

une publication du
Centre juridique
franco-allemand

Universität des Saarlandes
D-66041 Saarbrücken

n° 11

**le statut constitutionnel
de l'enseignement privé en france,
éléments de comparaison avec le droit allemand**

(claudia lange)

**LE STATUT CONSTITUTIONNEL DE L'ENSEIGNEMENT PRIVÉ EN FRANCE,
ÉLÉMENTS DE COMPARAISON AVEC LE DROIT ALLEMAND**

par Claudia Lange

Ce mémoire a été réalisé avec le soutien du Professeur Christian Autexier (Université de la Sarre) sous la direction du Professeur André Roux à l'Université d'Aix-Marseille III (année universitaire 1995) dans le cadre d'un séjour financé par l'Office Franco-Allemand pour la Jeunesse



Les "études et documents du c.e.j.f." sont publiés par le CENTRE JURIDIQUE FRANCO-ALLEMAND, avec le soutien de l'Université de la Sarre. Les responsables de cette publication sont Christian AUTEXIER et Claude WITZ, directeurs de ce Centre.

1997 ° Centre juridique franco-allemand
UNIVERSITÄT DES SAARLANDES

Nicht im Buchhandel erhältlich

Abgabe gegen eine Schutzgebühr von DM 15,-



CENTRE JURIDIQUE FRANCO-ALLEMAND

Université de la Sarre, Postfach 15 11 50, D 66041 Saarbrücken
Tél. : (49 681) 302 21 21 ou 21 85
Télécopieur : (49 681) 302-4668
<http://www.jura.uni-sb.de/CJFA/>
E-Mail: bijus@rz.uni-sb.de

Codirecteurs : Christian AUTEXIER
Claude WITZ
Professeurs des Universités

Chargée d'enseignement : Françoise FURKEL
Docteur en Droit

Chargée d'administration : Marie-Thérèse MOTTEAU
et secrétariat : Licenciée de lettres modernes
Licenciée d'allemand

Le Centre juridique franco-allemand intégré dans le Département juridique de l'Université de la Sarre, constitue une institution universitaire de coopération unique en Europe. Son existence et sa mission sont le fruit d'un héritage de l'histoire et reflètent l'évolution des relations franco-allemandes.

Dans le domaine de la recherche, le Centre a naturellement vocation à servir de trait d'union entre les cultures juridiques françaises et allemandes.

Ses enseignements s'adressent à des étudiants de toutes nationalités qui veulent suivre au sein d'une université allemande, soit à titre principal, soit parallèlement à des études de droit allemand, des études de droit français sanctionnées par le DEUG, mention Droit. Les enseignements de droit français sont assurés par des enseignants des universités françaises et ceux de droit allemand par des enseignants des universités allemandes.

Renseignements : . à l'Office Allemand d'Echanges Universitaires
(DAAD)

. aux bureaux locaux de l'ONISEP

. au Centre juridique franco-allemand
Universität des Saarlandes
Postfach 15 11 50
D 66041 Saarbrücken

PUBLICATIONS DU CENTRE CENTRE JURIDIQUE FRANCO-ALLEMAND

Série études et documents du c.j.f.a. :

N° 1	Christian AUTEXIER (sous la direction de)	1987	Le glossaire de la Loi fondamentale
N° 2	Christian AUTEXIER	1987	La loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale
N° 3	AUTEXIER / FLAUSS / FROMONT / GREWE / JOUANJAN / KOENIG	1987	Grundgesetz / Loi fondamentale (3° édition 1996 synoptique bilingue)
N° 4	Christian AUTEXIER	1988	Constitution du 4 octobre 1958 / die Verfassung der französischen Republik (3° édition 1996 syn- optique bilingue)
N° 5	Christian AUTEXIER	1991	Einigungsvertrag / traité d'Union (édition synoptique bilingue)
N° 6	Christian AUTEXIER	1993	Gemeinsamelothingisch-saarländischeadministrati- ve Einrichtungen und Verfahrensweisen. Rechtsgut- achten, 15. April 1993
N° 7	Christian AUTEXIER/ Anne CATHALY	1995	Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO - / loi sur la juridiction administrative (édition synopti- que bilingue)
N° 8	Varii auctores	1995	Etudes comparatives
N° 9	Christian AUTEXIER (sous la direction de) avec le concours du Landtag de Sarre	1995	Verfassung des Saarlandes / Cons- titution du Land de Sarre (édition synoptique bilingue)
N°10	Christian AUTEXIER Anne CATHALY-STELKENS	1996	Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG - / Loi sur la procédure administrative (édi- tion synoptique bilingue)

**LE STATUT CONSTITUTIONNEL DE L'ENSEIGNEMENT PRIVÉ EN FRANCE,
ÉLÉMENTS DE COMPARAISON AVEC LE DROIT ALLEMAND**

par Claudia Lange

Ce mémoire a été réalisé avec le soutien du Professeur Christian Autexier (Université de la Sarre) sous la direction du Professeur André Roux à l'Université d'Aix-Marseille III (année universitaire 1995) dans le cadre d'un séjour financé par l'Office Franco-Allemand pour la Jeunesse



TABLE DES MATIÈRES

Introduction	9
PREMIERE PARTIE :	
LE RESPECT DE LA LIBERTE DE L'ENSEIGNEMENT	16
I. Le droit de fonder un établissement privé	16
A. Les garanties du droit de fondement	16
B. Les conditions de fondation	18
1. En France	18
2. En Allemagne	19
a) Les conditions générales	19
b) Les conditions additionnelles	21
II. Le droit de faire fonctionner un établissement privé	22
A. Une certaine liberté d'organisation	22
1. Les libertés pédagogiques	22
2. Les limites à cette liberté	25
a) Le contrôle général	25
b) La collation des grades	28
B. Le statut des maîtres	29
1. En droit français	30
a) La conclusion du contrat	31
b) La discipline	32
2. En droit allemand	36
a) Les exigences constitutionnelles	36
b) La situation juridique des maîtres	37
DEUXIEME PARTIE :	
L'ASSISTANCE A LA LIBERTE DE L'ENSEIGNEMENT	38
I. Le système français	38
A. Aides attribuées indépendamment de la conclusion d'un contrat	40
1. Subventions d'investissement aux établissements	40
a) Les régimes libéraux	40
b) Les régimes limités	41
c) Les interdictions	44
2. Les aides financières aux élèves	45
a) Les aides financières	46
b) Les aides en nature	46
B. Les régimes contractuels	47
1. Le contrat simple	47
a) Les caractères	47
b) Les conditions à remplir	49
c) La résiliation du contrat	50
2. Le contrat d'association	50

a) La formation	51
b) La résiliation	53
c) Avantages pour les classes sous contrat d'association	54
II.-La jurisprudence constitutionnelle allemande dans la matière	55
A. La protection constitutionnelle	56
B. La réalisation du devoir de protection par les <i>Länder</i>	56
Conclusion	58

Introduction :

Le statut de l'enseignement privé en France dépendait avant la décision 77-87 DC du Conseil constitutionnel en date du 23 novembre 1977¹ entièrement de la bonne volonté du législateur. Cette décision a déclaré que "la liberté de l'enseignement constitue l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, réaffirmés par le Préambule de la Constitution de 1946 et auxquels la Constitution de 1958 a conféré valeur constitutionnelle²". Ainsi l'enseignement privé en France dispose désormais d'un statut constitutionnel. Concernant son fondement textuel, le juge constitutionnel ne pouvait, faute de mention expresse dans les Constitutions de 1946 et 1958 ou dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789, que rappeler l'article 91 de la loi de finances du 31 mars 1931 dans lequel il est dit que la liberté de l'enseignement est un "principe fondamental reconnu par les lois de la République".³ Ce fondement semble cependant bien faible en comparaison avec l'article 7, alinéa 4, 1^{ère} phrase de la Loi fondamentale allemande, qui garantit aux personnes physiques et morales le droit fondamental de fonder des écoles privées.

La liberté de l'enseignement, qui a pour signification essentielle la pluralité des enseignements, c'est à dire la coexistence d'un enseignement privé à côté de l'enseignement public⁴, comprend deux éléments : la liberté d'enseigner et la liberté de l'enseigné. Le premier se rattache généralement à la libre communication des pensées et opinions et concerne plus précisément la transmission des connaissances aux jeunes, leur formation dans le cadre scolaire. L'enseignement est donc une nécessité sociale mais il s'adresse à des esprits malléables.

Il comporte ainsi la possibilité de guider, par la qualité et par l'orientation idéologique de l'enseignement, l'avenir de la cité. Ainsi, l'État ne peut remettre l'enseignement à la seule initiative privée. En outre, la liberté d'enseigner comprend elle-même deux aspects : l'un qui la caractérise comme une liberté économique et sociale, c'est-à-dire la liberté de créer une entreprise d'enseignement, l'autre qui la fait appartenir à la famille des libertés de pensée, à savoir la liberté intellectuelle de l'enseignement dispensé. Celle-ci apparaît au niveau de l'établissement : dans quelle mesure peut-il déterminer ses programmes, ses méthodes pédagogiques et son inspiration idéologique ? et au niveau de l'enseignant considéré individuellement : peut-on lui laisser la liberté de diffuser ses pensées personnelles ?⁵ La

¹ Rec., p. 42.

² idem., cons. 3.

³ idem et Grandes décisions du CC, p. 360.

⁴ Favoreu et Philip, p. 359.

⁵ Rivero, pp. 317 s.

liberté de l'enseigné concerne d'abord les parents qui peuvent choisir l'enseignement qu'ils souhaitent pour leurs enfants. Puis, elle s'impose à l'enseignant qui doit respecter la personnalité propre de l'enfant.

Généralement, la liberté de l'enseignement est considérée comme un des droits les plus précieux reconnus aux citoyens des démocraties, parce qu'elle permet d'éviter tout endoctrinement étatique et tout dirigisme scolaire. Ce droit peut être réalisé par deux voies : celle du pluralisme idéologique, qui permet le choix entre des établissements d'orientations diverses, et celle de la neutralité scolaire, qui interdit à l'enseignant toute prise de position susceptible de troubler les consciences des enseignés⁶.

Historiquement, l'enseignement est jusqu'au 18^e siècle en Allemagne aussi bien qu'en France presque exclusivement entre les mains de l'Église⁷. Bien qu'il existe en Allemagne de plus en plus d'écoles qui dépendent des villes, le contrôle sur l'enseignement scolaire reste jusqu'au début du vingtième siècle un domaine de l'Église⁸. En France, la Révolution de 1789 a pour conséquence la laïcisation des institutions scolaires⁹ et l'inscription dans la Constitution de 1791 du principe d'un enseignement d'État. C'est le point de départ d'une lutte entre les révolutionnaires partisans d'un enseignement laïque et les catholiques attachés à un enseignement confessionnel¹⁰. Sous la Convention, un décret du 29 frimaire an III (29 décembre 1793) déclare dans son article premier que l'enseignement est libre¹¹. Cette liberté trouve sa première consécration constitutionnelle dans la Constitution du Directoire (22 août 1795) : "Les citoyens ont le droit de former des établissements particuliers d'éducation et d'instruction ainsi que des sociétés libres pour concourir au progrès des sciences, des lettres et des arts"(article 300)¹². Ainsi peut-on constater une multiplication des établissements libres, qui d'ailleurs dominent l'enseignement primaire¹³. Mais un mouvement anticlérical remet bientôt cette liberté en cause¹⁴. Sous le Consulat, cette liberté est restreinte par une loi du 11 Floral an X (1801)¹⁵ et quelques années plus tard l'enseignement privé est déclaré incorporé à l'université impériale¹⁶. Bien que l'Église ait pu regagner son autorité dans l'enseignement et que la liberté dans le primaire lui ait été restituée

⁶ idem, pp. 318 s.

⁷ Ponteil, pp. 9 s.

⁸ Brockhaus, sous *Schule*.

⁹ Ponteil, pp. 52 s.

¹⁰ Fontaine, p. 13.

¹¹ Grimaud, T. 2, p. 148.

¹² Grimaud, T. 2, p. 201.

¹³ idem, p. 271.

¹⁴ Fontaine, p. 13.

¹⁵ Grimaud, T. 3, pp. 168 s.

¹⁶ Ponteil, pp. 123 s. et Grimaud, T. 4, pp. 69 s.

Claudia Lange

par la loi Guizot de 1833¹⁷, le système napoléonien a survécu dans le secondaire et supérieur jusqu'à la Révolution de 1848¹⁸. La liberté de l'enseignement est inscrite dans l'article 9 de la Constitution de la deuxième République du 4 novembre 1848 : "L'enseignement est libre. La liberté de l'enseignement s'exerce selon les conditions de capacité et de moralité déterminées par les lois et sous la surveillance de l'État"¹⁹. Deux ans plus tard, le 15 mars 1850, suit la fameuse loi Falloux sur l'enseignement primaire et secondaire. Cette loi reconnaît et réglemente entre autre le droit d'ouvrir des écoles privées du premier et second degré (art. 17, 27 et 60) et son article 69, qui autorise une subvention publique aux établissements secondaires d'enseignement privé, est encore aujourd'hui appliqué par le Conseil d'État²⁰.

En Allemagne, la Révolution de 1848 a également suscité la création d'une Assemblée constituante qui a voté à l'Église Saint Paul de Francfort la première Constitution allemande, qui prévoit déjà la liberté de l'enseignement en instituant le droit de fonder des établissements d'enseignement privés (article 154). Cependant cette Constitution n'est jamais entrée en vigueur et l'Allemagne reste encore pendant 20 ans dispersée en plusieurs principautés et royaumes, avant que Bismarck ne réussisse l'unification en créant la Confédération allemande en 1871. Néanmoins la Constitution de l'État Prusse de 1850 avait inscrit dans son article 22 presque mot pour mot la disposition de l'ancien article 154 ; ainsi la liberté de l'enseignement reste acquise en Prusse²¹.

Toutefois, en France, sous Napoléon III, cette liberté est encore une fois restreinte et à partir de 1856 le système antérieur à 1848 est à nouveau institué²². Cependant, l'Église a su défendre sa position et à partir de 1863 les établissements secondaires ecclésiastiques ne cessent de se multiplier²³. Sous la troisième République, l'enseignement supérieur est finalement libéré : la loi du 12 juillet 1875 admet la création des universités libres²⁴. La loi du 10 août 1871 sur l'attribution des bourses départementales, interprétée par le Conseil d'État comme étant applicable à l'enseignement tant public que privé²⁵, jouit encore d'une certaine importance. Cependant la liberté connaît encore des limites : les congrégations doivent être autorisées pour pouvoir ouvrir des établissements scolaires, ce qui

¹⁷ Grimaud, T. 6 et Fontaine, p. 13.

¹⁸ Ponteil, pp. 162 s. et Georget, p. 4.

¹⁹ Ponteil, p. 241 et Fontaine, p. 13.

²⁰ CE du 10 nov. 1993, *Préfet de la région d'Ile de France: Leb.*, p. 318.

²¹ Brockhaus sous *Schule*.

²² Ponteil, pp. 245 s.

²³ *idem*, pp. 259 s.

²⁴ Ponteil, pp. 280 s.

²⁵ CE du 10 août 1988, *Dpt. du Pas-de-Calais c/ époux Bat: JCP* 1988, IV, p. 360.

exclut les Jésuites²⁶. Parallèlement commence le mouvement vers l'instruction populaire : la loi du 16 juin 1881 sur la gratuité de l'enseignement primaire et la loi Ferry du 28 mars 1882 sur l'obligation scolaire dans le primaire, qui admet cependant que l'instruction puisse être donnée dans des établissements privés agréés ; puis la loi Goblet du 30 octobre 1886 sur la laïcité des écoles primaires publiques prévoit qu'un jour par semaine sera réservé à l'instruction religieuse facultative en dehors des édifices scolaires. Ainsi l'instruction religieuse - encore prévue par la loi Falloux - est abolie dans l'enseignement public²⁷. La loi du 1^{er} décembre 1905 dispose finalement la séparation entre l'État et l'Église²⁸.

Après la Première Guerre mondiale, la Constitution de Weimar s'est efforcée d'instituer la première démocratie en Allemagne, qui n'a duré que 14 ans. Cette Constitution prévoit dans son article 147 que les écoles privées qui se substituent aux écoles publiques ont besoin d'un agrément étatique ainsi que les conditions pour l'obtention de cette autorisation. L'alinéa 2 du même article limite la liberté de fonder des écoles primaires privées au cas exceptionnel où une école publique confessionnelle ou philosophique n'existe pas dans une commune alors qu'elle est réclamée par des familles. L'alinéa 4 de cet article renvoie au droit établi pour les autres écoles privées. Cet article 147, qui remonte au compromis scolaire de Weimar, restreint le rôle de l'enseignement privé²⁹. La liberté de l'enseignement est assurée, mais seuls les établissements publics et les établissements privés agréés peuvent être fréquentés pour accomplir l'obligation scolaire (article 145). En outre, la Constitution de Weimar met l'accent sur l'enseignement public en instituant un devoir de l'État, des *Länder* et des communes de se charger de l'éducation de la jeunesse grâce à des établissements publics³⁰. La liberté de l'enseignement est abolie avec l'arrivée d'Adolf Hitler au pouvoir en 1933.

En France, la loi Astier institue en 1919 une véritable charte de l'enseignement technique, que le Conseil d'État interprète aujourd'hui comme admettant l'institution de l'enseignement technique privé ainsi que son subventionnement³¹. Après l'éclatement de la Seconde Guerre mondiale, le Régime de Vichy apporte un certain assouplissement au statut des écoles privées : facilités financières et traitement moins sévère des congrégations³². Après la Seconde Guerre mondiale, on observe une inversion de la tendance, marquée par la suppression de toute aide financière. La Constitution de 1946 ne mentionne pas expressément la liberté de l'enseignement, mais les travaux préparatoires révèlent que les principes

²⁶ Décret du 29 et 30 mars 1880.

²⁷ Ponteil, pp. 280 s.

²⁸ Georgel, p. 4.

²⁹ BVerfGE 88, 40 du 22 déc. 1992, p. 48.

³⁰ Anschütz, pp. 666 s. et Landé, p. 149.

³¹ CE du 27 mai 1987, *Dpt. du Maine et Loire c/ Degouty*; D.1988, p. 207, note B. Toulemonde.

³² Fontaine, p. 15.

fondamentaux reconnus par les lois de la République ont été introduits dans le Préambule pour sauvegarder la liberté de l'enseignement. Ce compromis sur l'enseignement porte aussi sur l'inscription dans ce même Préambule d'un devoir de l'État d'organiser l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés. Dans les années cinquante plusieurs lois réglementent le statut de l'enseignement privé : d'abord les lois Barangé et Marie du 28 septembre 1951 qui prévoient une allocation au profit des maîtres de l'enseignement privé et qui apportent une aide forfaitaire à toutes les familles d'élèves scolarisés dans l'enseignement public ou privé³³ ; puis sous la cinquième République la loi Debré du 31 décembre 1959³⁴, véritable charte des rapports entre l'État et les établissements d'enseignement privés du premier et second degré, qui a institué deux régimes contractuels, *le contrat simple et le contrat d'association*, liant l'État et les établissements cocontractants. C'est sur ce fondement que le subventionnement de l'enseignement privé a été admis. Cette loi a été révisée à plusieurs reprises : loi Guichard-Pompidou du 1er juin 1971³⁵ ; loi Guerneur du 25 novembre 1977³⁶ relative à la liberté de l'enseignement ; loi du 22 juillet 1983³⁷ relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État ; loi Chevènement du 25 février 1985³⁸, qui modifie la loi de 1983 et revient au texte original de 1959, et finalement la loi du 29 décembre 1990³⁹. Seuls les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, terre allemande en 1905 lors de la séparation de l'église et de l'État, n'appliquent pas l'article premier de la loi Debré ; ils ont conservé une législation spéciale⁴⁰.

Il faut encore signaler qu'en 1971 les rapports entre l'État et l'enseignement privé par correspondance ont été réglementés⁴¹. En 1984, les relations entre l'État et les établissements d'enseignement agricole privés sont réformés⁴². L'oeuvre législative la plus récente est la loi du 21 janvier 1994⁴³, relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales. L'article essentiel (l'article 2), qui admettait l'octroi de subventions généreuses par les collectivités locales, fut cependant déclaré contraire

³³ Geogel, p. 4.

³⁴ L. n° 59-1557 (JO 3 janv. 1960).

³⁵ L. n° 71-400 (JO 3 juin 1971, p. 5339).

³⁶ L. n° 77-1285 (JO 26 nov. 1977, p. 5539).

³⁷ L. n° 83-663 complétant L. n° 83-8 du 7 janv. 1983 (JO 23 juil. 1983, p. 2286 s).

³⁸ L. n° 85-97 (JO 26 janv. 1985).

³⁹ L. n° 90-1168 (JO 30 déc. 1990, p. 16367 s).

⁴⁰ Geogel, p. 21 - CE du 23 mai 1958, *min. éduc. nat. c/ Weber* : *Leb.* p. 293, *RFDA* 1958, n° 250.

⁴¹ L. 71-556 du 12 juil. 1971 relative à la création et au fonctionnement des organismes dispensant un enseignement à distance ainsi qu'à la publicité et au démarchage faits par les établissements d'enseignement (JO 13 juil. 1971).

⁴² L. n° 84-1285 du 31 déc. 1984, portant réforme des relations entre l'État et les établissements d'enseignement agricole privés, et modifiant la loi n° 84-579 du 9 juil. 1984 portant rénovation de l'enseignement agricole public (JO 1er janv. 1984).

⁴³ L. n° 94-51 (JO 22 janv. 1994, p. 1152).

à la Constitution par une décision du Conseil constitutionnel en date du 21 janvier 1994⁴⁴ (voir infra deuxième partie, I, A, 1, b).

En Allemagne, la Loi fondamentale de 1949 institue la liberté de l'enseignement comme droit fondamental, non seulement comme droit objectif à l'agrément étatique comme dans la Constitution de Weimar⁴⁵. A l'Est, les écoles privées étaient interdites jusqu'à la réunification en 1990. Du fait du système fédéral et de la souveraineté culturelle des *Länder*, les États fédérés ont la compétence législative exclusive en matière scolaire (articles 30, 70 ss. de la Loi fondamentale), uniquement restreinte au point de vue matériel par les dispositions constitutionnelles, notamment l'article 7 LF⁴⁶. En outre l'article 7, alinéa 4, 2^{ème} phrase de la Loi fondamentale mentionne expressément : "Les écoles privées qui se substituent aux écoles publiques doivent être agréées par l'État et sont soumises aux lois des *Länder*." Ainsi, le principe de la liberté de l'enseignement est repris dans la plupart des constitutions des *Länder*. Quelques unes prévoient même un droit des écoles privées aux subventions, ce qui n'est pas mentionné dans la Loi fondamentale. De cette façon, la législation scolaire est uniquement unifiée par des accords entre les *Länder* ; en matière d'enseignement privé cet accord date du 11 août 1951. Pour une meilleure coordination du système scolaire, une conférence permanente des ministres des affaires culturelles des *Länder* est instituée depuis 1948⁴⁷. Ainsi la Loi fondamentale prend position contre un monopole public de l'enseignement⁴⁸. La concurrence entre l'enseignement public ainsi que privé et leurs initiatives nouvelles devaient provoquer un développement pédagogique permanent⁴⁹.

Bien que la liberté de l'enseignement soit ainsi assurée dans les deux pays, le rôle respectif de l'enseignement privé est assez différent. En France l'enseignement privé détient 16,8% de l'effectif scolaire et 94% des établissements privés dépendent de l'Église catholique, il existe une cinquantaine d'écoles juives, une quinzaine d'établissements de confession protestante (sous la III^{ème} République la plupart des écoles de la religion réformée ont accepté d'intégrer le secteur public) et quelques écoles coraniques ont été fondées récemment, en outre il existe dans le secondaire quelques établissements privés laïques. Ce n'est que dans le supérieur que la majorité des établissements privés sont laïques, ce sont surtout ceux qui dépendent de la Chambre de commerce et d'industrie⁵⁰. Ainsi le problème de l'enseignement a été de tout temps lié à celui des rapports de l'Église

⁴⁴ Déc. CC n° 93-329 DC : Rec.1994, p. 9.

⁴⁵ BVerfGE 6, 309 du 26 mars 1957, p. 355 - BVerfGE 88, 40 du 16 déc. 1992, p. 49.

⁴⁶ BVerfGE 6, 309 précitée, p. 354.

⁴⁷ Lemper, Graf von Westphalen, pp. 310 s..

⁴⁸ BVerfGE 27, 195 du 14 nov. 1969, p. 201.

⁴⁹ BVerfGE 80, 40, p. 55.

⁵⁰ Georgel, pp. 5 et 6.

catholique à l'État⁵¹. Cependant 94% des enseignants et deux tiers des directeurs de l'enseignement catholique sont laïcs⁵². Néanmoins on constate dans ces établissements une nette sous-représentation des élèves originaires de pays à majorité musulmane : seuls 2,9% de la population scolaire étrangère y sont accueillis⁵³.

En Allemagne, où l'enseignement privé constitue 10 % de l'effectif scolaire, sa branche confessionnelle (catholique et protestante) ne détient pas une place prédominante, car un grand nombre des établissements d'enseignement privés sont de caractère anthroposophique, ce sont surtout les écoles libres de Waldorf (*Waldorfschulen*)⁵⁴.

Ce phénomène est peut-être dû à la neutralité et à la laïcité stricte de l'enseignement public en France, tandis qu'en Allemagne, bien que l'enseignement public doive incontestablement respecter le principe de neutralité, il existe des écoles confessionnelles publiques, et l'instruction religieuse fait partie des matières d'enseignement régulières dans les écoles publiques à l'exception des écoles non-confessionnelles (articles 7, alinéa 3, 1^{ère} phrase et 141 de la Loi fondamentale). Pourtant en France aussi la discussion dans l'enseignement se diversifie et porte aussi sur l'opposition entre d'une part un enseignement public souvent monolithique, centralisé et peu flexible et d'autre part un enseignement privé décentralisé et plus libéral⁵⁵. Ainsi l'enseignement catholique en France est devenu une alternative à l'enseignement public plutôt qu'une école aux convictions religieuses affirmées⁵⁶. Ce mouvement concerne aussi l'Allemagne où l'on peut noter une considérable expansion des écoles privées due à la création des écoles qui se qualifient elles-mêmes d'*alternatives* et qui se situent dans une perspective critique à l'égard de l'école publique. Elles sont caractérisées par un travail pédagogique en petites unités et instaurent de cette façon un climat scolaire nouveau, ainsi qu'une nouvelle forme de collaboration entre élèves et enseignants⁵⁷. Dans le domaine de l'enseignement préscolaire le secteur privé et l'Église gèrent la grande majorité des institutions, par contre dans le supérieur le secteur public détient presque un monopole⁵⁸.

L'enseignement privé se comprend par opposition à l'enseignement public, c'est-à-dire que tous les établissements scolaires qui ne sont pas publics sont privés. Les établissements publics sont ceux qui appartiennent à l'État ou aux collectivités

⁵¹ Fontaine, p. 12, Georgel, p. 3.

⁵² Georgel, pp. 3 et 5.

⁵³ idem, p. 5.

⁵⁴ Brockhaus sous *Schule*.

⁵⁵ Fontaine, p. 16.

⁵⁶ Georgel, p. 5.

⁵⁷ Max-Planck-Institut, p. 53.

⁵⁸ idem.

locales, pendant que les écoles privées appartiennent aux personnes physiques ou morales de droit privé, aux congrégations ou à l'Église. Bien que l'État doive respecter la liberté de l'enseignement, il ne peut pas se désintéresser des établissements d'enseignements privés. Ainsi nous traiterons dans une première partie le respect de la liberté de l'enseignement.

L'enseignement privé de son côté veut jouir d'une liberté et d'une indépendance les plus étendues, cependant au point de vue financier il a besoin du secours de l'État. Nous examinerons donc la liberté de l'enseignement comme liberté assistée dans une deuxième partie.

PREMIERE PARTIE :

LE RESPECT DE LA LIBERTE DE L'ENSEIGNEMENT

La liberté de l'enseignement est caractérisée par le droit de fonder et de faire fonctionner des établissements d'enseignement privés.

I. Le droit de fonder un établissement privé

Nous traiterons d'abord les garanties du droit de fondement, puis les conditions de fondement d'un établissement d'enseignement privé.

A. Les garanties du droit de fondement

En droit français, l'article 1^{er}, alinéa 2 de la loi Debré du 31 décembre 1959 dispose : "L'État proclame et respecte la liberté de l'enseignement et en garantit l'exercice aux établissements privés régulièrement ouverts". Le Conseil constitutionnel a conféré valeur constitutionnelle à ce droit et a éclairé sa relation avec l'alinéa 13 du Préambule de la Constitution de 1946 : "L'affirmation par le Préambule de la Constitution de 1946 que "l'organisation de l'enseignement public, gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État" ne saurait exclure l'existence de l'enseignement privé⁵⁹". Ainsi la Haute juridiction interprète cette phrase du Préambule de 1946 comme n'instituant nullement un monopole de l'enseignement au profit de l'État et comme étant de ce fait compatible avec la liberté de l'enseignement entendue au sens de la pluralité de l'enseignement⁶⁰. La reconnaissance de la liberté de l'enseignement comme liberté publique constitutionnellement garantie implique que les conditions d'application d'une loi organisant cette liberté ne doivent pas dépendre de décisions des collectivités

⁵⁹ Déc. CC n° 77-87 DC précitée.

⁶⁰ Favoreu et Philip, p. 359.

territoriales, pour être les mêmes sur l'ensemble du territoire⁶¹.

En droit allemand, l'article 7, alinéa 4, 1^{ère} phrase de la Loi fondamentale garantit à tout citoyen le droit fondamental de fonder des écoles privées⁶². Il s'agit d'une garantie d'institution⁶³. Cette disposition constitutionnelle distingue entre les écoles privées qui se substituent aux écoles publiques (*Ersatzschulen*) et les écoles privées dites de complément (*Ergänzungsschulen*). Les premières ont des structures et fonctions analogues à celles des écoles publiques et devraient ainsi se substituer d'après leur destination globale à une école publique déjà existante ou en principe prévue dans l'Etat fédéré concerné. Les établissements d'enseignement privés qui n'ont pas cette qualité, et dont l'importance est alors bien faible⁶⁴, sont dénommées écoles privées de complément⁶⁵. Comme exemple des *Ergänzungsschulen* on peut citer les écoles de langues. Les régimes de ces deux types d'écoles privées sont différents. L'obligation scolaire peut être remplie dans des écoles publiques ou dans les *Ersatzschulen*⁶⁶.

Pendant qu'en France la procédure de fondation est marquée par le régime de déclaration préalable, caractéristique d'un régime libéral⁶⁷, les *Ersatzschulen* en Allemagne nécessitent un agrément étatique. Toutefois, si les conditions posées par l'article 7, alinéas 4 et 5 de la Loi fondamentale sont remplies, le requérant acquiert un droit à l'obtention et au maintien de cet agrément⁶⁸.

Dans les deux pays, l'enseignement supérieur est réglé par un régime spécial. La Cour constitutionnelle d'Allemagne a décidé que l'article 7, alinéa 4, 1^{ère} phrase ne garantit pas le droit de fonder des établissements supérieurs privés⁶⁹. En France, ni la loi Falloux ni la loi Debré ne sont applicables aux établissements supérieurs privés, mais la liberté de l'enseignement supérieur est reconnue par la loi du 12 juillet 1875.

⁶¹ Déc. CC n° 84-185 DC du 18 janv. 1985 : Rec., pp. 36 ss., 40 - Déc. CC n° 93-329 précitée, cons. 27.

⁶² BVerfGE 88, 40 précitée, p. 46.

⁶³ BVerfGE 6, 309, p. 355.

⁶⁴ Max-Planck-Institut, p. 53.

⁶⁵ BVerfGE 27, 195 précitée, pp. 201 s.

⁶⁶ *idem*, p. 201.

⁶⁷ Rivero, p. 327.

⁶⁸ BVerfGE 27, 195 précitée, p. 200.

⁶⁹ BVerfGE 37, 314 du 11 juin 1974, pp. 320 ss.

B. Les conditions de fondation

Cette garantie n'implique cependant pas que n'importe qui peut ouvrir n'importe quel établissement⁷⁰. Le fondateur doit respecter un certain nombre de prescriptions concernant les conditions à remplir et la procédure à suivre. L'inobservation est sanctionnée strictement. Nous examinerons d'abord les conditions de fondation d'un établissement d'enseignement privé en France puis en Allemagne.

1. En France

Un établissement d'enseignement privé peut être créé par des personnes physiques ou des associations⁷¹. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Rome en 1962, les citoyens de l'Union Européenne jouissent de la liberté d'établissement et peuvent ainsi fonder des écoles privées au même titre que les nationaux de l'État européen concerné. Les étrangers à la Communauté Européenne peuvent obtenir une autorisation d'exercice. La condition d'âge requise est de 25 ans.

Concernant les conditions morales, le requérant ne doit pas être condamné pour crime ou délit contraire à la probité ou aux bonnes moeurs, être privé - même partiellement - de ses droits civils et familiaux par décision de justice ou être frappé d'une interdiction d'enseigner.

En ce qui concerne la capacité, l'intéressé doit être titulaire du baccalauréat pour ouvrir un établissement d'enseignement primaire⁷², le secondaire exige en outre un certificat de stage attestant de cinq années de fonction comme professeur et surveillant⁷³. Dans l'enseignement supérieur, le responsable doit être titulaire du diplôme d'État correspondant, si l'établissement enseigne la médecine ou la pharmacie⁷⁴.

Les locaux doivent satisfaire aux normes de sécurité, d'hygiène et de salubrité⁷⁵. L'autorité administrative est chargée de vérifier si les dispositions législatives et réglementaires sont respectées.

Les rapports Vedel et Schléret de 1993 et 1994 ont révélé que les trois quarts des bâtiments de l'enseignement privé nécessitent des travaux conservatoires ou de sécurité, 14,7% ont même été classés dans la catégorie à risques. Ainsi la discussion sur l'aide à l'investissement est-elle d'actualité. Elle a abouti dans un projet de loi en janvier 1994, qui a été cependant amputé de sa disposition

⁷⁰ Georget, p. 6.

⁷¹ L. du 30 oct. 1886 (enseignement privé) - L. du 15 mars 1850 (secondaire)
L. du 12 juill. 1875 (supérieur) - L. du 25. juill. 1919 (technique).

⁷² L. 30 oct. 1886.

⁷³ L. 15 mars 1850.

⁷⁴ L. 12 juill. 1875.

⁷⁵ L. 30 oct. 1883.

essentielle par la décision du Conseil constitutionnel en date du 13 janvier 1994⁷⁶. L'article 2, qui permettait aux collectivités territoriales d'attribuer des subventions d'investissement selon des modalités qu'elles auraient fixées librement aux établissements privés, liés par contrat à l'État, a été déclaré contraire à la Constitution (voir infra deuxième partie, I, A, 1, b) ; les autres dispositions de la loi ont été promulguées le 21 janvier 1994⁷⁷. Ainsi le problème concernant la sécurité des bâtiments scolaires n'a pas encore été résolu.

L'administration peut former opposition contre l'ouverture de l'établissement, motivée de manière exclusive sur une condition d'hygiène ou de bonnes mœurs, c'est-à-dire qu'aucun autre motif ne peut être invoqué avec succès. Faute d'opposition pendant un délai d'attente, qui varie selon le degré d'enseignement entre 1 et 2 mois, l'établissement est ouvert.⁷⁸ En fait, la procédure d'opposition n'est appliquée que dans 5 à 6 % des demandes. Si une opposition est cependant formée, le Conseil académique de l'Éducation nationale⁷⁹ est appelé à statuer contradictoirement dans un délai qui varie en fonction du degré d'enseignement entre 15 jours et un mois. Le tribunal de grande instance est compétent ; un recours direct en cassation, réservé au ministre, peut être formé dans les 15 jours de la notification du jugement. Jusqu'à la décision définitive, l'établissement ne peut être ouvert.⁸⁰

2. En Allemagne

En droit allemand, l'article 7, alinéas 4 et 5 de la Constitution pose deux séries de conditions pour l'obtention d'un agrément, d'une part des conditions concernant tous les établissements d'enseignement privés, d'autre part des conditions additionnelles pour les écoles primaires. La Cour constitutionnelle fédérale a exposé que l'obligation de l'agrément poursuit l'objectif de protéger les citoyens contre des écoles insuffisantes. Par la délivrance de l'agrément, l'administration reconnaît qu'elle n'a pas d'objections contre la fondation de l'école et que la fréquentation de cette école remplit l'obligation scolaire⁸¹.

a) Les conditions générales

L'article 7, alinéa 4 prévoit que les *Ersatzschulen* doivent répondre à trois exigences pour obtenir un agrément de l'État. D'abord, l'école privée ne doit pas être d'un

⁷⁶ Déc. C C n° 93-329 DC précitée, p. 829.

⁷⁷ L. n° 94-51 du 21 janv. 1994 précitée.

⁷⁸ Georgel, pp. 6 et 7.

⁷⁹ L. n° 83-8 du 7 janv. 1983 précitée.

⁸⁰ Georgel, pp. 6 et 7.

⁸¹ BVerfGE 27, 195 précitée, p. 203.

niveau inférieur aux écoles publiques quant à ses programmes, ses installations et la formation scientifique de son personnel enseignant. Ensuite, l'école ne doit pas favoriser une ségrégation des élèves fondée sur la fortune des parents. Enfin, la situation économique et juridique du personnel enseignant doit être suffisamment assurée.⁸² Le terme "installations" comprend non seulement les locaux, mais aussi tous les matériels et moyens d'enseignement⁸³.

Ces exigences sont remplies si l'organisation de l'école peut être considérée comme équivalente à celle de l'enseignement public, une similarité n'est pas nécessaire⁸⁴. Une ségrégation des élèves fondée sur la fortune des parents n'est pas favorisée, même si la contribution demandée aux parents est plus élevée que dans l'enseignement public, dans la mesure où des compensations adéquates sont prévues pour les familles nécessiteuses⁸⁵. "Quelques exonérations marginales des frais de scolarité ou quelques bourses dans les cas exceptionnels des enfants très doués ou des familles très nécessiteuses" ne suffiraient cependant pas pour assurer l'accessibilité générale⁸⁶. Comme le caractère "équivalent" de l'établissement d'enseignement privé se détermine en comparaison avec l'enseignement public, et comme l'inspection scolaire fixe les standards pour les écoles publiques, la délivrance de l'agrément est influencée par ces standards du public⁸⁷.

Outre les conditions susmentionnées, l'agrément ne peut être refusé que si le directeur ne peut pas garantir sa fiabilité ou si les locaux ne répondent pas aux exigences administratives⁸⁸.

En principe, les agréments doivent être accordés pour une longue durée car la fondation d'une école implique des investissements importants⁸⁹. L'article 19, alinéa 4 de la Constitution ouvre au requérant qui se sent lésé dans son droit de fonder une école privée "le recours juridictionnel administratif". La charge de la preuve concernant les conditions susmentionnées appartient au requérant⁹⁰.

Le droit de fonder des *Ergänzungsschulen* est aussi assuré par l'article 7, alinéa 4, 1^{ère} phrase de la Loi fondamentale, mais les autres dispositions constitutionnelles de l'article 7 ne leur sont pas applicables. Ainsi leur fondation ne nécessite pas d'agrément.

⁸² Pieroth et Schlink, p. 190.

⁸³ BVerfGE 90, 128 du 9 mars 1990, p. 142.

⁸⁴ Accord des Länder sur l'enseignement privé du 10 et 11 août 1951, art. 11.

⁸⁵ idem, art. 12.

⁸⁶ Bverf GE 75, 40 du 8 avril 1987, pp. 63 ss.

⁸⁷ Pfau, p. 15.

⁸⁸ Art. 14 de l'accord précité.

⁸⁹ BVerfGE 88, 40 précitée, pp. 54 et 55.

⁹⁰ idem, p. 56.

b) Les conditions additionnelles

L'institution des *Ersatzschulen* du premier degré est également garantie par l'article 7, alinéa. 4, 1^{ère} phrase de la Loi fondamentale, mais l'alinéa 5 du même article pose une condition additionnelle : L'administration de l'instruction publique ne peut les autoriser que s'il existe un intérêt pédagogique particulièrement prépondérant⁹¹. En outre cette disposition constitutionnelle met l'accent sur la préférence de principe de l'école primaire publique. Ainsi le système de la règle de l'école primaire publique et de l'exception de l'école primaire privée tel qu'il résulte du compromis scolaire de Weimar est maintenu⁹². Cette disposition poursuit l'objectif de réunir les enfants de toutes les classes sociales dans l'enseignement primaire et d'admettre des écoles privées seulement s'il faut renoncer à la priorité des écoles publiques eu égard à un intérêt pédagogique particulier reconnu par l'administration de l'instruction publique. Cependant, la liberté de décision de cette administration est restreinte : si la condition objective de l'intérêt pédagogique particulier est remplie, l'école privée doit obtenir son agrément⁹³.

Le terme *intérêt pédagogique* doit être compris comme l'intérêt public de développer une conception pédagogique et de la mettre en oeuvre, ainsi que l'intérêt de l'enseignement des enfants, auxquels le système public ne fait pas ou ne peut pas faire d'offres suffisantes. Il doit être apprécié en fonction des méthodes professionnelles en tenant compte de toutes les opinions de la doctrine pédagogique.

Cet intérêt doit être *particulier* en comparaison avec les écoles publiques et privées existantes, de manière à ce que l'intérêt pédagogique prime sur l'intérêt à une école publique pour tous les enfants. Si l'école privée peut décharger l'institution publique des enfants qui ne peuvent pas recevoir un enseignement sans accompagnement particulier, comme c'est le cas pour les enfants handicapés, l'*intérêt pédagogique particulier* doit être reconnu. Pour les conceptions pédagogiques qui s'adressent aux élèves *normaux*, il faut éviter que l'exception de l'école primaire privée ne devienne la règle. Elles doivent donc constituer une alternative opportune aux établissements existants, qui enrichisse l'expérience pédagogique et qui puisse profiter au développement de l'enseignement envisagé globalement⁹⁴. Une conception entièrement nouvelle ou unique n'est cependant pas exigée. Pour déterminer le caractère novateur que l'enseignement privé peut apporter, il faut le confronter avec le seul enseignement existant et non à des projets publics ou privés. La disposition constitutionnelle n'exclut pas non plus qu'une conception pédagogique soit expérimentée dans plusieurs établissements en même temps.

⁹¹ BVerfGE 88, 40 précitée, pp. 47 s.

⁹² idem, p. 49.

⁹³ idem, pp. 50 s.

⁹⁴ BVerfGE 88, 40 précitée, pp. 52 et 53.

La deuxième alternative de cet alinéa 5 prévoit qu'"une école primaire privée ne doit être autorisée que si les personnes investies de l'autorité parentale demandent la création d'une école interconfessionnelle, confessionnelle ou philosophique et qu'il n'existe pas d'école primaire de ce genre dans la commune". Cette disposition restreint les catégories des personnes qui ont la qualité de demandeurs⁹⁵ et ouvre en outre la possibilité aux écoles confessionnelles et philosophiques d'être intégrées dans l'enseignement public⁹⁶.

La charge de la preuve appartient au requérant, il doit exposer son projet pédagogique de manière concrète, pour que l'administration puisse le comparer avec les conceptions pédagogiques existantes et apprécier ses chances de succès ainsi que ses risques et dangers⁹⁷. Le juge peut vérifier l'interprétation de l'administration de l'instruction publique concernant *l'intérêt pédagogique particulier* de manière complète car il s'agit d'une restriction à un droit fondamental. Dans l'évaluation concrète de la conception pédagogique et de la priorité de l'enseignement primaire public, le juge ne peut toutefois pas prendre la place de l'administration et laisser prévaloir sa propre estimation⁹⁸.

II. Le droit de faire fonctionner un établissement privé

Ce principe suppose une certaine liberté d'organisation pour pouvoir réaliser les objectifs éducatifs souhaités (A). En outre, les maîtres ont un statut différent de celui de l'enseignement public (B).

A. Une certaine liberté d'organisation

Nous parlerons ici d'abord des libertés pédagogiques puis de leurs limites.

1. Les libertés pédagogiques

En France, les responsables de l'enseignement privé disposent en principe de l'entière liberté de choix des méthodes et des programmes.⁹⁹ Cependant, la loi Debré oblige les établissements qui ont passé un contrat avec l'État à accueillir "tous les enfants sans distinction d'origine, d'opinions ou de croyances" et à dispenser l'enseignement "dans le respect total de la liberté de conscience"¹⁰⁰. Ainsi l'enseignant privé sous contrat, dans l'exercice de sa fonction, est tenu

⁹⁵ BVerfGE 88, 40 précitée, p. 51.

⁹⁶ Jarass et Piroth, § 16 sous art. 7.

⁹⁷ BVerfGE 88, 40 précitée, p. 51.

⁹⁸ idem, pp. 56 et 57.

⁹⁹ L. du 30 oct. 1886, art. 35.

¹⁰⁰ Art. 1^{er}, al. 4, in fine.

d'observer la même neutralité que l'enseignant public¹⁰¹. Puis ces établissements sont obligés d'organiser "l'enseignement des matières de base par référence aux programmes et aux règles générales relatives aux horaires de l'enseignement public"¹⁰². En outre, ces établissements sont obligés de calquer les structures¹⁰³ sur celles de l'enseignement public, mais non l'organisation administrative. Ainsi une personne peut diriger deux établissements, si elle possède les titres adéquats¹⁰⁴.

En ce qui concerne les classes sous contrat d'association, elles doivent se conformer aux règles, programmes et horaires de l'enseignement public, sauf dérogation valable pour un an et renouvelable, accordée en fonction de méthodes pédagogiques¹⁰⁵. La loi Chevènement a ainsi remis en vigueur le texte de 1959 et abrogé les modifications de la loi Guichard-Pompidou, qui avait introduit le mot "générales" après le mot "règles". D'après l'interprétation du Conseil constitutionnel, cette disposition "ne saurait être interprétée comme permettant de soumettre cet enseignement à des règles qui porteraient atteinte au caractère propre de l'établissement"¹⁰⁶. Pour le secondaire, ces établissements doivent se conformer au schéma prévisionnel des formations, que la région est chargée d'établir après la loi de décentralisation du 22 juillet 1983. La loi du 21 janvier 1994 qui rappelle dans son article 3 la disposition de 1983, ajoute que "les conseils régionaux associent les représentant désignés par les établissements d'enseignement privés sous contrat à l'élaboration des schémas prévisionnels de formation"¹⁰⁷. Ainsi la liberté de l'enseignement peut être interprétée comme la possibilité de dispenser le même enseignement que les établissements publics dans une atmosphère différente, reflet d'une certaine conception de l'homme et du monde¹⁰⁸. Pour ces établissements, le caractère propre peut être cherché dans ce seul aspect. Le Conseil constitutionnel a affirmé que le caractère propre est la mise en oeuvre de la liberté de l'enseignement¹⁰⁹. Cela exprime "le fait qu'il ne saurait y avoir liberté de choix de l'enseignement que s'il y a pluralisme des modes d'organisation de l'enseignement et donc caractère propre des établissements

¹⁰¹ Rivero, *AJDA* 1978, p. 567.

¹⁰² D. n° 60-390 du 22 avril 1960 relatif au contrat simple passé avec l'État par les établissements d'enseignement privé (JO 24 avril 1960); modifié par les décrets n° 64-217 du 10 mars 1964 (JO du 12 mars 1964); n° 66-663 du 3 sept. 1966 (JO 13 sept. 1966); n° 70-794 du 9 sept. 1970 (JO du 11 sept. 1970); n° 78-248 du 8 mars 1978 (JO du 9 mars 1978); n° 85-728 du 12. juill. 1985 (JO du 18 juill. 1985) - CE du 10 mai 1985, *Assoc. Seaska: Gaz. pal.* 1986, 1, pan. dr. adm., p. 75. *Leb.* p. 655.

¹⁰³ D. 77-521 du 18 mai 1977 portant application aux établissements d'enseignement privé sous contrat, de la loi n° 75-620 du 11 juill. 1975 relative à l'éducation (JO 21 mai 1977); modifié par les décrets n° 87-256 du 13 avril 1987 (JO du 14 avril 1987); n° 90-484 du 14 juin 1990 (JO 15 juin 1990) et n° 91-891 du 9 sept. 1991 (JO du 11 sept. 1991).

¹⁰⁴ CE du 29 avril 1987, *min. éduc. nat. cf Humbert Leb.* p. 763 : D. 1988, p. 130, note B. Toulemonde.

¹⁰⁵ L. n° 59-1557 précitée, art. 4, al. 2 - D. n° 75-658 du 16 juill. 1975.

¹⁰⁶ Déc. CC n° 84-185 DC précitée, p. 39.

¹⁰⁷ L. n° 94-51 précitée.

¹⁰⁸ Rivero dans *AJDA* 1978, p. 567.

¹⁰⁹ Déc. CC n° 84-185 DC précitée.

d'enseignement privés les distinguant de ceux de l'enseignement public¹¹⁰.

En outre, les établissements privés peuvent organiser un enseignement religieux¹¹¹. Pendant ce temps, ils doivent se charger de la surveillance des élèves qui n'y assistent pas - cette obligation de surveillance est d'ailleurs générale et permanente. L'instruction religieuse peut être dispensée aux heures non occupées par l'emploi du temps des classes, ou bien à la première ou à la dernière heure de l'emploi du temps de la matinée ou de l'après-midi. Les autres heures d'activités spirituelles et éducatives complémentaires ne peuvent être incluses dans le tableau de service¹¹².

Le statut de l'enseignement catholique a été arrêté par la Conférence des évêques de France le 14 mai 1992. L'école s'y affirme à la fois comme une structure civile et une communauté chrétienne. Elle a un *caractère propre* ; elle se propose de "créer pour la communauté scolaire une atmosphère animée d'un esprit évangélique de liberté et de charité, d'aider les adolescents à développer leur personnalité en faisant, en même temps, croître cette création nouvelle qu'ils sont devenus par le baptême, et finalement d'ordonner toute la culture humaine à l'annonce du salut de telle sorte que la connaissance graduelle que les élèves acquièrent du monde, de la vie de l'homme, soit illuminée par la foi". L'enseignement catholique détient aussi ses propres structures et institutions de contrôle.¹¹³

Le Conseil d'État a interdit au ministre de l'Éducation nationale de soumettre une subvention à l'enseignement privé à un engagement du directeur d'accepter le contrôle administratif et pédagogique¹¹⁴.

La Cour Constitutionnelle allemande¹¹⁵ a décidé que le droit de fonder des écoles privées assure une réalisation de ce droit qui correspond aux caractéristiques propres de ces établissements. Les écoles privées sont caractérisées par un enseignement présentant un caractère spécifique, s'agissant notamment des objectifs pédagogiques, du fondement philosophique, des méthodes et du contenu de l'enseignement. Il faut apprécier la liberté de l'enseignement eu égard à la reconnaissance constitutionnelle du libre épanouissement de la personnalité (article 2, alinéa 1 de la Loi fondamentale), de la liberté de croyance et de conscience (article 4), de la neutralité religieuse et philosophique de l'État et du droit naturel des parents (article 6). Ces principes correspondent à l'ouverture de

¹¹⁰ Favoreu et Philip, p. 362.

¹¹¹ D. 60-385 précitée.

¹¹² D. n° 60-388 et D. n° 60-389 précitées (JO 24 avr. 1960).

¹¹³ Georgel, p. 5.

¹¹⁴ CE, ass., 29 janv. 1954, *Inst. Notre-Dame du Kreisker* : *Leb.*, p. 64 ; *RFDA* 1954, n° 98 et concl. Tricot, p. 50 - 29 janv. 1954, *Boivin-Champeux* : *Leb.* p. 66 ; *RFDA* 1954, n° 99.

¹¹⁵ BVerfGE 27, 195 précitée, pp. 200 s.

l'État au pluralisme des objectifs pédagogiques et du contenu des formations ainsi qu'au besoin des citoyens d'épanouir leur personnalité et celle de leurs enfants dans l'enseignement scolaire adéquat ¹¹⁶.

Ainsi l'enseignement privé sort de la zone d'influence de l'État ce qui lui permet d'empresoir et de former l'enseignement selon sa propre responsabilité, en particulier concernant les objectifs pédagogiques, l'orientation confessionnelle ou philosophique, les méthodes et le contenu de l'enseignement. Toute discrimination des *Ersatzschulen* fondée uniquement sur leurs méthodes pédagogiques ou sur le contenu de l'enseignement est interdit ¹¹⁷.

Plus exactement, le responsable de l'école privée jouit de quatre libertés quant au fonctionnement de l'établissement :

- la liberté d'organiser l'infrastructure de l'enseignement (*äußere Schulangelegenheiten*) : fonctionnement de l'établissement et de l'enseignement ;
- la liberté de fixer l'enseignement proprement dit (*innere Schulangelegenheiten*) : établir les programmes des études, fixer les objectifs pédagogiques, les matières et les méthodes d'enseignement, choisir les fournitures scolaires ainsi que le matériel d'études ;
- la liberté de choisir les élèves et
- le droit de désigner le personnel enseignant, du moment qu'il dispose d'une formation scientifique adéquate ¹¹⁸.

La liberté de choisir les élèves est cependant restreinte par l'article 7, alinéa 4, 3^{ème} phrase in fine qui interdit de favoriser une ségrégation des élèves fondée sur la fortune des parents. En outre, les programmes des *Ersatzschulen* doivent être équivalents à ceux des écoles publiques.

En conclusion, on peut dire que les *Ersatzschulen* en Allemagne, et les établissements d'enseignement privés sous contrat en France disposent à peu près des mêmes libertés pédagogiques.

2. Les limites à cette liberté

L'administration doit veiller au respect des dispositions législatives et réglementaires. Le contrôle administratif concerne encore le cas particulier de la collation des grades.

a) Le contrôle général

En droit français, le contrôle de l'enseignement privé relève de l'État, garant de l'exercice de la liberté de l'enseignement. À l'échelon primaire et secondaire, ce

¹¹⁶ BVerfGE 88, 40 précitée, pp. 46 et 47.

¹¹⁷ BVerfGE 27, 195 précitée, pp. 201.

¹¹⁸ Pieroth et Schlink, p. 189.

contrôle est limité "aux titres exigés des directeurs et des maîtres, à l'obligation scolaire, au respect de l'ordre public et des bonnes moeurs, à la prévention sanitaire et sociale" pour les établissements qui ne sont pas liés par contrat à l'État (article 2 de la loi Debré).

Aux termes de l'alinéa 4 de l'article 1^{er} de la loi Debré "Dans les établissements privés qui ont passé un des contrats prévus ci-dessous, l'enseignement placé sous le régime du contrat est soumis au contrôle de l'État". Ainsi ce contrôle est beaucoup plus étendu : il porte sur les méthodes pédagogiques et les finances de l'établissement¹¹⁹. D'abord, le respect des obligations formulées par ce même article premier est contrôlé : "L'établissement tout en conservant son caractère propre, doit donner cet enseignement dans le respect total de la liberté de conscience. Tous les enfants sans distinction d'origine, d'opinions ou de croyances y ont accès.¹²⁰"

Ensuite l'administration est chargée de l'inspection des locaux : hygiène, sécurité, tenue du registre, ouvrages en service. L'établissement doit communiquer à l'académie dont il relève le nom du nouveau directeur, si celui-ci vient à changer, ainsi que ses effectifs annuels et son tableau de service. Enfin, il doit mentionner dans le contrat le montant de la contribution demandée aux familles. L'externat doit être gratuit, puisque les dépenses de fonctionnement sont prises en charge par les collectivités publiques et les maîtres sont rémunérés par l'État. Le refus d'inspection de la part du gestionnaire est sanctionné par une amende ; deux récidives dans une même année conduisent à la fermeture.

Le contrôle financier de l'État s'exerce sur la comptabilité qui doit être "claire, sincère et complète". L'administration des finances et l'inspection générale de l'Education nationale vérifient que l'aide publique est bien affectée à l'exécution du contrat et à la diminution de la contribution demandée aux familles. Les établissements sont également soumis à l'inspection générale des finances¹²¹.

À l'échelon supérieur, le contrôle porte d'abord sur l'appellation, (le terme *université* étant interdit, mais le titre *faculté* admis), sur la composition du corps enseignant (y-a-t-il autant de docteurs d'État que dans les établissements les moins bien pourvus du secteur public ?¹²²). Puis le contrôle porte sur la vérification des moyens d'enseignement : locaux, laboratoire et bibliothèque¹²³. Pour cette raison, les établissements doivent communiquer leur tableau de service, la liste des étudiants inscrits et leur programme d'enseignement à l'administration. Pour l'enseignement technique ou agricole, les inspecteurs d'académie doivent avoir accès aux locaux à tout moment. Tout refus de contrôle est sanctionné comme

¹¹⁹ Geogel, p. 12.

¹²⁰ Phrases 2 et 3 de l'alinéa 4.

¹²¹ D. n° 77-521 du 18 mai 1977 précité, art. 8.

¹²² Geogel, pp. 5 et 7.

¹²³ L. de 1875, art. 6.

indiqué précédemment et les administrateurs sont civilement responsables¹²⁴. Le juge sanctionne sévèrement toute tromperie sur les qualités substantielles des prestations de service fournies¹²⁵. Cependant la puissance publique peut seulement intervenir si l'ordre public est menacé.

Pour le droit allemand, l'article 7, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale dispose que "l'ensemble de l'enseignement scolaire est placé sous le contrôle de l'État." En conséquence de la répartition des compétences étatiques, le contrôle de l'enseignement scolaire appartient aux *Länder*¹²⁶. Il s'agit de l'attribution générale de l'administration en ce qui concerne l'organisation, la planification, la direction et la surveillance de l'enseignement¹²⁷, il comprend encore la détermination des degrés et cycles de l'enseignement et de ses objectifs¹²⁸, ainsi que le choix des manuels scolaires¹²⁹. L'objectif de ce contrôle est de garantir un système d'enseignement qui ouvre à tous les jeunes citoyens selon leurs capacités des possibilités d'enseignement qui correspondent à la vie actuelle en société¹³⁰. L'autorité compétente contrôle les écoles publiques ainsi que les *Ersatzschulen*. Le principe de l'État de droit et le principe démocratique (article 20, alinéas 2 et 3 de la Loi fondamentale), qui, selon l'article 28, alinéa 1^{er}, valent aussi pour l'ordre constitutionnel des *Länder*, obligent le législateur à prendre lui-même les décisions essentielles qui touchent aux droits fondamentaux, et à ne pas les abandonner à l'appréciation de l'administration¹³¹. Mais il ne s'agit pas d'un droit de prendre les décisions à la place de l'école, au contraire il est limité par les droits éducatifs des parents (article 6, alinéa 2 de la Loi fondamentale)¹³².

Le contrôle est encore limité quant au contenu, il ne peut pas déterminer l'organisation des *Ersatzschulen* comme il le peut pour l'enseignement public, l'administration peut seulement surveiller si les conditions des dispositions constitutionnelles sont remplies et maintenues. De cette façon, l'inspection scolaire est habilitée à retirer des agréments et à exécuter toute autre mesure conformément au principe de proportionnalité. Celle-ci doit être adaptée au cas particulier, nécessaire et appropriée pour faire respecter ces dispositions constitutionnelles¹³³.

¹²⁴ idem, art 16 à 19.

¹²⁵ Cass. crim. du 15 nov. 1990, *Pouteau* : Bull. crim. 1990, n° 386.

¹²⁶ Pieroth et Schlink, p. 191.

¹²⁷ BVerfGE 26, 228 du 24 juin 1969, p. 238 - BVerfGE 47, 201 du 15 nov. 1974, p. 204.

¹²⁸ BVerfGE 59, 360, p. 377 ; BVerwGE 64, 308, p. 313.

¹²⁹ BVerfGE, NVwZ 1990, pp. 54 s.

¹³⁰ BVerfGE 26, 228 précitée, p. 238.

¹³¹ BVerfGE 47, 201 précitée, pp. 203 et 204.

¹³² BVerfGE 27, 195 précitée, p. 201.

¹³³ Pieroth et Schlink, p. 191.

Comme le législateur des *Länder* pose les règles d'application de ces principes, on ne peut comparer le système allemand au système français.

b) La collation des grades

En France, l'établissement privé doit suivre la partie obligatoire du programme de l'enseignement public pour pouvoir préparer aux diplômes d'État.

En matière d'enseignement supérieur général, la loi du 12 juillet 1971 a abrogé les articles 1^{er}, 2 et 5 de la loi du 18 mars 1880 qui avaient institué un monopole absolu de l'État pour organiser les examens sanctionnés par un grade d'État : baccalauréat, licence et doctorat. Cependant, le principe du monopole d'État est maintenu, ainsi les universités sont-elles invitées à conclure des conventions avec les facultés privées pour organiser des jurys mixtes. Un tel contrat doit être conclu avant le 31 décembre pour l'année universitaire en cours. À défaut, le ministre désigne - au troisième trimestre de l'année universitaire - des jurys composés des membres de l'enseignement supérieur public chargés de contrôler les connaissances des étudiants de l'enseignement supérieur privé¹³⁴. La loi Savary du 26 janvier 1984 a réaffirmé le monopole d'État.

Dans l'enseignement technique, la loi Astier n'a pas maintenu le monopole d'État, mais l'école doit être reconnue par l'État pour pouvoir conférer des certificats d'études et des diplômes. Les conditions sont déterminées par arrêté ministériel après avis du Conseil supérieur de l'enseignement technique. Pour obtenir une telle reconnaissance, l'école doit consulter le conseil de l'enseignement technique et faire une enquête administrative. Ce label est accordé suivant le caractère de l'enseignement, par décret ou arrêté du ministre de l'Éducation nationale ; il peut être retiré à tout moment suivant les mêmes formes¹³⁵. Le Conseil d'État a jugé que le Conseil supérieur de l'enseignement technique n'est pas obligé de recueillir les observations de l'établissement en cause en cas de retrait¹³⁶. À défaut, les établissements peuvent toujours délivrer leurs propres certificats en prenant soin d'éviter toute confusion.

En Allemagne, un grand nombre d'*Ersatzschulen* peuvent non seulement délivrer des livrets scolaires et décider du passage à la classe suivante, ce qui est aussi permis en France, mais elles ont en plus le droit de délivrer le brevet de fin d'études secondaires ainsi que le baccalauréat. Cependant, il ne s'agit pas d'un droit constitutionnellement reconnu et la plupart des *Länder* exige la reconnaissance de l'école par l'administration de l'instruction publique pour qu'elle puisse délivrer

¹³⁴ L. n° 71-556 du 12 juill. 1971, précitée, art. 2 et 16.

¹³⁵ C. ens. techn., art. 73.

¹³⁶ CE du 25 avr. 1986, *Institut sup. de gestion: Leb.*, p. 123.

des diplômés à la place de la puissance publique. Aussi l'accord des *Länder* en matière scolaire du 10 et 11 août 1951 prévoit dans son article 5 qu'une école privée, qui peut garantir qu'elle remplit constamment les exigences posées pour les écoles publiques semblables ou analogues, peut être reconnue.

La Cour constitutionnelle fédérale a été saisie sur la licéité de cette exigence d'une reconnaissance s'ajoutant à l'agrément. La Cour a admis sa constitutionnalité en exposant que le régime de l'article 7, alinéa 4, 2^{ème} paragraphe ne comprend pas une obligation de l'État d'accorder aux *Ersatzschulen* le droit de délivrer des diplômés à la place de la puissance publique. Cet article ne règle pas la reconnaissance mais seulement l'agrément des écoles privées, en laissant toute réglementation additionnelle aux *Länder*. Cependant, si l'école attribue des brevets de fin d'études et permet ainsi l'accès à l'enseignement supérieur ou délivre le titre d'une profession, elle remplit des fonctions publiques pour lesquelles elle doit être habilitée par la puissance publique. En outre, la qualité permanente de l'enseignement dispensé doit être assurée pour que l'établissement puisse remplir cette *fonction publique*¹³⁷. La Cour ajoute que la position contraire conduirait à des résultats inacceptables et elle confirme que l'organisation des autorisations publiques est un devoir naturel de l'État. Cependant, la Haute juridiction exige que l'État ne prive pas les élèves de ces écoles de la possibilité d'obtenir de tels diplômés : des examens organisés dans des écoles publiques pour apprécier les connaissances des élèves des *Ersatzschulen* non reconnues doivent prendre en considération les objectifs pédagogiques de ces écoles. Ces examens devraient tenir compte de l'équivalence de l'enseignement dispensé et non de son uniformité. Le juge constitutionnel oblige les *Länder* à ne pas soumettre la reconnaissance à des conditions qui impliqueraient que ces écoles doivent se conformer à l'enseignement public d'une manière objectivement non nécessaire. La Cour rejette l'opinion selon laquelle la reconnaissance des écoles privées qui se soumettent aux règlements des écoles publiques et l'assimilation de ces établissements à l'enseignement public restreindrait la liberté de l'enseignement des autres écoles privées.

Ce raisonnement a suscité une forte critique de la doctrine qui démontre que cette exigence d'une reconnaissance est dépourvu de tout fondement constitutionnel¹³⁸.

B. Le statut des maîtres

Nous exposerons d'abord le statut des maîtres de l'enseignement privé en France, puis celui des maîtres du privé en Allemagne.

¹³⁷ BVerfGE 27, 195 précitée, pp. 204 s.

¹³⁸ Pieroth et Schlink, p. 190 - Müller, p. 353 s. - Maunz, § 81 sous art. 7.

1. En droit français

Dans les établissements sous contrat, les personnels enseignants sont liés à l'État par contrat tacitement renouvelable ; avec l'établissement où ils enseignent, ils ne concluent souvent qu'un contrat verbal qui relève du droit privé. Néanmoins, ils sont subordonnés au chef d'établissement, qui dirige et contrôle. Ainsi les conflits des maîtres des classes sous contrat simple nés des relations de travail relèvent des conseils des prud'hommes, quels que soient leurs rapports avec l'État et les juridictions compétentes pour en connaître¹³⁹. Les maîtres des classes sous contrat simple et les chefs d'établissements sous contrat simple sont des agents de droit privé, employés par un organisme privé. Les maîtres contractuels, c'est à dire des classes sous contrat d'association, sont des agents de droit public non fonctionnaires attachés à l'État par des liens statutaires ou contractuels¹⁴⁰. Ainsi, le droit administratif leur est applicable et la compétence judiciaire est exclue¹⁴¹. Le personnel enseignant des classes sous contrat est rémunéré par l'État, leurs rémunérations sont soumises aux mêmes charges sociales que celles des enseignants du secteur public¹⁴². Ainsi ils ne peuvent pas toucher un salaire cumulatif, c'est-à-dire pour le même service, de l'école privée¹⁴³. Le législateur a assimilé leur situation, sauf exception, à celle des maîtres du public¹⁴⁴ et inclut les salaires, pensions¹⁴⁵, avantages et indemnités ; notamment les conditions de service, le régime des congés de toute nature et d'autorisation d'absence ainsi que les avantages accordés en cas de maladie professionnelle ou d'accident de service sont les mêmes¹⁴⁶. En ce qui concerne la responsabilité des instituteurs pour les dommages subis ou causés par les élèves, le régime est le même que dans le public. Cependant, l'État se substitue aux seuls enseignants des classes sous contrat d'association. Aussi la responsabilité de l'établissement peut être engagée par la victime du dommage ou par ses représentants sur un fondement contractuel ou délictuel (article 1382 Code civil)¹⁴⁷. L'État n'est pas non plus tenu pour responsable d'un défaut d'organisation du service qui a causé un accident, quand

¹³⁹ Cass. soc. du 18 déc. 1984, *Meury* : JCP 1985, éd. G, IV, p. 80 - 29 mai 1990, *Mme Frappier* : Bull. civ. V, n° 249 ; D. 1990, inf. rap. p. 152 - Cass. ass. plén. du 5 nov. 1993, *Libourel* : Bull. civ. ass. plén., n° 14 ; *Dr. adm.* 1993, comm. 562.

¹⁴⁰ Geogel, p. 15.

¹⁴¹ CA Paris du 28 nov. 1968, *Sté éduc. Saint-Martin c/Boyart* ; Gaz. Pal. 1969, I, p. 337.

¹⁴² CE du 19 janv. 1968, *Assoc. fam gestion école libre de filles de Montbéliard* : req. n° 64447.

¹⁴³ Cass. soc. du 18 oct. 1972 : Bull. civ. V, n° 554.

¹⁴⁴ L. 77-1285 précitée - ordonnance du 31 mars 1982.

¹⁴⁵ L. Debré modifiée, art. 15 - DD. 80-6 et 80-7 du 2 janv. 1980 (JO 10 janv. 1980) - DD. 81-233 et 81-234 du 9 mars 1981 (JO 12 mars 1981).

¹⁴⁶ D. n° 78-252 du 8 mars 1978 fixant les règles générales déterminant les conditions de service de certains maîtres contractuels ou agréés des établissements d'enseignement privés sous contrat, et les mesures sociales applicables à ces personnels (JO 9 mars 1978) ; modifié par les DD. n° 81-232 du 9 mars 1981 (JO 12 mars 1981), n° 85-728 du 12 juill. 1985 (JO 18 juill. 1985) et n° 88-982 du 12 oct. 1988 (JO 16 oct. 1988), art. 1 à 3 - CE 22 mai 1991, *min. éduc. nat. c/Mme Portais* : *Leb.* p. 660 ; 969 ; JCP 1991, éd. G, IV, p.294.

¹⁴⁷ Geogel, p. 17 et 18.

l'établissement est géré par une personne associée à l'exécution du service public (contrat d'association). La responsabilité de l'État ne peut être recherchée qu'à raison d'une insuffisance du contrôle¹⁴⁸.

Du fait du *caractère propre* des établissements privés, les maîtres sont maintenus dans le droit privé y compris pour l'exercice du droit syndical¹⁴⁹.

a) La conclusion du contrat

Les enseignants sont recrutés par l'État et doivent déposer leur demande initiale avant le 31 janvier pour l'année scolaire suivante. Les conditions d'âge, de nationalité, de moralité et les titres de capacité exigés sont les mêmes que dans l'enseignement public. En cas de contrat simple, les maîtres sont proposés au recteur d'académie par le directeur diocésain pour les établissements catholiques, cependant ils doivent avoir la qualité de maître agréé, c'est-à-dire posséder l'agrément délivré par l'inspecteur d'académie. Pour les classes sous contrat d'association, l'enseignement "est confié, en accord avec la direction de l'établissement, soit à des maîtres de l'enseignement public, soit à des maîtres liés à l'État par contrat" (article 4, alinéa 2 in fine de la loi Debré). La loi Guerneur avait substitué les termes "en accord avec la direction de l'établissement" à ceux de "sur proposition de la direction de l'établissement", puis la loi Chevènement est revenue au texte original de 1959.

Cette disposition issue de la loi Chevènement a été interprétée par le Conseil constitutionnel comme permettant "au chef d'établissement de s'opposer à tout recrutement incompatible avec le *caractère propre* de l'établissement" et ne faisant, "par ailleurs, nullement obstacle à ce que soit organisée une concertation entre l'administration et l'établissement ; qu'au demeurant la disposition critiquée ne saurait faire obstacle au contrôle du juge de l'excès de pouvoir, notamment, au cas... où l'administration proposerait systématiquement à la direction des candidatures incompatibles avec le *caractère propre* de l'établissement". Et encore "qu'aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle et, notamment, le principe de la liberté de l'enseignement, ne s'oppose à ce que l'aide financière de l'État aux établissements d'enseignement privés soit subordonnée à la condition que les maîtres soient nommés en accord entre l'État et la direction de l'établissement"¹⁵⁰.

Si un maître qui enseigne dans des classes sous contrat d'association cesse d'être rémunéré par l'État pour une raison quelconque, sa place est déclarée vacante et, en accord avec le chef d'établissement, soit un fonctionnaire titulaire, soit un

¹⁴⁸ CAA Paris du 21 janv. 1992, *Combas* : *Leb.* p. 1013.

¹⁴⁹ Cass. soc. du 5 juin 1985, *OGEC c/ Cours Saint-Michel* : *Bull. civ. V.* n° 329 ; *Gaz. pal.* 1985, 2, pan, jurispr., p. 344.

¹⁵⁰ Déc. CC n° 84-185 DC précitée, pp. 39 et 40.

maître contractuel ou auxiliaire est désigné¹⁵¹.

La résiliation du contrat simple ou d'association de l'établissement entraîne par voie de conséquence celle des contrats conclus avec le personnel enseignant. Les maîtres peuvent demander à être transférés dans un autre établissement sous contrat ou intégrés à l'enseignement public¹⁵².

b) La discipline

Les maîtres des établissements privés sont soumis à un devoir de réserve, pour que le *caractère propre* de l'établissement, reconnu par le dernier alinéa de l'article 1^{er} de la Loi Debré, soit respecté. L'abrogation par la loi Chevènement des modifications apportées à la loi Debré par la loi Guerneur a suscité la saisine du Conseil constitutionnel. Entre autres, la disposition suivante concernant le contrat d'association a été abrogée : "Les maîtres assurant cet enseignement sont tenus au respect du *caractère propre* de l'établissement prévu à l'article premier de la présente loi". Déjà en 1977, le Conseil constitutionnel devait se prononcer sur cette disposition et avait décidé que "la sauvegarde du *caractère propre* d'un établissement lié à l'État par contrat ... n'est que la mise en oeuvre du principe de la liberté de l'enseignement" et que "l'obligation imposée aux maîtres de respecter le *caractère propre* de l'établissement, si elle leur fait un devoir de réserve, ne saurait être interprétée comme une atteinte à leur liberté de conscience". Dans la même décision, la Haute juridiction a déclaré que la liberté de conscience, affirmée par l'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et rappelée par le Préambule de la Constitution de 1946, "doit être regardée comme l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République"¹⁵³. Saisi en 1985 sur la loi Chevènement, le Conseil constitutionnel a réaffirmé sa jurisprudence de 1977 en exposant que "la reconnaissance du *caractère propre* des établissements d'enseignement privés n'est que la mise en oeuvre du principe de la liberté de l'enseignement, qui a valeur constitutionnelle, le respect de ce *caractère propre* est affirmé par le dernier alinéa ... de l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1959..." et qu'"ainsi l'abrogation de la disposition de la loi du 25 novembre 1977 ... n'a pas pour effet de soustraire les maîtres à cette obligation qui découle du dernier alinéa de l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1959 ; qu'une telle obligation, si elle ne peut être interprétée comme permettant qu'il soit porté atteinte à la liberté de conscience des maîtres, qui a valeur constitutionnelle, impose à ces derniers d'observer dans leur enseignement un devoir de réserve"¹⁵⁴. Ainsi la Haute juridiction concilie la liberté de l'enseignement et la liberté

¹⁵¹ Geogel, pp. 17 et 18.

¹⁵² Geogel, p. 15.

¹⁵³ Déc. CC n° 77-87 DC précitée.

¹⁵⁴ Déc. CC n° 84-185 DC précitée, p. 39.

de conscience des maîtres¹⁵⁵.

Par cette notion ambiguë et indéfinissable du *caractère propre*, le législateur montre sa volonté de laisser toute latitude aux établissements libres. Le corps enseignant doit supporter cette latitude, en ce sens que la vie privée de ses membres devient un élément de fonction¹⁵⁶. Louis Favoreu et Loïc Philip ont estimé que "le respect du *caractère propre* de l'établissement n'oblige pas les maîtres de l'enseignement libre à renoncer à leurs opinions ou croyances ; mais qu'ils ne peuvent avoir une attitude ouvertement défavorable et militante à l'encontre de ce qui fait l'originalité de l'établissement qui les emploie¹⁵⁷.

Il en résulte un conflit entre la liberté de l'enseignement et les droits de la personne du maître.

Le Conseil d'État a rejoint cette jurisprudence du Conseil constitutionnel en décidant qu'aucune disposition légalement applicable n'empêchait ce caractère de figurer au nombre des obligations imposées au personnel par le règlement intérieur, à la condition toutefois que la liberté de conscience ne soit pas atteinte et que les obligations soient appréciées en prenant en compte la nature des fonctions exercées par les personnels¹⁵⁸. Néanmoins la Cour de cassation a adopté, en ce domaine, une attitude très sévère à l'égard du personnel enseignant. Elle a décidé qu'en principe, les motifs d'un licenciement ne peuvent porter que sur l'activité professionnelle du salarié, à l'exception de sa vie privée. Toutefois il en va autrement, dans le cas exceptionnel où la nature des buts de l'entreprise implique une dépendance certaine de l'un envers l'autre.

L'inspecteur du travail est ainsi chargé de veiller sur le respect de ces droits du personnel enseignant par le chef d'établissement, qui veut assurer la bonne marche de son établissement confessionnel. Quelques exemples montrent la complexité de ce problème : le règlement intérieur d'une institution scolaire porte atteinte à la liberté de conscience s'il exige que tout candidat à un emploi manifeste dans ses attitudes "une volonté de soutenir et de défendre l'enseignement catholique". Par contre, on ne peut pas reprocher à ce même règlement qu'il impose "un respect véritable de la doctrine de l'Église catholique tant dans les comportements que dans les propos". Le juge a estimé qu'une telle formule ne va pas au-delà d'un rappel du devoir de réserve¹⁵⁹. En ce qui concerne un licenciement après divorce et remariage civil d'un professeur enseignant dans un établissement confessionnel, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé, après la cassation par la

¹⁵⁵ Favoreu et Philip, p. 359.

¹⁵⁶ Georget, p. 16.

¹⁵⁷ Favoreu et Philip, p. 360.

¹⁵⁸ CE du 20 juill. 1990, *Assoc. familiale, externat Saint-Joseph* : *Leb.*, p. 223.

¹⁵⁹ TA Nantes du 22 oct. 1982, *Assoc. scol. "Éducation Française"* : *Gaz. Pal.*1983, 1, p. 89. note H.-C. Amiel - CE du 23 juill. 1993, *min. aff. soc. c/ Inst. privée mixte de Monistrol* : *Leb.* p. 564, 813, 1060, 1064 ; *JCP*, éd. G, IV, n° 2285.

chambre mixte¹⁶⁰ d'un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence¹⁶¹ et la résistance de la cour de renvoi¹⁶², que l'employeur n'avait commis aucune faute. L'assemblée plénière a exposé qu'il ne peut être porté atteinte sans abus à la liberté du mariage par un employeur que dans les cas très exceptionnels où les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement. Cependant, la Haute juridiction a approuvé le raisonnement des juges du fond qui, ayant à statuer sur une action en dommages-intérêts du maître sous l'empire de l'article 23 du livre premier du Code du travail, avaient relevé que lors de la conclusion du contrat entre cet établissement et ce professeur, les convictions religieuses de ce dernier avaient été prises en considération. Ainsi "cet élément de l'accord des volontés, qui reste habituellement en dehors des rapports de travail, avait été incorporé dans le contrat, dont il était devenu partie essentielle et déterminante". Les juges du fond ont justement déduit qu'il incombait au salarié, selon la législation alors en vigueur, d'établir la faute commise par son employeur dans l'exercice de son droit de rompre ; et ils ont pu décider que l'institution, attachée au principe de l'indissolubilité du mariage, qui avait agi en vue de sauvegarder la bonne marche de son entreprise en lui conservant son caractère propre et sa réputation, n'avait commis aucune faute¹⁶³. Cette décision va beaucoup plus loin que la simple obligation de réserve. Jean Rivero a cependant estimé qu'une telle solution est inévitable : "Permettre aux enseignants de poursuivre leur activité tout en rejetant, au nom de leur évolution personnelle, les valeurs auxquelles ils avaient adhéré lors de leur engagement et les comportements qui en découlent, c'est exposer le caractère propre à tous les hasards des options individuelles, c'est, en pratique, le sacrifier, et par là même priver la liberté de l'enseignement du seul élément qui en fait, non une liberté économique, mais une liberté de la pensée."¹⁶⁴

En 1986, la Cour de cassation a réaffirmé cette jurisprudence en décidant que le principe qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, *a fortiori* licencié, en raison de ses convictions religieuses, n'est pas applicable quand le salarié, engagé pour accomplir une tâche impliquant une communion de pensée et de foi avec l'employeur, méconnaît les obligations de cet engagement. La Haute juridiction conclut que l'indépendance des professeurs dans l'exercice de leurs fonctions n'est pas incompatible avec l'existence d'un lien de subordination à l'égard de la direction de l'établissement où ils enseignent¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Cass. ch. mixte du 17 oct. 1975, Bull. civ. ch. mixte, p. 9 : *Dame Roy cf AEP Sainte-Marthe* : *AJDA* 1977, p. 330, note J. Madiot ; D. 1976, p. 511, note P. Guiho.

¹⁶¹ CA Aix-en-Provence du 2 déc. 1971, 9^e ch. soc.

¹⁶² CA Lyon du 7 oct. 1976 : D. 1977, p. 408, note P. Guiho.

¹⁶³ Cass. ass. plén. du 10 janv. 1978 : Bull. civ. ass. plén., n° 1 ; D. 1978, p. 341, concl. Schmelck et note Ardat ; *AJDA* 1978, p. 378, note Madiot.

¹⁶⁴ Rivero dans *AJDA* 1978, p. 569.

¹⁶⁵ Cass. soc. du 20 nov. 1986, *Union nat. assoc. culturelles de l'église réformée de France cf D^r Rocher* : Bull. civ. V. n° 555 ; *JCP* 1987, éd. G, II, n° 20798, note T. Revet.

Cependant, le *caractère propre* pose toujours le problème de sa définition, les établissements devant préciser les impératifs qui découlent de leur *caractère propre*, pour que les enseignants puissent s'engager en pleine connaissance de cause et en plein accord avec leur conscience et que leur sécurité soit ainsi mieux assurée. Si l'évolution intellectuelle ou morale de l'enseignant l'entraîne loin des valeurs auxquelles il adhérerait lors de la conclusion du contrat, le respect de sa liberté de conscience exclut que cette évolution lui soit imputée en tant que faute.¹⁶⁶

En ce qui concerne les aspects administratifs, les dispositions juridiques du régime disciplinaire sont les mêmes que dans l'enseignement public. La résiliation du contrat du maître ou le retrait d'agrément peut être prononcé par le ministre de l'Éducation nationale, titulaire du pouvoir disciplinaire¹⁶⁷, à la demande de l'autorité académique, qui est susceptible d'être saisie notamment par le chef d'établissement. Préalablement, la commission compétente doit être consultée pour avis, et comme il s'agit d'une mesure particulièrement grave prise en considération de la personne, elle doit être précédée d'un avertissement adressé à l'intéressé et d'une invitation à présenter ses observations¹⁶⁸. Les seuls motifs valables sont l'insuffisance professionnelle dûment constatée ou le comportement incompatible avec l'exercice des fonctions dans l'établissement¹⁶⁹. Si l'insuffisance a été dûment constatée, la décision de retrait prise par le ministre n'a pas à être motivée¹⁷⁰. Comme le pouvoir disciplinaire est alors détenu par l'autorité investie de nomination, un établissement privé ne peut, de sa propre initiative, décider d'exclure un enseignant qui exerce en vertu de contrats¹⁷¹.

Le Conseil académique adjoint des représentants d'organisations syndicales est compétent pour connaître des affaires d'enseignement privé. Le Conseil supérieur de l'éducation nationale est juge d'appel ; le Conseil d'État est juge de cassation. Aussi la loi du 17 juillet 1908, relative au relèvement des interdictions, exclusions et suspensions prononcées par les juridictions disciplinaires de l'Instruction publique, est applicable au personnel de l'enseignement privé. Un maître sous contrat, privé de son agrément, n'a plus qualité pour enseigner dans l'établissement¹⁷².

¹⁶⁶ Rivero dans *AIDA* 1978, p. 569.

¹⁶⁷ L. du 31 déc. 1985 - D. du 19 mars 1986.

¹⁶⁸ CE du 25 juill. 1975, *Dame de Messières*, *Leb.* p. 432, req. n° 94498.

¹⁶⁹ D. n° 60-745 précité - D. n° 60-746 du 28 juill. 1960 relatif aux conditions financières de fonctionnement (personnel) des classes sous contrat simple (JO 29 et rect. 31 juill. 1960); modifié par les décrets n° 64-217 du 10 mars 1964 (JO 12 mars 1964); n° 70-796 du 9 sept. 1970 (JO 11 sept. 1970); n° 75-841 du 9 sept. 1975 (JO 10 sept. 1975); n° 78-250 du 8 mars 1978 (JO 9 mars 1978) et n° 85-728 du 12 juill. 1985 (JO 18 juill. 1985) - CE du 13 nov. 1991, *Lambert* : req. n° 87298.

¹⁷⁰ CE du 7 janv. 1977, *Gomez de Bastos*; *RD* 1977, p. 699.

¹⁷¹ Cass. soc. du 12 déc. 1990, *D^u Sooryn*; *Bull. civ. V* n° 657; *JCP* 1991, éd. G, IV, p. 55.

¹⁷² CE du 23 nov. 1984, *Gilanton* : *Leb.* p. 644; req. n° 37095.

2. En droit allemand

Nous traiterons d'abord les exigences constitutionnelles à la profession du maître dans l'enseignement privé, puis la situation juridique entre l'enseignant et son employeur.

a) Les exigences constitutionnelles

Le droit constitutionnel de fonder des écoles privées comprend aussi la liberté pour l'établissement de choisir son corps enseignant. En principe, le directeur peut choisir toute personne qui lui paraît capable, et l'administration ne peut pas lui attribuer un enseignant contre son gré¹⁷³. Cependant, la Loi fondamentale exige que la formation scientifique du personnel enseignant des *Ersatzschulen* ne soit pas d'un niveau inférieur aux écoles publiques (article 7, alinéa 4, 3^{ème} phrase). En outre, la situation économique et juridique du personnel enseignant des *Ersatzschulen* doit être assurée (article 7, alinéa 4, 4^{ème} phrase).

En ce qui concerne la formation des enseignants, la Cour constitutionnelle a déclaré que cette disposition permet de protéger les citoyens contre des enseignements insuffisants¹⁷⁴. Ce n'est pas seulement le corps enseignant considéré dans son ensemble qui doit répondre à cette exigence, mais aussi chaque enseignant pris individuellement. La plupart des *Länder* prévoient un agrément de chaque nouvel enseignant des *Ersatzschulen*¹⁷⁵. Le terme *formation scientifique* a été concrétisé par la législation des États fédérés comme une formation professionnelle, pédagogique et didactique ainsi que la passation des examens correspondants. En outre, une preuve de fiabilité des maîtres par un certificat de bonne conduite est exigée.

Selon l'opinion doctrinale dominante, lorsque les enseignants ont conclu un contrat écrit avec leur établissement qui règle tous les droits et devoirs des deux parties en détail, leur situation juridique est assurée ; ce contrat doit respecter le droit du travail et le droit social. La situation économique serait assurée si l'enseignant qui travaille à temps plein peut subvenir à ses besoins. En principe, l'établissement privé ne peut pas être obligé d'assimiler le statut de ses enseignants à celui du public¹⁷⁶. Cependant, les lois scolaires de plusieurs *Länder* prévoient l'assimilation de la situation économique des maîtres du privé à celle du public, ce qui n'a jamais suscité une saisine de la Cour constitutionnelle¹⁷⁷. Les enseignants sont en outre obligés de poursuivre des objectifs pédagogiques équivalents à ceux poursuivis par

¹⁷³ Heckel, p. 233.

¹⁷⁴ BVerfGE 27, 195 précitée, p. 203.

¹⁷⁵ Pfüu, pp. 17 et 18.

¹⁷⁶ Müller, pp. 154-157 et Pfüu pp. 52 et 53.

¹⁷⁷ Pfüu, p. 197.

l'enseignement public.

Une intervention de l'inspection scolaire n'est admise que si la santé corporelle, psychique ou mentale de l'élève est en danger. Dans une telle situation, l'administration peut prendre toutes les mesures appropriées et même interdire à l'enseignant d'exercer sa profession¹⁷⁸.

b) La situation juridique des maîtres

Leurs rapports juridiques avec les établissements qui les emploient relèvent du droit civil et du droit du travail. Les organisations des écoles privées ont établi des contrats types qui ont été approuvés par l'instruction publique. En cas de litige concernant les rapports du travail, les tribunaux du travail sont compétents. Les enseignants doivent être affiliés à la sécurité sociale, la loi sur la protection contre le licenciement leur est applicable.

Quelques enseignants des écoles confessionnelles sont dans une situation particulière : ils ont obtenu le statut d'agent fonctionnaire des Églises. Dans la plupart des *Länder*, les maîtres et les directeurs de l'enseignement public peuvent porter les mêmes titres que leurs collègues dans le public¹⁷⁹.

Les maîtres de l'enseignement privé se trouvent donc dans des situations assez semblables dans les deux pays.

¹⁷⁸ Pfau, pp. 93 ss.

¹⁷⁹ Heckel et Avenarius, p. 146.

DEUXIEME PARTIE :

L'ASSISTANCE A LA LIBERTE DE L'ENSEIGNEMENT

Cette liberté ne serait que formelle si elle profitait seulement aux citoyens financièrement aisés. Pour que le droit de fonder un établissement d'enseignement privé ne reste pas lettre morte et pour assurer aux familles une réelle liberté de choix entre l'enseignement privé et public, l'État doit soutenir l'enseignement privé. L'aide des collectivités publiques à l'enseignement privé est alors un problème lié à l'évolution historique, aux idéologies politiques et par conséquent aux changements de gouvernement¹⁸⁰.

En France, les collectivités publiques ont versé 33,2 milliards à l'enseignement catholique sous contrat en 1993, c'est-à-dire 13,2% du budget de l'éducation nationale. Ce montant se répartit entre plusieurs postes : rémunération des personnels, prise en charge des dépenses pédagogiques, aide à l'innovation, transport scolaire et bourses d'études¹⁸¹.

En Allemagne, les *Länder* accordent généralement des subventions aux *Ersatzschulen*, qui couvrent plus de la moitié de leurs besoins financiers¹⁸².

Nous parlerons d'abord du système français, puis de la juridiction constitutionnelle allemande qui a élaboré toute une série de principes que le législateur des *Länder* doit respecter.

I. Le système français

Dans sa décision du 13 janvier 1994, le Conseil constitutionnel s'appuie sur la liberté de l'enseignement, la libre administration des collectivités territoriales (article 72 de la Constitution), l'égalité (article 2 de la Constitution), le devoir de l'État d'organiser un enseignement public gratuit et laïque (alinéa 13 du Préambule de la Constitution de 1946), pour affirmer que "le législateur peut prévoir l'octroi d'une aide des collectivités publiques aux établissements d'enseignement privés selon la nature et l'importance de leur contribution à l'accomplissement de missions d'enseignement ; que ... les dispositions que le législateur édicte ne sauraient conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi relative à l'exercice de la liberté de l'enseignement dépendent des décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire ;

¹⁸⁰ Georgel, p. 9 - BVerfGE 75, 40 précitée, p. 65.

¹⁸¹ Georgel, p. 9.

¹⁸² BVerfGE 75, 40, précitée, p. 66.

que les aides allouées doivent, pour être conformes aux principes d'égalité et de liberté, obéir à des critères objectifs ; qu'il incombe au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de définir les conditions de mise en oeuvre de ces dispositions et principes ... ; qu'il doit notamment prévoir les garanties nécessaires pour prémunir les établissements d'enseignement public contre des ruptures d'égalité à leur détriment au regard des obligations particulières que ces établissements assument¹⁸³."

Dans ces décisions 84-184¹⁸⁴ et 84-185 DC¹⁸⁵, la Haute juridiction avait déjà implicitement reconnu que l'aide de l'État aux établissements d'enseignement privés est une *condition essentielle* de l'existence de la liberté de l'enseignement et "qu'à ce titre, elle est donc constitutionnellement obligatoire, ce qui est conforme à la tradition républicaine et aux principes notamment reconnus par les premières lois de la République"¹⁸⁶.

Ainsi les aides publiques aux établissements d'enseignement privés sont possibles mais elles doivent respecter trois conditions :

- elles ne peuvent dépendre "de décisions des collectivités territoriales" ;
- elles doivent "pour être conformes aux principes d'égalité et de liberté, obéir à des critères objectifs" ;
- elles doivent être attribuées en fonction "de la nature et de l'importance de la contribution" à l'accomplissement de missions d'enseignement¹⁸⁷.

Le Conseil constitutionnel s'est abstenu de préciser la nature de l'aide. On peut en conclure que celle-ci peut être relative au fonctionnement comme à l'investissement¹⁸⁸. Les régimes de subvention actuellement en vigueur ne permettent cependant pas de couvrir tous les besoins de l'enseignement privé ; en particulier des subventions à l'investissement ont été réclamées à plusieurs reprises. La dernière tentative de révision de la loi Falloux en 1993 a montré que la discussion est encore bien vivante.

Le régime actuel est caractérisé par la loi Debré en date du 31 décembre 1959 qui a institué un système contractuel entre l'État et les établissements d'enseignement privés du premier et second degré. Ainsi, les établissements hors contrat ne peuvent être subventionnés que marginalement, sauf l'enseignement supérieur et technique. En revanche, tous les élèves de l'enseignement privé peuvent profiter des programmes de secours (A). Les établissements sous contrat profitent de

¹⁸³ Déc. CC n° 93-329 DC précitée.

¹⁸⁴ CC, 29 déc. 1984 : Rec. p. 54.

¹⁸⁵ précitées.

¹⁸⁶ Favoreu et Philip, p. 362.

¹⁸⁷ Luchaire, p. 623.

¹⁸⁸ Ashworth, *JCP* 1994, éd. G., II, n° 22242, p. 147.

subventions plus étendues qui s'ajoutent aux aides publiques précitées (B).

A. Aides attribuées indépendamment de la conclusion d'un contrat

Nous parlerons ici d'abord des subventions d'investissement qui sont accordées aux établissements en fonction du degré d'enseignement, puis des secours, délivrés selon leur caractère soit indistinctement à tous les élèves, soit aux seules familles nécessiteuses.

1. Subventions d'investissement aux établissements

Bien que le chiffre soit considérable (officiellement, les subventions des collectivités locales se sont élevées à 24, 4 milliards de francs en 1991), les différents régimes manquent de cohérence¹⁸⁹. Les diverses lois et leurs interprétations jurisprudentielles ont instauré des régimes échelonnés entre liberté totale et restriction la plus absolue.

a) Les régimes libéraux

En ce qui concerne l'enseignement technique, toutes les subventions sont admises. Le Conseil d'État l'a bien établi dans sa jurisprudence *Commune de Villeneuve d'Aveyron* du 29 octobre 1930¹⁹⁰, qui a interprété le silence de la loi Astier comme une autorisation des subventions¹⁹¹. Ni la conclusion d'un contrat avec le service public, ni la consultation du conseil académique ne sont nécessaires pour que l'établissement puisse bénéficier de cette aide¹⁹². Cependant, la juridiction administrative se réserve le droit de contrôler s'il s'agit véritablement d'un établissement technique. Ce type d'enseignement comporte une formation théorique et une formation en entreprise en alternance.¹⁹³ Toutefois, le rapport Vedel soulève le problème de nombreux établissements secondaires qui regroupent enseignement général et enseignement technique.

Dans l'enseignement agricole, la situation est identique, au moins pour les collectivités locales, l'État s'étant interdit les "dépenses de première construction"¹⁹⁴.

¹⁸⁹ Georget, p. 10 ; Ashworth, *JCP* 1994, éd. G., II, n° 22242, p. 147.

¹⁹⁰ *Leb.*, p. 687.

¹⁹¹ CE du 19 mars 1986, *Dpt. Loire-Atlantique* : *Leb.*, p. 76 et *Gaz. pal.* 1986, 2, pan. dr. adm., p. 472 - CE, ass., 25 oct. 1991, *SNEC-CFTC* : *Leb.* 349, *AJDA* 1991, p. 918 et 885 ; *RFDA* 1991, p. 1072 ; *Dr. adm.* 1991, n° 474 ; *JCP* 1992, éd. G, IV, p. 15 ; D. 1992, p. 136, note F.-H. B. ; *RDP* 1992, p. 217, concl. Ponchard.

¹⁹² CE du 11 mars 1992, *Mme Bigaud* : *Leb.* 683, 761, 1018, 1279 ; D. 1992, p. 413, note F. Chauvel et *Dr. adm.* 1992, n° 192.

¹⁹³ D. du 9 janv. 1934 - CE du 23 févr. 1976, *Maisonfam. de Craon* : *Leb.*, p. 379.

¹⁹⁴ L. n° 84-579 du 9 juill. 1984, art. 8 et cf. concl. Denoix de Saint-Marc ss. CE, sect. du 20 janv. 1978, *Synd. nat. ens. tech. agr. public* : *Leb.* p. 22 ; *AJDA* 1979, p. 37.

Dans sa jurisprudence récente, le Conseil d'État s'est montré soucieux de défendre l'aide à l'investissement. L'arrêt d'assemblée du 25 octobre 1991¹⁹⁵ a annulé les dispositions de la circulaire n° 85-105 du ministre de l'Éducation nationale, relative à la participation des collectivités territoriales aux dépenses de fonctionnement matériel des établissements privés sous contrat. Concernant des subventions aux établissements d'enseignement technique, le Conseil d'État a décidé que faute de restriction légale, la circulaire ne pouvait exclure la possibilité de subventions accordées au titre de dépenses d'investissement.

Aussi dans l'enseignement supérieur - du fait de son importance mineure dans le siècle dernier¹⁹⁶ - aucune restriction légale, notamment la loi de 1875, ne limite l'attribution des subventions. Un avis puis un arrêt du Conseil d'État ont confirmé cette position dans les années cinquante¹⁹⁷.

b) Les régimes limités

Pour les établissements d'enseignement secondaire général, l'article 69 du Titre III, intitulé "De l'instruction secondaire", de la loi Falloux du 15 mars 1850 dispose : "Les établissements libres peuvent obtenir des communes, des départements ou de l'État, un local et une subvention, sans que cette subvention puisse excéder le dixième des dépenses annuelles de l'établissement. Les Conseils académiques sont appelés à donner leur avis préalable sur l'opportunité de ces subventions."

Le Conseil d'État interprète cet article comme permettant "aux collectivités territoriales de mettre à la disposition des établissements d'enseignement privés un local existant et de leur accorder des subventions dans la limite du dixième des dépenses autres que les catégories de dépenses couvertes par des fonds publics versés au titre du contrat d'association"¹⁹⁸. Dans ses conclusions sur l'espèce précitée, le commissaire du gouvernement rappelait l'origine de ces limitations : Elles "résultèrent, à l'époque, d'une exigence formulée par les responsables confessionnels eux-mêmes dans le souci de préserver l'indépendance de leurs établissements¹⁹⁹". L'adjectif *existant* rajouté par la Haute assemblée à l'article 69 limite la fourniture à un local déjà construit, sinon cela équivaudrait à une subvention égale à 100% et à un détournement de procédure²⁰⁰.

Puis, par l'arrêt du 10 novembre 1993, le Conseil d'État a éclairé sa jurisprudence

¹⁹⁵ CE du 25 oct. 1991, précitée.

¹⁹⁶ Georget, p. 10.

¹⁹⁷ CE, avis du 5 avril 1950 et arrêt d'ass. du 1er juin 1956, *Canivez* : *Leb.* p. 220 ; *Rev. adm.* 1956, p. 268, concl. Long et *RFDA* 1956, n° 243.

¹⁹⁸ CE, ass., 6 avril 1990, *Dpt. d'Ille-et-Vilaine* : *Leb.* p. 318 ; *Dr. adm.* 1990, n° 269 ; *RFDA* 1990, p. 601, concl. P. Frydman.

¹⁹⁹ Concl. P. Frydman précitées.

²⁰⁰ *idem*.

et mis un coup d'arrêt très net à des opérations de construction pour mise à disposition : "Prévoyant de mettre à la disposition d'un établissement privé, d'ailleurs non déterminé, des locaux qui n'existaient pas à la date de cette délibération et alors même que la région resterait propriétaire de ceux-ci, le conseil régional a méconnu les prescriptions de l'article 69 de la loi du 15 mars 1850"²⁰¹. Ainsi la mise à disposition doit être effectuée au service d'un établissement déterminé et existant légalement et non à celui de *l'enseignement privé*.²⁰²

Cependant, un risque de détournement de l'interprétation jurisprudentielle persiste : "On peut imaginer des montages dissociant l'opération de construction (par exemple fictivement envisagée au profit de la collectivité publique au départ) et la mise à disposition, intervenant ultérieurement à la construction alors achevée et recevant une *nouvelle destination*."²⁰³ En outre, l'article 13-II de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 prévoit qu'un immeuble appartenant à une collectivité territoriale peut faire objet d'un bail emphytéotique en faveur d'une personne privée. Le but poursuivi est l'accomplissement, pour le compte de cette collectivité, d'une mission de service public, ou bien la réalisation d'une opération d'intérêt général. E.Honorat et E.Baptiste posent encore la question irrésolue de la validité de l'extension de bâtiments existants aux frais de la collectivité²⁰⁴.

En outre le Conseil d'État précise explicitement dans sa jurisprudence du 10 novembre 1993 que l'article 69 de la loi Falloux s'applique aussi aux régions²⁰⁵, qui n'existaient pas lors du vote de cette loi. Ainsi le Conseil d'État a censuré les jugements de plusieurs tribunaux administratifs, qui avaient interprété le silence de la loi du 31 décembre 1985 comme la possibilité pour les régions d'utiliser à leur gré les fonds disponibles²⁰⁶. Pour l'inclusion des régions dans le champ d'application de la loi Falloux, on peut citer plusieurs arguments : d'abord que "l'intention du législateur en 1850 était que l'article 69 s'applique à l'ensemble des collectivités alors existantes²⁰⁷" ; puis que "la limite du dixième deviendrait lettre morte, s'il suffit que la région agisse seule ou apporte son concours, pour que les subventions accordées aux établissements puissent

²⁰¹ CE, sect., 10. nov. 1993, *Préfet de la Région d'Ile-de-France* : JCP 1994, éd. G, II, n° 22211.

²⁰² Note, B. Poujade sous CE, sect. du 10 nov. 1993 : JCP 1994, éd. G, II, n° 22211.

²⁰³ idem.

²⁰⁴ Chronique : *AIDA* 1990, pp. 522 et 523.

²⁰⁵ CE, sect., 10. nov. 1993 précitée.

²⁰⁶ TA Nantes du 16 nov. 1988, *Mme Bigaud* : *Leb.* 823 ; *Gaz. pal.* 1990, 1, somm. p.150. - TA Paris du 17 avril 1992, *Préfet d'Ile-de-France* : req. n° 9109023, *Gaz. pal.* 1993, 2, pan. dr. adm., p.137. - TA Rouen du 1er déc. 1992, *Jolty c/ Conseil rég. Haute Normandie* : *Leb.* p. 624 ; JCP 1993, éd. G, IV, n° 2064, *Leb.*, p. 624.

²⁰⁷ CE, sect., 10. nov. 1993, concl., Fratacci : *RDP.* 1994, p. 555.

légalement dépasser le dixième des dépenses annuelles²⁰⁸". Mme Ashworth avait déjà tiré cette conclusion de l'arrêt *Département d'Ille-et-Vilaine* du 6 avril 1990 : "Si n'importe laquelle des collectivités territoriales peut agir et si plusieurs peuvent agir de concert, le total de leur contribution annuelle ne peut excéder le dixième des dépenses²⁰⁹".

En revanche, selon une jurisprudence du Conseil d'État bien établie²¹⁰, cette limitation ne s'applique pas aux garanties d'emprunt que les collectivités locales (départements pour les collèges et régions pour les lycées) peuvent accorder au profit des groupements ou associations à caractère local sur le fondement de l'article 19 de la loi n° 86-972 du 19 août 1986. Ni la loi Falloux, ni la loi Debré, ni aucune autre disposition législative ne font obstacle à la mise en oeuvre de cette aide financière indirecte, sous réserve qu'elle soit consentie au profit des seuls établissements secondaires²¹¹. Cependant, il a été jugé que des prêts obtenus dans des conditions très avantageuses peuvent conduire à la conclusion qu'il s'agit en réalité de subventions. Dans ce cas la procédure instituée par l'article 5 de la loi du 31 décembre 1985 - c'est-à-dire l'avis du conseil académique - devait être respectée²¹².

Comme la loi Falloux paraissait bien inadaptée pour apporter une solution adéquate au problème des subventions d'investissement²¹³, une proposition de révision de cette loi a été votée en juin 1993. Sa disposition essentielle (l'article 2) prévoyait : "Les établissements d'enseignement privés sous contrat, dans le respect de leur caractère propre, peuvent bénéficier d'une aide aux investissements. Les collectivités territoriales fixent librement les modalités de leur intervention. Toutefois, l'aide qu'elles apportent aux établissements d'enseignement privés sous contrat pour leurs investissements ne doit pas excéder, en proportion du nombre des élèves des classes faisant l'objet du contrat, rapporté au nombre des élèves scolarisés dans l'enseignement public, le montant des investissements réalisés dans l'enseignement public. Ce dernier montant est apprécié, lors du vote du budget de la collectivité territoriale, sur la base des comptes administratifs des six années précédentes ; dans les communes de moins

²⁰⁸ Chronique d' A. Ashworth: Les aides à l'investissement accordées par les collectivités territoriales aux établissements d'enseignement privés : *JCP*, éd. G, I, n° 3473.

²⁰⁹ idem.

²¹⁰ CE, ass., 6 avril 1990, *Ville de Paris c/ École alsacienne* : *Leb.* p. 921 ; *Dr. adm.* 1990, n° 270 ; D. 1990, p. 377, note F.-H. Briand ; *RFDA* 1990, p. 468 ; *AJDA* 1990, pp. 519 et 562.

²¹¹ CE du 4 févr. 1991, *Cne. de Marignane c/ ASR École Sainte-Marie* : *Leb.* p. 744, 745, 752, 970 ; *Dr. adm.* 1991, n° 172 ; *Quot. jur.*, 12 oct. 1991, n° 123, p. 4, note B. Maligner ; PA 11 sept. 1991, n° 109, p. 4, note F. Chouvel ; *Gaz. pal.* 1991, 2, pan. dr. adm. p. 90.

²¹² TA Rennes du 26 déc. 1991, *Préfet d'Ille-et-Vilaine c/ Dpt. d'Ille-et-Vilaine* : *Leb.* p. 632 ; *AJDA* 1992, p. 366, note R. Le Méhaut - CE du 18 nov. 1992, *Comité de liaison d'Antibes* : *Leb.*, p. 415.

²¹³ Note B. Pujade précitée.

de 210 000 habitants, ce montant est apprécié sur une base départementale"²¹⁴. Saisi par les sénateurs de l'opposition, le Conseil constitutionnel a censuré ce texte le 13 janvier 1994, estimant que "cette disposition ne comporte pas les garanties nécessaires pour assurer le respect du principe d'égalité entre les établissements d'enseignement privés sous contrat se trouvant dans des situations comparables et que ces différences de traitement ne sont pas justifiées par l'objet de la loi (...) par ailleurs (...) les dispositions de l'article 2 ne comportent pas non plus de garanties suffisantes pour éviter que des établissements d'enseignement privés puissent se trouver placés dans une situation plus favorable que celle des établissements d'enseignement publics, compte tenu des charges et des obligations de ces derniers"²¹⁵.

Le reste de la loi, devenu *oiseau sans ailes* a été publié le 22 janvier 1994.²¹⁶ La loi dispose encore dans son article premier, que : "Les collectivités territoriales de la République concourent à la liberté de l'enseignement, dont l'exercice est garanti par l'État". L'article 3 répète et précise l'article 27-3 de la loi du 22 juillet 1983 relative aux formations offertes par les établissements d'enseignement secondaire sous contrat. L'article 4 prévoit finalement la conclusion d'un contrat de subventionnement entre l'établissement d'enseignement secondaire privé et la collectivité concernée.

L'important arrêt *Institution Notre-Dame du Kreisker* de l'assemblée du Conseil d'État en date du 29 janvier 1954²¹⁷ a précisé que le ministre de l'Éducation nationale n'avait pas le droit :

- de soumettre les demandes de subvention formées par les établissements libres de l'enseignement secondaire auprès des départements et des communes à l'avis préalable du Conseil supérieur de l'éducation nationale ;
- de conférer au recteur le pouvoir de ne pas soumettre au Conseil académique les dossiers qu'il jugeait irrecevables ;
- de prescrire la production, par l'établissement demandeur, d'un engagement de son directeur, acceptant en cas de subvention le contrôle administratif et pédagogique de l'État²¹⁸.

c) Les interdictions

Dans l'enseignement primaire, les subventions sont interdites. Le Conseil d'État l'a précisé dans deux avis des 12 juillet et 13 novembre 1888 interprétant

²¹⁴ Geogel, p. 11.

²¹⁵ Déc. CC n° 93-329, précitée, cons.29 et 30.

²¹⁶ JO 22 janv. 1994, p. 1152.

²¹⁷ *Leb.*, p. 64 ; *RFDA* 1954, n° 98 et concl. Tricot, p. 50.

²¹⁸ *RFDA* 1954, n° 98 et concl. Tricot, p. 50. - CE, ass., 29 janv. 1954, *Boivin-Champeaux* : *Leb.* p. 66 ; *RFDA* 1954, n° 99.

l'article 2 de la loi du 30 octobre 1886. Il a confirmé sa position au contentieux le 21 février 1891²¹⁹. Le Conseil d'État a réaffirmé cette interprétation par l'arrêt *Fédération des conseils de parents d'élèves* en date du 24 mai 1968 interdisant à une commune d'apporter une aide directe à une école privée, puis par une décision du 19 mars 1986 assimilant un prêt sans intérêt à une subvention²²⁰.

Au cas où la subvention est légale pour partie parce que destinée au secondaire, et illégale pour partie parce que s'appliquant au primaire, la commune doit fournir les éléments permettant de distinguer les deux cas, faute de quoi l'annulation est totale²²¹.

2. Les aides financières aux élèves

Le Conseil d'État²²², soucieux de révéler toute subvention indirecte déguisée, a posé trois principes pour caractériser les subventions. En premier lieu une aide égale doit être accordée aux deux ordres d'enseignement. Ensuite, les subventions ne peuvent pas être remises directement aux établissements, sauf dans certains cas particuliers tels que l'accession aux cantines scolaires²²³. Elles doivent être réservées aux élèves dont les familles ont des ressources notoirement insuffisantes²²⁴. En dernier lieu il est recommandé de restreindre ces aides à la couverture des charges accessoires - nourriture, entretien, fournitures scolaires - et de ne pas compenser les frais de scolarité *stricto sensu*.

La loi Debré dispose dans son article 7 : "Les collectivités locales peuvent faire bénéficier des mesures à caractère social tout enfant, sans considération de l'établissement qu'il fréquente."

Dans l'enseignement technique et supérieur, le droit des collectivités publiques de leur venir en aide n'est pas restreint²²⁵. Néanmoins le Conseil d'État exige que les aides accordées n'aient pour objet ni pour effet de constituer, pour les étudiants des facultés privées, une situation plus favorable que celle dont bénéficient les étudiants du public aidés par les collectivités publiques.

Nous traiterons d'abord les aides financières, puis celles en nature.

²¹⁹ *Ville de Muret* : DP 1892, 3, p. 75.

²²⁰ *Dpt. Loire-Atlantique* : *Leb.* p. 76 ; *AJDA* 1986, p. 457, note L.Richter ; *Dr. adm.* 1986, n° 275 - CE du 19 déc. 1986, *Dpt. de l'Aveyron*. *Leb.* p. 658 ; *Dr. adm.* 1987, n° 94 - CE du 27 mai 1987, *Dpt. Maine-et-Loire cf Degoy* : D. 1988, p. 207, note B. Toulemonde.

²²¹ CE du 4 févr. 1991, *Cne de Marignane*, précitée.

²²² CE du 26 oct. 1954, *Cne. de Freigné* : *Leb.* p. 619 ; *RFDA* 1955, n° 41.

²²³ CE du 2 juin 1993, *Besnard* : *Leb.* p. 663, 813 ; *Quot. jur.* 11 nov. 1993, p. 3.

²²⁴ CE du 24 mars 1954, *Lacombe* : *Leb.* p. 181 ; *RFDA* 1954, n° 181.

²²⁵ CE du 1er juin 1954, *Cunivez*, précitée.

a) Les aides financières

Il s'agit ici de la caisse des écoles et des bourses.

Ces caisses, établissements publics locaux, sont chargées d'une double mission : encourager et faciliter la fréquentation des écoles publiques par des récompenses aux élèves assidus et par des aides aux familles nécessiteuses. Le Conseil d'État estime que, pour décider d'écarter un ensemble de candidatures, les caisses ne sauraient se fonder sur un critère de portée générale tiré, notamment, de la non-fréquentation des écoles publiques par les enfants des candidats²²⁶.

En ce qui concerne les bourses d'études, la loi Debré a habilité de plein droit les établissements sous contrat à recevoir les boursiers nationaux si la moitié au moins des maîtres sont titulaires des titres de capacité exigés par les textes. Les autres établissements privés doivent obtenir une habilitation du ministre de l'Éducation nationale²²⁷. Ainsi les élèves peuvent obtenir une bourse dans les mêmes conditions que ceux de l'enseignement public²²⁸. Le Conseil d'État a décidé qu'aucune discrimination concernant l'attribution des bourses départementales ne peut être justifiée par la loi du 10 août 1871 sur les conseils généraux, ou par le principe de laïcité ; pas davantage par le principe de libre administration des collectivités locales²²⁹.

b) Les aides en nature

Il s'agit ici surtout du transport scolaire, accessoirement on peut aussi mentionner la cantine scolaire.

Les établissements sous contrat peuvent obtenir le service du transport scolaire pour leurs élèves²³⁰. Le Conseil d'État a jugé qu'un préfet ne peut pas refuser de proposer un service de transport à l'agrément du ministre (depuis 1986 le conseil général est compétent dans la matière) au motif qu'il desservirait des établissements privés sous contrat simple ou hors contrat²³¹. Cependant un élève ne peut pas bénéficier du tarif réduit s'il choisit un circuit de transport auquel il n'a pas normalement droit, afin de se rendre dans un collège privé qui a sa préférence. Il

²²⁶ CE, sect., 13 janv. 1965, *Caisse des écoles du Xe arr. de Paris* : *Leb.* p. 27 ; *AJDA* 1965, p. 116.

²²⁷ DD. n° 60-389 et n° 60-796 précités - CE, sect., 27 janv. 1967, *min. éduc. nat c/ Fagot* : *Leb.* p. 45 ; *AJDA* 1967, p. 477 - 14 juin 1967, *min. éduc. nat. c/ Le Berre* : *Dr. adm.* 1967, n° 208.

²²⁸ CE du 20 janv. 1982, *Dpt. Tarn-et-Garonne* : *Leb.* p. 22 ; *Dr. adm.* 1982, n° 56.

²²⁹ CE du 10 août 1988, *Dpt. Pas.de-Calais c/ Bal* : *Dr. adm.* 1988, n° 506.

²³⁰ CE, sect., 13 juill. 1965, *min. éduc. nat c/ Gargadennec* : *Leb.* p. 441 ; *AJDA* 1965, p. 612, concl. Braibant.

²³¹ CE du 20 févr. 1970, *min. éduc. nat. c/ Assoc. ramassage scolaire de Lézé* : *Leb.* p. 918, 1066, 1220 ; *AJDA* 1970, p. 695.

a droit au transport, non à la réduction²³².

B. Les régimes contractuels

La loi Debré du 31 décembre 1959 a prévu pour l'enseignement privé du premier et du second degré deux possibilités : contrat avec l'État ou bien intégration dans l'enseignement public. La seconde voie n'a été utilisée par personne. L'alinéa 4 de l'article premier de cette loi dispose : "Dans les établissements privés qui ont passé un des contrats prévus ci-dessous, l'enseignement placé sous le régime du contrat est soumis au contrôle de l'État. L'établissement, tout en conservant son caractère propre, doit donner cet enseignement dans le respect total de la liberté de conscience. Tous les enfants sans distinction d'origine, d'opinions ou de croyances y ont accès."

Les deux contrats - contrat simple et d'association - prévus par la loi Debré concernent les établissements et leurs personnels, ils prévoient une prise en charge par les collectivités publiques des dépenses relatives au fonctionnement d'établissements d'enseignement privés et à la rémunération de leurs maîtres, ce qui a été approuvé par le Conseil constitutionnel, comme n'étant contraire à aucune disposition supralégislative²³³. La demande de conclusion doit être formulée avant le 31 janvier, pour prendre effet en septembre, au début d'une année scolaire. Nous examinerons d'abord le régime du contrat simple puis celui du contrat d'association ; la plupart des règles exposées pour le premier valent également pour le deuxième.

1. Le contrat simple

Nous parlerons d'abord des caractères de ce contrat, puis des conditions à remplir par les établissements désireux de conclure un contrat simple et finalement de la résiliation du contrat.

a) Les caractères

Applicable au seul établissement primaire depuis 1980, le contrat simple concerne aujourd'hui la moitié des établissements sous contrat (388.710 élèves)²³⁴. L'article 5, alinéa premier modifié de la loi Debré dispose que : "Les établissements d'enseignement privés du premier degré peuvent passer avec l'État un contrat simple suivant lequel les maîtres agréés reçoivent de l'État leur rémunération qui est déterminée compte tenu notamment de leurs diplômes et des rémunérations en

²³² CE d u 12 juin 1992, *Dpt. Puy-de-Dôme c/ Bouchon* : *Leb.* p. 237, 238 ; *RFDA* 1993, p. 689, concl. Ponchard ; *Dr. adm.* 1992, n° 328 ; *AJDA* 1992, p. 528.

²³³ Déc. CC, n° 77-87 DC, précitée.

²³⁴ Georgel, p. 12.

vigueur dans l'enseignement public²³⁵."

Le contrat peut porter sur toutes les classes de l'établissement ou seulement sur quelques unes. Il est assorti d'un contrôle pédagogique et financier de la part de l'État²³⁶.

Les communes peuvent participer aux dépenses de fonctionnement des établissements bénéficiaires d'un contrat simple²³⁷. L'aide publique est affectée à l'exécution du contrat et à la diminution de la contribution demandée aux familles. La rémunération du personnel enseignant (traitements, indemnités et avantages) y compris la totalité des charges sociales (régime général de sécurité sociale) et fiscales afférentes à ces rémunérations, qui sont légalement obligatoires pour l'employeur²³⁸, est assurée par l'État sous forme de crédits suivant les règles de la comptabilité publique. Le montant de ces crédits est fixé chaque année par la loi de finances en fonction des effectifs d'élèves accueillis respectivement dans ces classes et dans des établissements correspondants de l'enseignement public, et des types de formation dispensés, compte tenu des contraintes spécifiques auxquelles sont soumis les établissements du secteur public par les conditions démographiques, sociales ou linguistiques particulières. En outre tout nouveau contrat ne peut être conclu que dans la limite des crédits figurant dans la loi de finances²³⁹.

Saisi sur la constitutionnalité de ces dispositions, le Conseil constitutionnel a constaté leur validité en exposant que ces dispositions servent seulement au calcul de ces crédits et que le caractère limitatif de ces crédits, qui "s'attache également aux crédits relatifs à l'enseignement public ... ne fait pas obstacle à l'intervention d'une loi de finances rectificative pour modifier le montant des crédits en cause ; que, dans ces conditions, la disposition critiquée, qui tend à concilier l'aide apportée par l'État à l'enseignement privé avec les nécessités de l'équilibre économique et financier ... ne porte pas atteinte à la liberté de l'enseignement"²⁴⁰. Ainsi le Conseil constitutionnel a "implicitement mais clairement" reconnu que l'aide de l'État aux établissements d'enseignement privés est une condition

²³⁵ L. n° 71-400 précitée, art. 3.

²³⁶ Georgel, p. 12.

²³⁷ idem.

²³⁸ D. n° 75-841 précité, art. 1.

²³⁹ L. n° 84-1209 du 29 déc. 1984 : loi des finances rectificative pour 1984 (JO 30 déc. 1984, p. 4109), art. 119 - D. n° 64-217 du 10 mars 1964 relatif aux maîtres contractuels et agréés des établissements d'enseignement privés sous contrat (JO 12 mars 1964) modifié par les décrets n° 65-274 du 12 avr. 1964 (JO 13 avr. 1965) ; n° 66-664 du 3 sept. 1964 (JO 13 sept. 1966) ; n° 70-797 du 9 sept. 1970 (JO 11 sept. 1970) ; n° 78-251 du 8 mars 1978 (JO 9 mars 1978) ; n° 79-226 du 29 oct. 1979 (JO 31 oct. 1979) ; n° 80-568 du 11 juill. 1980 (JO 23 juill. 1980) ; n° 81-231 du 9 mars 1981 (JO 12 mars 1981) ; n° 83-807 du 7 sept. 1983 (JO 10 sept. 1983) ; n° 83-864 du 27 sept. 1983 (JO 30 sept. 1983) ; n° 85-728 du 12 juill. 1985 (JO 18 juill. 1985) ; n° 86-1008 du 2 sept. 1986 (JO 4 sept. 1986) ; n° 86-1232 du 2 déc. 1986 (JO 4 déc. 1986) ; n° 86-1242 du 5 déc. 1986 (JO 7 déc. 1986) ; n° 88-982 du 12 oct. 1988 (JO 16 oct. 1988) ; n° 89-824 du 9 nov. 1989 (JO 10 nov. 1989) ; n° 89-878 du 6 déc. 1989 (JO 7 déc. 1989) ; n° 91-145 du 7 févr. 1991 (JO 8 févr. 1991) ; art. ler. - CE, sect. du 5 févr. 1971, *Mégarid* : *Leb.* p. 512 ; *AJDA* 1971, p. 359.

²⁴⁰ Déc. CC 84-184 du 29 déc. 1984 : *Rec. pp.* 94 ss., 104 et 105.

nécessaire de l'existence de la liberté de l'enseignement, "puisque toute diminution de cette aide peut être interprétée comme une atteinte à cette liberté"²⁴¹.

Une "commission de concertation" est créée dans chaque académie, appelée à être consultée sur les questions relatives à l'instruction, à la passation et à l'exécution des contrats, ainsi qu'à l'utilisation des fonds publics dans le cadre de ces contrats. Aucun recours contentieux en ces domaines ne peut être introduit sans consultation préalable de la commission. Elle comprend trois catégories de personnes sur une base égalitaire : représentants des collectivités territoriales, des établissements privés et personnes désignées par l'État²⁴². La commission entend le chef d'établissement, son gestionnaire et le représentant légal de la collectivité concernée.

En ce qui concerne le contentieux, le juge exerce un contrôle maximum dans le domaine du contrat simple²⁴³.

b) Les conditions à remplir

Pour pouvoir bénéficier de ce contrat, les établissements doivent répondre à un certain nombre de conditions concernant la durée de fonctionnement, la qualification des maîtres, le nombre d'élèves (*exigence d'effectifs*) et la salubrité des locaux scolaires²⁴⁴. Après un arrêt de section du Conseil d'État en date du 13 janvier 1965, l'énumération de ces quatre conditions est limitative et non indicative²⁴⁵. En ce qui concerne le fonctionnement, l'article 27-3 de la loi Chevènement oblige les classes sous contrat "au respect des règles et critères retenus pour l'ouverture et la fermeture des classes correspondantes de l'enseignement public, toutes conditions de fonctionnement étant égales". Pour les classes du second degré, la conclusion des contrats doit encore être compatible avec "l'évaluation de l'ensemble des besoins figurant aux schémas prévisionnels des formations des collèges, des lycées et des établissements d'éducation spéciale, aux plans régionaux de développement des formations de l'enseignement supérieur et à la carte des formations supérieures prévus à l'article 13 de la loi du 22 juillet 1983".

Cependant, les établissements privés demandeurs qui remplissent les conditions n'ont pas de droit à la conclusion du contrat : le ministre conserve la possibilité d'apprécier l'opportunité de la passation du contrat²⁴⁶. Le Conseil d'État peut

²⁴¹ Favoreu et Philip, p. 362.

²⁴² Georgel, p. 13.

²⁴³ CE, sect., 21 avril 1989, *FNOGEC* : *Leb.* p. 117 ; D. 1989, p. 150.

²⁴⁴ CE, sect., 21 avril 1989 précitée.

²⁴⁵ *AEP écoles libres de Réalmont, École du Sacré-Coeur de Gorron* : *Leb.* p. 28 ; *AJA* 1965, p. 238, concl. Bernard.

²⁴⁶ CE du 27 nov. 1968, *min. éduc. nat. c/ Centre ménager et technique La Providence à Valence* : *Leb.*, p. 589 ; *Dr. adm.* 1968, n° 406.

contrôler le refus du ministre et préciser les justifications susceptibles d'être invoquées à l'appui de l'opinion du ministre²⁴⁷.

c) La résiliation du contrat

Elle peut être d'abord invoquée par la puissance publique en cas de manquements graves aux dispositions législatives ou réglementaires, ou encore aux stipulations du contrat. Le préfet, s'il décide de résilier, doit consulter la commission de concertation et présenter ses justifications. Sa décision prend effet à la fin de l'année scolaire, entraînant par voie de conséquence la résiliation des contrats du personnel.

La résiliation peut aussi intervenir à la suite de la disparition d'une ou plusieurs des conditions légales auxquelles l'établissement doit satisfaire. Dans ce cas, elle peut aussi être prononcée à l'initiative d'une collectivité territoriale concernée²⁴⁸. La commission de concertation doit toujours être consultée.

Le préfet résiliateur doit alors avertir le chef et le gestionnaire d'établissement, ainsi que le représentant légal de la collectivité intéressée. La commission entend ces trois personnes, la première ne peut pas se faire représenter.

2. Le contrat d'association

Le régime de l'association, qui est obligatoire pour les nouvelles conclusions dans le secondaire depuis 1980, concerne 1 098 000 élèves²⁴⁹.

Nous présenterons ici seulement les différences avec le contrat simple, traité ci-dessus. La source légale essentielle constitue l'article 4 de la loi Debré dans sa rédaction issue de la loi n° 85-97 : "Les établissements d'enseignement privés du premier et du second degré peuvent demander à passer avec l'État 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 à l'article premier de la présente loi.

Le contrat d'association peut porter sur une partie ou sur la totalité des classes de l'établissement. Dans les classes faisant l'objet du contrat, l'enseignement est dispensé selon les règles et programmes de l'enseignement public. Il est confié, en accord avec la direction de l'établissement, soit à des maîtres de l'enseignement public, soit à des maîtres liés à l'État par contrat.

²⁴⁷ CE, sect., 8 mars 1968, *min. éduc. nat. cf Synd. métall. laiboise* : *Leb.* p. 171 ; *Gaz. pal.* 1968, 2, p.165 ; *RD P* 1968, p.1157.

²⁴⁸ L. n° 83-663 du 22 juill. 1983 dans sa rédaction issue de la modification L. n°85-97 du 25 janv. 1985, précitée, art. 27-6 et 27-7.

²⁴⁹ Georgel, pp. 5 et 13.

Les dépenses de fonctionnement des classes sous contrat sont prises en charge dans les mêmes conditions que celles des classes correspondantes de l'enseignement public.

Les établissements organisent librement toutes les activités extérieures au secteur sous contrat".

Nous examinerons d'abord la formation du contrat, puis sa résiliation et finalement les avantages pour les classes sous contrat d'association.

a) La formation

Peuvent demander à passer avec l'État un contrat d'association les établissements du premier et du second degré ouverts depuis cinq ans au moins à la date d'entrée en vigueur du contrat - délai ramené à un an dans les quartiers nouveaux des zones urbaines comprenant au moins 300 logements neufs ; la décision appartient au préfet²⁵⁰.

L'accord de la commune d'implantation est sans intérêt puisque le Conseil constitutionnel a estimé que le fait de subordonner la conclusion des contrats d'association entre l'État et les établissements d'enseignement privés à l'accord de la commune d'implantation était contraire à la Constitution parce que le principe de libre administration des collectivités territoriales "ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique dépendent des décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire"²⁵¹. Par cette décision, la Haute Juridiction a encore une fois "implicitement, mais sans équivoque", reconnu que l'aide de l'État aux établissements d'enseignement privés est une condition nécessaire à l'existence de la liberté de l'enseignement. Car "que sont les *conditions essentielles* dont parle le Conseil constitutionnel sinon les modalités de l'aide de l'État aux écoles privées ? L'application de la liberté de l'enseignement ne peut être morcelée ou fractionnée sur l'ensemble du territoire parce que les modalités de l'aide de l'État ne peuvent varier au gré des communes d'implantation."²⁵²

Le critère de la conclusion du contrat d'association est un *besoin scolaire reconnu*²⁵³, auquel les classes objet de la demande doivent répondre (article 4, alinéa 1 de la loi Debré modifiée). Pour le second degré, ce besoin est apprécié en fonction des schémas prévisionnels, des plans régionaux et de la carte des

²⁵⁰ Georget, p. 13.

²⁵¹ Déc. CC n° 84-185 DC précitée, p. 40.

²⁵² Favoreu et Philip, p. 362.

²⁵³ D. n° 60-389 du 22 avr. 1960 relatif au contrat d'association à l'enseignement public passé par les établissements d'enseignement privés : (JO 24 avr. 1960) ; modifié par les décrets. n° 70-793 du 9 sept. 1970 : (JO 11 sept. 1970), n° 78-248 du 8 mars 1978 (JO 9 mars 1978) et n° 85-728 du 12 juill. 1985 (JO 18 juill. 1985 - L. n° 71-400 précitée, art. 1-2.

formations supérieures²⁵⁴. La notion ambiguë du besoin scolaire reconnu a été éclairée par le Conseil constitutionnel en 1985 : Il "comprend des éléments quantitatifs", les besoins de formation, "et des éléments qualitatifs tels que la demande des familles et le caractère propre de l'établissement d'enseignement". La Haute Juridiction ajoute, concernant l'article 27-3 de la loi Chevènement susmentionné, que "les dispositions ... ont pour objet, non de donner une énumération exhaustive des éléments servant à déterminer si l'établissement d'enseignement privé répond à un *besoin scolaire reconnu* mais seulement de préciser quels sont les éléments à prendre en compte pour apprécier l'existence d'un *besoin scolaire connu* sous son seul aspect quantitatif"²⁵⁵. Les conditions s'apprécient dans le cadre du département pour le premier degré et le premier cycle du second degré ; dans le cadre de la région pour le second degré.

D'après la jurisprudence du Conseil d'État, il ne suffit pas que le préfet se fonde sur la structure pédagogique et le fonctionnement de l'établissement pour refuser la conclusion d'un contrat d'association sans se préoccuper de vérifier si la demande correspond à un besoin scolaire reconnu²⁵⁶. La présence de places vacantes dans les écoles publiques d'une commune ne suffit pas davantage à établir que les écoles privées existantes dans la commune ne répondent pas à un besoin scolaire reconnu²⁵⁷. Aussi, pour refuser à un lycée privé d'étendre le contrat d'association à des nouvelles classes, le préfet ne peut pas se fonder sur le fait que l'enseignement public, pour la même rentrée, n'a ouvert dans le département aucune classe de ce type ; et pas davantage sur le fait que "l'efficacité pédagogique" des classes n'a pas pu être vérifiée²⁵⁸. Aussi un refus motivé par les difficultés de placement des élèves titulaires d'un brevet professionnel auquel prépare une classe demandeuse d'un institut privé, n'est pas légalement justifié, même si un nombre suffisant de classes dispense cette formation dans la région²⁵⁹. En revanche, d'après un arrêt du Conseil d'État en date du 17 novembre 1969²⁶⁰, le préfet peut légalement tenir compte de l'insuffisance des résultats obtenu aux examens dans les classes pour lesquelles un contrat est demandé pour apprécier l'opportunité de la passation d'un contrat. Le refus opposé à la demande de conclusion doit être fondé sur un texte²⁶¹.

En ce qui concerne l'extension du contrat, il a été jugé qu'elle peut être refusée à une institution dont les effectifs moyens dans les classes sont "sensiblement

²⁵⁴ L. n° 83-663 modifiée, précitée, art 13-II et IV.

²⁵⁵ CC décision n° 84-185 précitée, p. 41.

²⁵⁶ CE du 23 déc. 1988, *Assoc. Le Har* : *Leb.*, p. 463 - CE du 13 oct. 1989, *Cne. de Labarthe-sur-Lèze* : *Leb.* p. 472, 515, 720.

²⁵⁷ CE du 11 octobre 1985, *Cne. de Champagne-Mouton* : req. n° 53499.

²⁵⁸ CE du 25 nov. 1988, *min. éduc. nat. c/ LTP Saint-Joseph à Rodez* : *Dr. adm.* 1989, n° 28.

²⁵⁹ CE, sect., 25 avr. 1980, *min. éduc. nat. c/ Institut technique privé de Dunkerque*, précité.

²⁶⁰ *Min. éduc. nat. c/ Ins. Saint-Dominique* : *Dr. adm.* 1969, n° 393.

²⁶¹ CE du 5 oct. 1966, *min. éduc. nat. c/ École Sainte-Geneviève de La Garenne-Colombes* : *Dr. adm.* 1966, n° 330.

supérieurs" à ceux des autres classes de même niveau ouvertes dans la ville. Si les possibilités d'accueil à l'échelon régional sont suffisantes, le préfet ne commet pas d'erreur d'appréciation en refusant l'extension²⁶².

Le ministre de l'Éducation nationale a recommandé sans la rendre obligatoire une consultation des collectivités locales concernées avant toute décision du préfet relative à un contrat d'association, cela a été approuvé par le Conseil d'État.

La loi du 21 janvier 1994 prévoit encore que "toute aide allouée ... donne lieu à la conclusion, entre la collectivité territoriale qui l'attribue et l'organisme bénéficiaire, d'une convention précisant l'affectation de l'aide, les durées d'amortissement des investissements financés et, en cas de cessation de l'activité d'éducation ou de résiliation du contrat, les conditions de remboursement des sommes non amorties ainsi que les garanties correspondantes"²⁶³. Le Conseil constitutionnel a approuvé cette disposition sous réserve que "les stipulations de la convention doivent être déterminées de façon à éviter que l'organisme bénéficiaire puisse profiter d'un avantage injustifié ou conduisant à méconnaître les règles constitutionnelles"²⁶⁴.

b) La résiliation

Le contrat est annuel et se renouvelle par tacite reconduction ; mais chaque partie peut demander sa résiliation, ce qui est rare. "Lorsque les conditions auxquelles est subordonnée la validité des contrats d'association cessent d'être remplies, ces contrats peuvent, après avis d'une commission de concertation, être résiliés par le représentant de l'État soit à son initiative, soit sur demande de l'une des collectivités compétentes"²⁶⁵. Cette disposition a été approuvée par le Conseil constitutionnel comme n'étant "contraire à aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle"²⁶⁶.

La décision de résiliation prend effet à la fin de l'année scolaire. Sur le plan contentieux, le juge administratif ne peut exercer qu'un contrôle minimum²⁶⁷.

²⁶² CE du 17 mars 1993, *Assoc. Inst. Saint-Pierre de Lille* : *Leb.* p. 586, 813 ; *Quot. jur.* 7 déc. 1993, p. 2.

²⁶³ L. n° 94-51 précitée.

²⁶⁴ CC décision n° 93-329 précitée.

²⁶⁵ L. n° 83-663 précitée, art. 27-6 et 27-7 modifiés par L. n° 85-97 précitée.

²⁶⁶ CC décision 84-185 précitée, p. 41.

²⁶⁷ CE du 13 janv. 1965, *Écoles libres de Réalmont* : *Leb.*, p. 29 - CE du 25 avril 1980, *Inst. techn. privé de Dunkerque*, précitée.

c) Avantages pour les classes sous contrat d'association

Les dépenses de fonctionnement des classes sous contrat d'association sont prises en charge par les collectivités territoriales dans les mêmes conditions que celles des classes correspondantes de l'enseignement public et les maîtres sont rémunérés par l'État. L'article 119 de la loi de finances rectificative pour 1984 prévoit dans son paragraphe II que la loi de finances détermine chaque année le montant des dépenses pédagogiques et la contribution aux dépenses de fonctionnement à la charge de l'État, il fixe le mode de calcul de cette contribution et précise que les personnels non enseignants demeurent soumis au droit privé²⁶⁸. Le Conseil constitutionnel a approuvé cette disposition²⁶⁹.

Dans le secondaire, cette subvention est assurée sous forme de contributions forfaitaires versées par élève et par an. La contribution est égale au coût moyen d'un élève externe dans un établissement correspondant de l'enseignement public (forfait d'externat) ; elle est majorée d'un pourcentage fixe (5%) destiné à couvrir les charges dont les établissements du secteur public sont dégrevés²⁷⁰. Mais en aucun cas les avantages consentis par les collectivités publiques pour le fonctionnement des classes sous contrat d'association ne peuvent être proportionnellement supérieurs à ceux que les mêmes collectivités consentent, dans le même domaine, aux classes des établissements d'enseignement public correspondant au même ressort territorial²⁷¹.

Le décret 60-745 modifié²⁷² prévoit une énumération non exhaustive des dépenses qui doivent être prises en charge : "Les dépenses afférentes à la direction, à l'administration, et à la surveillance, au paiement des agents de service, au chauffage, à l'éclairage et aux charges diverses". La loi Guermeur prévoit une majoration du forfait externat en incluant les charges sociales et fiscales afférentes aux rémunérations des personnels non enseignants²⁷³, qui ne sont pas des agents de l'État et qui sont liés à l'établissement où ils exercent par contrat de travail.

Se pose la question de la répartition de ces subventions entre les collectivités locales; la commune a la charge des subventions pour ses écoles privées associées, mais seulement pour les élèves domiciliés sur son territoire. Les communes voisines, si elles fournissent des élèves, peuvent participer aux dépenses par convention. La même règle s'applique aux classes maternelles ou enfantines sous

²⁶⁸ L. n° 84-1209 précitée.

²⁶⁹ CC décision 84-184 précitée, pp. 105 et 106.

²⁷⁰ L. n° 85-97 et D. 85-728 précités - Rép. min., n° 65974 : JOAN Q du 25 nov. 1985, p. 5422.

²⁷¹ Geogel, p. 14.

²⁷² D. n° 60-745 du 28 juill. 1960 relatif aux conditions financières de fonctionnement (personnel et matériel) des classes sous contrat d'association (JO 29 juill. 1960), modifié par les décrets n° 64-217 du 10 mars 1964 (JO 12 mars 1964), n° 70-795 du 9 sept. 1970 (JO 11 sept. 1970), n° 78-249 du 8 mars 1978 (JO 9 mars 1978), n° 85-725 et 85-728 du 12 juill. 1985 (JO 18 juill. 1985).

²⁷³ Fontaine pp. 127-131.

condition de l'accord de la commune à la conclusion du contrat, car la scolarité n'est pas obligatoire²⁷⁴. Ces dépenses obligatoires peuvent être inscrites d'office au budget communal par le préfet ou le sous-préfet²⁷⁵. Le Conseil d'État a jugé que cet agent public, s'il reste inerte, commet une faute lourde engageant la responsabilité de l'État²⁷⁶.

Les départements assurent ces mêmes dépenses de fonctionnement pour les collèges ; pour les lycées, les régions les prennent en charge. Si au moins 10% des élèves résident dans un autre département, une participation aux charges peut être demandée par le département du siège du collège au département de résidence ; le montant est fixé par convention. En cas de désaccord, le préfet de région fixe les modalités de la participation. Si les deux départements appartiennent à des régions différentes, les deux préfets intéressés fixent les modalités conjointement.

Une règle équivalente joue pour la répartition des charges pour les lycées entre les régions. Ce sont encore les préfets de région qui sont compétents.

Le 13 juin 1992, un accord a été signé entre le ministre de l'Éducation nationale et le secrétaire général de l'enseignement catholique accordant à l'enseignement catholique sous contrat 1,8 milliard en versements échelonnés.

Cet accord prévoit la réalisation triennale d'une enquête administrative destinée à réévaluer le coût moyen de l'élève. Pour 1993, un arrêté du 7 juillet a fixé ce coût, qui varie en ce qui concerne les collèges entre 2794 et 4840 F, pour les lycées d'enseignement général entre 2669 et 3371 et pour les lycées professionnels entre 3280 et 5256²⁷⁷.

Cet accord a mis fin à un long contentieux sur le calcul du forfait d'externat, qui avait conduit le Conseil d'État à annuler une demi-douzaine de textes réglementaires²⁷⁸.

II. La jurisprudence constitutionnelle allemande dans la matière

La Cour Constitutionnelle a fixé des principes que le législateur doit respecter, en outre les *Länder* ont la liberté d'organiser leur système de subventionnement.

²⁷⁴ CE, ass., 31 mai 1985, *Cne. de Moissac* : *Leb.* p. 168 ; RFDA 1985, p. 647, concl. Roux ; *AJDA* 1985, p. 450.

²⁷⁵ L. du 20 mars 1982, art. 11.

²⁷⁶ CE du 26 juin 1987, *min. int. c/ OGECE La Providence à Saint-Brieuc* : *AJDA* 1988, p. 47, note Toulemonde. - Calcul de l'indemnité CE du 27 mai 1988, *min. int. cf École Jeanne d'Arc à Plozévet* : *Dr. adm.* 1988, n° 358.

²⁷⁷ Georget, p. 15.

²⁷⁸ CE, ass., 17 oct. 1975, *Assoc. gestion externat. Enfants nantais* : *Leb.* p. 519 ; *Rev. adm.* 1976, p.153, concl. Labetoulle ; D. 1976, p. 603, note B. Pacteau - CE, sect. du 19 juin 1985, *Cne. de Bourguenais* : *Leb.* p. 194 ; *AJDA* 1985, p. 449 - CE, sect., 13 mars 1987, *FNOGEC* : *Leb.* p. 93 ; *AJDA* 1987, p. 409, concl. Roux - CE du 12 avr. 1991, *FNOGEC* : *Leb.* p. 971 ; *JCP* 1991, éd. G, IV, n° 295.

A. La protection constitutionnelle

En droit allemand, la Cour constitutionnelle fédérale a dégagé du droit fondamental de l'article 7, alinéa 4, 1^{ère} phrase que la puissance publique est chargée en droit objectif de soutenir les *Ersatzschulen* et d'assurer ainsi leur existence. Ce devoir de protection devient seulement un devoir d'intervention si l'avenir de l'institution des *Ersatzschulen* est en danger²⁷⁹. Cependant la Cour reconnaît que les *Ersatzschulen* ont un besoin financier général, ne serait-ce que pour remplir toutes les exigences constitutionnelles de l'article 7, alinéas 4 et 5, et elles ne peuvent pas augmenter les contributions des familles jusqu'à la rentabilité des écoles sans *favoriser une ségrégation des élèves fondée sur la fortune des parents*. Un soutien public doit ainsi assurer que le chef d'établissement, qui s'engage pour la réalisation des objectifs pédagogiques particuliers, puisse remplir les exigences d'agrément de manière permanente. La Haute juridiction déclare que le pluralisme scolaire doit être garanti et que les écoles privées doivent rester ouvertes à toutes les classes sociales : de ces éléments de l'État social contenus dans l'article 7, alinéa 4, il faut tirer la conséquence d'un devoir des collectivités publiques de soutenir l'enseignement privé. Ce n'est que de cette façon qu'une situation économique et sociale adéquate des maîtres et un enseignement adéquat des élèves peuvent être assurés. La Cour ajoute que les subventions ne trouvent pas leur fondement essentiel dans la considération que les écoles privées permettent des économies dans l'enseignement public.

Cependant, il ne s'agit pas d'un droit subjectif au subventionnement assuré par la Constitution au requérant. L'intéressé peut seulement exiger que le législateur respecte toutes les exigences constitutionnelles, notamment les devoirs de protection et de soutien. La protection juridique se limite ainsi à la constatation d'une carence, d'une grave négligence ou d'une suppression des mesures prises sans compensation, pouvant conduire à la déclaration que la disposition législative en cause est contraire à la Constitution²⁸⁰.

B. La réalisation du devoir de protection par les *Länder*

Le droit subjectif reconnu à chaque établissement doit être déterminé par la législation des *Länder*. Ainsi le législateur peut décider s'il attribue des subventions directes aux écoles ou accorde des prestations en nature, comme la cession des locaux, ou prend en charge la rémunération des maîtres ou encore restitue aux familles une partie des frais de scolarité. Les *Länder* sont autorisés à subordonner l'attribution des subventions à un besoin concret de l'établissement et à exiger par exemple son utilité générale pour l'enseignement privé, ainsi qu'à organiser un

²⁷⁹ BVerfGE 75, 40 précitée, pp. 62 s.

²⁸⁰ BVerfGE 90, 107 du 9 mars 1994, p. 107.

contrôle du bilan des écoles privées. Le montant des subventions au dessus du minimum nécessaire à l'existence peut aussi être fixé librement par les *Länder*. Le législateur peut s'orienter au vu des coûts de l'enseignement public, mais bien étendu les fondateurs des écoles privées doivent apporter un capital propre qui comprend en principe les coûts d'investissement. En outre, le devoir de subvention est soumis à la réserve de ce qui peut être raisonnablement attendu de la société. Le législateur a la responsabilité de répartir les fonds publics selon l'utilité publique et de trouver un équilibre financier, ainsi il est aussi autorisé à réduire le budget financier de l'enseignement pour faire face aux contraintes économiques ou pour prendre en considération la régression générale du nombre d'élèves²⁸¹. Quand le législateur décide de soutenir les écoles publiques, il doit respecter le principe d'égalité de l'article 3 de la Loi fondamentale et soutenir toutes les écoles privées. Une subvention plus élevée pour certains écoles doit être justifiée par des coûts plus élevés ou par un objectif pédagogique particulièrement digne de soutien²⁸².

Dans sa jurisprudence récente, la Cour constitutionnelle fédérale a décidé qu'un subventionnement public des *Ersatzschulen* excluant toute prise en considération comptable des besoins de l'établissement des coûts, afin que celles-ci se procurant des locaux adéquats est incompatible avec la garantie constitutionnelle de l'article 7, alinéa 4, première phrase. Les standards publics concernant les locaux sont aujourd'hui beaucoup plus exigeants, car la doctrine pédagogique réclame des classes d'enseignement moins nombreuses et que les matières scientifiques sont enseignées dans des salles spécialement équipées²⁸³. Ainsi, la distinction entre des coûts de fondation, qui en tant que coûts d'investissement, doivent être portés par le fondateur, et des coûts de fonctionnement qui peuvent être objet des soutiens publics, est problématique. Car la fondation d'une école privée est garantie par la Loi fondamentale et le fondateur doit remplir toutes les exigences constitutionnelles avant l'ouverture de l'école. De cette façon, le législateur doit tenir compte de la phase de fondation dans son système de soutien. Quand le législateur inclut les coûts d'investissement dans les subventions, il peut demander une preuve de la nécessité concrète et prévoir une obligation de remboursement pour le cas où le bâtiment est utilisé à d'autres fins que l'enseignement privé. Comme l'organisation du système de subvention relève de la compétence du législateur des *Länder*, c'est à lui de décider s'il soutient la location ou la construction de manière concrète ou s'il attribue une somme forfaitaire par élève en s'orientant aux coûts des établissements publics comparables.

Dans un autre arrêt du même jour, la Cour constitutionnelle fédérale a ajouté que des délais d'attente jusqu'à l'obtention d'une subvention sont en principe compatibles avec les devoirs de protection et de soutien. Ces délais poursuivent le

²⁸¹ BVerfGE 90, 107 précitée, pp. 67 à 69.

²⁸² idem, pp. 69 ss.

²⁸³ BVerfGE 90, 128 du 9 mars 1994, pp. 141 ss.

but de lier le subventionnement à une preuve de succès et d'employer ainsi les ressources publiques de manière effective. La liberté d'organisation du législateur comprend aussi l'attribution de décider quand cette preuve est considérée fournie. Le législateur peut en outre supposer que le fondateur prend un engagement financier propre et considère les risques liés à son initiative. Cependant, les délais d'attente ne doivent pas avoir pour conséquence d'empêcher la fondation d'écoles nouvelles. Ainsi le législateur doit ouvrir au fondateur la perspective d'un soutien après un délai adéquat et prévoir une compensation adéquate par des prestations de bon gré ou autres mesures pendant ce délai d'attente²⁸⁴.

Bien que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande soit plus complexe que celle du Conseil constitutionnel, les principes sont presque les mêmes : reconnaissance d'une obligation au subventionnement et prise en charge des coûts de fonctionnement à l'exclusion de la plupart des dépenses d'investissement.

Conclusion :

Au terme de cette comparaison, on attirera l'attention sur une différence structurelle entre les cadres juridiques de l'enseignement privé en France et en Allemagne. Le système français est fixé par des dispositions législatives, le Conseil constitutionnel s'étant borné à reconnaître la liberté de l'enseignement et à préciser quelques principes de son contenu au-delà des interprétations des dispositions législatives. Au contraire, le système allemand est très largement conditionné par les dispositions constitutionnelles et leur interprétation par le juge constitutionnel. Mais au-delà de cette différence, ce sont bien les mêmes principes qui guident les deux systèmes.

²⁸⁴ BVerfGE 90, 107 précitée, pp. 117 ss.

Bibliographie:

Conclusions des Commissaires du Gouvernement et notes de Jurisprudence

A. Ashworth, note sous CC décision n° 93-329 DC du 13 janvier 1994, *JCP* 1994, éd. G, II, n° 22241.

L. Favoreu et L. Philip, note sous CC décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977 : *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Paris, Sirey, 7^e édition, 1993, pp. 358-369.

CE, sect., 10 nov. 1993, Préfet de la Région d'Ile-de-France, concl., M. Fratacci, *Leb.* p. 318, *RDJ* 1994, pp. 552-558.

CE, ass., 6 avril 1990, Dpt. D'Ile-et-Villaine, concl., P. Frydman, *Leb.* p. 91, *RFDA* 1990, pp. 598-609

F. Luchaire, L'abrogation de la loi Falloux devant le juge constitutionnel, note sous CC décision, n° 93-329 du 13 janvier 1994, rec. Cons. const. p. 9, *RDJ* 1994, pp. 609-626.

B. Poujade, note sous CE, sect. du 10 nov. 1993, Préfet de la Région d'Ile-de-France, *Leb.* p. 318, *JCP* 1994, éd. G, II, n° 22211.

J. Rivero, note sous CC décision n° 77-87 du 23 novembre 1977, rec. Cons. const. p. 42, *AJDA* 1978, pp. 565-569.

Articles

A. Ashworth, Les aides à l'investissement accordées par les collectivités territoriales aux établissements d'enseignement privés : *JCP* 1990, éd. G, I, n° 3473.

J. Georgel, Enseignement privé, *Juris-Classeur administratif*, fascicule 233, mai 1995, 21 p.

E. Honorat et E. Baptiste, Chronique générale de Jurisprudence administrative, Enseignement : *AJDA* 1990, p. 519 s.

Thèses

E. Pfau, *Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Ersatzschullehrer*, Münster, 1995, 198 p.

Ouvrages

G. Anschütz, *Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919*, commentaire, 14^e édition, Berlin 1933.

Brockhaus, encyclopédie en 24 tomes, 19^e édition, 1989-1993.

N. Fointaine, *la liberté d'enseignement de la loi Debré à la loi Guerneur*, UNAPEC 1978, 525 p.

L. Grimaud, *Histoire de la liberté d'enseignement en France*, Paris, Apostolat de la Presse, 6 tomes, 1944-1954.

H. Heckel, *Deutsches Privatschulrecht*, Berlin-Köln 1955.

H. Heckel et H. Avenarius, *Schulrechtskunde*, 6^e édition, Neuwied 1986.

H. D. Jarass et B. Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, commentaire, 3^e édition, München 1995.

W. Landé, *Die Schule in der Reichsverfassung*, 1929.

L. Th. Lemper et R. Graf von Westphalen, *Privatschulen im öffentlichen Schulwesen*, 1982.

Max-Planck-Institut (éditeur), *Traditions et Transformations : Le système d'éducation dans la République fédérale de l'Allemagne*, 1991.

Th. Maunz, G. Dürig, R. Herzog et R. Scholz, *Grundgesetz, Kommentar*, München 1991.

F. Müller, *Das Recht der freien Schulen nach dem Grundgesetz*, 2^e édition, Berlin 1982.

B. Pieroth et B. Schlink, *Staatsrecht II: Die Grundrechte*, 10^e édition, Heidelberg 1994.

F. Ponteil, *Histoire de l'enseignement 1789-1965*, Paris, Sirey, 1966, 454 p.

J. Rivero, *Les libertés publiques*, tome 2 - *Le régime des principales libertés*, édition Thémis Paris 1989, 405 p.

