

N° 366791
M. et Mme B...

4ème et 5ème sous-sections réunies
Séance du 20 novembre 2013
Lecture du 16 décembre 2013

CONCLUSIONS

Mme Gaëlle DUMORTIER, rapporteur public

1- Les époux B... ont souhaité inscrire leur fille Saphya au Centre national d'enseignement à distance sous le régime dit « réglementé ». Ce régime, prévu par les articles L. 131-2 et R. 426-2 du code de l'éducation, est celui par lequel le Centre national d'enseignement à distance assure l'instruction obligatoire des enfants qui ne peuvent être scolarisés dans une école ou dans un établissement scolaire et il est donc gratuit, contrairement aux autres régimes dont l'article R. 426-2-1 permet qu'ils donnent lieu à la perception de droits.

Le même article R. 426-2-1 prévoit que la décision d'inscription à ce régime gratuit est prise par le directeur général du centre au vu d'un dossier défini par arrêté du ministre chargé de l'éducation nationale et, en ce qui concerne les élèves relevant de l'instruction obligatoire, sur avis favorable de l'inspecteur d'académie. La procédure serait d'une grande banalité si le ministre n'avait précisé dans son arrêté du 27 juillet 2009 que l'avis favorable de l'inspecteur d'académie doit figurer au dossier de demande déposé par la famille. Autrement dit, c'est aux familles qu'il incombe de le recueillir et une demande déposée sans cet avis favorable peut être regardée comme irrecevable.

Les époux B..., ayant reçu un avis défavorable de l'inspecteur d'académie du Rhône, en ont demandé l'annulation au tribunal administratif de Lyon. Celui-ci a alors soulevé d'office la question de la recevabilité d'un recours directement dirigé contre cet avis de l'inspecteur d'académie et il vous saisit d'une demande d'avis sur ce point, s'interrogeant « *eu égard aux modalités de constitution du dossier d'inscription* » vous précise-t-il, sur la possibilité de le regarder « *comme un refus de proposition faisant grief, voire comme une véritable décision négative, susceptibles comme tels de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir* ».

2- Vous pourrez admettre que cette demande d'avis remplit les conditions de nouveauté, de difficulté et de quantité posées par l'article L. 113-1 du code de justice administrative.

3- La jurisprudence sur les avis faisant ou non grief est qualifiée par le président Odent dans son cours (p. 991) d' « *assez subtile* » mais de « *très réaliste* », la ligne de partage entre ce qui fait et ce qui ne fait pas grief étant à ses yeux à rechercher dans la prise en compte par le juge des voies de droit ouvertes aux intéressés.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

3.1- Le principe est que les avis ne font pas grief, comme les mesures préparatoires en général et parce que ce sont des mesures préparatoires. Il serait à la fois prématuré et inutile d'attaquer dès ce stade une mesure qui n'a pour objet que de préparer une décision qui interviendra au terme d'une procédure non encore achevée. Prématuré parce que, le plus souvent, l'avis ne lie pas son destinataire, ni quant au contenu ni même quant à la nécessité de prendre une décision, et le grief n'est donc encore qu'éventuel. Inutile parce que la décision que l'avis a pour objet de préparer sera, pour sa part, susceptible de recours et que les intéressés pourront toujours et à toute époque invoquer, à l'appui de leur recours contre cette décision finale, l'irrégularité d'une des phases de la procédure, y compris le vice propre de l'avis (9 janvier 1952 *V...* p. 22) et quel que soit le sens de la décision finale (assemblée 26 octobre 200, *E...* n° 216471 p. 495).

Vos décisions s'appuient régulièrement sur l'un ou l'autre de ces motifs pour juger qu'un avis ne fait pas grief : soit qu'il ne lie pas l'autorité administrative, qu'il ne s'impose pas à elle (31 janvier 1990 *R...* n° 91644 aux Tables p. 910 ; 16 février 2001 *société Solvay Pharma* et 21 novembre 2001 *société Nexstar Pharmaceutique* n° 202616 aux Tables p. 1079 ; 4 mars 2011 *M. T...* n° 329831 aux Tables p. 1063), soit qu'il ne constitue qu'un élément de la procédure, ayant un caractère préparatoire et indétachable de la décision qui sera prise au vu de cet avis (26 février 1988 *Mlle M...* n° 48718 aux Tables p. 942 ; 6 octobre 2000 *société Novartis Pharma* n° 210733 aux Tables ; 15 décembre 2010 *société Montludis* n° 334627 aux Tables p. 887). Souvent, les deux conditions sont présentes, mais elles ne sont en réalité pas cumulatives : un avis conforme, qui lie l'administration, n'est pourtant pas en principe, en tout cas pas pour ce seul motif, susceptible de recours car il n'en demeure pas moins préparatoire (section 6 mars 1964 *compagnie L'Union* n° 58709 p. 162, confirmée par la décision d'assemblée *E...* déjà mentionnée à propos d'un accord préalable auquel une autorisation était subordonnée).

Vous admettez toutefois qu'un avis fasse grief lorsque le requérant n'est pas assuré de pouvoir exercer un recours contre la décision qu'il a pour objet de préparer.

C'est le cas des avis conformes lorsqu'ils sont contestés par l'administration dont ils limitent le pouvoir de décision. L'administration, en effet, ne pourra pas attaquer sa propre décision, alors que les administrés le pourront et pourront pour leur part contester à cette occasion l'avis conforme. L'exemple classique en est l'avis des conseils de disciplines ou assimilés sur la sanction à infliger, l'administration ne pouvant ensuite prononcer une sanction supérieure (23 avril 1969 *P...* n° 69476 p. 219 ; 25 novembre 1983 *M...* n° 40075 aux Tables p. 812. L'asymétrie des possibilités futures de recours explique l'asymétrie entre l'administré et l'administration du caractère faisant grief de l'avis conforme.

C'est le cas également des avis qui stoppent la procédure engagée parce que celle-ci ne s'achèvera pas par une décision administrative à l'égard du requérant. On peut rattacher à cette logique celle des refus de proposer : la proposition ne fait pas grief car elle ne bloque pas la procédure alors que le refus de proposer interdit à l'administration de prendre une décision subordonnée à cette proposition et fait donc grief (section 5 juillet 1957 *secrétaire d'Etat à la santé publique c/ Anglade* n° 38806 p. 452). Un exemple familier à vos sous-sections réunies est celui de l'avis défavorable du conseil d'administration d'une université ou du président de l'université ou de l'institut universitaire de technologie lors du recrutement d'un professeur des universités (23 mars 1994 *F...* 104420 p. 977 ; 4 mai 2001 *Mme C...* n° 222117 aux Tables sur un autre point). C'est également dans cette logique qu'une décision du 11 octobre

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur. 2

2004 C... n° 263349 p. 368 admet que, lorsque le droit de se porter candidat à certaines fonctions est subordonné, pour un fonctionnaire, à l'exigence d'un avis positif d'une commission, l'avis négatif de la commission lui fasse grief.

3.2- Nous sommes d'avis que vous vous placiez sous la même bannière pour reconnaître en l'espèce que l'avis défavorable de l'inspecteur d'académie fait grief.

Nous ne vous masquerons pas qu'il y a matière à hésiter.

Vous pourriez d'abord être troublés par le précédent du 1^{er} octobre 1971 *sieur R...* n° 80854 p. 579, parce que celui-ci a été adopté dans une configuration qui ressemblait beaucoup à notre affaire. A l'époque, la circonstance qu'un avis favorable de la commission des publications et agences de presse doive être produit à l'appui d'une demande de dégrèvement fiscal et postal ne vous avait pas conduit à juger qu'un avis défavorable de cette commission pourrait faire grief.

Vous pourriez également être arrêtés par le texte – qui semble avoir pesé dans le précédent *Sieur R...* -. L'article R. 426-2-1 parle bien d'un « avis » de l'inspecteur d'académie qu'il met en opposition avec la « décision » du directeur général et il précise même que « la décision de refus d'inscription » est susceptible de recours devant le ministre. De plus, rien dans le décret n'impose que l'avis soit recueilli par le candidat et figure dans le dossier de demande. C'est donc le seul arrêté du ministre qui ferait basculer l'avis du « ne fait pas grief » au « fait grief ».

Le choix opéré par l'arrêté n'en apparaît pourtant pas moins d'une grande portée. Dès lors qu'il met à la charge des familles une partie de la procédure, il devient moins convaincant de s'appuyer sur le caractère interne à l'administration de l'avis rendu. Cette procédure est devenue externe dans l'organisation qui a été choisie. Et comme elle est devenue externe, son issue intervient en amont, à l'extérieur du Centre national d'enseignement à distance, et - le ministre le relève lui-même dans ses observations - cette issue est d'ores et déjà connue des administrés puisqu'ils reçoivent notification de l'avis défavorable mettant un terme à leur demande –, aussi bien en apparence pour eux qu'en réalité -.

Or, il vous arrive de prendre en compte le fait que l'avis soit adressé à l'administré : dès le 12 janvier 1972, une décision *Caisse des dépôts et consignations c/ P...* n° 80957 p. 33, presque contemporaine de la décision *Sieur R...* et d'ailleurs signalée aux tables décennales (p. 409) comme « une solution légèrement différente » de *Sieur R...*, admet qu'un refus d'avis conforme de la caisse des dépôts et consignation auquel est subordonné l'attribution d'une allocation et qui a été notifié à l'agent soit regardé comme traduisant un véritable pouvoir de décision et lui fasse grief. Surtout, une décision de section du 18 mai 1979 *M. L...* n° 13803 p. 215 en a jugé de même pour les avis de la commission des publications et agences de presse qui étaient en cause dans l'affaire *Sieur R...* et a assimilé dans un tel cas l'avis défavorable à un refus de proposition, même si elle n'est fichée que comme devant être comparée à ce précédent et non comme l'abandonnant. Elle conduit au moins à nuancer la portée de principe de *Sieur R...* pour s'en tenir au réalisme prôné par le président Odent et à son critère de l'existence ou non de voies de droit futures.

Il faut à cet égard observer – et ce point nous paraît décisif – que, compte tenu du caractère externe de l'avis conforme négatif, plus rien n'assure que les familles déposeront leur

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur. 3

demande si elles n'ont pas d'avis favorable puisqu'elles la savent vouée à l'échec. Or, votre jurisprudence prend en compte l'incertitude que l'avis sera suivi d'une décision. Vos 6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies viennent ainsi le 23 octobre dernier dans une décision *V...* n° 346569 qui sera publiée au recueil d'admettre la recevabilité du recours contre l'avis non conforme du Conseil supérieur de la magistrature sur la nomination d'un magistrat du siège, qui n'est pourtant pas une décision de proposition, mais après avoir relevé qu'« *un tel avis non conforme fait obstacle à ce que le Président de la République prononce cette nomination et n'implique pas nécessairement qu'il prenne un décret pour en tirer les conséquences* ».

Il est vrai – et c'était d'ailleurs la logique du précédent *Sieur R...* – qu'il resterait ici toujours possible aux requérants de faire naître un refus en déposant une demande d'inscription dépourvue de l'avis favorable de l'inspecteur d'académie. Mais nous répugnons à cette solution relevant du formalisme inutile que vous avez toujours fui. Votre jurisprudence doit permettre dans un tel cas de reconnaître que l'avis fait grief, cette solution raisonnable ne présentant que des avantages, pour les administrés comme pour la bonne administration des moyens et des deniers publics.

Par ces motifs nous concluons à ce que vous répondiez au tribunal administratif de Lyon dans le sens des observations que nous venons de faire.