

CONCLUSIONS

Mme Marie-Gabrielle Merloz, rapporteure publique

1. Les dispositions de l'article L. 442-2 du code de l'éducation, qui fixe le champ et les conditions du contrôle de l'Etat sur les établissements privés hors contrat, relèvent-elles de votre jurisprudence *Desamis* qui accepte d'étendre exceptionnellement l'autorité de la chose jugée à la qualification juridique donnée aux faits par le juge pénal ? Telle est la question posée par le présent pourvoi.

Les faits à l'origine de cette affaire sont les suivants. M. R... est le directeur du « groupe scolaire privé Al Badr », établissement d'enseignement privé hors contrat du premier degré qui a ouvert ses portes en 2013 à Toulouse. Cet établissement confessionnel musulman, géré par l'association « Les Enfants de demain », a fait l'objet de plusieurs contrôles sur le fondement des dispositions de l'article L. 442-2 du code de l'éducation.

Le premier contrôle, diligenté le 17 juin 2014, n'a pas permis aux inspecteurs de réaliser un contrôle effectif. Ils ont néanmoins constaté que des élèves de collège étaient accueillis alors qu'aucune déclaration préalable n'avait été déposée pour l'ouverture de classes du second degré. Un deuxième contrôle a eu lieu le 7 avril 2015, à l'issue duquel ont été relevés des insuffisances dans l'enseignement dispensé au regard du socle commun de connaissances, de compétence et de culture (article L. 122-1-1 du code de l'éducation). Le directeur académique des services de l'éducation nationale (DASEN) de la Haute-Garonne en a informé M. R... par un courrier du 7 mai 2015 tout en lui précisant qu'un nouveau contrôle aurait lieu au premier trimestre de l'année scolaire suivante et que s'il ne remédiait pas à ces carences, il saisirait le procureur de la République.

Le nouveau contrôle réalisé le 12 avril 2016 n'a cependant pas permis de constater la conformité de l'enseignement dispensé avec l'objet de l'instruction obligatoire. Par un courrier du 10 mai 2016, le DASEN de la Haute-Garonne a en conséquence informé M. R...a de la saisine du procureur de la République. Le 20 juillet suivant, il a mis en

demeure les parents d'enfants scolarisés dans cette école de les inscrire dans un autre établissement sur le fondement du dernier alinéa de l'article L. 442-2 du code de l'éducation, dans sa rédaction alors applicable. Le 29 août 2016, il a rejeté les recours gracieux formés contre cette mise en demeure.

S'en est suivi un double contentieux, pénal et administratif. Par un jugement du 15 décembre 2016, le tribunal correctionnel de Toulouse a condamné l'association Al Badr et M. R... à, respectivement, 5 000 euros d'amende et une interdiction définitive d'exercer, directement ou indirectement, une activité d'enseignement dans le cadre d'un établissement scolaire privé hors contrat et quatre mois d'emprisonnement avec sursis et une interdiction d'enseigner et de diriger un établissement scolaire. Il a également ordonné la fermeture de l'établissement.

Mais par un arrêt du 20 décembre 2018 devenu définitif, la cour d'appel de Toulouse a infirmé ce jugement et renvoyé les intéressés des fins de la poursuite. Elle a estimé que la lettre du 7 mai 2015 adressée à M. R... par l'autorité académique à l'issue du contrôle réalisé le 7 avril 2015 ne pouvait, compte tenu de l'imprécision de ses termes, valoir mise en demeure régulière et en a déduit qu'en l'absence de ce préalable indispensable et, partant, de la preuve de l'intention non équivoque de l'intéressé d'enfreindre l'obligation légale d'un enseignement conforme au socle commun de connaissances, l'infraction ne pouvait être regardée comme caractérisée. Ce faisant, elle s'est fondée sur la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel à l'occasion de la QPC dont l'avaient saisi les requérants à propos du second alinéa de l'article 227-17-1 du code pénal (n° 2018-710 QPC du 1^{er} juin 2018) et selon laquelle *« pour que les dispositions contestées satisfassent au principe de légalité des délits et des peines, la mise en demeure adressée au directeur de l'établissement doit exposer de manière précise et circonstanciée les mesures nécessaires pour que l'enseignement dispensé soit mis en conformité avec l'objet de l'instruction obligatoire »*.

Parallèlement, M. D..., l'association « Les Enfants de demain » et M. R... ont contesté les décisions des 20 juillet et 29 août du DASEN de la Haute-Garonne devant le tribunal administratif de Toulouse. Par un jugement du 4 juillet 2017, il a rejeté leur demande. Par un arrêt du 30 juillet 2019, rendu aux conclusions contraires du rapporteur public, la cour administrative d'appel de Bordeaux a annulé ce jugement ainsi que les décisions attaquées en s'estimant liée par l'irrégularité de la mise en demeure du 7 mai 2015 retenue par le juge pénal (signalé en C+ et publié à l'AJDA 2020, n° 1, p. 61, avec concl. N. Normand). Le ministre de l'éducation nationale et de la jeunesse se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

2. Il est au préalable indispensable de dire un mot du cadre juridique applicable pour éclairer la réponse à apporter à la question qui vous est posée.

L'article L. 442-2 du code de l'éducation fixe le champ et les conditions du contrôle de l'Etat sur les établissements privés hors contrat. Ses dispositions, dans leur rédaction applicable au litige, sont issues de l'article 2 de la loi du 31 décembre 1959 sur les rapports entre l'Etat et les établissements d'enseignement privés¹, tel que modifié par l'article 4 de la loi du 18 décembre 1998 tendant à renforcer le contrôle de l'obligation scolaire². Cette loi a fait entrer l'instruction obligatoire dans le champ du contrôle de l'Etat qui, comme vous le savez, est limité pour ces établissements. L'objectif est de s'assurer du respect de normes minimales de connaissances exigées par l'Etat (telles que requises par l'article L. 131-1-1) et du droit de l'enfant à l'éducation (tel que défini à l'article L. 111-1).

A cet effet, l'autorité de l'Etat compétente en matière d'éducation est habilitée à diligenter, au sein de l'établissement, un contrôle annuel des classes hors contrat. Le directeur de l'établissement doit être informé des résultats de ce contrôle *« avec l'indication du délai dans lequel il sera mis en demeure de fournir ses explications ou d'améliorer la situation et des sanctions dont il serait l'objet dans le cas contraire »*. Si, malgré l'envoi d'une mise en demeure, les manquements persistent, notamment en cas de refus de dispenser un enseignement conforme à l'objet de l'instruction obligatoire, *« l'autorité académique avise le procureur de la République des faits susceptibles de constituer une infraction pénale »* et *« dans cette hypothèse, les parents des élèves concernés sont mis en demeure d'inscrire leur enfant dans un autre établissement »*.

Par ailleurs, l'article 227-17-1 du code pénal, qui est également issu la loi du 18 décembre 1998 et a été inséré dans une section consacrée à « la mise en péril des mineurs », a institué deux nouveaux délits allant de pair avec le renforcement du contrôle de l'Etat dans les établissements privés hors contrat. Le premier alinéa, qui a une portée plus large, prévoit que *« le fait, par les parents d'un enfant ou toute personne exerçant à son égard l'autorité parentale ou une autorité de fait de façon continue, de ne pas l'inscrire dans un établissement d'enseignement, sans excuse valable, en dépit d'une mise en demeure de l'autorité de l'Etat compétente en matière d'éducation, est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende »*.

Le deuxième alinéa, dans sa rédaction applicable au litige, punit quant à lui de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende, les cas échéant assortis d'une peine complémentaire d'interdiction de diriger ou d'enseigner ainsi que de fermeture de l'établissement, *« le fait, par un directeur d'établissement privé accueillant des classes hors contrat, de n'avoir pas pris, malgré la mise en demeure de l'autorité de l'Etat compétente en matière d'éducation, les dispositions nécessaires pour que l'enseignement qui y est dispensé soit conforme à l'objet de l'instruction obligatoire, tel que celui-ci est défini par l'article L. 131-1-1 et L. 131-10 du code de l'éducation,*

¹ N° 59-1557

² N° 98-1165

et de n'avoir pas procédé à la fermeture de ces classes ». Bien que le texte ne le précise pas, la mise en demeure mentionnée par ces dispositions est celle qui est prévue au deuxième alinéa de l'article L. 442-2 du code de l'éducation. C'est cette mise en demeure qui, conformément à la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel, doit être suffisamment précise et circonstanciée.

Indiquons, pour mémoire, que cet arsenal s'est étoffé depuis. La loi du 13 avril 2018 visant à simplifier et mieux encadrer le régime d'ouverture et de contrôle des établissements privés hors contrat³ a notamment complété l'article L. 441-4 du code de l'éducation, qui fixe les peines encourues en cas d'ouverture d'un établissement d'enseignement privé en dépit d'une décision d'opposition, afin de prévoir, lorsque le procureur de la République a été saisi des faits constitutifs de cette infraction, que les parents sont mis en demeure d'inscrire leur enfant dans un autre établissement. Le législateur a par ailleurs souhaité rendre plus dissuasif le délit prévu au deuxième alinéa de l'article 227-17-1 du code pénal en doublant le montant de l'amende encourue par le directeur de l'établissement.

L'article 23 de la loi du 26 juillet 2019 pour une école de la confiance⁴ a pour sa part complété l'article L. 442-2 du code de l'éducation (dans un nouveau III) en prévoyant une procédure similaire à celle applicable en cas de refus de dispenser un enseignement conforme à l'objet de l'instruction obligatoire, lorsque le préfet ou l'autorité académique « *constate que les conditions de fonctionnement de l'établissement présentent un risque pour l'ordre public* ».

3. Le pourvoi soulève un unique moyen tiré de ce que la cour a commis une erreur de droit en jugeant que la qualification juridique retenue par le juge pénal concernant la régularité de la mise en demeure adressée au directeur de l'établissement s'imposait à elle.

Vous jugez de longue date qu'en principe, l'autorité de la chose jugée au pénal ne s'impose à l'autorité administrative qu'en ce qui concerne les constatations de fait que les juges répressifs ont retenues et qui sont le support nécessaire du dispositif d'un jugement devenu définitif. Ainsi que l'a consacré solennellement la jurisprudence *Desamis* (CE, Ass., 8 janvier 1971, *Ministre de l'Intérieur c/ D...*, n° 77800, au Rec. p. 19, AJDA 1971.297, concl. J. Théry), vous admettez néanmoins que l'autorité de la chose jugée au pénal s'étende exceptionnellement à la qualification juridique donnée aux faits par le juge pénal, « *lorsque la légalité d'une décision administrative est subordonnée à la condition que les faits qui servent de fondement à cette décision constituent une infraction pénale* » (pour une réaffirmation récente de cette réserve : CE, Ass., 12 octobre 2018, *SARL Super Coiffeur*, n° 408567, au Rec. p. 373, concl. Ch. Touboul).

³ N° 2018-266

⁴ N° 2019-791

Vous avez fait une application mesurée de cette réserve. Votre jurisprudence *Desamis* s'est forgée à l'occasion d'une décision administrative de fermeture de débit de boissons pouvant être légalement ordonnée « *à la suite d'infractions aux lois et règlements régissant ces établissements* ». Cette ligne jurisprudentielle a été maintenue sous l'empire des dispositions actuelles du code de la santé publique (3 de l'article L. 3332-15) qui mentionnent une « *fermeture (...) motivée par des actes criminels ou délictueux prévus par les dispositions pénales en vigueur* » (CE, 10 octobre 2012, *SARL Le Madison*, n° 345903, aux T.).

Vous avez appliqué une même solution aux arrêtés interruptifs de travaux que le maire peut ordonner en application de l'article L. 480-2 du code de l'urbanisme, « *dès lors qu'un procès-verbal relevant l'une des infractions prévues à l'article L. 480-4 a été dressé* » et « *si l'autorité judiciaire ne s'est pas encore prononcée* » (CE, 3 janvier 1975, *SCI foncière Cannes-Bénéfiat*, n° 93525, au Rec. p. 2 ; CE, 22 octobre 1975, *SCI « Domaine du Mas de Tanit »*, n° 93434, aux T. ; CE, 10 octobre 2003, *Commune de Soisy-sous-Montmorency et Société anonyme pour l'aide à l'accession à la propriété des locataires*, n°s 242373, 242455, au Rec.) ainsi qu'à des refus d'accorder une aide publique à l'emploi ou à la formation professionnelle sur le fondement de l'article L. 324-13-2 du code du travail, dès lors que cette possibilité est ouverte en cas de constat « *par procès-verbal (...) de l'existence d'une infraction* » en matière de travail dissimulé (CE, 1^{ère} s-s., 27 août 2014, *SAS Valette Foie Gras*, n° 364585).

Vous avez en revanche confirmé l'indépendance des procédures administratives et répressives, alors même que les faits justifient la décision administrative constituent, par ailleurs, une infraction passible d'une sanction pénale, en matière disciplinaire (voyez par exemple : CE, 21 septembre 2011, *Ministre de la défense c/ M...*, n° 349222, aux T. à propos de la désertion d'un militaire) - sauf dans les rares cas où la mesure disciplinaire se fonde directement sur le caractère pénalement répréhensible du comportement de l'intéressé (CE, Sect., 3 mai 1963, *A...*, au Rec. p. 261) - ou à propos des sanctions administratives que le préfet peut prendre en application de l'ancien article L. 514-2 du code de l'environnement, « *lorsqu'une installation classée est exploitée sans avoir fait l'objet de la déclaration ou de l'autorisation requise* » par la législation de installations classées pour la protection de l'environnement. Votre décision du 3 février 2016, *Société TOP et autre* (n° 380344, inédite au Rec.), relève qu'elles sont prises « *indépendamment des poursuites pénales qui peuvent être exercées en raison des infractions pénales susceptibles de résulter des mêmes faits* » (articles L. 514-9 et suiv.), comme l'indique désormais explicitement le nouveau texte (article L. 171-7).

Citons encore la retenue dont vous avez fait preuve à propos des dispositions du code du travail et du code de l'entrée et du séjour des étrangers instituant des « contributions »⁵ (en réalité des amendes) à la charge de l'employeur qui a occupé un

étranger en situation irrégulière, « *sans préjudice des poursuites judiciaires pouvant être intentées à son encontre* » (voyez la décision déjà mentionnée *SARL Super Coiffeur*, confirmant la décision de Sect. du 28 juillet 1999, *GIE Mumm-Perrier-Jouet*, n° 188973, au Rec. p. 257, concl. J-Cl. Bonichot). Comme l'ont souligné vos rapporteurs publics dans ces deux affaires, l'hésitation était permise. Ces contributions, regardées comme des sanctions administratives, et l'infraction pénale reposaient sur un élément matériel commun, si bien que le législateur aurait tout aussi bien pu écrire que tout employeur se rendant coupable de l'infraction prévue en la matière était tenu d'acquitter ces contributions.

4. Nous en venons à la délicate question posée par le pourvoi : les mises en demeure, adressées aux parents sur le fondement de l'article L. 442-2 du code de l'éducation, d'inscrire leurs enfants dans un autre établissement relèvent-elles de votre jurisprudence *Desamis* ?

Vous l'aurez compris à la lumière de ces précédents, votre jurisprudence est nuancée et la configuration d'espèce ne se rattache avec évidence à aucune de ces deux lignes jurisprudentielles. En effet, le législateur n'a pas expressément subordonné cette mise en demeure au constat formel, matérialisé par un procès-verbal, d'une infraction pénale. C'est, semble-t-il, ce qui a emporté la conviction du rapporteur public devant la cour lorsqu'il souligne que l'article L. 442-2 se borne à prévoir une saisine par l'autorité académique du procureur de la République de faits susceptibles de constituer l'infraction réprimée par l'article 227-17-1 du code pénal, c'est-à-dire alors même que l'infraction n'est peut-être pas constituée. Votre jurisprudence *Desamis* constituant une dérogation qui a vocation à ne s'appliquer qu'à titre exceptionnel, vous pourriez hésiter, en l'absence de précision expresse en ce sens dans le texte, à subordonner la légalité de la mise en demeure adressée aux parents à la condition que les faits qui servent de fondement à cette décision constituent une infraction pénale.

Le ministre insiste pour sa part sur le fait que les procédures administrative et pénale, quoique liées, poursuivent des finalités différentes. L'autorité académique agit, selon lui, à titre préventif, au regard des manquements constatés dans l'enseignement dispensé lors des contrôles de l'établissement et du risque identifié pour les élèves au regard du droit à l'instruction et à l'éducation. Il en déduit que la mise en demeure adressée aux parents, motivée par l'intérêt supérieur de l'enfant, constitue une mesure conservatoire qui n'est pas subordonnée à la condition que les faits qui lui servent de fondement correspondent à l'un des éléments constitutifs de l'infraction.

Un tel raisonnement peut prendre appui sur la décision *Société Top et autre*, telle qu'éclairée par les conclusions de Xavier de Lesquen. Le même fait - l'absence de l'autorisation requise – servait certes de fondement au manquement administratif et à

⁵ Article L. 8253-1 du code du travail et article L. 626-1 du CESEDA.

l'infraction pénale. Mais cette seule circonstance ne suffisait pas à créer un lien de subordination, dans le silence des textes et alors que le législateur avait laissé à l'autorité administrative une grande marge de manœuvre, dès lors que les procédures poursuivaient des finalités différentes, préventive pour l'une et répressive pour l'autre, et que les autorités administrative et pénale ne portaient pas la même appréciation sur ces faits, la première se déterminant uniquement au vu d'un risque et non d'une certitude.

Nous observons toutefois, qu'à la différence de cette affaire, et encore plus nettement des autres décisions refusant d'appliquer la jurisprudence *Desamis*, le législateur a établi un lien étroit entre les procédures administrative et pénale. L'envoi de la mise en demeure aux parents est subordonnée au constat préalable, par l'autorité académique, du refus persistant du directeur de l'établissement de remédier aux manquements constatés au regard de l'obligation de dispenser un enseignement conforme à l'objet de l'instruction obligatoire, comportement qui, on l'a dit, est réprimé par le deuxième alinéa de l'article 227-17-1 du code pénal. Ces dispositions ne sont pas mentionnées à l'article L. 442-2 mais il est expressément relevé que ces faits sont susceptibles de constituer une infraction, ce qui justifie que l'autorité académique en avise le procureur de la République. Comme le suggère l'usage de l'indicatif présent, le texte ne laisse aucune marge d'appréciation à l'autorité académique pour apprécier l'opportunité d'une telle saisine et l'envoi de la mise en demeure aux parents. Ces deux actes vont de pair et sont la conséquence immédiate et automatique de la « résistance » du directeur de l'établissement à la mise en demeure qui lui a été adressée.

L'ambiguïté de ces dispositions vient de ce qu'elles n'instituent pas expressément un lien de subordination. Il est toutefois patent que la procédure administrative s'insère étroitement dans le cadre d'une procédure répressive, alors même, pour paraphraser Xavier de Lesquen, qu'elle poursuivrait une finalité (pour partie) différente et n'intervient pas dans le même contexte et la même temporalité par rapport aux faits en cause. La seule circonstance que l'infraction ne soit pas caractérisée avec certitude ne nous arrête pas. Ce qui prime, nous semble-t-il, est que la saisine du procureur de la République, qui, s'il engage les poursuites, enclenchera celle du juge pénal, et la mise en demeure adressée aux parents reposent sur un élément matériel commun (un refus constitutif d'une infraction, qu'elle se révèle avérée ou non) et que l'appréciation portée sur ce refus ne diffère pas selon que l'on se place du point de vue administratif ou pénal. C'est au regard de la définition de l'infraction que l'autorité académique se détermine et fonde sa décision.

Compte tenu de cette articulation, il nous paraît délicat de dissocier l'envoi de la mise en demeure aux parents du constat, préalable, d'une infraction pénale (ou plus précisément de faits susceptibles de constituer une telle infraction). La cohérence globale du dispositif - Jacques Théry convoquait même l'unité de la justice dans ses

conclusions sur l'affaire *Desamis* - nous paraît également plaider pour cette interprétation. Il serait difficilement compréhensible pour les parents de confirmer la légalité de la mise en demeure qui leur est adressée et donc l'obligation qui leur est faite de scolariser leurs enfants dans un autre établissement, alors que le juge pénal estimerait *in fine* que le directeur de l'établissement n'est pas coupable des faits qui lui sont reprochés et qu'il n'y a donc pas lieu à fermeture des classes concernées ou de l'établissement. Précisons qu'il ne nous semble pas justifié dans cette configuration de distinguer selon qu'il juge que la matérialité des faits n'est pas établie ou que les faits reprochés et effectivement commis ne sont pas punissables.

Nous vous invitons donc à juger que la cour n'a pas commis l'erreur de droit qui lui est reprochée en se fondant, conformément à la réserve issue de la jurisprudence *Desamis*, sur l'irrégularité de la mise en demeure du 7 mai 2015 et l'absence de caractérisation de l'infraction pénale en résultant retenue par la cour d'appel de Toulouse dans son arrêt du 20 décembre 2018 pour juger que les décisions des 20 juillet et 29 août 2016 qui en procédaient étaient illégales.

PCMNC au rejet du pourvoi et à ce que l'Etat verse la somme de 3 000 euros, à répartir à parts égales, entre M. R... et l'association « Les Enfants de demain », au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.