

● **Examen – session de rattrapage – étudiant régulièrement inscrit**

CAA, DOUAI, 02.10.2001, M. KRONBY, n° 98DA01569

Un étudiant régulièrement réinscrit dans un établissement d'enseignement supérieur pour la préparation d'une maîtrise de sciences et techniques a le droit de se présenter aux deux sessions d'examen de juin et de septembre prévues par la réglementation de l'examen. La décision du jury ajournant l'intéressé à la session de juin sans possibilité de se présenter aux épreuves de la session de septembre engage la responsabilité de l'établissement.

Le juge de première instance n'a pas fait une appréciation inexacte de la perte de chance de l'intéressé en fixant le montant du préjudice indemnisable à la

somme de 6 000 F, compte tenu du fait que l'obtention du diplôme nécessitait une moyenne générale supérieure ou égale à 10 sur 20 et une moyenne pour chaque « centre d'intérêt » supérieure à 7 sur 20 alors que l'intéressé avait obtenu à la session de juin des notes très inférieures au seuil minimum de 7 sur 20.

NB: *La reconnaissance de la faute n'ouvre pas automatiquement droit à une indemnité, encore faut-il établir un lien de causalité direct et certain entre celle-ci et le préjudice allégué, en l'espèce une perte de chances sérieuses d'obtention du diplôme.*

PERSONNELS

Questions communes aux personnels

● **Recrutement**

TA, PARIS, 26.04.2001, Association syndicale des attachés d'administration centrale des ministères de l'éducation nationale, de la recherche et de la jeunesse et des sports, n° 0015148/7

L'association syndicale des attachés d'administration centrale a sollicité l'annulation de l'arrêté du ministre de l'éducation nationale attribuant à M. Z., agent contractuel, des fonctions de chef de bureau à l'administration centrale.

Aux termes de l'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires: « Sauf dérogation prévue par une disposition législative, les emplois civils permanents de l'État... sont... occupés... par des fonctionnaires... »

Aux termes de l'article 4 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État: « Par dérogation au principe énoncé à l'article 3 du titre I^{er} du statut général, des agents contractuels peuvent être recrutés dans les cas suivants :

- 1°) lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes ;
- 2°) pour les emplois de la catégorie A... lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient... ».

Le tribunal a estimé qu'il résultait de ces dispositions que le recrutement d'un agent contractuel pour occuper un emploi du niveau de la catégorie A doit être justifié, soit par l'absence d'un corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes, soit par la nature des fonctions exercées ou les besoins du service; que dans les circonstances de l'espèce, alors, notamment que le syndicat requérant n'établit ni même ne soutient qu'un fonctionnaire titulaire disposant des compétences techniques requises aurait en vain sollicité l'attribution des fonctions de chef de ce bureau, la spécificité des besoins

du ministère en la matière, au sens des dispositions susmentionnées du 1° de l'article 4 de la loi du 11 janvier 1984, justifiait le recrutement de M. Z., compte tenu de la formation de celui-ci et de son expérience professionnelle, en vue de son affectation aux fonctions de chef du bureau.

- **Candidate informée de son admission au concours externe du certificat d'aptitude au professorat de l'enseignement technique (CAPET) – Erreur matérielle commise par l'administration lors de l'édition des listes des candidats proposés pour l'admission – Retrait, par voie de lettre circulaire, de l'acte administratif par lequel l'intéressée a été informée à tort de sa réussite au concours – Référé tendant à obtenir la suspension de l'exécution de cette lettre circulaire**
CE, 31.10.2001, MEN c/Mme DOUREL, n° 239050 (cette décision sera publiée au Recueil Lebon)

L'administration avait dû procéder au retrait de la décision informant la requérante de sa réussite au concours du CAPET session 2001, compte tenu d'une erreur matérielle commise dans le relevé des notes dont il a été tenu compte pour arrêter la liste des candidats déclarés admis.

Le Conseil d'État, juge des référés, saisi d'une requête tendant à obtenir la suspension de l'exécution de cette décision de retrait, a estimé que la première condition mentionnée à l'article L. 521-1 du CJA relative à l'existence d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision était, en l'espèce, satisfaite, compte tenu du fait que « si la découverte d'une erreur matérielle dans l'attribution des notes des candidats à un concours constitue un motif légal et même une obligation de rectification de cette erreur, c'est à la condition tout d'abord qu'il y soit procédé par le jury [...] ; qu'en l'espèce, il est constant que le jury n'a pas été appelé à délibérer une nouvelle fois alors, au surplus, que le seuil d'admission retenu pour les résultats initialement proclamés et pour les résultats rectifiés a été modifié ; que, d'autre part, alors que les principes généraux du droit des concours impliquent que les coefficients attribués aux épreuves soient connus des candidats avant qu'elles ne débutent, il n'a pas été satisfait à cette exigence s'agissant des trois composantes expressément distinguées par leur contenu et leur durée de l'épreuve d'élaboration d'un projet d'art appliqué ».

Après avoir « relevé qu'au cours de l'audience publique [...], l'administration a(vait) produit une décision [...] signée du président du jury qui fait figurer Mme DOUREL parmi les candidats inscrits sur la liste complémentaire », le juge des référés a estimé que la condition d'urgence n'était pas satisfaite, celle-ci

« devant être appréciée non à la date d'introduction de la requête aux fins de suspension mais à celle à laquelle le juge des référés est appelé à se prononcer » ; il a, par conséquent, jugé qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur les conclusions aux fins de suspension présentées par la requérante.

- **Disponibilité – Régularisation**
TA, AMIENS, 28.06.2001, Mme DOMURADO, n° 97531

Afin de suivre son mari, une ingénieure d'études a quitté de son propre chef son poste à Compiègne et a rejoint un laboratoire dépendant d'une autre université à Montpellier, sans qu'aucune décision de détachement, de mutation ou d'affectation n'ait été prise.

Pour régulariser sa situation, le ministère l'a placée en position de disponibilité tant qu'elle n'a pu être mutée. Le tribunal a jugé qu'il ne résultait pas du dossier que l'intéressée aurait continué à exercer effectivement ses fonctions au bénéfice de son établissement d'affectation et qu'elle ne pouvait utilement se prévaloir d'autorisations verbales reçues des autorités de cet établissement pour exercer dans une autre université. L'administration était ainsi en droit de régulariser rétroactivement sa situation par une mise en disponibilité.

- **Refus de protection juridique des fonctionnaires – Préjudice sans lien avec les fonctions**
TA, FORT-de-FRANCE, 15.10.2001, M. MIQUEL, n° 9904624

Aux termes de l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : « La collectivité publique 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 ».

À la suite du vol de son véhicule en stationnement dans l'enceinte du lycée polyvalent de la Pointe-des-Nègres à Fort-de-France (Martinique), le 5 mai 1997, un professeur a sollicité l'indemnisation de son préjudice en application des dispositions de l'article 11 précité.

Le juge a considéré que dès lors qu'il n'est pas établi, ni même allégué, qu'il ait été commis dans le but de porter atteinte à l'exercice de ses fonctions, le vol du véhicule d'un enseignant alors qu'il est occupé à donner un cours au sein de l'établissement scolaire, ne constitue pas une « menace, violence, voie de fait, injure, diffamation » dont il aurait été victime à l'occasion de ses fonctions visées par les dispositions précitées du statut général des fonctionnaires ; que l'intéressé n'est, par suite, pas fondé à demander, sur le

fondement desdites dispositions, la condamnation de l'État à réparer le préjudice qu'il a subi du fait du vol de son véhicule, alors qu'il était en service au lycée polyvalent de la Pointe-des-Nègres à Fort-de-France, le 5 mai 1997.

Sur ce fondement, le tribunal a rejeté le recours dirigé contre le refus de l'État de réparer le préjudice subi par l'intéressé.

● **Indemnité d'éloignement – Égalité des citoyens – Égalité des sexes**

CAA, BORDEAUX, 25.10.2001, M. et Mme LEROY, n° 00BX01792

Aux termes de l'article 8 du décret du 22 décembre 1953 instituant une indemnité d'éloignement au bénéfice des fonctionnaires de l'État affectés dans un département d'outre-mer « *dans le cas où un ménage de fonctionnaires de l'État est affecté dans un même département d'outre-mer, les deux conjoints ne peuvent cumuler l'indemnité d'éloignement* ». Cette dernière est alors attribuée à celui des deux époux qui bénéficie du traitement indiciaire de base le plus favorable.

Muté simultanément dans le département d'outre-mer de la Réunion, un couple marié a sollicité l'attribution de 2 indemnités d'éloignement qui a été refusée par le recteur en application de ces dispositions.

Saisie en appel du jugement qui avait rejeté leur demande d'annulation de ce refus, la cour administrative d'appel l'a confirmé en jugeant que ces dispositions ne méconnaissent pas le principe d'égalité des sexes puisque la règle d'interdiction de cumul de deux indemnités d'éloignement pour un couple de fonctionnaire ne détermine pas à l'avance lequel des deux agents en sera bénéficiaire.

De même, notwithstanding l'évolution de la législation tendant à harmoniser les droits et obligations du couple marié et du couple non marié, aucun principe général du droit « *selon lequel un couple de fonctionnaires mariés ne peut pas être placé dans une situation moins favorable qu'un couple de fonctionnaires non mariés* » n'impose à l'administration de traiter ces deux couples de fonctionnaires de manière identique au regard du droit à cette indemnité.

● **Indemnité d'éloignement – DOM – Prescription quadriennale**

TA, PARIS, 11.10.2001, Mme DOLLIN, n° 9903850/7

L'article 3 de la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances de l'État dispose que la prescription ne court pas contre « *...celui qui peut être légitimement regardé comme ignorant l'existence de sa créance...* ».

Cette disposition ne peut être invoquée par un agent qui entend faire valoir que l'administration ne prend

aucune mesure pour informer ses agents originaires d'un département d'outre-mer qui reçoivent une affectation sur le territoire métropolitain de la possibilité de percevoir l'indemnité d'éloignement prévue par le décret n° 53-1266 du 22 décembre 1953 s'ils conservent le centre de leurs intérêts moraux et matériels dans leur département d'origine.

C'est donc à bon droit que l'administration a pu opposer la prescription quadriennale à la demande d'un agent qui n'a eu connaissance que tardivement de la possibilité de demander le versement de l'indemnité d'éloignement.

● **Maître auxiliaire – Nationalité étrangère – Absence d'autorisation de travail – Allocation de chômage – Refus**

CAA, BORDEAUX, 17.05.2001, M. EL KOUHEN c/ recteur de l'académie de Toulouse, n° 97BX02057

En vertu des articles L. 341-2, L. 341-4 et R. 341-1 du code du travail, tout étranger doit, afin d'exercer à temps plein ou à temps partiel une activité professionnelle salariée, être titulaire d'une autorisation de travail en cours de validité délivrée par le préfet du département où il réside. Aux termes de l'article R. 311-3-1 du code du travail, les travailleurs étrangers doivent, pour demander leur inscription sur la liste des demandeurs d'emploi, justifier de la régularité de leur situation au regard des dispositions qui réglementent l'exercice d'activités professionnelles par les étrangers.

Dans ces conditions, un maître auxiliaire de nationalité étrangère, qui a exercé ses fonctions sans avoir obtenu l'autorisation de travail prévue aux articles susmentionnés, n'est pas fondé à demander le versement du revenu de remplacement prévu pour les travailleurs involontairement privés d'emploi.

En effet, d'une part, le délégué départemental de l'Agence nationale pour l'emploi a pu légalement refuser de l'inscrire sur la liste des demandeurs d'emploi, pour le motif qu'il ne se trouvait pas en situation régulière au regard des dispositions réglementant l'exercice par les étrangers des activités professionnelles salariées.

D'autre part, l'intéressé ne remplissant pas la condition d'inscription sur la liste des demandeurs d'emploi, le recteur était tenu de refuser de lui verser l'allocation pour perte d'emploi.

RESPONSABILITÉ

Accidents survenus ou causés aux élèves et aux étudiants

● **Responsabilité – Accident scolaire – Élève – Collège – Département – Collectivité de**

rattachement – Banc – Dommage travaux publics

CE, 26.09.2001, département du Bas-Rhin, n° 204575 (cette décision sera publiée au Recueil Lebon)

La *LII* n° 58/94 a rendu compte du jugement du tribunal administratif de Strasbourg du 19 mai 1994, n° 91640, qui a déclaré entièrement responsable un département de l'accident survenu en novembre 1989 à un collégien, Arnaud de TOMMASI. Le collégien se tenait debout derrière un banc, non fixé au sol de la cour de récréation sur lequel deux élèves avaient posé chacun un pied aux extrémités et, lorsque l'un d'eux retira subitement son pied, une latte s'est brutalement relevée, frappant la victime à la mâchoire. La *LII* n° 32/99 a ensuite rendu compte de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy du 3 décembre 1998, n° 94NC01123, qui confirma ce jugement. Bien que les juges d'appel qualifièrent ce banc de mobilier, ils ont cependant considéré que le relèvement brutal de la latte du banc caractérisait un défaut d'entretien normal dudit ouvrage entraînant la responsabilité du département sur le fondement de la responsabilité pour dommages de travaux publics, privant en conséquence ladite collectivité de la possibilité de se prévaloir du fait d'un tiers.

Par une décision du 26 septembre 2001, le Conseil d'État annule en partie l'arrêt du 3 décembre 1998 en tant qu'il statuait sur la responsabilité du département à l'égard de la victime et totalement le jugement du 19 mai 1994. Les premiers juges ont en effet commis une erreur de droit en fondant la responsabilité du département sur la responsabilité pour dommages de travaux publics et non pas sur la responsabilité du fait des choses mobilières.

Enfin, la juridiction rejette la demande indemnitaire de la victime en tant qu'elle était dirigée contre le département ainsi que ses conclusions contre l'État présentées devant le Conseil d'État postérieurement à l'expiration du délai qui lui était imparti pour se pourvoir en cassation et devant être regardées comme un pourvoi provoqué, qui en l'espèce n'était plus recevable.

- **École primaire publique – Récréation – Responsabilité de l'État non engagée (art. L. 911-4 du code de l'éducation, art. 1384 du code civil)**

TGI, La ROCHELLE, 25.09.2001, M. et Mme MAHEVAS c/ préfet de la Charente-Maritime, n° 00/00547

Un élève jouait dans la cour de l'école primaire publique avec une balle bondissante qui, dans des circonstances indéterminées, était venue se loger dans sa gorge. Les enseignants, alertés par sa sœur, n'avaient pu dégager la balle et le médecin appelé par l'école

avait constaté un arrêt cardio-vasculaire avant de retirer la balle.

Pour écarter la responsabilité de l'État, le tribunal a fait valoir qu'au moment de l'accident, deux enseignants assuraient la surveillance dans la cour de récréation et qu'ils étaient bien positionnés non loin de l'enfant; qu'il était par ailleurs incontestable que la cause directe de l'accident était non pas le simple jeu de l'enfant avec sa balle mais bien le jeu particulier consistant à envoyer la balle en l'air pour la rattraper avec la bouche; qu'aucun élément du dossier ne permettait d'affirmer que l'enfant avait joué plusieurs fois de cette façon-là avant l'accident; qu'il résultait au contraire de la déclaration d'un autre élève que, si l'enfant avait antérieurement joué avec sa balle, il ne l'avait lancée qu'une seule fois en l'air pour la rattraper avec sa bouche, la fois où la balle lui était restée dans la gorge. Dès lors il apparaissait tout à fait incertain et même impossible que les instituteurs de surveillance dans la cour aient eu le temps d'intervenir entre le moment où l'enfant avait commencé à jouer de façon dangereuse avec sa balle et le moment où l'accident était survenu.

En conséquence, aucune faute de surveillance en lien direct avec la réalisation du dommage n'était établie à l'encontre des enseignants.

- **École maternelle – Récréation – Responsabilité de l'État non engagée (art. L. 911-4 du code de l'éducation, art. 1384 du code civil)**

CA, POITIERS, 18.09.2001, Mlle ROBERT c/ préfet de la Vienne, n° 581

Alors qu'il jouait sur le toboggan dans la cour de l'école maternelle, un élève s'était fracturé le bras. Les circonstances de cet accident restent toutefois imprécises.

Statuant sur l'appel interjeté par les parents du jugement rendu le 2 février 1998 par le tribunal de grande instance de Poitiers qui avait mis l'État hors de cause, la cour d'appel de Poitiers a confirmé cette décision au motif qu'en la cause, les appelants ne prouvaient pas la faute de l'institutrice par la seule considération que celle-ci surveillant la cour en étant assise sur un muret placé au milieu, n'avait pas regardé spécialement dans la direction du toboggan au niveau duquel l'accident s'était produit; qu'il n'était pas démontré que ce jeu constituait le seul danger de l'aire de jeu des enfants nécessitant à lui seul une surveillance constante; que les circonstances de l'accident se révélant incertaines, il ne pouvait en être déduit que l'institutrice avait commis une faute de surveillance en laissant les enfants monter en file sur le toboggan; que si les bousculades d'enfants sont prévisibles, il ne pouvait être reproché à une institutrice en surveillance d'une cour de récréation en deux parties, d'avoir, au moment de l'accident, regardé vers l'autre partie de la cour.

Au vu de tous ces éléments, la cour d'appel a considéré que le jugement devait être confirmé en ce qu'il avait dénié toute responsabilité de l'institutrice et, partant, celle de l'État pris en la personne du préfet de la Vienne.

- **Collège public – EPS – Responsabilité de l'État non engagée (art. L. 911-4 du code de l'éducation, art. 1384 du code civil)**
TGI, VERSAILLES, 13.09.2001, Mme GALLOT
c/ préfet des Yvelines, n° 2000/09159

Deux élèves avaient quitté les vestiaires où ils s'habillaient pour le cours d'éducation physique et sportive pour se rendre aux toilettes. L'un d'eux avait violemment refermé d'un coup de pied la porte des toilettes sur la phalange de l'index droit de son camarade, laquelle avait été sectionnée.

Le tribunal, après avoir constaté que le professeur d'éducation physique ne se trouvait pas lui-même dans le vestiaire des élèves mais dans une pièce réservée aux enseignants, a estimé que le fait de laisser des élèves âgés d'environ 15 ans seuls dans des vestiaires pendant qu'ils changeaient de tenue ne constituait pas nécessairement une faute dès lors que le professeur restait à proximité et se trouvait en mesure d'intervenir en cas de chahut.

En l'espèce, il n'était pas établi qu'avant de se rendre aux toilettes, les deux élèves avaient eu un comportement perturbateur et s'étaient livrés à des bousculades ou autres agissements justifiant l'intervention du professeur qui se trouvait dans une pièce annexe et qui n'avait pas été en mesure de réagir en raison de la soudaineté de l'accident et de son caractère imprévu.

Le tribunal en a conclu qu'il n'était pas démontré que l'enseignant, sous la responsabilité de laquelle se trouvaient les deux élèves en cause, avait commis une faute de nature à engager la responsabilité de l'État. Par ailleurs, statuant sur les reproches faits par les demandeurs selon lesquels l'établissement scolaire avait également commis une faute en laissant l'enfant partir seul dans le véhicule des pompiers et que cette négligence avait certainement retardé le départ de leur fils vers un établissement spécialisé, le tribunal a jugé qu'il n'appartenait pas à l'enseignant chargé d'une classe d'accompagner un enfant à l'hôpital, et que si l'administration du collège avait pu éventuellement commettre une faute en laissant partir la victime seule avec les services de secours, cette faute ne pouvait être poursuivie sur le fondement de l'article 1384 du code civil.

Enfin, statuant sur la responsabilité des élèves en cause, le tribunal a déclaré les parents de l'élève auteur du dommage responsables à hauteur des 2/3, la victime devant être tenue responsable pour 1/3 dans la mesure où elle avait désobéi aux consignes en quittant les vestiaires sans autorisation.

PROCÉDURE CONTENTIEUSE

Recevabilité des requêtes

- **Décision individuelle explicite créatrice de droits entachée d'illégalité – Le retrait n'est possible que dans le délai de quatre mois suivant la prise de la décision**
CE, Ass., 26.10.2001, M. TERNON, n° 197018,
(cette décision sera publiée au Recueil Lebon)

Par cet arrêt d'assemblée, le Conseil d'État vient de juger que « *sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision* ».

Cette importante décision, qui sera commentée dans un prochain numéro de la *LJ*, modifie de manière substantielle le régime du retrait des actes administratifs créateurs de droits résultant des jurisprudences Dame CACHET (CE, 03.11.1922) et ville de Bagneux (CE, 06.05.1966).

Elle implique notamment qu'un recours juridictionnel introduit par un tiers, après le délai de retrait de quatre mois ouvert à l'administration, en l'absence de publicité de l'acte créateur de droits attaqué, ne peut ouvrir un droit de retrait au profit de l'administration.

- **Enseignement supérieur – Examen – Enseignant – Intérêt donnant qualité pour agir**
TA, PARIS, 11.10.2001, M. CATSIAPIS,
n° 9914230/7

Un enseignant, en tant que membre du jury, dispose d'intérêt et de qualité pour agir contre une délibération dudit jury qu'il estime illégale.

Toutefois, en limitant ses conclusions à une annulation partielle de la délibération contestée, en tant que celle-ci prononce l'ajournement de certains étudiants, alors que l'illégalité alléguée contre cette délibération l'entache dans sa totalité et doit conduire à sa complète annulation, l'enseignant ne peut être regardé comme agissant en sa qualité de membre du jury, mais uniquement en tant que mandataire des étudiants concernés, alors qu'il ne remplit pas les conditions de cette fonction. En conséquence, les conclusions de sa requête sont irrecevables.

NB : Ce jugement illustre les différences d'intérêt à agir, d'une part, des candidats aux examens, qui ne peuvent mettre en cause que leur propre ajournement, et, d'autre part, des membres du jury qui peuvent demander l'annulation de l'ensemble de la délibération du jury. Le tribunal en déduit que si l'illégalité invoquée affecte cette délibération dans sa totalité, les membres du jury

ne peuvent en demander une annulation partielle.

- **Enseignement supérieur – Scolarité – Enseignant – Intérêt donnant qualité pour agir**
CE, 21.09.2001, Mlle PHYTILIS, n° 201878
(cette décision sera mentionnée dans les tables du Recueil Lebon)

La double circonstance qu'un enseignant de droit public participe à la formation d'étudiants en vue de l'obtention de la licence en droit et de la maîtrise en droit privé et qu'il peut être désigné comme membre des jurys de ces diplômes ne lui confère pas un intérêt suffisant pour lui donner qualité pour demander l'annulation des décisions individuelles autorisant les étudiants à s'inscrire à ces formations et leur délivrant ces diplômes.

NB: Cet arrêt annule pour erreur de droit celui de la cour administrative d'appel de Paris du 17 septembre 1998 qui avait fait l'objet d'une note dans le numéro de la Lettre d'Information Juridique de novembre 1998. Le Conseil d'État semble apprécier plus strictement l'intérêt à agir d'un enseignant à demander l'annulation de décisions relatives à l'attribution d'un diplôme qu'il ne l'avait admis dans sa décision du 27 mai 1987, université de Rennes I et LEJEUNE, mentionnée aux tables du Recueil Lebon p. 767, pour un maître de conférence enseignant dans une matière proche de celle du diplôme.

- **Prorogation du délai de recours contentieux – Recours gracieux – Contenu**
CE, 30.05.2001, SCI « Les Jardins de Mennecy », n° 204434

Une correspondance à l'administration qui ne contient aucune demande de retrait d'une décision et se borne à l'interroger sur d'éventuelles méconnaissances de la réglementation ne peut être regardée comme un recours gracieux.

Cette correspondance n'a pu, en conséquence, proroger le délai de recours contentieux contre la décision correspondante.

La qualification d'une correspondance de recours administratif relève de l'appréciation souveraine du juge du fond, le juge de cassation exerçant un contrôle de la dénaturation de cette correspondance.

NB: Pour être considérée comme un recours administratif, la correspondance aurait dû soit demander expressément le retrait ou l'annulation de la décision, soit au moins invoquer nettement l'illégalité de celle-ci (par exemple, CE 27.03.1998, commune d'Agde, sera mentionné dans les tables du Recueil Lebon). Le juge administratif n'exige pas que le recours administratif contienne l'énoncé de moyens de droit (CE, 20.02.1963, RUBIN).

Procédures d'urgence – Référé

- **Suspension de fonction – Maître contractuel**
TA, ORLÉANS, 02.11.2001, M. THIRION, n° 014147

Le tribunal administratif d'Orléans, par une ordonnance rendue le 2 novembre 2001 a rappelé que la suspension d'un acte administratif ne se justifiait que pour autant que son exécution porte atteinte, de manière suffisamment grave et immédiate, à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre. Au cas d'espèce, le fait que le recteur de l'académie d'Orléans-Tours ait suspendu à titre conservatoire le requérant de ses fonctions de maître contractuel avec maintien de son traitement, et que celui-ci se retrouve sans affectation depuis le 1^{er} juin 2001 ne constitue pas un motif suffisant légitimant le recours à l'article L. 521-1 du code de justice administrative.

- **Candidate informée de son admission au concours externe du certificat d'aptitude au professorat de l'enseignement technique (CAPET) – Erreur matérielle commise par l'administration lors de l'édition des listes des candidats proposés pour l'admission – Retrait, par voie de lettre circulaire, de l'acte administratif par lequel l'intéressée a été informée à tort de sa réussite au concours – Référé tendant à obtenir la suspension de l'exécution de cette lettre circulaire**
CE, 31.10.2001, MEN c/Mme DOUREL, n° 239050 (cette décision sera publiée au Recueil Lebon)
(voir analyse p. 9)

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

- **Propriété intellectuelle – Durée de la protection – Prorogation pour temps de guerre**
TGI, PARIS, 1^{re} ch, 1^{re} sect, 27.06.2001, ADAGP c/ société Éditions HAZAN

Selon les articles L. 123-8 et L.123-9 du code la propriété intellectuelle, la durée de protection des droits d'exploitation des œuvres de l'esprit est allongée pour temps de guerre, dans la mesure où ces périodes privent les auteurs d'exploiter correctement leur œuvre. Cet allongement s'ajoute à la durée légale de protection, qui est de 70 ans après le décès de l'auteur. Il a été jugé en l'espèce que l'utilisation par une société d'édition des œuvres de Claude Monet, décédé en 1926, sans l'autorisation préalable des ayants-droit, est constitutive du délit de contrefaçon.

NB: Transposant les directives CE n° 93/83 du 27.09.1993 et n° 93/98 du 29.10.1993, le

législateur a porté de 50 à 70 ans la durée du droit exclusif reconnu à l'auteur d'exploiter son œuvre. L'article L.123-1 dispose ainsi qu'« au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants-droit pendant l'année civile en cours et les 70 années qui suivent ».

Mais le législateur n'a pas abrogé les articles L.123-8 et L.123-9 du CPI. Le premier prévoit une prolongation de la durée de protection des œuvres publiées avant le 31 décembre 1919 et « non tombées dans le domaine public le 3 février 1919 », cette prolongation étant de 6 ans et 152 jours et correspondant au premier conflit mondial.

Pour la seconde guerre mondiale, l'article L. 123-9 prévoit un dispositif comparable pour les œuvres publiées avant le 1^{er} janvier 1948 et « non tombées dans le domaine public le 13 août 1941 », la prolongation étant alors de 8 ans et 120 jours. Dans la mesure où il considère que la modification de la durée légale intervenue en 1993 est sans effet sur les dispositions des articles L. 123-8 et 123-9 du code de la propriété intellectuelle, ce jugement crée naturellement une insécurité juridique pour l'utilisateur d'œuvres de l'esprit et lui complique la tâche. Il est en effet contraint, notamment pour les auteurs décédés pendant l'entre-deux guerres, de prendre en compte les années des guerres mondiales avant de considérer qu'une œuvre appartient ou non au domaine public. Une deuxième décision est d'ailleurs intervenue dans le même sens à propos des œuvres d'Albert Londres, décédé en 1932.

AUTRES JURISPRUDENCES

● Internet – Responsabilité – Référé

TGI, PARIS, ordonnance de référé du 30.10.2001, Association « J'accuse ! Action internationale pour la justice » (AIPJ), La Licra et autres c/ Association française d'accès et de service internet (AFA), 13 fournisseurs d'accès et prestataires techniques d'internet

En juillet dernier, l'association « J'accuse ! », rejointe par 6 autres associations de lutte contre le racisme, avait demandé l'assignation de 13 fournisseurs d'accès à internet au motif qu'ils n'avaient pas souhaité répondre à leur demande de filtrer le portail américain « Front 14.org » regroupant des sites nazis et anti-sémites. Le juge saisi de cette affaire, M. GOMEZ, s'était illustré à propos de l'affaire Yahoo qui mettait en cause la responsabilité des hébergeurs de sites illégitimes. Aux termes de longs débats faisant intervenir aussi bien des personnalités de la société civile que

des techniciens, le vice-président du tribunal de grande instance de Paris a rendu son ordonnance mardi 30 octobre 2001.

Dans cette décision, le juge des référés ne fait aucune obligation aux fournisseurs d'accès à internet de mettre en place un filtrage empêchant l'accès aux sites répréhensibles. Les sites regroupés derrière le portail Front 14 ont clairement été reconnus illicites mais il appartient aux fournisseurs d'accès « de déterminer librement les mesures qui leur apparaîtront nécessaires et possibles en l'état des moyens techniques existants ». Le juge a également invité l'hébergeur américain du portail Front 14, la société SkyNet WEB, à « préciser les mesures qu'elle compte prendre pour mettre un terme au trouble illicite » dans un délai de 10 jours, mais n'a pas fixé d'astreinte. Il a également ordonné la fermeture du site français de « l'église mondiale du créateur ».

● Internet – Diffamation – Prescription – Loi du 29 juillet 1881

Cass. crim., 16.10.01, M. TRANCHANT/ M. BARDIN, M. RENOM de la BAUME

Dans un arrêt du 16 octobre 2001, la Cour de cassation a tranché définitivement la question de la prescription des délits de diffamation sur internet, en confirmant la décision du 23 juin 2000 de la cour d'appel de Paris. Le délai de prescription d'une action en diffamation est le délai de 3 mois établi pour la presse et l'édition par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Il court à compter de la date « à laquelle le message a été mis pour la première fois à la disposition des utilisateurs du réseau ».

En l'espèce, un article, portant atteinte à l'honneur et à la considération d'un homme politique, avait été mis à disposition du public le 22 septembre 1997 sur un site internet. L'intéressé avait alors déposé plainte avec constitution de partie civile pour diffamation publique envers un particulier, violation du secret de l'instruction et recel. Les juges ont fait application de la loi de 1881 précitée en considérant la prescription de l'action acquise, le premier acte de poursuite n'étant intervenu que le 12 janvier 1999.

Cette décision met donc un terme au débat sur une éventuelle imprescriptibilité des délits commis sur internet qui avait été engagé à l'occasion d'une jurisprudence établie par la cour d'appel de Paris (COSTES c/ ministère public, Licra et autres, 15 décembre 1999) qui semblait se stabiliser (voir *LJ* n° 52). Le tribunal correctionnel de Paris avait notamment estimé, dans un jugement en date du 6 décembre 2000, que la diffusion des messages sur internet étant continue, le point de départ du délai de prescription ne démarrait qu'avec la cessation du délit.

La position actuelle de la Cour de cassation pouvait néanmoins être pressentie depuis l'arrêt du 30 janvier 2001 qui évoquait de façon implicite l'application de la loi précitée de 1881 à internet en recherchant à

qui il incombait de prouver le point de départ de la prescription.

● **Domaine – Affectation – Compétence juridictionnelle**

CAA, PARIS, 27.09.2001, Institut de France, n° 00PZA01633

L'incorporation d'un immeuble dans le domaine public ne saurait résulter d'une décision de l'organe délibérant d'un établissement public autorisant son président à faire réaliser une étude préalable au réaménagement de cet immeuble ni d'une décision de ce même organe approuvant le projet des travaux.

C'est ainsi que la cour administrative d'appel de Paris a été amenée à considérer que fait partie du domaine privé de l'Institut de France un immeuble acquis par ce dernier et dans lequel aucun des travaux envisagés pour reconverter des logements d'habitation en bureaux n'a été réalisé. De ce fait, et en raison de l'absence ainsi constatée d'aménagement spécial autorisant à considérer que cet immeuble fait partie du domaine public, le litige s'élevant entre le locataire d'un logement et l'établissement propriétaire relève de la compétence du juge judiciaire.

● **Validité des actes administratifs – Limites du pouvoir réglementaire – Ministre chargé du travail**

CE, 27.06.2001, Syndicat Sud-Travail, SSR n° 226261

En l'absence de dispositions législatives ou réglementaires autorisant, dans les limites et aux conditions qu'elles définissent, les dérogations temporaires à l'état de droit en vigueur qu'implique la mise en œuvre d'une expérimentation destinée à préparer la modification ultérieure de cet état du droit, l'autorité ministérielle ne saurait légalement autoriser les services déconcentrés de l'État à tolérer des dérogations à des règles qui ne relèvent pas de sa compétence. Le Conseil d'État a donc jugé illégale une circulaire du ministre de l'emploi et de la solidarité, adressée aux préfets de région et de département, autorisant des « pratiques dérogatoires au droit commun » en ouvrant à cette fin, « un droit à l'expérimentation sur une durée

de 18 mois », au profit des « couveuses d'activités ou d'entreprises », devant aboutir notamment au recensement, par un comité de pilotage national, des « dérogations au droit commun qui peuvent être tolérées ».

● **Droit de la personnalité – Atteinte au droit à l'image**

CA, PARIS, Ch 1, Sect 3, 16.02. 2001, De Haut De Sigy c /THE FACTORY, n° 137747

Cette décision est l'occasion pour le juge de rappeler que toute utilisation de l'image d'une personne est subordonnée à son consentement express.

Dans cette affaire, une personne avait accepté d'être filmée et de répondre à des questions dans le cadre d'un documentaire. Or, sa voix et son image ont été utilisées, sans son autorisation préalable, sur les bandes annonces de présentation de ce documentaire. Ainsi que le relève le juge, « l'accord donné sur ce documentaire et son exploitation n'emportaient pas consentement implicite à voir figurer son image et sa voix sur les supports publicitaires ». Alors même que le juge admet que cette utilisation ne poursuit aucune intention malveillante, que la promotion du documentaire a connu une faible diffusion, le mis en cause est pourtant condamné à verser une somme de 20000 francs.

NB: Il résulte de cette décision que toute utilisation par la personne publique des images des agents publics ou des usagers du service public de l'éducation nationale est subordonnée à leur consentement express, toute nouvelle utilisation des images nécessitant à nouveau l'autorisation des intéressés. Le droit de propriété qu'un individu dispose sur son image, reconnu par une jurisprudence constante (Cour de cassation, civ. 2^e, 11 février 1999, société X et autres c/Mlle Y, n° 97-10465), s'entend donc, d'une part du droit d'autoriser ou non à être filmé, et d'autre part, du droit d'autoriser une exploitation distincte de ces images. Par exemple, l'autorisation donnée par un agent ou usager d'être photographié en vue de la réalisation d'un « trombinoscope » n'implique nullement la possibilité pour la personne publique de mettre ce document en ligne, sur son site internet, sans un accord préalable des intéressés, l'objectif et le public concernés étant différents.

● Organisation de sorties scolaires pour les classes relais

Lettre DAJ A1 n° 01424 du 8 novembre 2001 adressée à la directrice d'un centre d'action éducative placé sous l'autorité d'une direction départementale de la protection judiciaire de la jeunesse

Il a été demandé à la direction des affaires juridiques de préciser les modalités selon lesquelles des sorties scolaires pouvaient être organisées pour les classes relais, et sur le point précis des conditions d'encadrement à respecter lors de ces sorties.

Pour les déplacements des élèves des collèges et des lycées pendant le temps scolaire, entre l'établissement et le lieu d'une activité scolaire (piscine, gymnase, cours d'éducation musicale dispensés dans un conservatoire...), la circulaire ministérielle n° 96-248 du 25 octobre 1996 relative à la surveillance des élèves précise que « l'obligation de surveillance doit être assurée pendant la totalité du temps scolaire, c'est-à-dire pendant toute la durée au cours de laquelle l'élève est confié à l'établissement scolaire. La surveillance doit revêtir un caractère continu ». Ce type de sortie revêt un caractère obligatoire et doit impérativement être encadré pour les collégiens. Les lycéens peuvent être autorisés à accomplir seuls ces petits déplacements si le règlement intérieur de l'établissement le permet.

Pour les sorties et voyages collectifs ayant lieu en tout ou partie pendant le temps scolaire, la circulaire ministérielle du 20 août 1976 relative aux sorties et voyages collectifs d'élèves prévoit qu'« il appartient au chef d'établissement d'évaluer le nombre d'accompagnateurs nécessaires compte tenu de l'importance du groupe, de la durée du déplacement, des difficultés ou des risques que peut comporter le parcours suivi par les élèves ». Ces voyages peuvent être facultatifs ou occasionnels et prévoir des nuitées. Un encadrement doit être spécialement prévu pour ce genre de sortie. La circulaire n° 98-120 du 12 juin 1998 relative aux classes relais en collège, mentionne que les autorisations relatives à d'éventuelles sorties éducatives doivent être définies par voie de conventions entre l'inspection académique, les collectivités territoriales, les autres administrations, organismes ou associations partenaires, mais ne précise pas les conditions dans lesquelles doivent s'opérer ces sorties.

En conséquence, il revient au chef d'établissement d'apprécier les moyens d'encadrement nécessaires, en fonction des sorties envisagées, qu'elles soient à but culturel ou sportif. L'article L. 911-4 du code de l'éducation dispose en son premier alinéa que « dans tous les cas où la responsabilité des membres de l'enseignement public est engagée à la suite ou à l'occasion d'un fait dommageable commis, soit par les enfants ou jeunes gens qui leur sont confiés à raison de leurs fonctions, soit à ces enfants, la responsabilité de l'État

sera substituée à celle desdits membres de l'enseignement, qui ne pourront jamais être mis en cause devant les tribunaux civils par la victime ou ses représentants ».

Le deuxième alinéa de cet article prévoit qu'« il en est ainsi toutes les fois que, pendant la scolarité ou en dehors de la scolarité, dans un but d'enseignement ou d'éducation physique, non interdit par les règlements, les élèves et les étudiants confiés ainsi aux membres de l'enseignement public se trouvent sous la surveillance de ces derniers ». La notion de « membre de l'enseignement public » fait l'objet d'une interprétation assez large par la jurisprudence qui se base sur trois critères pour déterminer si un accompagnateur en est membre : le rattachement à l'État, le devoir de surveillance, et la mission d'enseignement. Les chefs d'établissement, les conseillers d'éducation, les surveillants d'externat et les agents contractuels du service public de l'éducation peuvent donc valablement être considérés comme membres de l'enseignement public au sens de cet article. Ainsi, une personne ayant été engagée par contrat oral pour assurer la surveillance du lever et du coucher des élèves dans un lycée agricole participe directement à l'exécution du service public (CE, n° 02084, 12 juin 1978, Dame HOUEN).

Les emplois jeunes « aides-éducateurs », bien qu'ils soient, en vertu de l'article L. 322-4-20 du code du travail, recrutés par des contrats de droit privé à la différence des agents de justice recrutés en application de l'article 29 de la loi 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, qui sont des agents contractuels de droit public, participent au service public de l'enseignement et doivent donc être considérés comme membres de l'enseignement public au sens de l'article L. 911-4 du code de l'éducation.

La circulaire n° 98-120 du 12 juin 1998 relative aux classes relais en collège précise que « pour l'organisation des activités périscolaires ou hors du temps scolaire, il est recommandé de faire appel à des emplois jeunes, aides-éducateurs de l'éducation nationale, dans la stricte limite de leurs compétences ». Cependant, ces contrats ayant été créés récemment, aucune jurisprudence n'a encore confirmé leur assimilation à des membres de l'enseignement. En conséquence, ces emplois jeunes doivent toujours être accompagnés par d'autres catégories de personnels lors des sorties des classes relais.

En revanche, ne sont pas considérés comme membres de l'enseignement public les enseignants relevant des collectivités locales, les maîtres de l'enseignement privé hors contrat, les moniteurs de colonies de vacances, les agents communaux (surveillants de cantine), les collaborateurs bénévoles (parents d'élèves, par exemple) et les intervenants tels que les moniteurs de sports, nageurs-sauveteurs...

En ce qui concerne les activités physiques et sportives, conformément aux articles L. 312-1 et suivants

du code de l'éducation, seuls sont habilités dans les établissements du 2nd degré à dispenser ce type d'enseignement les personnels enseignants d'éducation physique et sportive.

Pour conclure, aucune disposition légale ou réglementaire n'interdit *a priori* à un personnel titulaire de la protection judiciaire de la jeunesse d'encadrer une sortie sans être accompagné par un personnel appartenant à l'éducation nationale.

Cependant, il a été recommandé à la directrice du centre d'accueil de prévoir, lors de prochaines sorties scolaires, un maximum de personnels d'encadrement appartenant à l'éducation nationale et de recourir le moins possible à l'aide de bénévoles ou de collaborateurs non susceptibles d'entrer dans la notion de « membre de l'enseignement public » au sens de l'article L. 911-4 du code de l'éducation. Il lui a également été précisé qu'il est nécessaire de requérir, pour chaque sortie, une autorisation parentale expresse pour les élèves mineurs.

- **Notes provisoires aux épreuves anticipées du baccalauréat**

Lettre DAJ A1 n° 01-412 du 5 novembre 2001 adressée à un recteur d'académie

Interrogé par un recteur sur la possibilité de rectifier des notes attribuées aux épreuves anticipées du baccalauréat si des erreurs matérielles sont constatées après leur communication aux candidats, le bureau DAJ A1 a répondu dans les termes suivants :

– Aux termes de l'article 4 du décret n° 93-1092 du 15 septembre 1993 portant règlement général du baccalauréat, « *les résultats obtenus à ces épreuves sont pris en compte avec l'ensemble des notes des épreuves de l'examen subi l'année suivante dont elles font partie intégrante* ». De plus, l'article 9 du décret précité précise que « *les notes définitives résultent de la délibération du jury* ».

C'est pourquoi le Conseil d'État considère la note obtenue à l'épreuve anticipée de français du baccalauréat comme non détachable de la décision prise par le jury et donc insusceptible de recours (CE, 25.04.1994, M. et Mme MATHIEU). En conséquence, les notes provisoirement attribuées aux épreuves anticipées de français peuvent être modifiées tant que n'est pas intervenue la délibération du jury qui leur confère leur caractère définitif.

- **Révocation d'un agent titulaire, droit à l'indemnisation pour perte d'emploi**

Lettre DAJ A2 n° 01-515 du 31 octobre 2001 adressée à un recteur d'académie

Un recteur a souhaité savoir si un agent titulaire peut, à la suite de sa révocation, bénéficier d'une indemnisation au titre de sa perte d'emploi.

En ce qui concerne la fonction publique de l'État, le

régime d'indemnisation du chômage bénéficie aux seuls agents non fonctionnaires de l'État et de ses établissements publics administratifs qui sont involontairement privés d'emploi (article L. 351-12 du code du travail, 1^o).

Le fonctionnaire licencié pour insuffisance professionnelle peut bénéficier, en vertu de l'article 70 de la loi n° 84-16 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, d'une indemnité dans les conditions fixées par le décret n° 85-986 du 16 septembre 1985 relatif au régime particulier de certaines positions de fonctionnaires de l'État et à certaines modalités de cessation définitive de fonctions (article 61).

En revanche, aucune indemnisation n'est prévue pour les agents titulaires qui sont l'objet d'une sanction disciplinaire (exclusion temporaire ou définitive du service).

- **Avancement de grade – Décharge totale de service**

Lettre DAJ A2 n° 01-510 en date du 30 octobre 2001 adressée à un recteur d'académie

Un recteur sollicitait l'avis du ministère sur les éléments qui doivent être pris en compte par l'autorité administrative lorsqu'elle est conduite à examiner une demande d'inscription au tableau d'avancement en vue d'une promotion au choix, à un grade supérieur, d'un agent bénéficiant d'une décharge totale de service pour exercer un mandat syndical depuis plusieurs années.

La loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État a défini en son article 58 les conditions d'avancement de grade, fondées notamment sur la valeur professionnelle des agents.

Toutefois, l'article 59 de ce même texte indique : « *L'avancement des fonctionnaires bénéficiant d'une décharge totale de service pour l'exercice de mandats syndicaux a lieu sur la base de l'avancement moyen des fonctionnaires du corps auquel ils appartiennent* ».

Cette notion « *d'avancement moyen* », en cas de décharge totale de service, peut être appréhendée au regard des principes dégagés par le Conseil d'État le 26 décembre 1925 dans l'arrêt RODIERE, lequel détermine l'ensemble des règles applicables en matière de reconstitution de carrière consécutive à l'annulation d'une mesure d'éviction irrégulière.

Le fonctionnaire qui bénéficie d'une décharge totale de service se trouve, en effet, dans une situation similaire puisqu'il n'exerce pas les fonctions prévues par le décret statutaire dont il relève. Il s'agit donc de replacer l'agent dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'avait pas été totalement déchargé de service et, à cet effet, d'apprécier ses possibilités d'avancement d'échelon et de grade en lui appliquant les principes définis par la jurisprudence RODIERE précitée.

Ainsi, en ce qui concerne son avancement de grade, au choix, il convient de retenir, comme base d'appréciation en vue de son classement au tableau d'avancement, la moyenne des avancements obtenus par les fonctionnaires de grade, d'échelon et d'ancienneté comparables.

En définitive, le classement au tableau d'avancement au grade supérieur doit être effectué, non au regard de l'appréciation de la valeur professionnelle, laquelle, en raison de la décharge totale de service dont bénéficie le fonctionnaire, ne peut plus légalement être déterminée, mais en considération des promotions susceptibles d'être accordées aux membres du corps auquel il appartient, qui se trouvent dans une situation de carrière comparable à la sienne.

● **Affichage de panneaux publicitaires dans l'enceinte d'un établissement scolaire et autorité compétente pour signer les contrats nécessaires à sa mise en œuvre**

Lettre DAJ A1 n° 01-405 du 25 octobre 2001 adressée à un recteur d'académie

Le bureau interrogé sur les questions de savoir si des panneaux publicitaires peuvent être implantés dans l'enceinte d'établissements scolaires, mais orientés vers l'extérieur, et sur l'autorité compétente pour signer les contrats nécessaires à la mise en œuvre d'une telle implantation, les éléments de réponse suivants ont été apportés au recteur.

L'article L. 511-2 du code de l'éducation dispose que : « Dans les collèges et les lycées, les élèves disposent, dans le respect du pluralisme et du principe de neutralité, de la liberté d'information et de la liberté d'expression ». Ce principe de neutralité s'entend aussi de la neutralité commerciale, comme le rappelle un arrêt du Conseil d'État (CE, 26.05.1997, n° 171.500, PONTIUS). La circulaire ministérielle n° II-67-290 du 3 juillet 1967 relative à l'interdiction de pratiques commerciales dans les établissements publics d'enseignement fixe le principe de la prohibition de toute activité commerciale à l'intérieur des établissements scolaires. La circulaire ministérielle n° 2001-053 du 28 mars 2001 met en place un code de bonne conduite des interventions des entreprises en milieu scolaire et rappelle que les « maîtres et élèves ne peuvent, en aucun cas, servir directement ou indirectement à quelque publicité commerciale que ce soit ».

Cependant, il convient de faire la distinction selon que les panneaux publicitaires sont orientés vers l'extérieur ou l'intérieur de l'établissement d'enseignement.

L'orientation de panneaux publicitaires vers l'extérieur d'un établissement scolaire sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'ils sont installés à l'extérieur ou à l'intérieur de l'établissement, est possible à certaines conditions cumulatives :

– le respect des contraintes fixées par la loi n° 79-1150

du 29 décembre 1979, relative à la publicité (modifiée par la loi n° 95-101 du 2 février 1995);

– l'obligation faite à l'autorité chargée de la gestion du domaine public de fixer les conditions auxquelles doit satisfaire l'affichage sur les immeubles relevant de ce domaine (CE, 02.05.1969, n° 60.932, société d'affichage GIRAUDY). Ces décisions relèvent des collectivités locales de rattachement pour les écoles primaires, des départements pour les collèges et des régions pour les lycées;

– par ailleurs, le Conseil d'État a précisé dans une décision du 12 octobre 1992 (CE, 12.10.1992, n° 104657, ministre de l'éducation nationale/ PERSONNAZ et VIGNERON) que c'est à la collectivité territoriale de rattachement de l'établissement scolaire qu'il appartient de conclure de tels contrats et de fixer les montants des redevances versées par l'agence publicitaire;

– le respect des principes régissant la domanialité publique s'agissant de la convention passée entre la collectivité territoriale de rattachement et la société d'affichage. Il appartient à l'autorité chargée de la gestion du domaine public de fixer, tant dans l'intérêt dudit domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, les conditions auxquelles elle entend subordonner les permissions d'occupation (CE, 06.11.1998, n° 171317, Association amicale des bouquinistes de Paris). Doivent donc être exclus les affichages incompatibles avec les missions du service public de l'éducation, notamment l'affichage à caractère politique, érotique ou en faveur de consommations dangereuses pour la santé.

Les panneaux publicitaires orientés vers l'intérieur de l'établissement entrent dans le cadre de l'interdiction des pratiques commerciales en milieu scolaire, fixé par la circulaire du 28 mars 2001 et portent atteinte au principe de neutralité du service public.

● **IUT – Conseil d'administration – Éligibilité**

Lettre DAJ B1 n° 353 du 23 octobre 2001

Un recteur d'académie s'est interrogé sur les effets relatifs à la composition du conseil d'administration d'un institut universitaire de technologie en cas de création dans son académie d'un nouvel IUT. Certains membres élus du conseil du premier IUT relèvent désormais des collèges électoraux du nouvel IUT et ne remplissent donc plus les conditions pour être éligibles au conseil de l'IUT dont ils étaient jusqu'à présent membres.

Pour les autres catégories d'électeurs, personnels administratifs ou étudiants, l'article 9 précité exige l'affectation ou l'inscription dans l'unité ou l'établissement. Lorsqu'un membre ne remplit plus les conditions d'éligibilité telles qu'elles sont fixées à l'article 9 du décret n° 85-59 du 18 janvier 1985 relatif aux conditions d'exercice du droit de suffrage, composition des collèges électoraux et modalités d'assimilation et d'équivalence de niveau pour la représentation des

personnels et des étudiants aux conseils des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, il convient de faire application des dispositions de l'article 21 dudit décret. Dans le cas où le mode de scrutin prévoit le panachage, il est remplacé, pour la durée du mandat restant à courir, par le candidat non élu de la même liste ayant obtenu le plus de voix.

Si le panachage n'est pas autorisé, il est remplacé par le candidat de la même liste venant immédiatement après le dernier candidat élu. En cas d'impossibilité, il est procédé à un renouvellement partiel dans les conditions fixées par les statuts. En conséquence, il convient de procéder au remplacement des seuls membres du conseil d'administration du premier IUT devenus inaptes à siéger en raison de la perte de leur qualité d'éligibles, découlant de l'impossibilité de remplir les conditions d'exercice pour être inscrits sur les listes électorales, et non de renouveler intégralement cette instance.

● Agents contractuels – Renouvellement – Cumuls – Primes

Lettre DAJ B1 n° 352 du 23 octobre 2001

Le directeur d'un grand établissement a sollicité un avis sur le renouvellement des contrats des agents contractuels, sur les possibilités de cumul des agents non titulaires et enfin sur la réglementation concernant les primes des agents contractuels.

1) Le renouvellement des contrats des agents non titulaires
Les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel conformément à l'article L. 951-2 du code de l'éducation « ne peuvent pas recruter par contrat à durée indéterminée des personnes rémunérées soit sur des crédits alloués par l'État ou d'autres collectivités publiques, soit sur leurs ressources propres ».

Il existe une dérogation à ce texte, introduite par l'article 2 de la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche, codifiée à l'article L. 123-5 du code de l'éducation. Dans le cadre des services des activités industrielles et commerciales, les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel peuvent recruter des agents non titulaires par des contrats de droit public à durée déterminée ou indéterminée, les modalités de ces recrutements restant à définir.

Ainsi, les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel peuvent recruter des agents non titulaires sur des contrats à durée déterminée dans les conditions définies par les articles 4 et 6 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État.

L'article 4 de la loi précitée permet le recrutement d'agents non titulaires dans deux cas :

– en l'absence de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes ;

– pour les emplois de catégorie A, lorsque la nature des fonctions ou les besoins du service le justifient.

La réglementation impose que ces contrats n'aient pas une durée supérieure à 3 ans et qu'ils soient renouvelés par reconduction expresse.

L'article 6 de la loi précitée permet le recours à des agents contractuels pour les besoins du service dans les deux hypothèses suivantes :

– lorsque des fonctions qui correspondent à un besoin permanent impliquent un service à temps incomplet d'une durée n'excédant pas 70% d'un service à temps complet¹ ;

– pour des fonctions correspondant à des besoins saisonniers et occasionnels. Dans ce cas, l'article 7 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 portant dispositions générales applicables aux agents non titulaires de l'État pris en application de l'article 7 de la loi du 11 janvier 1984 précitée fixe des durées d'engagement qui ne peuvent dépasser 6 mois pour un besoin saisonnier et 10 mois pour un besoin occasionnel, au cours d'une même année.

Le renouvellement des engagements à durée déterminée des agents non titulaires n'en modifie pas leur nature et ne permet pas de considérer qu'ils bénéficient d'un engagement à durée indéterminée (CE, 20.04.1984, ministre délégué chargé du budget c/ Mlle VALTON et autre, *Recueil*, p. 148). Si un contrat comporte une clause de tacite reconduction, elle ne peut pas avoir pour effet de conférer au contrat dès son origine une durée indéterminée (CE, 27.10.1999, BAYEUX, *Recueil*, p. 335) et le maintien en fonction à l'issue du contrat initial a seulement pour effet de donner naissance à un nouveau contrat, conclu lui aussi pour une durée déterminée.

De même, le renouvellement tacite d'un contrat comportant une clause de reconduction par décision expresse ne lui confère pas la qualité d'un contrat à durée indéterminée (CE, 02.02.2000, commune de la Grande Motte, req n° 196157).

Ainsi, à l'exception des contractuels à durée indéterminée des services des activités industrielles et commerciales, les contrats des agents non titulaires des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel sont nécessairement conclus pour une durée déterminée, et ne peuvent être renouvelés que par reconduction expresse dans les conditions limitativement énumérées par les articles 4 et 6 de la loi du 11 janvier 1984 précitée.

2) La réglementation du cumul des agents contractuels

Les fonctionnaires sont soumis au principe de l'interdiction du cumul de leurs fonctions avec une activité privée lucrative (article 25 de la loi n° 83-634

1. Article 14 de la loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire.

du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires).

Ce principe est également applicable aux agents non titulaires (CE, HODEBERT, 24.01.1986, req n° 45622). Toutefois, tous les agents publics, occupant un emploi à temps non complet ou exerçant des fonctions impliquant un service à temps incomplet pour lesquels la durée de travail est inférieure à la moitié du temps complet, sont autorisés à cumuler leur emploi public avec une activité privée lucrative. L'application de cette disposition introduite à l'article 25 précité par l'article 20 de la loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire est suspendue à la publication d'un décret en Conseil d'État. Les conditions dans lesquelles il peut être dérogé à l'interdiction générale de cumul sont fixées par le décret-loi du 29 octobre 1936 relatif aux cumuls de retraites, de rémunérations et de fonctions.

3) *La réglementation des primes pour les agents contractuels*
Le versement de primes aux agents contractuels n'est régi par aucune disposition législative ou réglementaire d'ordre général.

Pour les agents contractuels sur ressources propres de l'établissement, le versement de primes doit être prévu par le contrat, comme l'indice de rémunération, selon les règles fixées par le conseil d'administration de l'établissement (avis du 30 janvier 1997 du Conseil d'État). Pour les agents non titulaires de l'État, un texte spécifique est nécessaire pour autoriser le versement de primes.

Ainsi, les indemnités forfaitaires pour travaux supplémentaires sont expressément réservées aux agents titulaires des services déconcentrés (décret n° 68-560 du 19 juin 1968).

Il en est de même pour la prime de participation à la recherche scientifique qui, selon l'article 2 du décret n° 86-1170 modifié, ne peut être attribuée qu'aux fonctionnaires des corps de recherche et de formation et aux agents contractuels régis par le décret n° 68-986 du 14 novembre 1968 (ancien recrutement de contractuels type CNRS).

- **Cours « de rattrapage » dispensés par un professeur des écoles à des élèves qui rencontrent des difficultés scolaires**

Lettre DAJ A2 n° 01-489 du 15 octobre 2001 à un inspecteur général de l'éducation nationale

Compte tenu de l'article 3 du décret-loi du 29 octobre 1936 relatif aux cumuls de retraites, de rémunérations et de fonctions qui prévoit, en son 2^e alinéa, que « *les fonctionnaires, agents et ouvriers peuvent effectuer des expertises ou donner des consultations, sur la demande d'une autorité administrative ou judiciaire, ou s'ils y sont autorisés par le ministre ou le chef de l'administration dont ils dépendent (et), dans les mêmes conditions, être appelés à donner des enseignements res-*

sortissant à leur compétence », il est possible à tout enseignant de dispenser des cours particuliers, sous réserve de l'autorisation du chef de l'administration dont il dépend, laquelle ne saurait être refusée que si les conditions d'exercice de son activité professionnelle au sein de l'éducation nationale s'en trouvent affectées (CE, 22.09.1997, Association nationale des contractuels du secteur public, n° 141244 et CAA BORDEAUX, 21.01.1999, M. LATUTE, n° 96BX02330).

Par ailleurs, il convient de rappeler que toute autorisation de cumul sollicitée sur le fondement du 3^e alinéa du décret-loi du 29 octobre 1936 aux termes duquel « *les membres du personnel enseignant, technique ou scientifique des établissements d'enseignement et de l'administration des beaux-arts pourront exercer les professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions* » est subordonnée à la possibilité, pour l'enseignant, d'assurer correctement son service (CE, 13.02.1987, ministre de l'éducation nationale c/ SZTULMAN, rec. p. 57).

Cependant, il convient de souligner que le juge se réserve la possibilité de contrôler la réalité des motifs invoqués par l'administration à l'appui du refus opposé à la demande de l'intéressé.

- **Respect du secret médical – Modalités de transmission des avis d'arrêt de travail**

Lettre DAJ A2 n° 01-429 du 3 septembre 2001

Interrogée sur les modalités de transmission des avis d'arrêt de travail, au regard du secret médical, la direction des affaires juridiques a apporté la réponse suivante. Sur la requête du Conseil national de l'ordre des médecins, une ordonnance du 13 avril 2001 du juge des référés du tribunal administratif de Besançon (qui a été publiée dans la *LJ* n° 58) a considéré qu'une instruction d'un inspecteur d'académie prescrivant aux fonctionnaires placés sous son autorité, d'adresser, par la voie hiérarchique, le 1^{er} feuillet de l'avis d'arrêt de travail, méconnaissait le droit au respect de la vie privée et au secret médical dès lors que des éléments d'ordre médical, mentionnés sur ce feuillet, pouvaient, dans ces circonstances, être portés à la connaissance de personnes extérieures au service du contrôle médical.

Comme il l'a été rappelé, le 19 janvier 2001, à un recteur dans une lettre dont la teneur a été publiée dans la *LJ* n° 54 d'avril 2001, les fonctionnaires qui n'ont pas la qualité de médecin ne peuvent avoir accès à des informations ou pièces médicales couvertes par le secret médical, sauf si ces informations ou pièces sont communiquées par le malade lui-même; c'est en effet du malade seul que dépend le sort des secrets qu'il a confiés à un médecin ou que celui-ci a pu déduire de son examen.

Il a fallu une dérogation législative expresse (l'article L. 31, 3^e alinéa du code des pensions) pour que les services administratifs... puissent, *nonobstant* toutes dispositions contraires, et notamment celles relatives

au secret médical, avoir communication de tout renseignement médical ou pièce médicale dont la production est indispensable pour l'examen des droits à pension d'invalidité des fonctionnaires.

Faute de disposition de même nature concernant les procédures d'octroi de congés pour raison de santé dont peuvent bénéficier les fonctionnaires en vertu de l'article 34 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, les services administratifs, qui gèrent ces procédures, ne peuvent avoir accès aux informations couvertes par le secret médical ; par exemple, ils ne peuvent prendre connaissance des rapports des médecins agréés commis par l'administration, mais seulement des conclusions formulées par ces médecins, dès lors qu'elles sont utiles à la gestion administrative des dossiers.

S'agissant plus particulièrement de l'octroi des congés de maladie ordinaires, lesquels constituent un droit dès lors que la maladie est dûment constatée par un certificat médical et qu'elle place le fonctionnaire dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions (titre III du décret n° 86-442 du 14 mars 1986 modifié), le 1^{er} feuillet de l'avis d'arrêt de travail établi par le médecin traitant et qui comporte des éléments d'ordre médical ne présente pas d'utilité dans le cadre de la procédure d'octroi. En effet, si l'administration peut faire procéder à tout moment à la contre-visite du demandeur par un médecin agréé et, si nécessaire, saisir le comité médical des conclusions du médecin agréé, le bien-fondé du congé accordé de droit ne saurait être mis en cause rétroactivement, avant l'expertise réalisée par le médecin agréé et la mise en demeure de reprise de service qui en résulterait (CE, DEBORNE, 21.10.1994 ; MAZO, 12.07.1995 et BOULAOU, 10.01.2000).

● **Cumul d'une activité publique et d'une activité agricole**

Lettre DAJ A2 n° 01-403 en date du 17 août 2001 adressée à une direction de personnels

La question a été posée de savoir si une infirmière, fonctionnaire du ministère de l'éducation nationale, exerçant ses fonctions à 50 % à compter de la rentrée 2001, peut cumuler les fonctions précitées avec celles d'associée exploitante au sein d'une société agricole. Le projet de réponse présenté a appelé les observations suivantes.

Selon une instruction du ministère des finances en date du 15 juin 1937, il est possible aux agents d'assurer, sous la forme d'une exploitation individuelle, la mise en valeur de leurs biens agricoles, « pendant les loisirs que peut leur laisser leur emploi » et à condition que ces travaux ne prennent pas « un caractère professionnel, absorbant une partie de leur activité » et rendent ainsi un tel cumul « préjudiciable au bon exercice de la fonction publique ».

Si l'on peut estimer que cette instruction est toujours applicable et dans la mesure où le Conseil d'État, par un avis du 9 février 1949, a considéré que « le législateur n'a pas entendu interdire aux fonctionnaires la gestion et la surveillance de leur patrimoine personnel ou familial », il n'en demeure pas moins que la situation d'un fonctionnaire qui, une fois autorisé à exercer ses fonctions à mi-temps, demanderait à cumuler ses fonctions avec une activité professionnelle non salariée agricole, doit être examinée au regard des dispositions législatives et réglementaires applicables en la matière.

En premier lieu, l'interdiction de principe d'une activité privée lucrative, résulte des dispositions combinées des articles 1^{er} et 2 du décret-loi du 29 octobre 1936, sous réserve des cas d'autorisation expressément prévus par ce décret, au nombre desquels ne figure pas celui d'une activité professionnelle non salariée agricole.

En second lieu, les fonctionnaires exerçant à temps partiel sont exclus, par l'article 39 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, du bénéfice de toute autorisation d'exercice d'une activité privée lucrative autre que la production des œuvres littéraires, scientifiques ou artistiques.

Il convient de relever en effet que, comme le rappelle la circulaire « Fonction publique » n° 1502 du 22 mars 1995, relative à l'exercice des fonctions à temps partiel par les fonctionnaires et agents de l'État, le développement du travail à temps partiel dans la fonction publique a pour objectif d'aider à la lutte pour l'emploi et de permettre aux agents publics de mieux concilier vie familiale et vie professionnelle, tout en assurant la qualité et la nécessaire continuité du service public. En aucun cas, la réglementation sur le travail à temps partiel n'a eu pour objet de permettre aux agents de cumuler plusieurs emplois. C'est pourquoi la circulaire précitée précise également que les règles relatives à l'interdiction de cumul d'activité et de rémunération sont plus strictes à l'égard des agents exerçant leurs fonctions à temps partiel, seule la production d'œuvres littéraires, scientifiques ou artistiques leur étant autorisée, selon les dispositions de l'article 39 de la loi du 11 janvier 1984 précité.

Par conséquent, l'instruction du 15 juin 1937, qui visait la possibilité que pouvait laisser un emploi à temps plein pour exercer une activité agricole ne prenant pas un caractère professionnel, ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce.

● **Communication de documents aux organisations syndicales**

Lettre DAJ A2 n° 01-351 en date du 19 juillet 2001 adressée à un recteur d'académie

Un recteur d'académie signalait le souhait, formulé par des organisations syndicales, d'obtenir la liste nominative des personnels assortie de l'indication de leur

déclaration éventuelle de participation à la grève et a sollicité l'avis de la direction des affaires juridiques sur la légalité de la communication de telles informations.

La loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, modifiée par la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, définit le droit de toute personne en matière d'accès aux documents administratifs.

L'article 6 modifié de ce texte précise que : « *Ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs dont la communication porterait atteinte au secret de la vie privée et des dossiers personnels [...] ; portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique nommément désignée ou facilement identifiable ; faisant apparaître le comportement d'une personne dès lors que la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice* ».

Par la loi du 12 avril 2000 précitée, le législateur a repris la définition jurisprudentielle donnée par la commission d'accès aux documents administratifs (CADA) du document nominatif pour exclure cette catégorie du nombre des documents accessibles à des tiers.

En effet, la CADA a eu à plusieurs reprises l'occasion de se prononcer sur la communicabilité des listes de personnels grévistes comportant le nom, l'affectation et la durée de l'absence pour grève à un syndicat et l'obligation pour l'administration de procéder à cette communication. Ainsi dans 3 avis, l'un adressé en janvier 1996 au directeur du CHS de CHEZAL-BENOIT (Cher), le deuxième le 20 février 1996 au directeur du CHS de NOVILLARS (Doubs), et le troisième concernant la mairie de Dunkerque (Nord), la commission a estimé que de tels documents ne sont pas communicables, en application de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 précitée dans la mesure où ils contiennent des informations ayant trait à la vie privée des agents.

La CADA a rappelé, en outre, que cette loi n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de contraindre l'administration à élaborer un document à la seule fin de répondre à une demande de renseignements d'un usager et qu'en conséquence toute demande tendant à l'établissement de tels documents est irrecevable. Les listes sollicitées, en l'espèce, par les organisations syndicales constituent donc des documents à caractère administratif communicables exclusivement aux intéressés, par extrait les concernant.

En définitive, il résulte de l'ensemble des éléments précités que l'administration ne peut, en aucun cas, divulguer les informations en cause aux tiers que sont les organisations représentatives des personnels.

● Titularisation des professeurs des écoles

Lettre DAJ n° 371 du 3 juillet 2001

La direction des affaires juridiques a été interrogée sur les modalités de titularisation des professeurs des écoles, notamment sur les pouvoirs respectifs du recteur et du jury académique qui délivre le diplôme professionnel de professeur des écoles.

Il a été répondu à cette question de la manière suivante. En vertu de l'article 12 du décret du 1^{er} août 1990 relatif au statut particulier des professeurs des écoles, l'aptitude des professeurs des écoles stagiaires est constatée, à l'issue du stage, par la délivrance d'un diplôme professionnel qui est le certificat d'aptitude au professorat des écoles. L'article 13 du décret précise que les stagiaires qui n'obtiennent pas le diplôme professionnel peuvent être autorisés à effectuer une nouvelle année de stage; ceux qui ne sont pas autorisés à renouveler le stage ou qui n'obtiennent pas le diplôme à l'issue de la nouvelle année de stage sont licenciés ou remis à la disposition de leur administration d'origine.

Les conditions de délivrance du diplôme professionnel ont été fixées par un arrêté du 2 octobre 1991. Cet arrêté confie un rôle central au jury académique, présidé par le recteur ou son représentant, qui établit la liste des professeurs stagiaires qu'il estime aptes à se voir délivrer les diplômes professionnels, ainsi que la liste de ceux qu'il propose au recteur pour une nouvelle année de stage. Le recteur est appelé, ensuite, à prendre les décisions correspondantes.

Le Conseil d'État a jugé qu'il résulte de la combinaison de l'ensemble de ces dispositions que le recteur ne peut autoriser un professeur des écoles stagiaire à accomplir une nouvelle année de stage que si l'intéressé figure sur la liste, établie par le jury, des professeurs stagiaires proposés pour un renouvellement de stage. Il a ajouté que le recteur est tenu de prononcer le licenciement d'un professeur stagiaire, dès lors qu'il ne figure ni sur la liste des stagiaires proposés pour la délivrance du diplôme professionnel, ni sur la liste de ceux proposés pour une nouvelle année de stage (CE, 18.10.2000, ministre de l'éducation nationale c/ Mme C., n° 198262).

Il résulte ainsi clairement des textes relatifs aux professeurs des écoles que les listes établies par le jury académique placent le recteur en situation de compétence liée: il est tenu de prendre les décisions correspondant aux délibérations du jury, sans pouvoir s'écarter des listes établies.

● Condamnation pénale – Radiation pour incompatibilité avec les fonctions ou sanction disciplinaire

Lettre DAJ A2 n° 01-316 du 29 juin 2001

Par un jugement du tribunal de grande instance, jugement devenu définitif, M. C., instituteur, a été

condamné à 6 mois d'emprisonnement avec sursis pour violences commises sur des mineurs de 15 ans sur lesquels il exerçait une autorité en qualité, et a prononcé, en outre, à son encontre, l'interdiction d'exercer les fonctions d'instituteur pendant une durée de 5 ans.

Ne s'agissant pas d'un délit contraire à la probité ou aux mœurs, la condamnation prononcée n'entre pas dans le champ des incompatibilités prévues par l'article L. 911-5 du code de l'éducation et l'intéressé ne peut donc être radié des cadres sur le fondement de ce texte. Cette condamnation n'entre pas non plus dans le champ des dispositions des articles 5, 2° (droits civiques) et 24, 2° alinéa (interdiction d'exercer un emploi public; l'article 131-27 du code pénal distingue, d'une part, l'interdiction d'exercer une fonction publique, d'autre part, l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale, et l'interdiction d'exercer les fonctions d'instituteur correspond à ce second cas) de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires qui entraînent la radiation des cadres et la perte de la qualité de fonctionnaire, l'administration étant dans ces cas en situation de compétence liée.

En revanche, si la condamnation est mentionnée au bulletin n° 2 du casier judiciaire, ce qui est probable, le jugement ne précisant pas le contraire, il revient à l'administration d'apprécier, conformément à l'article 5, 3° de la loi du 13 juillet 1983 précitée, si ces mentions sont ou non compatibles avec l'exercice des fonctions; le Conseil d'État a jugé qu'il convenait, dans cette hypothèse, « d'observer la procédure disciplinaire » pour assurer le respect du caractère contradictoire de la procédure, l'administration n'étant pas en situation de compétence liée (arrêt LECOMTE, 12.04.1995).

Dans l'éventualité même où ces mentions seraient estimées compatibles avec l'exercice des fonctions, une procédure disciplinaire pourrait être engagée sur la base des faits établis par le juge pénal; la sanction qui pourrait toutefois en résulter ne pourrait, cependant, être une de celles du 4^e groupe (révocation ou mise à la retraite d'office) prévues à l'article 66 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, puisqu'il aurait auparavant été établi que la condamnation est compatible avec l'exercice des fonctions.

● **Désignation des représentants des personnels au sein des commissions de réforme départementales**

Lettre DAJ A2 n° 01-210 en date du 10 avril 2001 adressée à une direction de personnels

Il a été demandé à la direction des affaires juridiques quel serait le critère de répartition des sièges entre

les organisations syndicales pour l'élection des deux représentants du personnels au sein d'une commission de réforme départementale en cas de partage des votes qui ne permette pas cette désignation.

L'article 12 du décret n° 86-442 du 14 mars 1986, relatif à la désignation des médecins agréés, à l'organisation des comités médicaux et des commissions de réforme, aux conditions d'aptitude physique pour l'admission aux emplois publics et au régime de congés de maladie des fonctionnaires, dispose que « dans chaque département, il est institué une commission de réforme départementale compétente à l'égard des personnels mentionnés à l'article 15. Cette commission, placée sous la présidence du préfet ou de son représentant, qui dirige les délibérations mais ne participe pas aux votes, est composée comme suit : [...] 3. Deux représentants du personnel appartenant au même grade ou, à défaut, au même corps que l'intéressé, élus par les représentants du personnel, titulaires et suppléants, de la commission administrative paritaire locale dont relève le fonctionnaire; toutefois, s'il n'existe pas de commission locale ou si celle-ci n'est pas départementale, les deux représentants du personnel sont désignés par les représentants élus de la commission administrative paritaire centrale, dans le premier cas, dans le second cas, de la commission administrative paritaire interdépartementale dont relève le fonctionnaire ».

En application des dispositions précitées, la représentation du personnel aux commissions de réforme départementales doit donc se faire par grade, et seulement à défaut d'un nombre de représentants du personnel d'un même grade suffisant, par corps.

Cependant, aucune procédure particulière de désignation de ces représentants du personnel n'est imposée par la réglementation, comme le souligne la circulaire du 30 janvier 1989 relative à la protection sociale des fonctionnaires et stagiaires de l'État contre les risques maladie et accident de service.

La mise en place d'un mode de scrutin particulier pour l'élection des deux représentants susvisés nécessiterait l'adoption d'un décret en Conseil d'État et non d'une circulaire. Ainsi en a jugé le Conseil d'État le 29.07.1994, M. CAZALA et autres, (voir aussi CE, 06.04.1998, Syndicat national des policiers en tenue), au sujet de l'élection des représentants du personnel dans les commissions de réforme de la police nationale.

En conséquence, il appartient au collège des représentants du personnel titulaires et suppléants de déterminer le mode de scrutin qu'il entend retenir pour satisfaire à l'obligation qui lui est faite d'élire deux représentants au sein de la commission de réforme départementale.

LE NOUVEAU CODE DES MARCHÉS PUBLICS : VERS UNE RESPONSABILISATION ACCRUE DES ACHETEURS PUBLICS

La publication du nouveau code des marchés publics en annexe du décret du 7 mars 2001 a été accompagnée d'une importante campagne de communication le présentant comme simplifié (136 articles au lieu de 399; fusion des règles communes à l'État et aux collectivités locales), clarifié (présentation chronologique des processus de passation et d'exécution) et modernisé (dématérialisation des procédures de passation; variantes acceptées sauf disposition expresse contraire figurant dans le règlement de la consultation).

De nombreuses innovations marquent ce corpus réglementaire qui ne constitue pas un édifice complet: plusieurs décrets et arrêtés doivent encore venir décrire les modalités de mise en œuvre des nouvelles règles de l'achat public¹. Néanmoins, ce code est entré en vigueur dès le 9 septembre 2001, sous réserve de son article 27 dont la mise en œuvre à compter du 1^{er} janvier 2002 est subordonnée à la publication de la nomenclature.

Dès l'article 1^{er} du code, ont été réaffirmés les principes fondamentaux qui soutiennent la commande publique: liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats, transparence des procédures. De même, cet article 1^{er} fait du respect des obligations de définition préalable des besoins, de publicité et de mise en concurrence, le garant de l'efficacité de la commande publique; efficacité qui doit se traduire concrètement par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Du rappel à titre liminaire de ces principes et de ces obligations, peut être déduit le fait qu'ils s'imposent à tout achat public. Aussi, au-delà des espaces de liberté qui semblent avoir été ouverts aux acheteurs publics, un examen attentif des nouvelles dispositions révèle une responsabilisation accrue de ces derniers et une exigence de rigueur renforcée dans la conduite des procédures, qu'elles soient formalisées ou non.

Il n'est donc pas inutile d'attirer l'attention des lecteurs sur les possibilités et les limites de certains régimes

de passation: les marchés sans formalités préalables (article 28), la mise en concurrence simplifiée (article 32), les marchés complémentaires (article 34-III-1^o), et l'allégement des délais de mise en concurrence en cas de publication d'un avis de pré-information (article 39).

I – MARCHÉS SANS FORMALITÉS PRÉALABLES ET PROCÉDURE SIMPLIFIÉE: DE FAUX AMIS?

Si la procédure d'appel d'offres demeure la procédure de droit commun régie par le principe de l'intangibilité des offres, les seuils et procédures instaurés par le nouveau code des marchés publics offrent des possibilités de dialogue entre acheteur public et candidat à la commande publique plus importantes que par le passé.

Toutefois, la contrepartie de l'ouverture de ces plages de négociation, devant permettre une meilleure adéquation de l'offre à la demande, réside en une responsabilisation accrue de l'acheteur public.

Ainsi, avant d'entamer toute procédure de passation, avec ou sans formalités, l'acheteur public a l'obligation de définir préalablement ses besoins. Cette obligation posée à l'article 1^{er} est également rappelée à l'article 5 qui énonce que « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision par la personne publique avant tout appel à concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à concurrence* ». Cette exigence de détermination précise des besoins doit être mise en perspective, d'une part avec les dispositions de l'article 6 de ce code qui prévoient que les prestations faisant l'objet d'un marché formalisé sont définies par référence aux normes homologuées, d'autre part avec les dispositions de l'article 28 qui imposent à l'ordonnateur de transmettre au comptable assignataire les numéros pertinents de la nomenclature, en cas de marché sans formalités préalables portant sur des fournitures ou des services. L'identification précise des besoins par la personne responsable des marchés constitue donc le préalable indispensable à la détermination de la procédure à respecter pour passer le contrat.

1. Un tableau récapitulant les textes réglementaires déjà parus et ceux dont la publication est attendue figure à la fin de cette chronique.

A – Les achats sans formalités préalables sont des marchés soumis au nouveau mode de computation des seuils et au respect des principes fondamentaux de la commande publique

1. Le nouveau mode de computation des seuils restreint les possibilités de recours aux marchés sans formalités préalables

Le choix entre les différentes procédures de passation est fonction d'un critère objectif : le seuil financier, dont les modalités de calcul sont décrites à l'article 27 qui transpose les directives européennes « marchés publics » relatives au mode de computation des seuils.

Aux termes de l'article 28 du code des marchés publics, la personne publique peut passer des marchés sans formalités préalables jusqu'au seuil de 90 000 € HT. Ce seuil vient remplacer le seuil plafond de 300 000 F TTC des achats sur factures et travaux sur mémoires (anciens articles 123 et 321). Si le montant de ce seuil a été rehaussé, son nouveau mode de computation va bien souvent entraîner un dépassement quasi-automatique.

En effet, le calcul du seuil de 300 000 F TTC, en deçà duquel il était possible de recourir aux travaux sur mémoires et achats sur factures, se faisait à partir du montant annuel présumé de commandes toutes taxes comprises. Les instructions n° 2000 et 2010 d'application du code des marchés publics indiquaient que ce seuil devait être calculé, par prestataire, pour des prestations de nature identique ou similaire. Cette interprétation a été reprise dans le décret n° 88-74 du 21 janvier 1988 modifiant le décret n° 83-16 du 13 janvier 1983 portant établissement des pièces justificatives des paiements des communes, des départements, des régions et des établissements publics locaux. Pour le calcul du seuil des achats sans formalités préalables, 5 conditions cumulatives étaient donc requises : des prestations identiques ou similaires ; un même prestataire ; un même acheteur public ; une ou des commandes passées sur l'année civile ; un montant inférieur à 300 000 F TTC.

Ce calcul est désormais indépendant du nombre de fournisseurs ou de prestataires : l'instruction du 28 août 2001 pour l'application du code des marchés publics précise qu'aux termes de l'article 27, il convient de cumuler les achats confiés à plusieurs fournisseurs ou à plusieurs prestataires, s'ils sont relatifs au même objet et répondent au mode de calcul défini dans cet article. Il en résulte que le seuil sera plus facilement atteint.

2. Les principes et règles encadrant les achats sans formalités préalables

Selon l'article 1^{er} du code des marchés publics, tous les contrats conclus à titre onéreux, quel que soit leur

montant, avec des personnes publiques ou privées par des personnes publiques mentionnées à l'article 2 pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, sont des marchés publics. En conséquence, les achats sans formalités préalables sont des marchés pour la passation desquels s'impose le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence de la procédure bien que celle-ci ne soit pas formalisée !

Dans le cadre des procédures non formalisées, ces principes constituent donc, en quelque sorte, le code de déontologie de l'acheteur public. S'agit-il d'une simple recommandation à l'instar de ce que prévoit l'instruction du 28 août 2001, ou bien d'une obligation comme semble le considérer la direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ? En attendant que cette question soit tranchée par la jurisprudence, la prudence exige pour satisfaire, le cas échéant, aux divers contrôles que l'acheteur public conserve des traces écrites des diligences qu'il a accomplies pour le respect de ces principes. Concrètement, il s'agit bien d'une responsabilité incombant à la personne responsable du marché qui doit être capable de prouver qu'elle a fait jouer la concurrence, selon des modalités proportionnées aux caractéristiques de l'achat concerné qu'elle aura définies.

Par ailleurs, si la passation de ces marchés n'est soumise à aucun formalisme particulier, cela ne dispense pas pour autant l'acheteur public de respecter d'autres réglementations qui viennent s'ajouter aux règles fixées par le code des marchés publics. 3 exemples peuvent venir illustrer ce propos :

- si l'article 11 du code des marchés publics dispose que les marchés d'un montant inférieur à 90 000 € HT peuvent être dispensés de la forme écrite, les prestations de maîtrise d'œuvre soumises à la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (MOP) font néanmoins obligatoirement l'objet d'un contrat écrit en vertu du décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 pris pour l'application de la loi MOP, quel que soit leur montant ;

- de même, si en deçà de ce seuil il est loisible d'effectuer des achats sur facture ou des travaux sur mémoires, les règles de la comptabilité publique interdisent le recours aux simples factures lorsque l'acheteur public veut permettre à son cocontractant de percevoir des acomptes ;

- enfin, les achats sans formalités préalables des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ainsi que des établissements publics de santé étant des marchés, ils doivent être transmis au contrôle de légalité. À cet égard, le projet de loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et finan-

cier (MURCEF), adopté dans les mêmes termes par les deux assemblées à la fin du mois de juin 2001, prévoit de dispenser les achats sans formalités préalables des collectivités territoriales de transmission aux services du contrôle de légalité. S'agissant des établissements publics locaux d'enseignement (EPL) deux modifications se sont révélées nécessaires afin de faciliter le fonctionnement quotidien de ces établissements :

- *La première est de nature législative.* Le II de l'article L. 421-14 du code de l'éducation dispose en effet que : « *Par dérogation aux dispositions des articles L. 2131-1 à L. 2131-5 du code général des collectivités territoriales, les actes du chef d'établissement pris pour la passation ou l'exécution de conventions, et notamment de marchés, sont soumis à l'obligation de transmission au représentant de l'État, à la collectivité de rattachement et à l'autorité académique. Ils sont exécutoires 15 jours après ces transmissions* ». Afin de ne pas compromettre le bon fonctionnement des EPL, une modification du paragraphe II de l'article L. 421-14 tendant à ce que soient exclus de son champ d'application les marchés qui peuvent être passés sans formalités préalables en raison de leur montant est donc envisagée.

- *La seconde modification est de nature réglementaire :* selon le décret n° 85-924 du 30 août 1985 modifié relatif aux établissements publics locaux d'enseignement, le chef d'établissement ne peut conclure tout contrat ou convention qu'avec l'autorisation préalable du conseil d'administration. Il résulte de ces dispositions que tous les bons de commande, dont le nombre quotidien peut atteindre plusieurs dizaines, devraient être soumis à cette procédure. Aussi le projet de modification du décret du 30 août 1985 a-t-il notamment pour objet d'exclure du champ d'application de cette procédure toute décision du chef d'établissement relative à la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés de travaux, de fournitures et de services qui peuvent être passés sans formalités préalables au sens de l'article 28 du code des marchés publics, lorsque les crédits sont inscrits au budget de l'EPL. Par ailleurs, afin que le chef d'établissement n'ait pas à signer l'intégralité des bons de commande, ce projet de décret prévoit également qu'il peut déléguer sa signature au gestionnaire de l'établissement pour les engagements concernant ces mêmes marchés.

De même qu'un marché sans formalités préalables n'est pas pour autant sans exigences de fond à la charge de l'acheteur public, la procédure de mise en concurrence simplifiée, qui combine la transparence de l'appel d'offres et la souplesse du marché négocié, exige également de la part de la personne responsable du marché un effort de rigueur dans la gestion

de toutes les étapes formalisées prévues par le code des marchés publics.

B. La mise en concurrence simplifiée conjugue formalisme et négociation

Le code des marchés publics définit et décrit 9 types de procédure dont chaque étape est formalisée par un document (mise en concurrence simplifiée, appel d'offres ouvert, appel d'offres restreint, appel d'offres sur performances, marchés de conception réalisation, concours, procédure négociée après publicité préalable et mise en concurrence, procédure négociée sans publicité préalable mais avec mise en concurrence, procédure négociée sans publicité préalable et sans mise en concurrence).

La procédure de mise en concurrence simplifiée, qui peut s'appliquer à toutes les catégories de marché (travaux, fournitures, services) est définie à l'article 32 comme : « *La procédure par laquelle la personne publique choisit le titulaire du marché à la suite de négociations avec plusieurs candidats, après publicité et mise en concurrence préalable. Le marché est attribué par la personne responsable du marché après avis de la commission d'appel d'offres pour l'État ainsi que pour les établissements de santé et les établissements publics médico-sociaux, ou par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales. Cette procédure a pour objet de faciliter les achats d'un montant intermédiaire, en deçà du seuil de 130 000 € HT pour l'État et de 200 000 € HT pour les collectivités territoriales, pour lesquels il ne paraît pas justifié d'exclure tout formalisme sans pour autant respecter celui de la procédure d'appel d'offres. Soulignons enfin que la procédure de mise en concurrence simplifiée n'est qu'une faculté offerte aux acheteurs publics et ne constitue pas une procédure obligatoire en deçà de ces seuils.* »

L'article 57 décrit les différentes étapes de cette nouvelle procédure qui est une combinaison de l'appel d'offres restreint et de la procédure négociée :

- à l'instar de l'appel d'offres restreint, la procédure simplifiée garantit la transparence de la passation, en imposant une publicité préalable suivie d'une mise en concurrence formalisée, et se décompose en deux phases : une phase de sélection des candidatures et une phase de sélection des offres ;
- par ailleurs, elle emprunte sa souplesse à la procédure négociée en habilitant la personne responsable du marché à négocier en fin de procédure avec le ou les candidats ayant présenté les offres les plus intéressantes.

Quelques précisions peuvent être apportées concernant chacune de ces étapes dont l'enchaînement chronologique fait l'objet de fiches pratiques (voir annexes 1 et 2, p. 32 et 33).

L'avis d'appel public à la concurrence

Cet avis marque le lancement de la procédure. Il doit notamment indiquer si le nombre de candidats admis à présenter une offre est limité et, le cas échéant, à quelle hauteur.

Les modalités de sa publication sont décrites à l'article 40. Dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence simplifiée, l'avis d'appel public à la concurrence doit être publié, soit au *Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP)*, soit dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales. Une des finalités de la publicité étant d'assurer une mise en concurrence effective, cette liberté de décision en matière de support de diffusion ne doit pas s'exercer en méconnaissance de cette exigence. Ainsi, une publication dans un journal d'annonces légales qui ne ferait pas l'objet d'une diffusion suffisante auprès des professionnels du secteur économique concerné pourrait être appréciée comme n'ayant pas satisfait à l'obligation qui incombe à l'acheteur public d'assurer une publicité complète et efficace.

Par ailleurs, si le *BOAMP* est tenu de publier les avis, conformément au texte transmis par la personne responsable du marché, dans les 11 jours ou, en cas d'urgence dans les 6 jours qui suivent la date de leur réception (article 40-IV), en revanche le code des marchés publics, texte de nature réglementaire, n'a pu apporter aucune précision en la matière concernant les autres publications habilitées à recevoir des annonces légales. En effet, s'agissant de personnes privées, seul un texte législatif aurait pu fixer de tels délais.

En tout état de cause, le point de départ du délai de réception des candidatures, qui ne peut pas être inférieur à 20 jours et qui n'accepte aucune réduction pour cause d'urgence, est la date d'envoi de l'avis d'appel à la concurrence. Il convient de rappeler que les délais de mise en concurrence prévus dans le code des marchés publics sont des délais minimaux impératifs et qu'ils doivent être calculés sous la forme de délais francs²: de la première heure du jour de l'envoi de l'appel à concurrence, à la dernière heure du jour d'expiration du délai légal.

L'instruction du 28 août 2001 précise sous l'article 40 que: « *Il est à noter que les collectivités locales ne doivent envoyer l'avis à la publication qu'après avoir été autorisées par leur assemblée délibérante à lancer la procédure de passation des marchés* ». Or, dans un arrêt du 4 avril 1997 (CE,

2. CE, 08.12.1995, préfet de la Haute Corse c/ Commune de CERVIONE, req. 156726; TA Paris, 04.12.1998, Comité d'action et d'entraide sociale du CNRS, cités in Moniteur des travaux publics et du bâtiment, 14 avril 2000, p. 103.

04.04.1997, préfet du Puy-de-Dôme c/ commune d'ORCET, Rec. 132), la Haute Assemblée a jugé que le conseil municipal pouvait autoriser par deux délibérations du même jour, même postérieures au choix du cocontractant par la commission d'appel d'offres, le lancement de la procédure ainsi que la signature du contrat.

À cet égard, les dispositions de l'article L. 2122-21 du CGCT relatives aux compétences du maire et celles de l'article 8 du décret du 30 août 1985 précité relatives aux attributions du chef d'établissement étant comparables, la transposition de la jurisprudence Préfet du Puy-de-Dôme paraît juridiquement possible: une fois devenue exécutoire, une délibération du conseil d'administration de l'établissement, contenant des indications précises sur les caractéristiques principales du marché envisagé et son montant estimé, pourrait être suffisante pour autoriser le chef d'établissement à lancer une procédure de mise en concurrence simplifiée et à signer le marché avec l'attributaire choisi par la commission d'appel d'offres. Les actes du conseil d'administration relatifs à la passation des marchés étant soumis, selon l'article L. 421-14 du code de l'éducation, à une obligation de triple transmission (au représentant de l'État, à la collectivité territoriale de rattachement et à l'autorité académique) et n'étant exécutoires que 15 jours après ces transmissions, cette transposition de la jurisprudence Préfet du Puy-de-Dôme permet de raccourcir le calendrier de passation d'un marché public par un établissement public local d'éducation.

La sélection des candidatures

Les candidatures sont examinées par la personne responsable du marché dans le respect des règles fixées à l'article 52. Conformément à la doctrine communautaire, il n'est plus possible de consulter des entreprises qui n'ont pas fait acte de candidature en réponse à la mesure de publicité. Concrètement, la pratique du panachage consistant à ce que la personne publique contractante interroge, au titre d'une même consultation négociée, des entreprises ayant répondu à l'avis d'appel public à concurrence et d'autres, qu'elle sollicitait directement, est donc désormais prohibée.

Lorsqu'un nombre maximum de candidats autorisés à présenter une offre a été fixé par la personne responsable du marché dans l'avis d'appel public à la concurrence et que le nombre des candidatures admissibles dépasse ce nombre maximum, ces candidatures sont départagées par tirage au sort. Ce tirage au sort, qui constitue une spécificité de la procédure de mise en concurrence simplifiée, puisqu'il s'agit du seul cas où le code autorise le recours à un tel tirage, s'effectue selon les modalités définies par la personne

responsable du marché. Alors que ces modalités doivent garantir la régularité de l'opération, l'instruction d'application du code des marchés publics reste muette en la matière. À cet égard, plusieurs recommandations peuvent donc être formulées : indiquer dans l'avis d'appel public les justifications du recours à un nombre limité de candidats admis à présenter une offre ainsi que les justifications du nombre retenu ; garantir un niveau suffisant de transparence, de rigueur et de formalisme lors du tirage au sort. Concrètement, la présence auprès de la personne responsable du marché de membres de son service lors de cette opération de même que l'établissement d'un procès verbal de son déroulement signé par les personnes présentes sont des mesures de nature à préserver la régularité juridique de toute la procédure et de permettre un réel contrôle interne de la part de la commission d'appel d'offres.

Par ailleurs, afin d'assurer une large ouverture de la commande publique et de garantir à la personne publique un choix réel entre plusieurs offres concurrentes, le nombre de candidats autorisés à remettre une offre ne peut être inférieur à 3, sauf si cela apparaît matériellement impossible faute d'un nombre suffisant de candidatures recevables. Si le nombre des candidats admis à présenter une offre n'est pas suffisant, une seule alternative se présente alors à la personne responsable du marché :

- soit, elle poursuit la procédure avec le ou les 2 candidats autorisés à présenter une offre ;
- soit, elle met fin à la procédure. Cette branche de l'alternative est particulièrement conseillée lorsque le faible nombre de candidats est susceptible de résulter d'une définition insuffisante des besoins à satisfaire dans l'avis d'appel public à la concurrence ou bien d'un niveau de publicité insuffisant.

Enfin, la personne responsable du marché est tenue de se conformer aux dispositions de l'article 76 relatif à l'achèvement de la procédure qui consacre un véritable droit à l'information pour les candidats et les soumissionnaires écartés. 2 types d'informations peuvent être distingués :

- *L'avis de rejet d'une candidature ou d'une offre* : l'alinéa 1^{er} de l'article 76 rappelle le principe selon lequel « dès qu'elle a fait son choix sur les candidats ou sur les offres, la personne responsable du marché avise tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres ». Si cette notification n'a pas à être motivée (CE 28.04.1993, Syndicat départemental d'électricité de la Drôme, Rec. T. 873), en revanche, elle doit préciser les délais et voies de recours pour contester cette décision. À défaut, aucune forclusion ne pourra être opposée, le cas échéant, au requérant (article R. 421-5 du code de justice administrative ; CE, 08.06.1994, M. MAS, req. 141026).

- *La motivation de la décision sur demande écrite du candidat* : le deuxième alinéa de l'article 76 précise que « la personne responsable du marché communautaire dans un délai de 15 jours à compter d'une demande écrite, à tout candidat écarté des motifs du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout soumissionnaire ayant fait une offre recevable, les caractéristiques et les avantages relatifs à l'offre retenue ainsi que le montant du marché attribué et le nom de l'attributaire. » La réponse apportée par la personne responsable du marché doit tout à la fois être suffisamment précise au regard des critères annoncés (TA, BASTIA, 10.07.1998, J.-P. PHILIPPON c/ département de la Corse du Sud, req. 98-240), respecter les intérêts commerciaux légitimes des entreprises et ne pas nuire à une concurrence loyale entre ces dernières. Notons que ce délai est identique à celui fixé par l'ancien article 386 concernant les marchés de seuil communautaire.

La sélection des offres

Le code ne fixe pas de délai minimum de réception des offres. Ce délai, qui est déterminé par la personne responsable du marché en prenant en compte la complexité de la prestation demandée, doit être mentionné dans la lettre de consultation.

Après examen des offres et élimination de celles qui sont non conformes au cahier des charges, la personne responsable du marché peut engager des négociations avec le ou les candidats ayant présenté les offres les plus intéressantes. La méthode utilisée pour identifier les offres les plus intéressantes ne peut être que celle décrite à l'article 53 en vue de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. En effet, toute autre interprétation serait contraire à l'objectif mentionné à l'article 1^{er} du code des marchés publics.

L'article 53 explicite la notion de mieux-disant, promue comme principe général de sélection des entreprises, en complétant les quatre critères de sélection traditionnels (prix, coût d'utilisation, valeur technique, délai d'exécution) par d'autres critères qu'il énumère : les qualités esthétiques et fonctionnelles, la rentabilité, le service après-vente et le délai de livraison. Ces critères doivent être modulés en fonction de l'objet du marché et hiérarchisés. En outre, ces critères de base peuvent être complétés par des critères additionnels dont l'utilisation est soumise à justification par rapport à l'objet même du marché ou à ses conditions d'exécution.

Les critères retenus ainsi que leur ordre de prise en compte constituent des mentions devant figurer dans l'avis d'appel public à concurrence ou dans le règlement de consultation (annexe 3 de l'arrêté du 28 août

2001 pris en application de l'article 42 du code des marchés publics et fixant la liste des mentions devant figurer dans le règlement de consultation), ainsi que dans l'avis d'attribution (annexe 3 de l'arrêté du 28 août 2001 pris en application de l'article 80 du code des marchés publics et fixant la liste des mentions devant figurer dans l'avis d'attribution).

La négociation

L'article 57 ne donnant aucune indication sur la conduite de ces négociations, l'instruction du 28 août 2001 pour l'application du code des marchés publics préconise que celles-ci se déroulent dans les conditions décrites à l'article 67 relatif aux marchés négociés. Si la personne responsable du marché n'est pas tenue de négocier avec tous les candidats ayant adressé une offre, le respect des principes fondamentaux de la commande publique enserme toutefois sa liberté de négociation. Ainsi, le principe d'égalité d'accès à la commande publique implique que le choix des candidats avec lesquels une négociation va s'engager repose sur une base objective, tandis que le respect de la concurrence impose que les négociations soient conduites avec au moins 3 candidats, sauf si cela est matériellement impossible en raison d'un nombre insuffisant d'offres recevables et conformes. En outre, l'impératif de transparence des procédures doit conduire la personne responsable du marché à matérialiser les étapes principales des négociations par des écrits qui, le cas échéant, serviront à attester de la régularité de celles-ci.

D'autres impératifs, dont la méconnaissance serait susceptible de vicier la procédure, encadrent la liberté de négociation reconnue à l'acheteur public : la nature et l'étendue des besoins (article 5), les mentions obligatoires devant figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation (article 42), le rapport de présentation de l'article 75, les raisons précises qui ont motivé le choix de l'attributaire au regard des exigences du marché (article 76).

L'attribution du marché

Pour les marchés des collectivités locales, la commission d'appel d'offres est saisie du choix auquel a procédé la personne responsable du marché après avoir conduit les opérations, puis elle attribue le marché. Au vu de l'ensemble des éléments du rapport de présentation de l'article 75, le rôle de la commission consiste :

- soit à entériner l'offre retenue par la personne responsable du marché. Auquel cas, après avoir satisfait aux exigences du contrôle de légalité, la personne

responsable du marché notifie le marché au titulaire et, dans un délai maximum de 30 jours à compter de cette notification, envoie pour publication un avis d'attribution selon les modalités fixées à l'article 40 ;

- soit à désapprouver le choix proposé et à inviter cette dernière à reprendre les négociations ;

- ou à mettre fin à la procédure.

Pour les marchés de l'État et des établissements publics de santé ou médico-sociaux, un avis préalable de la commission d'appel d'offres sur l'offre retenue à titre provisoire s'impose. La personne responsable du marché attribue ensuite le marché au candidat proposé ou reprend les négociations.

Il est important d'attirer l'attention sur le fait qu'une procédure simplifiée infructueuse ne peut pas être suivie d'un marché négocié ; elle peut seulement être déclarée sans suite. En effet, selon l'article 35-I, peuvent être négociés après publicité préalable et mise en concurrence « les marchés qui après appel d'offres, n'ont fait l'objet d'aucune offre ou pour lesquels il n'a été proposé que des offres irrecevables ou inacceptables au sens de l'article 53. »

La personne responsable du marché notifie ensuite le marché au titulaire (pour les marchés des collectivités locales, après transmission au représentant de l'État pour contrôle de légalité) puis envoie pour publication, dans un délai de 30 jours à compter de cette notification, un avis d'attribution. Cet avis est publié dans le même support que celui qui a servi pour l'appel public à concurrence. L'arrêté du 28 août 2001 relatif à l'article 80 précise les mentions obligatoires devant figurer dans tous les avis d'attribution.

L'analyse de la procédure de mise en concurrence simplifiée révèle tout à la fois qu'elle permet d'instaurer un dialogue compétitif entre l'acheteur public et les candidats, mais que cette liberté s'accompagne aussi de fortes exigences de rigueur et de transparence à la charge de la personne responsable du marché. L'utilisation d'autres souplesses de gestion consacrées par le code des marchés publics, telles que la réduction des délais de consultation ou les marchés complémentaires, est également encadrée de manière stricte.

II – PROCÉDURES DÉROGATOIRES : LES RISQUES DE LA TENTATION

L'acheteur public peut être tenté d'utiliser les possibilités de recourir aux procédures dérogatoires autorisées par le code des marchés publics, notamment

dans un souci de réduction du calendrier de passation ou d'allègement de la charge de travail que représente la conduite d'une procédure formalisée. Toutefois les instances de contrôle, tant internes que juridictionnelles, interpréteront de manière particulièrement stricte le recours à de telles procédures afin d'éviter et, le cas échéant, de sanctionner tout dévoiement de celles-ci.

A – L'avis de pré-information

Alors même que dans un arrêt du 26 septembre 2000, la Cour de justice des communautés européennes³ a précisé que cette formalité de publicité n'est obligatoire qu'au cas de réduction des délais de consultation par le pouvoir adjudicateur, l'article 39 du code confère un caractère obligatoire à l'avis de pré-information communautaire à partir des seuils de publicité européenne: « *Au-delà du seuil de 750 000 eHT pour les fournitures et les services et de 5 000 000 eHT pour les travaux, les marchés font l'objet d'un avis de pré-information. Cet avis est adressé pour publication à l'Office des publications officielles des Communautés européennes par la personne responsable du marché* ». Aussi, en attendant de connaître la position du juge national, la prudence incite à recommander aux acheteurs publics d'accomplir cette formalité de pré-information.

B. Les marchés complémentaires

Ces marchés complémentaires, dont le montant est quantitativement limité, peuvent être passés sans publicité préalable et sans mise en concurrence. Ce caractère fortement dérogatoire justifie que le recours à ce type de marché réponde à des conditions strictes qui diffèrent selon qu'il s'agit de marchés complémentaires de fournitures ou de marchés complémentaires de services ou de travaux.

Les marchés complémentaires n'existaient dans l'ancien code des marchés publics que sous une forme exceptionnelle (article 388). Dorénavant les marchés complémentaires sont possibles quel que soit l'objet du contrat: travaux, fournitures ou services. Les marchés complémentaires sont des marchés négociés sans publicité et sans mise en concurrence dont les montants cumulés ne peuvent pas dépasser 33 % du marché principal (le marché initial et tous les avenants).

À la différence d'un avenant, un marché complémentaire est un nouveau marché qui n'est utilisable

que dans le cadre réglementaire très strict rappelé ci-dessous. Une distinction est opérée entre les marchés de fournitures et les marchés de travaux ou de services. Le recours à des marchés complémentaires de fournitures est soumis à 4 conditions relatives à :

- *L'accomplissement de formalités de publicité*

Il faut que le marché initial ait été conclu sur la base d'un appel d'offres avec publication au *Journal officiel* des Communautés européennes. À défaut, le montant cumulé du marché principal (marché initial + avenants) et des marchés complémentaires ne pourra pas excéder les seuils communautaires.

- *La motivation*

Les seules motivations admises pour justifier le recours au titulaire initial constituent une sorte de force majeure à connotation technique: il faut que le changement de fournisseur entraîne l'acquisition d'un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien excessives.

- *Leur objet*

Les marchés complémentaires sont exclusivement destinés à permettre un renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant; un complément de fournitures ou une extension d'installations existantes.

- *Leur durée*

Elle ne peut excéder 3 ans.

3 conditions subordonnent la légalité du recours à des marchés complémentaires de travaux ou de services :

- *L'accomplissement de formalités de publicité*

Le contrat de base doit avoir été conclu après mise en concurrence. La procédure de mise en concurrence simplifiée peut donc permettre à l'acheteur public de conserver la possibilité de conclure un marché complémentaire, sous réserve des obligations liées aux seuils.

- *La motivation*

Un marché complémentaire portant sur des travaux ou des services est légal dès lors qu'il est rendu nécessaire à la suite d'une circonstance imprévue.

- *Leur objet*

Le marché complémentaire doit être l'accessoire du marché principal, nécessaire à la réalisation de l'ouvrage ou à l'exécution du service faisant l'objet de celui-ci.

3. CJCE, 26 septembre 2000, *Commission contre France*, aff. C-225/98.

CONCLUSION

L'essentiel des évolutions présentes dans le nouveau code des marchés publics a déjà été décrit ⁴. Ainsi, comme le souligne Jérôme MICHON ⁵, l'ensemble des procédures de passation des marchés publics a été rénové à travers un relèvement du seuil maximal des achats sur factures ou mémoires, une redéfinition de la méthode de computation des seuils, un passage à un référentiel en euros hors taxe, et la création d'une nouvelle procédure dite de mise en concurrence simplifiée. Ces évolutions offrent aux acheteurs publics de nouvelles potentialités pour une meilleure efficacité de leurs achats, qu'il leur appartient de concrétiser dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique. Cette exigence de rigueur dans la conduite des procédures de passation, for-

malisées ou non, est la contrepartie des espaces de liberté ouverts aux acheteurs publics ; diligences dont ils doivent être capables de rendre compte tant auprès des instances de contrôle interne que, le cas échéant, devant les diverses juridictions (financière, administrative, pénale).

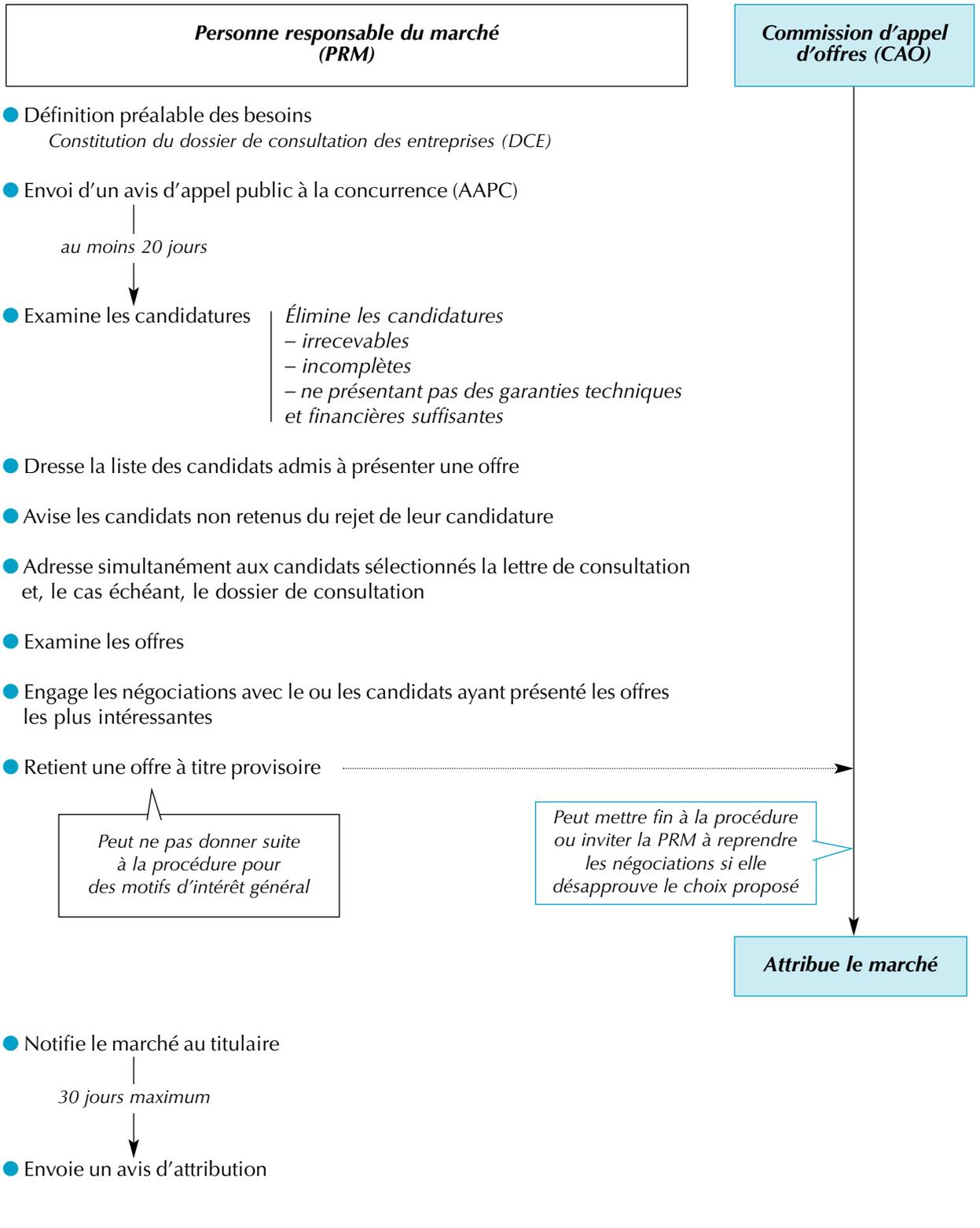
Élisabeth LEMIGNON

4. Voir notamment : circulaire du 30 août 2001, BO n° 32 du 6 septembre 2001 ; Christine MAUGÜÉ, « La réforme des procédures », BJCP 2001 n° 16, p. 195 ; Frédérique OLIVIER, « Le nouveau droit des marchés publics. Une lecture pratique », Droit administratif, juillet 2001, chron. p. 4.
5. « Marchés publics et délégations. À chaque seuil sa procédure et ses règles de publicité », Moniteur des travaux publics et du bâtiment, 21 septembre 2001, p. 96.

ANNEXE 1

PROCÉDURE DE MISE EN CONCURRENCE SIMPLIFIÉE (ARTICLE 28)
Collectivités locales (et EPLE)

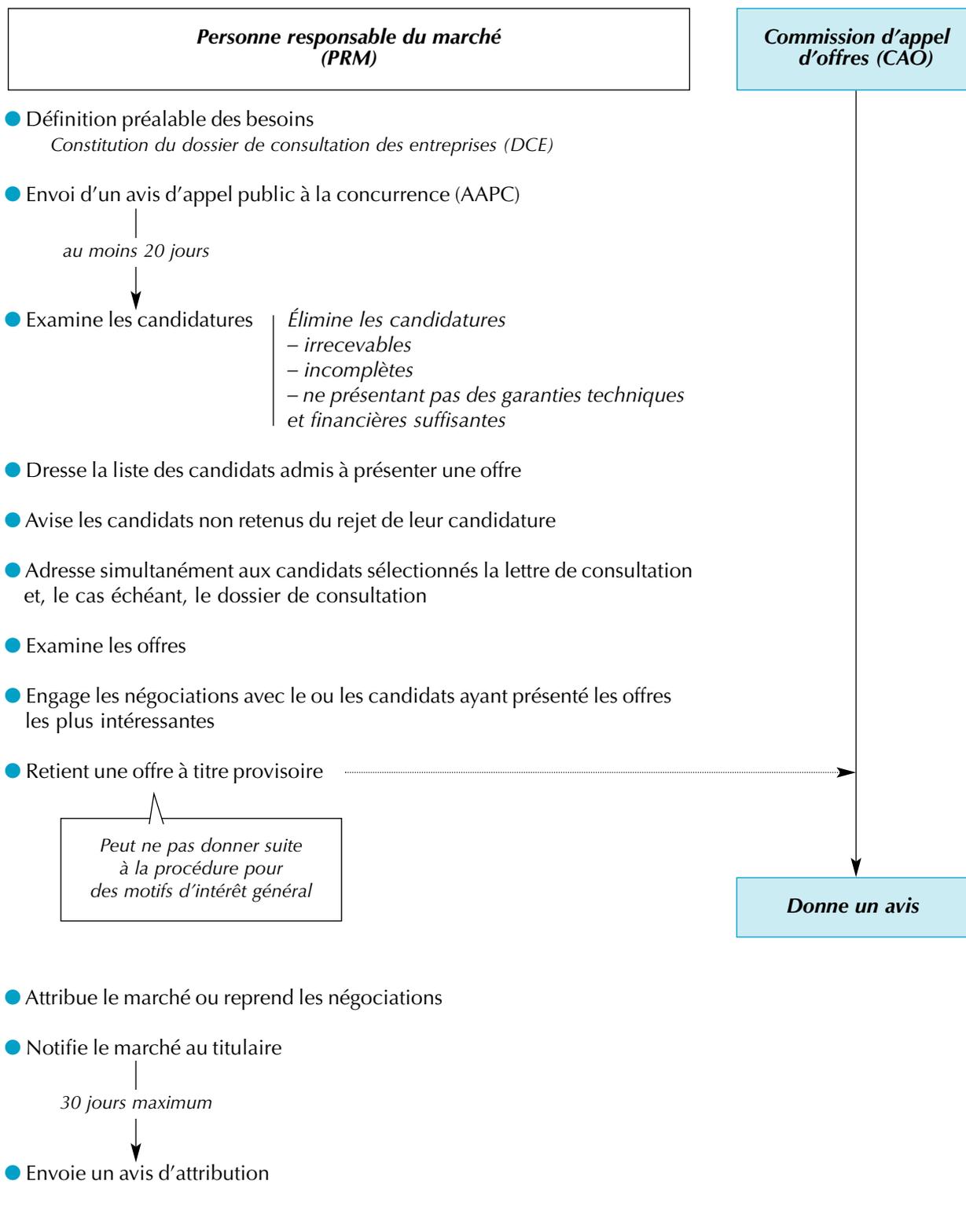
Seuil de 90 000 € HT à 200 000 € HT



ANNEXE 2

**PROCÉDURE DE MISE EN CONCURRENCE SIMPLIFIÉE (ARTICLE 28)
ÉTAT (et établissements publics de l'État)**

Seuil de 90 000 € HT à 130 000 € HT



ANNEXE 3

Tableau récapitulatif des textes réglementaires déjà parus et ceux dont la publication est attendue

Articles du CMP	Objet	Décret	Arrêté	Circulaire ou instruction	JO
	Instruction générale MINEFI			Instruction du 28/08/01	JO 08/09/2001 p. 14 385 Annexe p. 37351-37 434
	Précision sur l'étendue de la responsabilité du comptable/nomenclature	Décret			
	Modification du décret « Pièces justificatives » n° 2000-318 du 07-04-2000	Décret			
2	Marchés passés en vertu du mandat	Décret			
13	CCAG		Arrêtés		
17	Variation des prix	Décret n° 2001-738 du 23/08/01			JO 24/08/01 p. 13593
27	Nomenclature des fournitures et services				
30	Service juridique, sociaux et culturels	Décret n° 2001-806 du 07/09/01			JO 08/09/01 p. 14376
31	Décoration des constructions publiques	Décret			
42	Contenu du règlement de consultation		Arrêté du 28/08/01		JO 08/09/01 p. 14377
43	Liste des impôts et cotisations		Arrêté		
45	Liste des renseignements et justificatifs à fournir par les candidats		Arrêtés des 28/08/01 et 07/11/01		JO 08/09/01 p. 14382 et JO 15/11/01 p. 18176
46	Liste des administrations délivrant les documents fiscaux et sociaux		Arrêtés		
56	Conditions de dématérialisation des procédures	Décret n° 2001-846 du 18/09/01			JO 19/09/01 p. 14847
77	Conditions pour ne pas recourir à la CSM	Décret n° 2001-739 du 23/08/01			JO 24/08/01 p. 13593
80	Avis d'attribution		Arrêté du 28/08/01		JO 08/09/01 p. 14382
96	Fixation du délai global de paiement	Décret			
98 et 101	Intérêts moratoires	Décret	Arrêté		
100	Retenue de garantie		Arrêté		
104	Avance facultative (Défense)		Arrêté		
106 et 110	Cession et nantissement des créances	Décret			
119	CSM (État)	Décret n° 2001-739 du 23/08/01			JO 24/08/01 p. 13593
129-1	Contrôle du coût de revient (État)		Arrêté		
131	Comités consultatifs de règlement des litiges	Décret n° 2001-797 du 03/09/01			JO 05/09/01 p. 14230
132	Arbitrage	Décret			
133 et 134	Commission technique des marchés et groupe permanent des marchés		Arrêté du 28/08/01		JO 07/09/01 p. 14331
135	Observatoire économique de l'achat public		Arrêté		

L'INTERDICTION FAITE A UNE INSTITUTRICE MEMBRE DE L'ENSEIGNEMENT PUBLIC GENEVOIS DE PORTER LE FOULARD ISLAMIQUE DANS L'EXERCICE DE SES FONCTIONS

Décision de la Cour européenne des droits de l'Homme du 15 février 2001, n° 42393/98,
sur la requête de Mme Lucia DAHLAB contre la Suisse

À l'instar d'autres sociétés européennes sécularisées, le canton de Genève en Suisse romande a une législation cantonale genevoise du 6 novembre 1940 sur l'instruction publique, qui prévoit que des principes de neutralité et de laïcité s'appliquent à l'enseignement public, principes qui sont rappelés également par la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874. Ces principes constitutionnels et législatifs, dits républicains en France, obligent les enseignants des écoles publiques genevoises à être neutres et impartiaux à l'égard de toute religion dans l'exercice de leurs enseignements, indépendamment de leurs éventuelles convictions religieuses profondes, afin notamment de préserver les libertés de conscience et d'opinion des usagers de l'enseignement public. Ce sont ces obligations de neutralité et de laïcité des membres de l'enseignement public genevois, ainsi donc que l'obligation de réserve des fonctionnaires genevois qui en découle, qui ont été au centre de l'instance de l'affaire jugée le 15 février 2001 par la Cour européenne des droits de l'Homme, la requérante considérant que leur application blessait sa liberté d'opinion et de croyance religieuse qu'elle estimait être intangible.

En l'espèce, une enseignante suisse, titularisée en 1990 dans la fonction publique genevoise et s'étant convertie en 1991 à l'islam, se mit à porter un foulard islamique en classe à la fin de l'année scolaire 1990-1991. Bien que l'intéressée admît ultérieurement que le foulard islamique est « *un symbole religieux fort et qu'il présente un caractère directement reconnaissable pour des tiers* », sa démarche personnelle ne rencontra pas d'opposition formelle de la part des familles des élèves de l'école publique concernée, ni des autres enseignants et membres de la communauté éducative de l'école primaire de Châtelaine dans le canton de Genève. Les autorités en charge de l'enseignement primaire public dans le canton de Genève, qui à l'instar des autres cantons de la Confédération suisse doit pourvoir « *à l'instruction primaire, qui doit être suffisante et placée exclusivement sous la direction de l'autorité civile. Elle est obligatoire et, dans les écoles publiques, gratuite* » (cf. article 27 alinéa 2 de la Constitution de 1874 précitée), l'invitèrent cepen-

dant en 1996 à renoncer à porter le foulard islamique dans l'exercice de ses fonctions, ce port, constituant « *un modèle ostensible d'identification imposé par l'enseignante, de surcroît dans un système scolaire public et laïc* », étant en contradiction avec le respect des obligations de neutralité et de laïcité de l'enseignement public.

Saisi du recours formé par l'enseignante contre la décision de ses supérieurs hiérarchiques, le Conseil d'État de Genève rejeta en octobre 1996 sa requête aux motifs qu'un « *enseignant doit faire [...] sien tant les objectifs assignés à l'école publique que les obligations imposées aux autorités scolaires, y compris la stricte obligation de neutralité confessionnelle [...]. La tenue vestimentaire [...] représente [...], indépendamment même de la volonté de la recourante, le vecteur d'un message religieux, d'une manière en l'occurrence suffisamment forte [...] pour quitter la sphère purement personnelle de la recourante et rejaillir sur l'institution que cette dernière représente, à savoir l'école publique* ».

Toujours convaincue que cette interdiction de port du foulard était une atteinte au « *noyau intangible de sa liberté de religion* », l'enseignante porta l'affaire devant le tribunal fédéral suisse, siégeant à Lausanne, qui rejeta également son recours, en novembre 1997, en considérant notamment que cette interdiction ne portait pas grief à la liberté de l'enseignante de manifester sa religion ou sa conviction qu'elle tire des stipulations de l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Ayant ainsi épuisé toutes ses voies de recours interne, la requérante entreprit de contester l'interdiction en cause, en tant notamment qu'elle était confirmée par la juridiction fédérale suisse, devant la Cour européenne des droits de l'Homme, sise à Strasbourg, en fondant son recours sur la méconnaissance par les autorités cantonales genevoises des stipulations des articles 9 et 14 de la Convention européenne précitée. L'alinéa 1^{er} l'article 9 stipule que « *toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de*

religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites ». Son alinéa 2 admet cependant que la liberté de manifester sa religion ou ses convictions puisse être tempérée dans des cas prévus par la loi, qui, s'avérant nécessaire dans une société démocratique, doivent poursuivre l'un des buts légitimes énumérés : « La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

L'article 14 stipule enfin que « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention, doit être assurée, sans distinction, aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

Sur le premier grief, la violation de la liberté de religion garantie à l'alinéa 1^{er} de l'article 9, la Cour considère que les griefs de la requérante sont mal fondés au motif que les conditions de restriction ou limitation de cette liberté, prévues à l'alinéa 2, étaient remplies. Dans un premier temps, la Cour rappelle sa jurisprudence en vertu de laquelle « la liberté de pensée, de conscience et de religion, qui se trouve consacrée à l'article 9 de la Convention, représente l'une des assises d'une société démocratique au sens de la Convention », qui précisait également que « si la liberté religieuse relève d'abord du for intérieur, elle implique de surcroît, notamment, celle de manifester sa religion. Le témoignage, en paroles et en actes, se trouve lié à l'existence de convictions religieuses » (cf. arrêt KOKKINAKIS c/ Grèce du 25.05.1993 ; arrêt OTTO-PRE-MINGER Institut c/ Autriche du 20.09.1994). Elle rappelle également que « dans une société démocratique, où plusieurs religions coexistent au sein d'une même population, il peut se révéler nécessaire d'assortir cette liberté de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun » (cf. arrêt KOKKINAKIS précité).

Il restait donc à la Cour à examiner si les conditions de limitation à la liberté de religion étaient remplies en l'espèce au regard de l'alinéa 2 de l'article 9. La première condition est l'existence, avec les termes « prévues par la loi », d'une base légale à ces restrictions, qui dans cette affaire est la réunion des dispo-

sitions constitutionnelles de 1874 et des dispositions législatives de 1940. La Cour considéra que les dispositions de la loi de 1940, qui prévoient, d'une part, que l'enseignement public garantit le respect des convictions politiques et confessionnelles des élèves et des parents et, d'autre part, que les fonctionnaires doivent être « laïques » et qu'il ne peut être dérogé à cette disposition que pour le corps enseignant universitaire, étaient suffisamment accessibles et précises pour permettre aux enseignants intéressés de régler leur conduite.

La première condition, celle d'une base légale, étant remplie, la Cour estima ensuite que la mesure incriminée satisfaisait à la deuxième condition qui est celle des buts légitimes poursuivis par la mesure critiquée prise sur un fondement légal, en étant « d'avis que la mesure poursuivait des buts légitimes au sens de l'article 9 § 2 : la protection des droits et libertés d'autrui, la sécurité publique et la protection de l'ordre ».

Prise sur une base légale, poursuivant des buts légitimes, l'interdiction incriminée devait également satisfaire à la condition de « mesure nécessaire dans une société démocratique ». Sur ce point, faisant toujours œuvre de pédagogie, la Cour européenne rappelle sa jurisprudence aux termes de laquelle il est laissé aux États contractants à la Convention de 1950 « une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence et de l'étendue de la nécessité d'une ingérence » mais que cette marge d'appréciation « va de pair avec un contrôle européen (celui de ladite Cour) portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La tâche de la Cour consiste à rechercher si les mesures prises au niveau national se justifient dans leur principe, c'est-à-dire si les motifs invoqués pour les justifier apparaissent pertinents et nécessaires, et sont proportionnées au but légitime poursuivi » (cf. arrêt Sunday Times c/ Royaume-Uni du 26.11.1991). Pour statuer sur ce dernier point, la Cour met en balance les exigences de la protection des droits et libertés d'autrui avec le comportement reproché au requérant et, dans l'exercice de son contrôle juridictionnel, prend en considération l'ensemble des décisions déjà prises par les juridictions internes sur la base de l'ensemble du dossier (cf. arrêt KOKKINAKIS précité). Appliquant ces principes à l'espèce, à partir d'un raisonnement juridique qui est celui du syllogisme, et « mettant (ainsi) en balance le droit de l'enseignant de manifester sa religion et la protection de l'élève à travers la sauvegarde de la paix religieuse, la Cour estime que dans les circonstances données et vu surtout le bas âge des enfants dont la requérante avait la charge en tant que représentante de l'État, les autorités genevoises n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation et que donc la mesure qu'elles ont prise n'était pas déraisonnable. À la lumière de ces consi-

dérations et de celles développées par le tribunal fédéral dans son arrêt du 12.11.1997, la Cour est d'avis que la mesure litigieuse s'analyse en une mesure justifiée dans son principe et proportionnée à l'objectif de protection des droits et libertés d'autrui, de l'ordre et de la sécurité publique. En conséquence, la Cour est d'avis que l'interdiction faite à la requérante de porter le foulard dans le cadre de son activité d'enseignement constituait une mesure nécessaire dans une société démocratique ».

Avant d'évoquer brièvement le second grief invoqué par la requérante, on peut ici revenir à la notion de « société démocratique » au sens de la Convention, qui concerne des sociétés occidentales sécularisées au terme d'un processus historique de distinction des pouvoirs spirituels et temporels et donc d'une séparation des Églises et de l'État. Le tribunal fédéral suisse rappela lui-même cette séparation en précisant dans son arrêt de 1997 que « le canton de Genève a opté pour une nette séparation de l'Église et de l'État qui se traduit notamment par une laïcité marquée de l'enseignement public » et donc une obligation de neutralité confessionnelle de l'enseignement public à l'égard de ses usagers, qui concerne toutes les religions des résidents du canton de Genève. Au demeurant, le tribunal fédéral nota qu'il était « difficilement concevable d'interdire la pose du crucifix dans une école publique et d'admettre que les maîtres portent eux-mêmes des symboles religieux forts, peu importe de quelle confession ». S'agissant ensuite de « buts légitimes poursuivis », on peut penser que, plus que ceux de « l'ordre et de la sécurité publique » invoqués également par la Cour alors même que la démarche de l'enseignante n'avait rencontré aucun obstacle de 1991 à 1996, ni n'avait été le motif de troubles à l'ordre public se traduisant par exemple par des affrontements confessionnels, c'est celui de la protection des droits et libertés d'autrui, en l'espèce des élèves et de leurs familles, qui semble justifier le plus la mesure incriminée dans une société pacifiée au regard du legs de ses affrontements religieux passés. La contrepartie des obligations de neutralité et de laïcité qui pèsent sur le service public de l'éducation genevois, et en conséquence sur les fonctionnaires qui en sont membres et doivent ainsi respecter une obligation de réserve, est le droit des usagers de ce service public à recevoir un enseignement neutre et laïc afin que ne soit pas blessée leur propre liberté de conscience ou de croyance. Le tribunal fédéral l'admit lui-même en précisant que l'article 27 alinéa 3 de la Constitution fédérale, aux termes duquel « les écoles publiques doivent pouvoir être fréquentées par les adhérents de toutes les confessions, sans qu'ils aient à souffrir d'aucune façon dans leur liberté de conscience ou de croyance », est le corollaire de la liberté de conscience et de croyance de chacun, qui doit être d'autant plus protégée lorsque les usagers

du service public en cause sont des personnes susceptibles d'être influençables tels les élèves dont les enseignants, « même par leur comportement, (...) peuvent avoir une grande influence sur leurs élèves ; ils représentent un modèle auquel les élèves sont particulièrement réceptifs, en raison de leur jeune âge, de la quotidienneté de la relation, à laquelle ils ne peuvent en principe se soustraire, et de la nature hiérarchique de ce rapport. En fait l'enseignant est détenteur d'une part de l'autorité scolaire et représente l'État, auquel son comportement doit être imputé. Il est donc spécialement important qu'il exerce ses fonctions, c'est-à-dire transmette des connaissances et développe des aptitudes, en restant confessionnellement neutre » (cf. considérants de l'arrêt du tribunal fédéral suisse de 1997). Mais le souci de préserver la paix confessionnelle, et donc l'ordre et la sécurité publique, était également dans une certaine mesure l'un des buts poursuivis par la mesure incriminée, dans un pays qui à l'instar d'autres pays européens a connu dans son histoire des antagonismes religieux rejaillissant sur la paix civile (cf. histoire des oppositions catholique et protestante internes aux cantons suisses ou opposant des cantons) et dont la Constitution alloue notamment à la Confédération le but de maintenir la tranquillité et l'ordre intérieur (cf. article 2 de la Constitution). En définitive, c'est le tribunal fédéral qui, une fois encore, explicite le plus complètement les divers buts poursuivis par l'interdiction critiquée, en les réunissant par un considérant qui, rappelant sa jurisprudence fédérale constante, précise que : « Finalement, la laïcité de l'État se résume en une obligation de neutralité, de s'abstenir, dans les actes publics, de toute considération confessionnelle ou religieuse susceptible de compromettre la liberté des citoyens dans une société pluraliste. En ce sens, elle vise à maintenir la liberté de religion des citoyens, mais aussi à maintenir, dans un esprit de tolérance, la paix confessionnelle ». Derrière les principes de neutralité et de laïcité apparaissent donc en filigrane des préoccupations de paix civile tout autant que de respect des croyances et religions personnelles des citoyens et usagers des services publics.

S'agissant enfin du second grief formulé par la requérante, à savoir la violation des stipulations de l'article 14 de la Convention européenne, l'intéressée argua que l'interdiction en cause constituait une discrimination en raison du sexe dans la mesure où un homme de confession musulmane pourrait enseigner à l'école publique sans encourir d'interdiction d'une quelconque nature, alors qu'une femme d'une semblable confession doit renoncer à sa pratique religieuse pour pouvoir enseigner. À propos de ce grief, la Cour européenne des droits de l'Homme rappelle tout d'abord sa jurisprudence relative à l'article 14 précité, aux termes de laquelle l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objec-

tive et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables et qui considère qu'une distinction est discriminatoire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport entre les moyens employés et le but visé. La Cour rappelle également que « *la progression vers l'égalité des sexes constitue aujourd'hui un objectif important des États membres du Conseil de l'Europe. Partant, seules des raisons très fortes peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée sur le sexe* ». En l'espèce, relevant d'une part, que l'interdiction faite à l'enseignante de ne pas revêtir, dans le seul cadre de son activité professionnelle, le foulard islamique, ne visait pas son appartenance au sexe féminin, mais poursuivait le but légitime du respect de la neutralité de l'enseignement primaire public et, d'autre part, qu'une telle mesure pouvait également s'appliquer à un homme revêtant ostensiblement, dans les mêmes circonstances, les habits propres à une autre confession, la Cour en déduisit qu'il ne pouvait s'agir en l'espèce d'une discrimination fondée sur le sexe et rejeta en conséquence ce grief comme étant également mal fondé.

NB: *À propos de la question de la laïcité des enseignants et autres membres de l'enseignement public français, il est rappelé aux lecteurs que la Lettre d'Information Juridique n° 48/2000 a publié, in extenso, les conclusions que M. Rémy SCHWARTZ, commissaire du Gouvernement au Conseil d'État, a rendues sur une demande d'avis présentée au Conseil d'État par un tribunal administratif et relatives à un contentieux d'un licenciement d'une surveillante d'externat motivé par le port du foulard islamique durant l'exercice de ses fonctions. Dans son avis n° 217017 du 3 mai 2000, publié au Journal officiel de la République française du 23 juin 2000, la haute juridiction fut d'avis que « le fait pour un agent du service de l'enseignement public de manifester dans l'exercice de ses fonctions ses croyances religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son appartenance à une religion, constitue un manquement à ses obligations ».*

Philippe DHENIN

TEXTES OFFICIELS

● Cotisations professionnelles à caractère parafiscal – Métiers du bâtiment et des travaux publics

Décret n° 2001-981 du 25 octobre 2001 modifiant le décret n° 98-67 du 4 février 1998 relatif à la cotisation professionnelle à caractère parafiscal destinée aux formations initiales dans les métiers du bâtiment et des travaux publics
JORF du 28 octobre 2001, p. 17014

Jusqu'à présent ces cotisations étaient exclusivement destinées à financer la formation professionnelle initiale dans les métiers du bâtiment et des travaux publics. Désormais, avec l'entrée en vigueur du décret en Conseil d'État du 25 octobre 2001, une fraction des cotisations professionnelles à caractère parafiscal versées par les entreprises de 10 salariés ou plus sera affectée à la formation continue des salariés de ces entreprises. Il convient de mentionner que l'article 63 de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances prévoit la disparition des taxes parafiscales créées et perçues en application de l'article 4 de l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959. La perception de ces taxes est toutefois prorogée jusqu'au 31 décembre 2003.

Ces évolutions concernent notamment le ministère de l'éducation nationale puisque 3 taxes parafiscales sont perçues par des organismes de formation exerçant des activités de formation initiale : le Comité central de coordination de l'apprentissage du bâtiment et des travaux publics (CCCA-BTP) ; l'Association nationale pour la formation automobile (ANFA) ; l'Association pour le développement de la formation professionnelle dans les transports (AFT).

Une réflexion est actuellement menée afin de définir un nouveau mode de financement destiné à remplacer ces ressources à caractère parafiscal.

● Baccalauréat professionnel – Règlement général

Décret n° 2001-982 du 25 octobre 2001 modifiant le décret n° 95-663 du 9 mai 1995 portant règlement général du baccalauréat professionnel
JORF du 28 octobre 2001 p. 17014

Les modifications apportées au décret du 9 mai 1995 portent sur 3 points.

1. La durée de la formation par la voie de l'apprentissage

La loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail a fixé la durée

légal du travail effectif des salariés à 35 heures par semaine. Cette disposition s'applique aux apprentis préparant le baccalauréat professionnel, aussi bien lorsqu'ils sont en entreprise que lorsqu'ils sont en centre de formation puisque, aux termes de l'article L. 117 bis-2 du code du travail, leur temps de formation est assimilé à du temps de travail. Aussi, afin de préserver l'équilibre de l'alternance, la durée nécessaire à la préparation du baccalauréat professionnel dispensée en centre de formation d'apprentis a-t-elle été ramenée de 1 500 heures à **1 350 heures**.

2. Les dispenses d'épreuves

Désormais, selon l'article 22 du décret du 9 mai 1995, les dispenses d'épreuves, au titre d'un autre diplôme (article 20) ou au titre de la validation des acquis professionnels (article 21), peuvent porter sur **la totalité** des épreuves ou unités du diplôme du baccalauréat professionnel. Il convient de rappeler que pour les diplômes de niveau V, un candidat pouvait déjà obtenir dans sa totalité un CAP ou un BEP par le cumul des dispenses. Cette disposition anticipe la modification de la loi n° 92-678 du 20 juillet 1992 relative à la validation d'acquis professionnels ; modification au terme de laquelle un diplôme pourra être obtenu entièrement par le biais de cette procédure.

3. Les modalités d'évaluation à l'examen

Dans les formations professionnelles, le contrôle en cours de formation permet de mieux évaluer les acquis du candidat que ne le ferait une épreuve ponctuelle en fin de formation. Aussi, l'article 23 du nouveau dispositif prévoit-il sur les 7 épreuves obligatoires que comporte l'examen :

- pour les candidats par la voie scolaire dans un établissement public ou privé sous contrat, par la voie de la formation professionnelle continue dans un établissement public, ou par la voie de l'apprentissage dans un centre de formation d'apprentis ou une section d'apprentissage : un minimum de 3 épreuves et un maximum de 6 épreuves évaluées par contrôle en cours de formation ;
- pour les candidats de la formation professionnelle continue en établissement public habilité, une évaluation intégrale par contrôle en cours de formation. L'unique épreuve ponctuelle disparaît donc.

L'entrée en vigueur de ces dispositions est prévue selon le calendrier suivant : à la rentrée de septembre 2001 en ce qui concerne la durée de la formation par la voie de l'apprentissage ; à la session de juin 2002 pour les deux autres modifications.

● Prise en charge des prestations en nature de l'assurance maladie aux mineurs victimes de sévices sexuels réprimés par le code pénal

Décret n° 2001-833 du 13 septembre 2001 fixant les modalités de suppression de la participation de l'assuré au titre des frais de soins consécutifs aux sévices sexuels subis par des mineurs et modifiant le code de la sécurité sociale
JORF du 15 septembre 2001, p. 14700-14701

L'article R. 322-9 du code de la sécurité sociale est complété pour permettre la suppression de la participation de l'assuré aux tarifs servant au calcul des prestations en nature de l'assurance maladie, dans les conditions définies par les nouvelles dispositions, pour les soins consécutifs aux sévices sexuels subis par les mineurs victimes d'actes prévus et réprimés par les articles 222-23 à 222-32 et 227-22 à 227-27 du code pénal, à compter de la date présumée de commission des faits.

● **Étudiant étranger – Visa scientifique**

Arrêté du 19 septembre 2001 pris en application de l'article 7-8 du décret n° 46-1574 du 30 juin 1946 modifié réglementant les conditions et de séjour en France des étrangers :
JORF du 19 octobre 2001, p. 16491-16493

La loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour en France et au droit d'asile a introduit au sein de l'ordonnance du 2 novembre 1945 un nouveau titre de séjour temporaire portant la mention « visa scientifique ».

L'article 7-8 du décret n° 46-1574 du 30 juin 1946 précise le régime juridique de ce titre et prévoit l'édiction d'un arrêté pour définir les modalités d'agrément des établissements exerçant à titre principal une activité d'enseignement supérieur ou de recherche, souhaitant accueillir en leur sein des chercheurs ou des enseignants chercheurs étrangers sous couvert de ce titre.

Tel est l'objet de l'arrêté du 19 septembre 2001 qui définit 3 régimes juridiques distincts en fonction de la nature juridique de l'établissement sollicitant l'agrément :

- sont agréés de plein droit et sans condition de durée les établissements publics à caractère scientifique et technologique et les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel ainsi que les groupements d'intérêt public créés en application de l'article L. 719-11 du code de l'éducation ;
- sont agréés sans condition de durée, sous réserve que leur objet principal comporte l'exercice d'une activité d'enseignement supérieur ou de recherche et qu'ils figurent sur la liste annexée au présent arrêté, les établissements publics et privés administratifs, industriels et commerciaux, les établissements reconnus d'utilité publique, les organismes créés par une conven-

tion internationale. Cette liste peut être complétée par arrêté du ministre chargé de l'enseignement supérieur ou du ministre chargé de la recherche, selon l'activité principale des organismes concernés, pris sur avis conforme du ministre de l'intérieur ;

- les établissements privés exerçant à titre principal une activité de recherche ou d'enseignement supérieur, autres que ceux mentionnés précédemment, adressent leur demande d'agrément au ministre chargé de l'enseignement supérieur ou au ministre chargé de la recherche, selon l'activité principale qu'ils exercent.

ARTICLES DE REVUES

● **Sanction administrative – Pouvoir législatif – Contrôle du juge – Garantie – Droits de l'Homme**

La revue *L'actualité juridique droit administratif* vient de publier un numéro spécial daté du 20 octobre 2001 consacré aux sanctions administratives. Les articles réunis dans ce numéro émanent pour une part essentielle des travaux et réflexions menés lors d'un colloque organisé les 2 et 3 avril 2001 à l'initiative de la direction des libertés publiques du ministère de l'intérieur en collaboration avec l'Institut d'études politiques de Paris et l'université Paris I ainsi que d'études ultérieures entreprises à l'issue de ce colloque.

Ce numéro spécial présente un état complet de ce que sont les sanctions administratives dans le droit français, les mutations en cours et les perspectives à moyen terme.

À cet égard, on notera l'article introductif de Jean-Marc SAUVÉ, conseiller d'État, secrétaire général du Gouvernement, intitulé « Les sanctions administratives en droit public français, état des lieux, problèmes et perspectives » qui, après avoir brossé l'historique du droit en la matière, démontre l'émergence des autorités administratives indépendantes et leurs atouts. Il développe les pouvoirs du législateur, l'accroissement du contrôle du juge administratif et du juge constitutionnel, ainsi que l'importance croissante de la jurisprudence issue de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Enfin, il analyse les modes de sanction les plus pertinents qui concilient les contraintes juridiques et la préservation de l'efficacité, et réfléchit à la meilleure stratégie de répression en cas d'infraction.

S'agissant de l'influence croissante de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit des sanctions administratives, on lira avec intérêt l'article de Jean-Claude BONICHOT, conseiller d'État, professeur associé à

L'université Paris (Panthéon-Sorbonne) intitulé « Les sanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l'Homme, de la prévention pour les adaptations à l'adaptation préventive », ainsi que l'article de Marcel POCHARD, conseiller d'État, rapporteur général de la section des études et du rapport du Conseil d'État, intitulé « Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction ».

On portera également une attention particulière à l'analyse faite par Maryse DEGUERGUE, professeure à l'université Paris I, des rapports entre les sanctions administratives et la responsabilité tant des personnes sanctionnées que des autorités sanctionnant.

Enfin, on soulignera l'intérêt qui s'attache à lire l'article d'Emmanuelle MIGNON, maître de requêtes au Conseil d'État, maître de conférences à l'institut d'études politiques de Paris, dans la mesure où elle développe les garanties accordées aux administrés tirées de la Constitution et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, équilibre nécessaire aux sanctions de l'administration. Elle pose la question de savoir jusqu'où il faut « pénaliser » le droit des sanctions administratives.

La synthèse des travaux auxquels a donné lieu ce colloque des 2 et 3 avril derniers se lira dans le rapport général présenté par Jacques QUASTANA, sous-directeur des libertés publiques et de la police administrative au ministère de l'intérieur intitulé « La sanction administrative est-elle encore une décision de l'administration? ».

La variété et la richesse des articles publiés dans ce numéro spécial de l'AJDA en font un document de référence sur les sanctions administratives en droit français.

*AJDA, n° spécial du 20 octobre 2001.
Droit administratif – Les sanctions administratives
– Actualité et perspectives.*

● Loi de finances

Dans cet article l'auteur montre comment cette loi renouvelle la démocratie politique par l'intégration dans son mode de fonctionnement de techniques sophistiquées de gestion des fonds publics, mais plus largement par une conception gestionnaire et économique de la prise de décision financière modifiant ainsi le sens et la philosophie du droit public financier. Il en est ainsi de la présentation des crédits par objectifs, du développement de la notion de programme, de l'introduction d'une nouvelle catégorie de

crédits nommée dotation, du renforcement de la pluriannualité budgétaire et de la normalisation du rôle du Parlement dans le contrôle et l'évaluation des crédits.

L'auteur analyse, par ailleurs, les modifications profondes portées par ce texte au pouvoir du Parlement, du gouvernement et des administrations dans l'élaboration et l'exécution du budget. Les dispositifs prévus annoncent une évolution orientée vers une plus grande maîtrise de la gestion publique.

Enfin il présente l'échéancier de la mise en œuvre de cette loi organique.

*AJDA, n° 10 du 20 octobre 2001
Actualité législative – La loi organique du
1^{er} août 2001 relative aux lois de finances
BOUVIER Michel, professeur à l'université Paris I,
directeur du Groupement européen de recherches
en finances publiques (GIS-GERFIP) publiée à
l'AJDA un article consacré à la loi organique du
1^{er} août 2001 (JO, 2 août 2001, p. 12480).*

● Propriété intellectuelle – Marchés publics

Constatant que de nombreux marchés publics sont susceptibles de faire naître des droits de propriété intellectuelle, notamment les marchés qui portent sur la réalisation de campagnes publicitaires, la conception de sites internet ou la création de chartes graphiques, l'auteur de cette chronique fait observer que la procédure même de passation d'un marché public comporte des risques d'atteinte à la propriété intellectuelle. Il montre ainsi qu'au cours de la procédure de l'appel d'offre sur performance, la personne publique a la faculté de modifier le cahier des charges, ce qui peut conduire à communiquer à tous les candidats des éléments originaux provenant d'une offre.

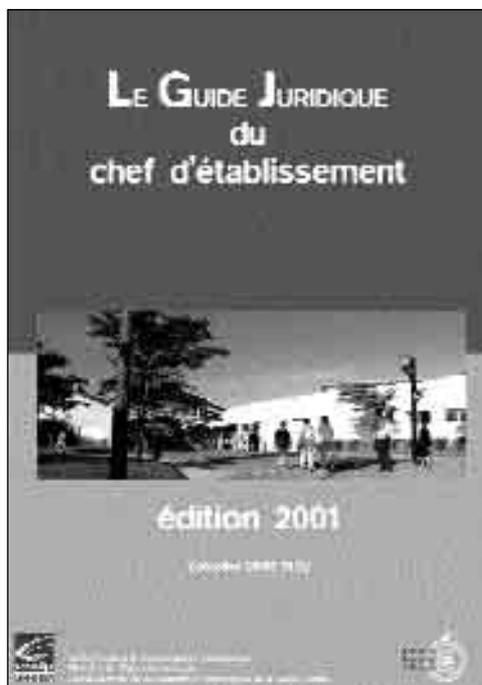
Elle relève également que les cahiers des clauses administratives générales sont parfois en contradiction avec le droit de la propriété intellectuelle. C'est le cas notamment du CCAG – Prestations intellectuelles pour les études, qui permet à l'administration d'exploiter l'œuvre créée dans le cadre du marché ou de la modifier, en contradiction avec l'article L.122-4 du code de la propriété intellectuelle, l'acquisition du support matériel n'emportant pas celle des droits intellectuels.

L'auteur, qui s'efforce donc de sensibiliser les acheteurs publics, reconnaît néanmoins que le contentieux en la matière est très limité.

*LABBOUZ Corinne. Chargée d'enseignement à
l'université de Paris XII et à l'ESC Bordeaux.
Legipresse, n° 185, octobre 2001, p. 124-129.*

OUVRAGES

● Guide juridique du chef d'établissement



L'édition 2001 du *Guide juridique du chef d'établissement* réalisée par la direction des affaires juridiques vient de paraître. Complétée et actualisée, elle présente sous forme de fiches synthétiques et pratiques les principales questions juridiques auxquelles sont confrontés les chefs d'établissement. Cette 2^e édition prend en compte la codification des lois, l'actualisation de la réglementation et de la jurisprudence; elle est enrichie d'un index général qui complète l'ouvrage.

Le Guide juridique du chef d'établissement est édité par le CRDP d'ORLÉANS-TOURS, dans la collection du « Livre bleu des personnels de direction ».

La version internet du guide est disponible sur le site <http://www.education.gouv.fr>.

Ministère de l'éducation nationale, direction des affaires juridiques. Guide juridique du chef d'établissement. CRDP d'Orléans-Tours, 2001, 2^e édition, 388 p.

INTERNET: Sites juridiques signalés

Sont signalés ci-après les principaux sites qui nous semblent les plus utiles pour la recherche d'informa-

tion juridique. Une veille est organisée pour repérer les nouveaux sites juridiques intéressants. Leur adresse est alors publiée dans la *Lettre*.

Protection des mineurs

<http://www.internet-mineurs.gouv.fr>

Ce site institutionnel, créé par 4 ministères (justice, intérieur, défense, et enfance, famille, personnes handicapées) a été lancé le 9 novembre 2001. Il a pour objectif la protection des mineurs sur internet en invitant les internautes à signaler les sites à caractère pédophile. Ce site réunit aussi toutes les informations utiles sur le dispositif législatif et réglementaire, les procédures de signalement, et donne des conseils aux parents et aux enfants. La France est le premier pays de l'Union européenne à mettre en ligne un tel site qui est placé auprès de l'Office central de lutte contre les crimes liés aux nouvelles technologies de l'information et de la communication.

Jurisguide

<http://www.ccr.jussieu.fr/urfist/jurisguide/accueil.htm>

Le Jurisguide s'adresse aux étudiants en sciences juridiques mais il peut également être très utile aux praticiens, aux documentalistes ou aux formateurs intervenant dans ces domaines. Conçu en réseau, le Jurisguide fait partie des projets pédagogiques sélectionnés par le serveur Formist, mis en place à l'initiative du ministère de l'éducation nationale. Sur ce site, un index des ressources documentaires, les incontournables, des outils de références et autres ressources : bibliographie, glossaires, lexiques...

Revue de l'actualité juridique française

<http://www.rajf.org/>

Ce site donne en accès gratuit aux internautes juristes un ensemble de documents juridiques touchant principalement au droit public français. Des actualités quotidiennes, des articles de doctrine, des conclusions de commissaires du Gouvernement, arrêts et décisions sont disponibles sur les pages du site. Possibilité de s'abonner à la liste de diffusion.

DECITRE

<http://www.decitre.fr>

Un site privé, propose gratuitement sur le net plus de 500 000 titres d'ouvrages référencés avec plus de 100 thèmes. Le thème droit public est bien fourni, et les dernières parutions mentionnées. Un service Vigilibris gratuit, vous offre la possibilité de réaliser une veille spécifique en droit administratif et vous informe par mail de la parution des nouveaux ouvrages sur le thème.

Lettre d'Information Juridique

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

La **LJ** est vendue au numéro au prix de 3,90 € (25,58 F)

- 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 13 75 89 - Fax : 01 60 60 00 80

BULLETIN D'ABONNEMENT **LJ**

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	29 € (190,23 F)	34 € (223,03 F)	

(Tarifs valables jusqu'au 31 juillet 2002)

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**

(janvier 2002)

**Conclusions du commissaire du Gouvernement,
François SÉNERS, sur la décision rendue par l'Assemblée
du contentieux du Conseil d'État le 26.10.2001,
sur la requête de M. TERNON, concernant le régime
jurisprudentiel du retrait des actes administratifs
créateurs de droit**

Le portail de l'éducation :

<http://www.education.fr>

755 C0285



9 771265 673001 01057