

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

RECOURS ET MEMOIRE

- Pour :
- **L'association « Créer son Ecole »**, association de droit français, régie par la loi du 1^{er} juillet 1901, domiciliée 46 rue Custine, 75 018 PARIS, représentée par sa présidente, Madame Anne COFFINIER, de nationalité française,
 - **Madame Anne FAVRE et Monsieur Didier FAVRE**, de nationalité française, demeurant 104, boulevard du Général de Gaulle, 92 380 GARCHES,
 - **Monsieur Michel VALADIER**, de nationalité française, domicilié 18, avenue Charles de Gaulle, 78 230 LE PECQ,
 - **Monsieur Jean-Claude GUILLOUD**, de nationalité française, domicilié 18, avenue Charles de Gaulle, 78 230 LE PECQ,

Me Laurent FRÖLICH
Avocat à la Cour
5, Place du 18 Juin 1940 – 75 006 PARIS
Tél. : 01 42 22 09 18 – télécopie : 01 42 22 10 03

- Contre :
- **LA FRANCE**

FAITS

I. – Le concours général est un concours français destiné à récompenser chaque année les meilleurs élèves des classes de première et de terminale.

Ce concours a été institué en 1744 par l'Université de Paris pour distinguer les meilleurs élèves.

Les premiers prix ont été décernés en 1747 à la Sorbonne. Le concours général s'adressait alors aux garçons des lycées parisiens. Il s'est ouvert aux élèves de province et aux filles en 1924. Limité à l'origine au français, au latin, au grec, à l'histoire, aux mathématiques et à la physique, il s'est ouvert en 1981 aux disciplines technologiques et en 1995 aux disciplines du baccalauréat professionnel.

Un arrêté du Ministre de l'Éducation nationale en date du 3 novembre 1986 « définissant le concours général des lycées » a été publié au *Journal Officiel de la République Française* du 29 novembre 1986 (p. 14359 – **production 1**). L'arrêté de 1986 a été modifié par un arrêté du 29 mars 2004.

L'arrêté du 3 novembre 1986 excluant les élèves des établissements privés hors contrat de la possibilité de présenter le concours général, l'Association « Créer son Ecole », Monsieur et Madame FAVRE, Monsieur VALADIER et Monsieur GUILLOUD, requérants, ont adressé au Ministre de l'Éducation nationale, le 26 décembre 2007 (**production 2**), un recours gracieux tendant à la modification ou l'abrogation de son article 1^{er}.

Le système français d'enseignement prévoit en effet la possibilité, pour des établissements privés d'enseignement primaire ou secondaire, de passer un contrat d'association avec l'Etat, pour l'ensemble de l'établissement ou pour certaines de ses classes seulement (articles L. 442-5 et L. 442-12 du Code de l'éducation).

Sans réponse au fond de la part du Ministre, une décision implicite de rejet est intervenue.

Les requérants ont donc demandé au Conseil d'Etat d'annuler la décision implicite de rejet de leur recours gracieux formé le 26 décembre 2007, ensemble d'abroger ou modifier l'article 1^{er} de l'arrêté du 3 novembre 1986.

Après avoir constaté la recevabilité de la requête, le Conseil d'Etat a statué en premier et dernier ressort le 3 septembre 2009 (**production 3**) en rejetant le recours des requérants après avoir considéré à tort, d'une part, que le principe d'égalité n'avait pas été méconnu par l'arrêté de 1986 et, d'autre part, que n'avait pas non plus été méconnu « *le principe de liberté de l'enseignement posé, notamment, pas l'article 2 du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article L. 151-1 du code de l'éducation* ».

C'est cette décision qui est à l'origine de la présente saisine de la Cour européenne des droits de l'homme dès lors que l'arrêté du 3 novembre 1986 est contraire aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme.

DISCUSSION

I. – Sur l'intérêt à agir des requérants

L'association « Créer son Ecole » a pour objet de défendre les intérêts des dirigeants d'écoles, notamment celles qui sont « hors contrat », et des familles qui scolarisent leurs enfants dans des écoles libres.

Monsieur Didier FAVRE et Madame Anne FAVRE sont les parents de Clémence, brillante élève de khâgne au Lycée Henri IV qui n'a pas pu passer, il y a quatre ans, le concours général en raison de sa scolarisation à l'Institution Saint-Pie X à Saint-Cloud (dans le département des Hauts-de-Seine et dont les classes de première et terminale sont hors contrat). Ils sont également les parents d'Armelle et Alix, scolarisées à Saint-Pie X et qui ne pourront pas non plus passer le concours général en raison de la discrimination introduite par l'arrêté de 1986.

Monsieur Michel VALADIER est directeur du lycée Saint-Dominique (Le Pecq, département des Yvelines) qui comporte des classes de première et terminale « hors contrat ».

Monsieur Jean-Claude GUILLOUD est professeur de physique-chimie en première et terminale dans ce lycée.

Messieurs VALADIER et GUILLOUD, en tant qu'enseignants attachés à leur profession, et soucieux de la progression de leurs élèves, ont une parfaite connaissance des avantages attachés au concours général qui permet aux meilleurs élèves d'être sélectionnés prioritairement par des classes préparatoires et certains établissements d'enseignement supérieur.

Ces requérants ont donc tous un intérêt à agir contre l'arrêté du 3 novembre 1986.

II. – Sur l'irrégularité de la procédure suivie devant le Conseil d'Etat

La procédure suivie devant le Conseil d'Etat n'a pas respecté les dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme qui exigent que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal (...) qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...)* ».

La Cour a confirmé que ces dispositions s'appliquent à la procédure suivie devant le Conseil d'Etat français qui est la plus haute juridiction administrative française (C.E.D.H. 7 juin 2001, *Kress c/France* ; C.E.D.H. 15 septembre 2009, *Yvonne Etienne c/France*, n° 11396/08).

En l'espèce, le Conseil d'Etat était saisi d'une demande d'annulation d'une décision réglementaire et statuait en premier et dernier ressort. Le Conseil d'Etat n'était pas juge de cassation d'une décision juridictionnelle administrative mais juge de l'excès de pouvoir. Les requérants ont donc fait le choix de recourir, pour les représenter devant le Conseil d'Etat, à un avocat à la Cour d'appel de Paris, inscrit auprès du Barreau de Paris (Me Laurent FRÖLICH) et non à un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation lesquels disposent d'un monopole de représentation pour les affaires soumises à cassation.

Cependant, l'article R. 733-1 du Code de justice administrative réserve la possibilité de prendre la parole avant comme après le rapporteur public aux seuls avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, même pour les recours en excès de pouvoir qui peuvent être formés par les avocats à la Cour :

« Après le rapport, les avocats au Conseil d'Etat représentant les parties peuvent présenter leurs observations orales. Le rapporteur public prononce ensuite ses conclusions.

Les avocats au Conseil d'Etat représentant les parties peuvent présenter de brèves observations orales après le prononcé des conclusions du rapporteur public. »

L'avocat des requérants n'a donc pas pu prendre la parole à l'audience, ni avant les conclusions du rapporteur public ni après alors même qu'il était un avocat régulièrement constitué entraînant de ce fait une rupture d'égalité entre les parties et une discrimination entre auxiliaires de justice dès lors que le monopôle et l'exclusivité dont bénéficient les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation n'est justifiés que pour les affaires soumises au Conseil d'Etat au titre de la cassation lesquelles supposent une expertise technique particulière (le contrôle de cassation exercé par le Conseil d'Etat étant différent du contrôle exercé par les juridictions administratives sur les actes administratifs).

Il y a plus dès lors que l'avocat des requérants ne s'est pas vu notifier l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 septembre 2009 et qu'il n'en a pris connaissance que parce que ses clients le lui ont adressé.

Dans ces conditions, les requérants n'ont pas été mis à même de bénéficier d'une défense qui permette un procès équitable alors même que le Conseil d'Etat statuait comme juge de premier et dernier ressort de telle sorte que les requérants auraient dû normalement bénéficier de garanties et de protection maximum afin de faire entendre leur cause.

Cette violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme doit entraîner le constat de l'irrégularité de la procédure suivie en l'espèce devant le Conseil d'Etat.

III. – Sur l'irrégularité de l'arrêté du 3 novembre 1986 au regard des dispositions de la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales

L'article 1^{er} de l'arrêté du 3 novembre 1986 dispose :

« Le concours général des lycées a pour fonction de distinguer les meilleurs élèves et de valoriser leurs travaux avec l'objectif que leurs prestations puissent servir de référence à l'ensemble des classes.

Il s'adresse aux classes de première et aux classes terminales des lycées d'enseignement public et privé sous contrat.

Il permet à des élèves qui suivent les enseignements prévus par les programmes officiels de montrer ce qu'ils peuvent faire de meilleur dans un cadre plus large que celui fixé par les définitions réglementaires des épreuves du baccalauréat »

Ces dispositions sont clairement irrégulières au regard des dispositions de la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales en tant qu'elles excluent les élèves des classes de première et terminale des établissements d'enseignement privé hors contrat.

En refusant de déclarer illégal ces dispositions, d'annuler la décision de rejet de la demande d'abrogation et d'accueillir la demande des requérants, la France a violé le droit à l'instruction, la liberté des parents de pouvoir choisir l'école de leurs enfants et la liberté de religion (1°), ainsi que le principe de non-discrimination qui régit ces libertés (2°).

Le Protocole additionnel à la Convention dispose, en son article 2, que :

« Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques ».

L'article 9 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales dispose de plus que :

« 1. 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.

2. 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 protection des droits et libertés d'autrui ».

Ces libertés doivent enfin être comprises et mises en œuvre au regard du principe de non discrimination tel qu'énoncé à l'article 14 de la Convention :

« Article 14 – Interdiction de la discrimination

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 toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. ».

1°) L'interdiction, pour les élèves des classes « hors contrat », de participer au concours général est contraire à la liberté d'enseignement, à la liberté des parents de choisir l'école de leurs enfants et à la liberté de religion.

La liberté d'enseignement, ainsi que la liberté des parents de choisir l'école de leurs enfants, sont consacrées par l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tandis que la liberté de religion est garantie par l'article 9 de la Convention.

Comme la Cour l'a jugé dans son arrêt du 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, ces stipulations peuvent être lues ensemble (§ 53) et imposent à l'Etat, pour que les libertés garanties soient réellement garanties, de « *sauvegarder la possibilité d'un pluralisme éducatif, essentielle à la préservation de la "société démocratique" telle que la conçoit la Convention* » (§ 50). « *En outre, la seconde phrase de l'article 2 (P1-2) doit se lire en combinaison avec la première qui consacre le droit de chacun à l'instruction. C'est sur ce droit fondamental que se greffe le droit des parents au respect de leurs convictions religieuses et philosophiques, la première phrase ne distingue pas plus que la seconde entre l'enseignement public et l'enseignement privé.* » (§ 50 ; cf. § 52-53).

La restriction litigieuse viole ces droits fondamentaux puisque la distinction opérée entre l'enseignement « sous contrat » et l'enseignement « hors contrat » quant à l'accès au concours général a pour effet de rendre purement théorique le pluralisme apparent du système éducatif.

En effet, en France, beaucoup de parents choisissent de scolariser leurs enfants dans des écoles hors contrat pour des raisons religieuses : parce que beaucoup de ces écoles sont catholiques, juives ou, moins fréquemment, musulmanes.

Ces parents choisissent de scolariser leurs enfants dans ces écoles car celles-ci permettent une cohérence entre, d'une part, la vie familiale et la pratique religieuse de la famille et, d'autre part, la structure de scolarisation en évitant toute rupture entre les valeurs de la famille et celles de l'école.

Or, cette liberté de choix devient théorique si les élèves du hors contrat ne peuvent pas accéder aux mêmes concours et aux mêmes épreuves que les autres élèves. Les parents d'élève peuvent être favorables à la scolarisation de leurs enfants dans des établissements hors contrat pour des raisons de convictions personnelles et pourtant être contraints à faire le choix de l'école sous contrat ou de l'école publique afin de permettre à leurs enfants de participer aux épreuves de ces concours prestigieux.

De plus, les écoles hors contrat se développent en France car le nombre d'écoles sous contrat est limité pour des raisons budgétaires qui poussent certains parents désireux de mettre leurs enfants dans le sous contrat à mettre leurs enfants dans le hors contrat.

Dès lors, que le choix de l'école hors contrat implique de sacrifier la possibilité de participer à de tels concours et qu'à l'inverse, le choix de l'école publique implique de sacrifier l'épanouissement des convictions religieuses, la liberté de choix devient illusoire et les libertés rappelées ci-dessus s'en trouvent violées.

La liberté de religion et la liberté de choix de l'école ne peuvent pas être effectivement exercées – et restent donc des libertés théoriques – s'il n'y a pas une égalité entre les élèves du privé hors contrat et ceux du privé sous contrat, notamment au regard de l'accès à un concours prestigieux.

Or, on sait que les dispositions de la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales précitées visent à permettre et à protéger l'exercice de **libertés réelles et effectives**.

2°) Le dispositif réglementaire en cause est par ailleurs contraire au principe de la non-discrimination.

L'article 14 de la Convention stipule que l'exercice des droits et libertés garantis ne peut faire l'objet d'une discrimination entre les personnes dans des situations semblables.

Or, l'interdiction faite aux élèves des établissements d'enseignement privé « hors contrat » de participer au concours général institue une discrimination entre ceux-ci et les élèves des établissements d'enseignement publics ou privés « sous contrat ». La France viole donc la prohibition des discriminations quant à l'exercice de la liberté d'enseignement et à la liberté des parents de choisir l'école de leur enfant.

Nous avons montré que les faits soumis à l'appréciation de la Cour relèvent sans doute aucun du domaine du droit à l'instruction, garanti par l'article 2 du Protocole additionnel, et de la liberté de religion, garantie par l'article 9 de la Convention.

Conformément à la jurisprudence constante de la Cour (cf. les arrêts des 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c/ Belgique*, § 9 ; 27 octobre 1975, *Syndicat national de la police belge c/ Belgique*, § 44 ; 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, § 32 ; 23 novembre 1983, *Van der Mussele c/ Belgique*, § 43 ; 28 novembre 1984, *Rasmussen c/ Danemark*, § 29 et 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, § 71), le principe de non-discrimination reconnu par l'article 14 s'applique donc bien à l'espèce.

En premier lieu, « *l'article 14 protège contre toute discrimination les individus placés dans des situations analogues* » (arrêts des 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, § 32 et 23 novembre 1983, *Van der Musselle c/ Belgique*, § 46). Or, les élèves des classes « hors contrat » sont dans une situation analogue par rapport aux élèves des classes d'établissements publics ou « sous contrat », et subissent pourtant une discrimination les empêchant de candidater au concours général.

D'une part, les élèves de première et de terminale des établissements d'enseignement privé hors contrat sont de même dans une situation analogue avec les élèves des établissements public ou privé sous contrat puisque, à l'issue de ces classes, ils se présentent au même examen, celui du baccalauréat, et peuvent, par la suite, accéder aux mêmes filières que les élèves du privé sous contrat (Université, classes préparatoires aux grandes écoles...).

D'autre part, la liberté de l'enseignement ne peut s'exercer effectivement que si les élèves des classes de première et de terminale ont la possibilité de présenter les mêmes concours quelle que soit leur situation au sein d'un établissement scolaire.

Ainsi, l'article L. 442-5 du Code de l'éducation dispose que :

« Les établissements d'enseignement privés du premier et du second degré peuvent demander à passer avec l'Etat un contrat d'association à l'enseignement public, s'ils répondent à un besoin scolaire reconnu qui doit être apprécié en fonction des principes énoncés aux articles L. 141-2, L. 151-1 et L. 442-1.

Le contrat d'association peut porter sur une partie ou sur la totalité des classes de l'établissement (...) ».

L'article 6 du décret n° 60-389 du 22 avril 1960 dispose de même que : « *Le contrat d'association peut porter sur une partie ou sur la totalité des classes de l'établissement demandeur.* » L'alinéa 2 de l'article L. 442-12 du Code de l'éducation et l'article 3 du décret n° 60-390 du 22 avril 1960 édictent la même règle à propos du contrat simple, seconde format de contrat que les établissements privés peuvent passer avec l'Etat, après le contrat d'association.

Par conséquent, il est possible qu'au sein d'un même établissement scolaire cohabitent deux classes de terminale (ou de première) : l'une bénéficiant d'un contrat d'association avec le Ministère de l'Education nationale, et dont les élèves pourraient alors se présenter aux épreuves du concours général, et l'autre « hors contrat » et dont les élèves ne pourraient pas bénéficier de cette possibilité.

Cette différence incitera le chef d'établissement à placer les élèves susceptibles de se présenter aux épreuves du concours général dans la classe bénéficiant du contrat d'association, ce qui rejaillira nécessairement sur le niveau respectif des deux classes, puisque le concours général est unanimement considéré en France comme une marque d'excellence.

Ainsi, tant au regard de l'établissement dans lequel ils sont inscrits qu'au regard de l'enseignement qu'ils reçoivent ou des débouchés auxquels il conduit, les élèves des classes « hors contrat » sont dans une situation qui, pour n'être pas identique, n'en est pas moins analogue et semblable à la situation des élèves des classes « sous contrat » ou des classes « publiques ».

De plus, les écoles hors contrat sont dans l'impossibilité d'obtenir un contrat d'association avec l'Etat avant l'expiration d'une durée de 5 ans d'existence comme cela est exigé par l'article R. 442-33 du Code de l'éducation qui dispose « *peuvent demander à passer avec l'Etat un contrat d'association à l'enseignement public les établissements d'enseignement privés du premier degré et du second degré ouverts depuis cinq ans au moins à la date d'entrée en vigueur du contrat* ».

Dans ces conditions, des parents, des enseignants et des directeurs d'établissements qui souhaitent que la classe hors contrat de leurs enfants et élèves soit liée par un contrat d'association à l'enseignement public doivent attendre 5 ans avant de pouvoir accéder à ce contrat ce qui prive de ce fait ces enfants et élèves de passer le concours général.

Ainsi, dans l'hypothèse où un établissement nouvellement fondé décidait de passer un contrat pour ses classes de première et de terminale, il devrait alors attendre 5 années avant que ces classes bénéficient d'un contrat privant de ce fait pendant 5 années les meilleurs élèves de ces classes de la possibilité de pouvoir passer le concours général.

De ce point de vue, la discrimination est évidente.

En second lieu, la Cour a posé, dans une jurisprudence constante, des critères très stricts pour apprécier le caractère justifié ou non des discriminations, au regard de la règle générale de l'article 14 prohibant les discriminations.

« L'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime : l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. » (23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c/ Belgique*, § 10 ; cf. encore les arrêts des 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, § 43, 48, 55, 62 et 65 ; 28 novembre 1984, *Rasmussen c/ Danemark*, § 38 ; 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, § 72).

En l'espèce, l'interdiction de concourir pour les élèves des classes « hors contrat » ne repose sur aucune justification objective et raisonnable.

D'une part, la restriction en cause manque de tout but légitime.

Tout d'abord, il est nécessaire de rappeler l'antériorité du concours général sur la nationalisation du service public de l'enseignement, réalisée en France très tardivement. Or, c'est cette nationalisation, ainsi que l'évolution de la compréhension de la liberté de l'enseignement en France, qui a conduit à distinguer les établissements publics, des établissements privés sous contrat ou hors contrat.

Le concours général, devenu en France une véritable institution, selon la logique même et l'intention de ses fondateurs, a précédé de beaucoup l'instauration d'un pareil système d'enseignement. La discrimination qui résulte de cette évolution du système éducatif ne présente donc manifestement aucun but légitime, le concours général ayant été antérieurement et explicitement créé, et même recréé, en vue de remarquer les meilleurs élèves de France sans aucune distinction d'origine.

Ensuite, l'analyse de l'article 1^{er} de l'arrêté du 3 novembre 1986 montre, à l'évidence, que l'objectif du concours général tient en la mise en lumière et en valeur d'une référence scolaire (premier alinéa). Alors que la discrimination opérée par l'alinéa 2 de l'article semble trouver son fondement dans la mention, à l'alinéa 3, des « élèves ayant suivis les programmes officiels », ce même alinéa 3 manifeste, à l'évidence, que la référence recherchée, qui est le seul objectif du concours général, ne doit pas s'appréhender par rapport aux enseignements reçus mais par rapport aux épreuves d'un examen particulier, le baccalauréat.

La discrimination instaurée par cet article ne trouve ainsi aucun but légitime, puisqu'elle ne saurait en aucun cas être rapportée à l'examen du baccalauréat.

Les articles L. 331-1, L. 333-1 et D. 333-1 du Code de l'éducation précisent en effet que le baccalauréat est un diplôme national sanctionnant les formations secondaires, sans introduire aucune discrimination quant à la qualité de l'établissement qui y prépare.

Les articles L. 334-1, D. 334-1, D. 334-2 du Code de l'éducation, qui fixent la nature du baccalauréat et les conditions de réussite à cet examen, n'introduisent non plus aucune discrimination. Ils ne visent que « *la vérification d'un niveau de culture défini par les enseignements des lycées* » et « *le contrôle des connaissances dans des enseignements suivis par l'élève en dernière année* », tout enseignement qui n'exclut en rien ni ne permet de discriminer les établissements « hors contrat » des autres établissements d'enseignement.

L'équivalence de situation des élèves de première et terminale face au baccalauréat est encore attestée par l'article D. 334-2 qui indique très clairement que "*Le baccalauréat général est délivré au vu des résultats à un examen qui sanctionne les enseignements dispensés dans les classes de première et terminales préparant à ce diplôme.*" lesquelles sont précisément les 2 classes concernées par le concours général.

Enfin, l'article D. 334-5 du Code de l'éducation dispose que : « ***les épreuves portent sur les programmes officiels applicables en classes terminales.*** »

L'objectif du concours général étant de distinguer les meilleurs élèves et travaux afin qu'ils puissent servir de référence pour le baccalauréat que passent dans les mêmes conditions tous les élèves de première et terminale, sur le fondement des mêmes programmes auxquels ils se sont préparés semblablement, la restriction introduite par l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de l'arrêté du 3 novembre 1986 est une discrimination ne présentant aucune justification raisonnable et objective et ne poursuivant aucun but légitime.

D'autre part, il n'y a aucun rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

En toute hypothèse, en effet, l'argumentation de la France tirée de la non obligation pour les élèves des classes « hors contrat » de suivre le programme officiel est inopérante dès lors que le Code de l'Education prévoit un « *contrôle du contenu des connaissances requis des enfants instruits dans la famille ou dans les établissements d'enseignement privés hors contrat* » posé aux articles D. 131-11 et suivants.

Ainsi l'article D. 131-11 du Code de l'Education énonce :

« Le contenu des connaissances requis des enfants relevant de l'obligation scolaire qui reçoivent une instruction dans leur famille ou dans les classes des établissements d'enseignement privés hors contrat est défini par l'annexe mentionnée à l'article D. 122-1. » tandis que l'article D. 131-12 dispose *« La progression retenue pour l'acquisition de ces connaissances et compétences doit être compatible avec l'âge de l'enfant et son état de santé, tout en tenant compte des aménagements justifiés par les choix éducatifs effectués. Elle doit avoir pour objet d'amener l'enfant, à l'issue de la période de l'instruction obligatoire, à la maîtrise de l'ensemble des exigences du socle commun. »*.

Ce socle commun se trouve en annexe à l'article D. 122-1 du Code de l'Education (voir production 4) et sert de base aux programmes de l'Education nationale.

L'annexe à l'article D. 122-1 produite définit le socle commun de connaissance comme un niveau à atteindre à la fin de l'instruction obligatoire « **indissociable d'une exigence d'évaluation** » et précise que « *des paliers intermédiaires, adaptés aux rythmes d'apprentissage définis par les cycles, sont déterminés dans la maîtrise du socle (..). Des outils d'évaluation, correspondant notamment aux exigences des différents paliers de maîtrise du socle commun, sont mis à la disposition des enseignants.* »

Comme cela sera constaté à la lecture de cette annexe, la liste des connaissances à acquérir par les élèves scolarisés dans le hors contrat est extrêmement longue, précise et détaillée (voire ainsi les exigences en mathématiques, en culture scientifique et technologique ou encore l'exigence de savoir nager !...).

Ce socle commun de connaissance est, en réalité, un véritable programme imposé aux élèves des écoles publiques, des écoles privées sous contrat mais également des écoles privées hors contrat et aux familles qui choisissent la scolarisation à domicile pour leurs enfants.

En effet, de même que l'article L. 442-1 du Code de l'éducation prévoit un contrôle de l'Etat sur les enseignements des établissements privés « sous contrat », l'article L. 442-2 du même Code prévoit un contrôle de l'Etat sur les enseignements des établissements privés « hors contrat » :

« L'inspecteur d'académie peut prescrire chaque année un contrôle des classes hors contrat afin de s'assurer que l'enseignement qui y est dispensé respecte les normes minimales de connaissances requises par l'article L. 131-1-1 et que les élèves de ces classes ont accès au droit à l'éducation tel que celui-ci est défini par l'article L. 111-1.

Ce contrôle a lieu dans l'établissement d'enseignement privé dont relèvent ces classes hors contrat.

Les résultats de ce contrôle sont notifiés au directeur de l'établissement 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.

En cas de refus de sa part d'améliorer la situation et notamment de dispenser, malgré la mise en demeure de l'inspecteur d'académie, un enseignement conforme à l'objet de l'instruction obligatoire, tel que celui-ci est défini par les articles L. 131-1-1 et L. 131-10, l'autorité académique avise le procureur de la République des faits susceptibles de constituer une infraction pénale.

Dans cette hypothèse, les parents des élèves concernés sont mis en demeure d'inscrire leur enfant dans un autre établissement. ».

Comme on peut le voir, l'Etat vérifie le respect de l'objet de l'instruction obligatoire (renvoi aux articles L. 131-1-1 et L. 131-10) et de l'enseignement des normes minimales de connaissances (renvoi à l'article L. 122-1, devenu l'article L. 131-1-1). Cette disposition renvoie donc en substance au socle commun mentionné ci-dessus.

Cet article oblige donc clairement les établissements hors contrat, au même titre que les établissements sous contrat ou les établissements publics, à respecter les normes de connaissances posées par le Code de l'Education et rappelées à l'annexe à l'article D. 122-1 précitée. Or, les normes de connaissances exigées pour les élèves de Première sont celles qui leur permettront d'obtenir les notes les plus élevées pour les épreuves anticipées du « baccalauréat de français » et celles exigées pour les élèves de Terminale sont celles qui leur permettront d'obtenir le baccalauréat.

De plus, cet article prévoit la possibilité de poursuites pénales en cas de non respect des normes minimales de connaissances exigées.

L'article L. 131-11 du code de l'éducation auquel renvoie l'article L. 442-2 dispose :

« 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'inspecteur d'académie, 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 les articles L. 131-1-1 et L. 131-10 du code de l'éducation, et de n'avoir pas procédé à la fermeture de ces classes est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende. En outre, le tribunal peut ordonner à l'encontre de celui-ci l'interdiction de diriger ou d'enseigner ainsi que la fermeture de l'établissement. »

Il est pour le moins paradoxal de refuser aux élèves de Première et de Terminale du hors contrat de passer le concours général au prétexte qu'ils ne suivraient pas le même programme que les autres lycéens tout en prévoyant des poursuites pénales si les normes minimales de connaissances (et notamment celles qui leur permettraient d'obtenir le baccalauréat) ne sont pas respectées.

Il convient également de souligner que l'article L. 442-3 du Code de l'Education précise :

Les directeurs d'écoles élémentaires privées qui ne sont pas liées à l'Etat par contrat sont entièrement libres dans le choix des méthodes, des programmes et des livres, sous réserve de respecter l'objet de l'instruction obligatoire tel que celui-ci est défini par les articles L. 131-1-1 et L. 131-10.

Or, ce texte ne s'applique qu'aux écoles élémentaires privées et aucune disposition similaire ne s'applique aux établissements secondaires. A contrario, la liberté dans le choix des méthodes, des programmes et des livres pour les enseignements dispensés dans les classes de première et de terminale est particulièrement limitée, voire théorique, puisque les programmes – et donc également les manuels et livres utilisés – des classes de première et de terminale hors contrat sont entièrement orientés vers la préparation du baccalauréat.

La circonstance – très théorique puisqu'elle ne correspond pas à la réalité – que les élèves des classes de Première et de Terminale hors contrat ne bénéficient pas d'un enseignement correspondant aux programmes officiels ne suffit donc pas à justifier leur exclusion du concours général.

Même si le but visé est, comme l'a explicitement affirmé le Rapporteur public dans ses conclusions (pièce n° 5), suivi en cela par le Conseil d'Etat, de distinguer les meilleurs étudiants d'un ensemble donné, strictement délimité par une obligation juridique sans fondement réel, la mesure est disproportionnée, car il aurait fallu que le régime, les critères et les conditions posés par l'autorité administrative n'aient aucun rapport avec l'examen du baccalauréat, sous l'angle duquel les élèves sont strictement placés dans les mêmes conditions.

Enfin, il convient de souligner que c'est à tort que le rapporteur public a affirmé qu'une distinction au concours général ne présente aucun avantage réel mais uniquement des avantages secondaires comme celui d'être admis plus facilement dans certaines classes préparatoires.

En effet, dans la pratique, le grand nombre de mentions « très bien » accordées aux bacheliers Français a revalorisé le rôle et la fonction du concours général qui sert de critère pour procéder aux sélections des élèves après leur baccalauréat.

Ainsi, les plus prestigieuses classes préparatoires aux grandes écoles, qui permettent aux étudiants d'intégrer des écoles renommées comme l'Ecole Normale Supérieure, l'Ecole Polytechnique, l'Ecole Centrale, H.E.C. , les Instituts d'Etudes Politiques (I.E.P.), etc...sélectionnent désormais aussi leurs élèves en fonction d'une distinction au concours général.

De même, certaines filières techniques ou professionnelles, une distinction au concours général permet d'accéder, plus facilement, sur titre après examen du dossier par un jury, à certaines écoles d'ingénieur ou Institut Universitaire de technologie (IUT).

Par conséquent, la possibilité de se présenter au concours général présente un avantage « concurrentiel » évident et majeur pour les élèves des lycées.

Ne pas permettre aux élèves du hors contrat de bénéficier de cet avantage évident constitue clairement une atteinte au principe de non discrimination.

La Cour européenne des droits de l'homme ne manquera donc pas de constater l'irrégularité de l'article 1^{er} de l'arrêté du 3 novembre 1986 au regard des principes, droits et libertés posés par les textes conventionnels précités.

IV. – Sur l'exécution

Les requérants sollicitent de la Cour qu'elle enjoigne à la France et plus particulièrement au Ministre de l'Education nationale qui est seul compétent pour modifier un arrêté réglementaire dont il est signataire, qu'elle procède à la modification de l'article 1^{er} de l'arrêté du 3 novembre 1986 afin de permettre aux élèves des écoles hors contrat de se présenter au concours général dans les mêmes conditions que les élèves du public et du privé sous contrat.

PAR CES MOTIFS

L'Association « Créer son Ecole », Monsieur et Madame FAVRE, Monsieur Michel VALADIER et Monsieur GUILLOUD concluent qu'il plaise à la Cour Européenne des Droits de l'Homme de :

- **CONSTATER** l'irrégularité de l'article 1^{er} de l'arrêté du 3 novembre 1986 en tant qu'il limite aux seules classes de première et terminale des lycées d'enseignement public et privé sous contrat la possibilité de présenter le concours général des lycées,

- **ENJOINDRE** à la France (Ministre de l'Education nationale) d'abroger ou de modifier l'article 1^{er} de l'arrêté du 3 novembre 1986 en incluant les élèves des classes de première et terminales des lycées d'enseignement privé hors contrat parmi les bénéficiaires de la possibilité de présenter le concours général des lycées,

- **CONDAMNER** la France à verser 5.000 euros à l'association Créer son Ecole, à M. et Mme FAVRE, à M. VALADIER et à M. GUILLOUD au titre des frais et dépens.

Sous toutes réserves

PRODUCTIONS :

- 1) Arrêté du 3 novembre 1986,
- 2) Recours gracieux du 26 décembre 2007,
- 3) Arrêt du Conseil d'Etat du 3 septembre 2009,
- 4) Annexe à l'article D. 122-1 du Code de l'Education,
- 5) Conclusions du Rapporteur public, M. Keller, devant le Conseil d'Etat