

ENSEIGNEMENT LIBRE ET AUTORITÉ ADMINISTRATIVE : DIS-MOI OUI, DIS-MOI NON

par

Diane DÉOM,
Professeur à l'U.C.L.

Par un arrêt du 9 avril 2003, la Cour d'arbitrage a eu l'occasion de se prononcer sur la compétence du Conseil d'Etat pour connaître de recours dirigés contre les décisions d'une commission instituée au sein d'une université libre. Le problème de la qualification des établissements d'enseignement libre a également été abordée dans deux arrêts prononcés le 26 septembre 2002 par la Cour de cassation.

Ces arrêts s'inscrivent dans le contexte de la difficile question du service public fonctionnel. Ils ajoutent quelques mesures à la valse-hésitation dans laquelle, depuis quelques années, Conseil d'Etat et Cour de cassation, chaperonnés par la Cour d'arbitrage, coordonnent difficilement leurs pas ¹.

I. LES ARRÊTS ANNOTÉS

A. L'ARRÊT N° C.02.0177.N DE LA COUR DE CASSATION : LES DÉCISIONS DES UNIVERSITÉS LIBRES EN MATIÈRE DE RECRUTEMENT DE PROFESSEURS

L'affaire en cause dans cette espèce oppose M. LE-MAN à la *Katholieke Universiteit Leuven*. Evincé d'un poste de professeur, le requérant poursuit l'annulation de la décision de nomination d'un autre candidat. L'arrêt est prononcé le 26 février 2002. Le Conseil d'Etat rejette le recours en se déclarant incompétent.

Se référant à l'arrêt n° 93.104, prononcé en assemblée générale le 6 février 2001, le Conseil d'Etat constate que la partie adverse est une Université libre subventionnée, et elle en déduit que les décisions qu'elle adopte à l'égard de son personnel ne peuvent être considérées comme des actes accomplis en tant qu'autorité administrative. La relation de travail entre une telle Université et les membres de son personnel reste de nature contractuelle, nonobstant toutes les restrictions que l'application de la législation apporte à la liberté contractuelle en ce domaine. Aucune distinction n'est à établir à cet égard entre les décisions qui s'inscrivent dans le cadre d'une relation con-

tractuelle préexistante et celles qui, comme dans le cas d'espèce, portent sur l'établissement d'une telle relation.

Le pourvoi dirigé contre cet arrêt est articulé autour de l'idée que les universités libres peuvent accomplir des actes relevant de l'exercice de la puissance publique, et que tel est le cas lorsqu'elles nomment un professeur dans le respect des dispositions statutaires que le législateur les a autorisées à arrêter. Selon le pourvoi, le choix objectif et motivé des candidats les plus aptes constitue une prérogative de décision unilatérale qui s'inscrit dans le prolongement de l'obligation d'utiliser au mieux les subventions de fonctionnement. Il ne s'agit pas de la conclusion d'un contrat de travail proprement dit, mais bien de la décision de recruter en application du statut une personne à laquelle un contrat de travail sera ensuite proposé; on a donc affaire à un acte détachable, qui produit des effets de droit à l'égard des candidats évincés. L'incompétence du Conseil d'Etat pour connaître des recours contre de tels actes créerait une discrimination entre les candidats aux emplois dans les Universités de la Communauté, et les candidats aux emplois dans les Universités libres.

Après avoir rappelé les critères permettant de déceler l'existence d'actes d'une autorité administrative, la Cour répond à cette argumentation en mettant en exergue la liberté de l'enseignement. Ce principe implique, dit la Cour, la liberté de choisir les membres du personnel en ayant égard aux choix philosophiques, idéologiques ou religieux propres à l'établissement ²; pareille liberté ne peut se traduire que par la conclusion de contrats. Il en ressort que la désignation d'un membre du personnel n'est pas un acte unilatéral, et cela même si elle s'opère dans le respect de dispositions statutaires établies conformément aux règles générales arrêtées par le pouvoir subsidiant. L'incompétence du Conseil d'Etat est ainsi constatée, la compétence de statuer sur les contestations ayant pour objet des droits subjectifs relevant exclusivement du pouvoir judiciaire.

L'arrêt de la Cour s'inscrit dans le prolongement d'une jurisprudence aujourd'hui bien établie qui consacre le caractère contractuel de la relation de travail entre

¹ Outre les ouvrages généraux, v. principalement sur ce sujet, dans la doctrine récente : D. DELVAX, « Flux et reflux de la jurisprudence relative à la notion d'autorité administrative », *A.P.T.* 2001/3, p. 196 et s.; D. DE ROY, « Être ou ne pas être... autorité administrative. Vers de nouvelles questions existentielles pour les a.s.b.l. satellites des institutions communales? », *Rev. dr. comm.*, 2002/2, p. 200 et s.

² En ce sens, v. aussi C.A., n° 18/93, et C.E., *Mersch*, n° 32320, du 24 mars 1989.



les établissements d'enseignement libre et leur personnel³.

Comme, d'autre part, la jurisprudence écarte généralement l'application de la théorie de l'acte détachable à la conclusion des contrats de travail, ainsi qu'aux autres actes accomplis dans le cadre d'une relation contractuelle de travail⁴, la qualification contractuelle a pour effet d'exclure la compétence du Conseil d'Etat.

B. L'ARRÊT N° C.01.0382.N DE LA COUR DE CASSATION : LES DÉCISIONS DES CONSEILS DE CLASSE

Par un arrêt n° 96316, du 12 juin 2001, la XII^e chambre (néerlandophone) du Conseil d'Etat s'est déclarée incompétente pour connaître du recours en annulation dirigé contre une décision adoptée le 12 septembre 1997 par un conseil de classe de 6^e année de l'enseignement secondaire de l'Institut des Sœurs de l'Immaculée Conception.

Comme une série d'autres arrêts récents⁵, l'arrêt se conforme logiquement à la jurisprudence fixée en assemblée générale du Conseil d'Etat par l'arrêt *Deschutter*, n° 93 289, du 13 février 2001. Il constate que l'acte attaqué émane d'un conseil de classe de l'enseignement libre; que cet établissement a été créé par des personnes privées, qui en règlent le fonctionnement et pourraient décider de le supprimer; qu'une telle institution n'a aucun lien organique avec les pouvoirs publics et qu'elle ne constitue donc pas une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

Le pourvoi objecte à ce raisonnement les multiples signes qui attestent de ce que l'institution en question, reconnue et subventionnée par la Communauté flamande, est chargée d'un service public, fonctionne sous le con-

trôle de l'autorité publique et peut adopter des décisions qui produisent des effets de droit à l'égard des tiers.

La Cour de cassation va énoncer les conditions qui, selon elle, permettent de considérer qu'une personne privée revêt dans certains cas la qualité d'autorité administrative. Tel est le cas lorsque l'institution voit son fonctionnement réglé et contrôlé par les pouvoirs publics et qu'elle peut adopter des décisions qui lient les tiers; les actes accomplis sont susceptibles de recours en annulation lorsque l'institution exerce une part de la puissance publique.

Appliquant ces critères à l'enseignement libre subventionné, la Cour constate que des textes législatifs et réglementaires régissent dans une mesure importante son fonctionnement et son contrôle. Elle souligne que le fait qu'une institution soit créée par des personnes privées n'exclut pas qu'elle puisse être habilitée à adopter des décisions qui lient les tiers. Elle casse dès lors l'arrêt du Conseil d'Etat, en considérant que le seul fait qu'une institution n'ait pas de lien organique avec les pouvoirs publics ne suffit pas à exclure la compétence du Conseil d'Etat. La Cour ne se prononce donc pas directement sur la qualité d'autorité administrative qu'il y aurait lieu de reconnaître aux conseils de classe de l'enseignement libre subventionné, mais censure une motivation trop univoque.

Quant au fond, on retiendra que la Cour de cassation met une fois encore l'accent sur l'importance du critère de l'*imperium* dans l'application de la notion d'autorité administrative aux services publics fonctionnels. Contrairement à ce que l'assemblée générale du Conseil d'Etat avait décidé en termes lapidaires dans son arrêt *Deschutter*, l'absence de rattachement organique des institutions d'enseignement libre aux pouvoirs publics n'exclut pas que celles-ci puissent être habilitées par le législateur à accomplir des actes unilatéraux, lesquels doivent être susceptibles de recours devant la Haute juridiction administrative.

La prise de position de la Cour de cassation n'est pas surprenante. L'arrêt *Deschutter* rompait avec une jurisprudence assez bien établie depuis 1979⁶ et semblait écarter, sans justification explicite⁷, l'idée même qu'un service public fonctionnel puisse relever de la juridiction du Conseil d'Etat.

³ La jurisprudence, partagée à une certaine époque en ce qui concerne les universités (v. M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruylant, 1996, pp. 220-221, et les réf. citées), s'est aujourd'hui fixée dans le sens du caractère contractuel. En ce sens, v. principalement dans la jurisprudence récente C.E., n° 81 469, du 29 juin 1999; n° 85 323, du 15 février 2000; n° 93 104, du 6 février 2001, *R.R.D.*, 2000, avec la note de X. DELGRANGE; n° 106 414, du 7 mai 2002; n° 110 316, du 17 septembre 2002; Cass., (ch. réunies), 18 décembre 1997, *R.C.J.B.*, 1999, pp. 691-729, avec la note de J. JACQMAIN, «Les membres subsidiaires du personnel de l'enseignement libre : le statut qui n'existait pas?»; Cass., 11 juin 2001, *J.T.* 2003, p. 504. Sur l'absence de caractère discriminatoire de la distinction entre le régime du personnel du réseau officiel et celui du libre, v. C.A., n° 66/1999, du 17 juin 1999; n° 8/2001, du 31 janvier 2001; n° 103/2001, du 13 juillet 2001, et n° 87/2002, du 8 mai 2002.

⁴ M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Story, 1991, n° 216 et 351-352, et les réf. citées. P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Liège, 1997, n° 283 et s.; M. LEROY, Bruylant, 1996, p. 181 et s., spéc. p. 184, note (1). V. cependant les exemples cités par E. GILLET in : (dir.) J. SAROT, *Précis de fonction publique*, Bruylant, 1994, n° 100. Dans la jurisprudence récente, on relève entre autres C.E., n° 83 360, du 9 novembre 1999, qui qualifie d'acte détachable la décision de recruter une personne sous contrat de travail. Un arrêt n° 78 744, du 15 février 1999, par lequel le Conseil d'Etat acceptait de connaître d'une décision de licenciement, analysée comme le refus implicite de maintenir l'agent en service (C.D.S., 1999, 385-386, obs. JACQMAIN), a été censuré par la Cour de cassation le 10 septembre 1999, *Pas.*, I, 453.

⁵ Voy. not. C.E., n° 94 530, du 5 avril 2001; n° 97 093, du 28 juin 2001; n° 98 837, du 13 septembre 2001; n° 99 092, du 25 septembre 2001; n° 102 733, du 22 janvier 2002; n° 106 443, du 8 mai 2002; n° 107 423, du 5 juin 2002; n° 107 521, du 7 juin 2002.

⁶ V. principalement à ce sujet J. BAERT, «La qualification d'autorité administrative des établissements d'enseignement», in : *Quels droits dans l'enseignements?*, Namur, Faculté de droit, 1994, pp. 164-178; J. HOEFFLER, «L'attribution aux universités libres d'une parcelle de la puissance publique», *J.T.*, 1982, p. 629 et s.; Y. KREINS, «Une université libre est-elle une autorité administrative?», *A.P.T.* 1989/4, p. 297 et s.; E. LEMMENS et J. MARTENS, «Délibérations des jurys et motivation des actes administratifs», in : (dir.) M. PAQUES, *Le droit de l'enseignement*, CUP, 1998, vol. XXVI, pp. 57 à 98.

⁷ Pour une critique du caractère lapidaire de cet arrêt, v. I. RORIVE, «Reviement de jurisprudence au Conseil d'Etat : un 'considérant' pour retirer en toute circonstance la qualité d'autorité administrative aux établissements d'enseignement libre», *A.P.T.*, 4/2001, p. 281 et s.; v. aussi les observations précitées de X. DELGRANGE, *R.R.D.*, 2000, p. 528 et s.



C. L'ARRÊT N° 41/2003 DE LA COUR D'ARBITRAGE : LES DÉCISIONS DES UNIVERSITÉS LIBRES EN MATIÈRE ACADÉMIQUE

C'est dans le cadre d'une question préjudicielle posée par la XI^e chambre (francophone) du Conseil d'Etat⁸, que la Cour d'arbitrage s'est prononcée sur l'interprétation de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat à propos des universités libres. La Haute juridiction administrative était saisie d'un recours contre une décision de la commission qui, au sein de l'Université libre de Bruxelles, statue sur l'admission des étudiants au deuxième cycle des études de sciences dentaires⁹. Avant de conclure à son incompétence dans la foulée de l'arrêt *Deschutter*, elle a interrogé la Cour d'arbitrage : l'incompétence du Conseil d'Etat pour statuer sur ce type de recours ne créerait-elle pas une discrimination entre les étudiants des universités libres et ceux des universités relevant des Communautés ?

La commission dont émane la décision attaquée est instituée en application du décret de la Communauté française du 5 septembre 1994. Elle a pour objet de délivrer des attestations permettant aux titulaires du grade de candidat en sciences dentaires d'accéder au deuxième cycle de ces études. Bien que la législation qualifie son intervention d'avis, il s'agit en réalité d'une décision, puisque l'obtention de l'avis favorable de la commission est une condition obligatoire pour être admis en licence. Le décret prévoit qu'une telle commission doit être instituée dans chacune des universités organisant des études de sciences dentaires. Il en règle la composition et la mission. Ses membres sont désignés par le gouvernement, sur avis conforme de l'institution universitaire concernée.

Il était donc défendable de plaider, comme l'a fait le gouvernement flamand (point A.9.1), que la commission litigieuse constituait un organe de la Communauté française et qu'elle revêtait dès lors, sans discussion, le caractère d'autorité administrative. Mais, dans la formulation de sa question préjudicielle, le Conseil d'Etat excluait pareil raisonnement, puisqu'il interrogeait précisément la Cour sur la discrimination éventuelle qui résulterait de la qualification de la commission comme étrangère à la notion d'autorité administrative.

Pour se prononcer sur l'éventuelle violation des articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour d'arbitrage examine la situation des étudiants en sciences dentaires. Le traitement que le législateur décrétait leur réserve est, en soi, identique : la délivrance des attestations doit avoir lieu en fonction d'un système de points déterminé par le décret. Cette identité de traitement est, dit la Cour, indispensable au respect du principe constitutionnel d'égalité (point B.3.2).

Quant au système de recours, il pose le problème maintes fois soulevé de la disparité entre recours au Conseil d'Etat et recours judiciaire : si les commissions instituées au sein des universités libres échappent à la compétence du Conseil d'Etat, cela signifie que les étudiants de ces universités disposent uniquement des recours judiciaires pour faire censurer d'éventuelles illégalités. Il s'agit là, à coup sûr, d'une distinction de traitement. La Cour souligne même – contrairement à ce qu'elle a jugé dans d'autres contextes¹⁰ – que les actions devant les tribunaux judiciaires présentent ici des garanties inférieures à celles qu'offre le contentieux objectif : elles ne bénéficient pas d'une instruction contradictoire et elles aboutissent à des décisions qui n'ont qu'une autorité relative de chose jugée (point B.7).

Restait à savoir si la distinction ainsi instaurée était ou non justifiée par des caractéristiques propres aux pouvoirs organisateurs, comme le permet l'article 24, § 4, de la Constitution. La nature juridique des institutions relevant des différents réseaux constitue, on le sait, l'une des caractéristiques qui peuvent voire doivent être prises en compte par le législateur.

Mais, en l'espèce, la Cour considère que ces caractéristiques ne justifient pas de différence de traitement (point B.6). Le traitement identique réservé par le législateur décrétant aux étudiants de toutes les universités doit dès lors se prolonger sur le plan des recours, ce qui amène la Cour à trancher en faveur de la compétence du Conseil d'Etat.

Au passage, la Cour souligne qu'au contraire, la nature juridique des institutions d'enseignement libre justifie l'incompétence du Conseil d'Etat pour connaître de litiges mettant en cause leurs relations contractuelles, notamment avec leur personnel.

Enfin, la Cour revient sur la question préjudicielle en constatant que l'interprétation sous-entendue dans la question préjudicielle ne s'impose pas, et qu'il est possible de réconcilier l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat avec le principe d'égalité. Pour ce faire, il suffit d'admettre que la commission est une autorité administrative, ce qui peut être admis compte tenu de deux éléments : d'une part, elle est créée à l'initiative des pouvoirs publics; d'autre part, les avis qu'elle donne sont obligatoires et lient les tiers (point B. 9).

Même si les motifs de l'arrêt sont en relation avec la problématique de l'enseignement libre, il faut donc souligner que la Cour d'arbitrage n'a pas tranché la question de la compétence du Conseil d'Etat pour connaître des recours contre les décisions de jurys des universités libres, mais bien des recours dirigés contre les décisions d'une commission instituée par décret. L'arrêt souligne

⁸ Arrêt n° 99 417, du 3 octobre 2001.

⁹ Sur le même problème, v. l'arrêt du 12 octobre 2000, en référé *J.L.M.B.*, 2001/14, p. 621, concluant à la compétence du Conseil d'Etat.

¹⁰ Notamment en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, où la Cour a souligné à diverses reprises l'identité des garanties de contrôle de légalité offertes par le recours devant le Conseil d'Etat et par la procédure judiciaire, fût-elle d'extrême urgence.



d'ailleurs dans ses motifs déterminants que l'appréciation des commissions est encadrée et organisée par le décret lui-même (point B.3.1), que « *le législateur décrétait a traité tous les étudiants en sciences dentaires de la même manière, en ce qui concerne la possibilité d'accéder au deuxième cycle d'études* » (point B.3.2), ce qui explique que « *la nature juridique de l'université au sein de laquelle est instituée la commission (...) n'a aucune incidence sur les avis que doit donner cette commission* » (point B.6) et qu'aucune justification objective ne motive dès lors l'ouverture de voies de recours distinctes aux étudiants des deux réseaux.

Il n'est pas certain que la Cour se serait prononcée dans le même sens si elle avait été saisie d'une question relative aux décisions d'un jury universitaire proprement dit. Il n'est pas certain, en effet, que l'on puisse transposer à cette hypothèse l'affirmation (essentielle dans la motivation de l'arrêt) selon laquelle la nature juridique de l'université concernée est sans incidence sur la situation des étudiants ¹¹.

II. COMMENTAIRES ET PERSPECTIVES

A. LES RECOURS CONTRE LES DÉCISIONS DE JURYS SCOLAIRES ET UNIVERSITAIRES

Après les arrêts annotés, le Conseil d'Etat s'est à nouveau prononcé au sujet de sa compétence à l'égard des jurys de l'enseignement libre. L'assemblée générale a statué à ce propos le 4 juin 2003 ¹². Dans l'arrêt n° 120.131, la Haute juridiction administrative constate que le jury de qualification dont les décisions sont contestées devant elle « *remplit une mission de service public qui lui a été confiée par les pouvoirs publics, que l'établissement d'enseignement au sein duquel il agit soit institué par l'autorité publique ou par l'initiative privée* ». Il conclut à sa compétence dans la mesure où la décision attaquée a pour objet le refus de délivrance d'un certificat de qualification ¹³ qui lie les tiers. Dans l'arrêt n° 120.143, il statue dans le même sens à propos du jury de deuxième année du premier cycle d'un institut supérieur d'architecture, ce jury se prononçant sur l'octroi de grades et diplômes qui « *du fait de leur délivrance en vertu du décret, sont reconnus et sanctionnés de plein droit et lient les tiers* ».

Le Conseil d'Etat s'est donc rangé à la solution que l'arrêt de la Cour de cassation (n° C01 0382 N) indiquait sous couvert d'une censure du défaut de motifs, et que l'arrêt de la Cour d'arbitrage encourageait indirectement.

Une chose semble donc, maintenant, clairement établie : les décisions par lesquelles les jurys d'institutions d'enseignement libre délivrent, ou refusent de délivrer, des diplômes, certificats et attestations assortis d'une valeur légale sont des actes administratifs susceptibles de recours devant le Conseil d'Etat. Compte tenu des termes très généraux de la jurisprudence récente, il semble désormais sans intérêt de distinguer, comme on le faisait antérieurement ¹⁴, selon que les diplômes considérés donnent ou non accès à la fonction publique ou à des professions réglementées. L'arrêt de la Cour d'arbitrage a relevé expressément à cet égard que la relation entre le diplôme de licencié en sciences dentaires et une profession légalement réglementée n'est pas un élément déterminant de son raisonnement ¹⁵. La compétence que le Conseil d'Etat s'est reconnue à propos d'une décision relative à un certificat de qualification ¹⁶ va dans le même sens.

Cette mise au point laisse provisoirement sans réponse une importante interrogation ¹⁷. Faut-il considérer comme susceptibles de recours uniquement les décisions qui ont trait au refus de délivrance d'un diplôme ; ou bien les décisions relatives aux années intermédiaires (voire, demain, à chacun des « crédits » accumulés par un étudiant en vue de l'obtention de ce diplôme) revêtent-elles le même caractère ¹⁸ ?

Pour répondre à cette question, on doit souligner un attendu de l'arrêt commenté de la Cour d'arbitrage ¹⁹. Celui-ci met en évidence que l'avis défavorable de la commission serait opposable à toute université où l'étudiant qui en fait l'objet déciderait de s'inscrire. Ainsi, la Cour considère comme de nature à « lier les tiers » toute décision qui suit l'étudiant dans son cursus académique, notamment auprès d'autres institutions d'enseignement. Cette prise de position nous semble lever le doute : les décisions relatives aux années intermédiaires répondent elles aussi au critère ainsi formulé. La décision d'un jury qui constate l'échec d'une année d'études, quelle qu'elle

¹⁴ J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, Bruylant, 1994, p. 233-234, et la jurisprudence citée, notamment C.E., *Farag*, n° 29 972, du 24 mai 1988, *Boland*, n° 40202, du 28 août 1992. V. aussi C.E., n° 46795, du 30 mars 1994, *J.D.J.*, 1994, n° 140, obs. D. LAGASSE.

¹⁵ Point B.9, al. 3, de l'arrêt du 9 avril 2003.

¹⁶ Arrêt n° 120 131, du 4 juin 2003, cité ci-avant.

¹⁷ J. SAMBON, « La compétence du Conseil d'Etat à l'égard des établissements d'enseignement libre : la Cour de cassation corrige la jurisprudence du Conseil d'Etat », *Scolanews*, 4 nov. 1992, p. 3 et s.

¹⁸ Voy., à propos de cette question qui fait l'objet de jurisprudences divergentes, I. KOVALOVSKI, « Le conseil de classe de la deuxième année d'un établissement d'enseignement moyen libre subventionné est-il une autorité administrative ? », *A.P.T.* 1993/3, p. 212 et s. ; E. LEMMENS et J. MARTENS, art. cité, p. 67-68, et les réf. citées. Pour l'enseignement secondaire, en Communauté française, cette question a perdu son actualité puisque les décisions des conseils de classe sont susceptibles de recours auprès de conseils de recours institués en vertu du décret du 24 juillet 1997 et qui constituent des organes de la Communauté française : v. not. C.E., n° 75747, du 15 septembre 1998 ; n° 85 418, du 18 février 2000 ; n° 86 981, du 2 mai 2000 ; n° 106 089, du 25 avril 2002. J. SAMBON, « Les nouveaux droits des élèves en matière d'inscription, d'exclusion et de sanction des études », in : *Le décret du 24 juillet 1997*, op. cit., p. 358 et s.

¹⁹ Point B.9, al. 2.

¹¹ Voy. *infra*.

¹² Arrêts n° 120.131 et 120.143.

¹³ Ce certificat peut être obtenu dans l'enseignement secondaire de qualification, parallèlement aux certificats d'enseignement secondaire proprement dits. Il atteste des compétences de l'élève constatées par un jury incluant des professionnels extérieurs à l'école.



soit, lie également toute autre institution d'enseignement à laquelle l'étudiant pourrait s'adresser ultérieurement. On doit donc y voir un acte de même nature que la décision relative à la délivrance ou au refus de délivrance d'un diplôme; il s'agit d'un acte d'une autorité administrative au sens de la jurisprudence de la Cour de cassation. L'octroi de notes non susceptibles d'être reportées à une année ultérieure mérite du reste la même remarque²⁰.

Au-delà de ces questions sur les recours, on ne peut manquer de s'interroger sur le régime juridique applicable aux décisions des jurys elles-mêmes²¹. De ce que leurs décisions sont des actes administratifs, faut-il conclure qu'elles sont régies par le droit administratif: le principe d'égalité, la règle de l'impartialité, mais aussi l'obligation de motivation, les règles de publicité de l'administration, les principes généraux de bonne administration²²? Elaborée pour la détermination du juge compétent, la qualification produit-elle un effet sur le droit applicable?

Pareille conclusion s'impose lorsqu'une disposition législative définit son champ d'application en se référant au concept d'autorité administrative. Tel est le cas de deux dispositifs particulièrement importants du droit administratif général. Ainsi, le décret de la Communauté française du 22 décembre 1994 relatif à la publicité de l'administration²³ vise toute «*autorité administrative visée à l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et relevant de la Communauté française*»; il semble bien que cette définition englobe désormais les établissements d'enseignement libre, pour ce qui concerne les actes posés à l'égard des élèves et relatifs aux études²⁴. Il en va de même de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, qui s'applique à «*l'acte juridique unilatéral de portée individuelle émanant d'une autorité administrative (...)*». En revanche, les règles qui ne se diraient applicables qu'aux organismes d'intérêt public, aux personnes morales de droit public, ou à l'enseignement officiel, restent – sauf le constat d'une éventuelle violation du principe d'égalité – étrangères aux institutions d'enseignement libre.

L'assujettissement des établissements d'enseignement libre aux principes du droit administratif semble également s'imposer, en ce qui concerne les conditions que la jurisprudence dégage quant à l'adoption de l'acte administratif. On pense en particulier au principe d'égalité et à ses conséquences²⁵, ainsi qu'aux principes généraux de bonne administration. On n'aperçoit pas sur quelles bases un acte qualifié d'acte d'une autorité administrative pourrait y être soustrait... même si leur portée exacte doit être bien circonscrite. Ainsi, par exemple, le principe d'égalité n'est pas reconnu par le Conseil d'Etat comme justifiant une comparaison systématique des titres et mérites des élèves²⁶.

Encore faut-il aussi – comme on le fait pour l'administration – concilier l'application de ces principes avec les structures de l'enseignement, et avec les traits spécifiques de l'organisation institutionnelle de l'enseignement libre. L'application du principe d'impartialité, par exemple, devra céder lorsqu'elle se heurte à une nécessité procédant des structures mêmes de l'institution en cause²⁷.

L'arrêt annoté de la Cour d'arbitrage donne encore plus ample matière à la réflexion, lorsqu'il énonce à propos des commissions statuant sur l'accès à la licence en sciences dentaires que «*l'article 24, §4, de la Constitution, qui garantit l'égalité entre étudiants, serait violé si les commissions appréciaient différemment les mérites des étudiants selon la nature juridique de l'université au sein de laquelle elles fonctionnent*».

Pareille considération est anodine si elle souligne seulement la nécessité d'une référence à des critères objectifs. Cette exigence est inhérente à une évaluation sérieuse. Mais la Cour n'a-t-elle pas voulu dire que les critères, voire les méthodes, d'évaluation des étudiants doivent être identiques ou à tout le moins – pour reprendre un terme qui a ses lettres de noblesse en droit de l'enseignement²⁸ – «équivalents»? Faut-il lire dans l'arrêt l'obligation d'uniformiser l'évaluation? Le principe d'égalité signifierait-il les prémisses de la fin d'une certaine autonomie de l'enseignement libre dans le système de certification; ou même, plus largement, la fin de la dé-

²⁰ Lorsqu'un jury constate l'ajournement pour une année d'études, certaines des notes obtenues par l'étudiant sont néanmoins susceptibles d'être reportées à l'année ultérieure: v. par exemple, pour les études universitaires en Communauté française, l'arrêt du 17 mai 1996 relatif au report de notes d'examen à une année ultérieure. En accordant, pour une matière déterminée, une note de 11 plutôt que de 12, le jury prend donc une décision défavorable à l'étudiant en échec, et de nature à s'imposer aux tiers.

²¹ V. à ce sujet J. BAERT, art. cité, p. 176-177.

²² Pour une synthèse du régime juridique des décisions en ce qui concerne l'enseignement secondaire, v. E. LEMMENS et J. MARTENS, art. cité, pp. 85 à 96.

²³ Comme les autres textes législatifs relatifs à la publicité de l'administration dans les diverses collectivités fédérale et fédérées. Le lien entre la notion d'autorité administrative et le champ d'application de ces législations est notamment mis en évidence dans un arrêt du 23 janvier 2002, relatif aux causes privées de sécurité sociale.

²⁴ Pour ce qui concerne les actes de nature disciplinaire ainsi que les refus d'inscription, la question rejoint la problématique globale de la qualification de la relation juridique entre l'institution et ses étudiants (V. *infra*).

²⁵ Pour ce qui concerne leurs actes administratifs, les établissements d'enseignement libre sont donc tenus au-delà des dispositions de la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination, donnant au principe d'égalité un effet horizontal... à supposer que cette loi fédérale puisse valablement régir le domaine de l'enseignement. V. à ce sujet S. VAN DROOGHENBROECK, «La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination: les défis d'une 'horizontalisation' des droits de l'Homme», A.P.T. 2003/3-4, p. 208 et s. et (dir.) J. VELAERS, *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Anvers, Maklu, 2003.

²⁶ C.E., n° 25 491, du 18 juin 1985; n° 27 512, du 10 février 1987; n° 44 931, du 16 novembre 1993.

²⁷ Sur l'obligation, en dehors des matières juridictionnelles, de concilier le principe d'impartialité et les structures légales de l'administration (ou, ici, les structures propres à l'enseignement libre), v. not. C.E., n° 34 108, du 20 février 1990; 43 840, du 29 juillet 1993; n° 54 023, du 26 juin 1995; n° 58 447, du 4 mars 1996.

²⁸ Puisque les Universités libres ont l'obligation d'arrêter pour leur personnel académique un statut «équivalent» à celui du personnel des Universités d'Etat.

centralisation de l'évaluation qui est une des données typiques du système belge d'enseignement²⁹?

Telle n'est pas, à notre avis, la portée de l'arrêt annoté. Comme nous l'avons souligné ci-dessus, la Cour ne s'est pas prononcée sur l'évaluation des étudiants proprement dite, mais sur un système spécifique qui limite le nombre d'étudiants admis à poursuivre des études déterminées. Or, si la Cour a souligné la nécessité d'une application homogène du mécanisme ainsi prévu par le législateur, elle n'a pas critiqué le système consistant à confier un pouvoir d'appréciation à plusieurs commissions constituées auprès des diverses universités, plutôt qu'à une seule commission. A fortiori, le principe de la décentralisation doit être admis pour l'évaluation des étudiants, qui fait rarement l'objet de prescriptions législatives précises³⁰.

Nous pensons donc que la Cour d'arbitrage ne s'est nullement prononcée à l'encontre du principe d'une décentralisation des fonctions d'évaluation et de certification liées à l'enseignement. Même si le législateur est habilité à fixer des objectifs et des critères de référence, rien n'oblige à organiser une évaluation uniforme. Bien au contraire, les divers arrêts qui soulignent la portée du principe de liberté de l'enseignement paraissent consacrer la légitimité de distinctions qui, affectant les méthodes et les modes d'évaluation, prolongent directement celles que la Cour déclare nécessaires en matière de méthodes pédagogiques³¹.

B. LA NOTION DE PUISSANCE PUBLIQUE ET LE SERVICE PUBLIC FONCTIONNEL

La Cour de cassation comme la Cour d'arbitrage ont souligné dans les arrêts commentés l'importance prépondérante que revêt le critère de l'*imperium* dans la définition de la notion d'autorité administrative dans le cadre du service public fonctionnel.

La Cour d'arbitrage s'attache exclusivement à ce critère fonctionnel, parce qu'elle considère le problème du point de vue des garanties offertes à l'étudiant.

La Cour de cassation s'est exprimée de manière plus complète. Selon l'arrêt *Meulenezyer*, l'existence de prérogatives de puissance publique doit être conjugué avec le constat d'un agrément et d'un contrôle des pouvoirs publics sur l'organisme considéré³². Le Conseil d'Etat, quant à lui, semble s'en tenir à la vérification de l'existence d'une mission de service public³³. La pertinence ou l'autonomie de ces conditions supplémentaires ouvrent de vastes perspectives de réflexion³⁴ : si vraiment une prérogative de puissance publique est identifiée dans le chef d'une personne privée, ce constat ne doit-il pas suffire à ouvrir le recours en annulation? Peut-on concevoir que des prérogatives de puissance publique soient conférées indépendamment d'une mission de service public? Quel est le degré de contrôle qui justifie l'attribution de prérogatives de puissance publique à une personne privée?

Quoiqu'il en soit, l'accent que la jurisprudence commentée met sur le critère de l'*imperium* rejoint celle qui s'est développée récemment dans des domaines voisins. Nous ne ferons qu'évoquer ici les arrêts par lesquels la qualification d'autorité administrative a été déniée aux organismes de nature hybride ou non déterminée³⁵, s'il n'est pas établi que ceux-ci disposent de prérogatives de puissance publique³⁶. A notre sens, le rôle du critère de l'*imperium* n'est toutefois pas identique dans le cadre de ces deux problématiques distinctes³⁷. Comme D. DE

³² Contrôle dont l'enseignement libre constitue un exemple particulièrement frappant : v. les éléments relevés par X. DELGRANGE dans la note d'observations précitée, *R.R.D.*, 2000, p. 137-138. Ces éléments ne peuvent cependant occulter la réalité rappelée par l'arrêt *Deschutter*, à savoir l'absence de rattachement organique de ces institutions aux pouvoirs publics. Le Conseil d'Etat a rappelé en outre, dans les arrêts n° 75 580, du 11 août 1998, et 112 292, du 6 novembre 2002, que le gouvernement n'a pas de pouvoir d'injonction à l'égard d'une université libre.

³³ V. les arrêts précités, prononcés le 4 juin 2003 par l'assemblée générale du Conseil d'Etat.

³⁴ Pour une présentation à la fois synthétique et critique des notions en cause, v. P. DELVOLLE, *L'acte administratif*, Sirey, 1983, chapitre premier.

³⁵ Nous entendons par là des organismes dont la nature de droit public ou de droit privé n'est pas (ou pas clairement) tranchée par la jurisprudence considérée.

³⁶ Cass., 14 février 1997, *Pas.*, 1997, I, 233; Cass., 10 septembre 1999, *A.P.T.*, 1999, p. 236, concl. PIET, et *A.J.T.*, 2000/20, p. 504, note F. VAN DEN DRIESSCHE. V. not. à ce sujet P. NIHOUL, «La notion d'autorité administrative : retour à l'orthodoxie», *A.P.T.*, 2001/1, p. 80 et s.; F. VAN DEN DRIESSCHE, «De invulling van het begrip administratieve overheid na de arresten GIMVINDUS en B.A.T.C. van het Hof van Cassatie», *R.W.*, 2000, pp. 497-506.

³⁷ Lorsqu'on a affaire à des institutions issues de l'initiative privée (comme dans le cas de l'enseignement libre), l'existence de prérogatives de puissance publique est à notre avis, comme nous venons de le dire, le facteur décisif justifiant la compétence du Conseil d'Etat. Lorsqu'on a affaire à des organismes issus du secteur public, mais constitués sous des formes de droit privé, l'existence de prérogatives de puissance publique peut influencer la qualification *ratione personae*, et faire conclure à la nature de droit public de ces institutions. Lorsqu'on a affaire à un organisme relevant clairement du droit public (une collectivité politique ou un établissement public), la démonstration est à notre avis superflue (v., en ce sens, C.E., n° 91 698, du 19 décembre 2000). Les arrêts précités de la Cour de cassation soulignent bien que GIMVINDUS, d'une part, et B.A.T.C., d'autre part, n'avaient pas, à défaut d'avoir reçu l'une ou l'autre prérogative de puissance publique, «perdu leur caractère de droit privé», formule qui n'aurait aucun sens à propos d'administrations proprement dites. V., sur ces questions, les réflexions des auteurs cités à la note 1, ainsi que les éclairants développements de droit français figurant dans l'ouvrage précité de P. DELVOLLE.

²⁹ Contrairement à la tradition française, qui privilégie les épreuves centralisées, la Belgique a opté de longue date pour des mécanismes qui, pour l'essentiel, renvoient aux établissements d'enseignement de tous niveaux et de tous réseaux l'organisation des épreuves et l'exercice du pouvoir d'appréciation quant aux capacités des élèves et étudiants. V. not. sur ce thème (dir.) D. GROOTAERS, *Histoire de l'enseignement en Belgique*, CRISP, 1998, p. 171. Ce système présente toutes les vertus de la décentralisation : proximité, souplesse, implication directe des acteurs,.... Il recèle aussi certains risques, et principalement celui d'entretenir les disparités de niveau entre institutions. Pour limiter ces risques, la législation récente relative à l'enseignement secondaire organise un système où les compétences à atteindre sont définies par l'autorité publique (après concertation), et où l'évaluation pratiquée par les institutions scolaires de tous les réseaux est susceptible de recours en référence à ces «socles de compétences» : v., en Communauté française, l'article 99 du décret du 24 juillet 1997, commenté entre autres in : *Le décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement*, F.U.S.L., 1999, p. 19 et s.

³⁰ L'évaluation proprement dite étant beaucoup plus liée à la mission même d'enseignement.

³¹ Voy. les arrêts n° 76/96 du 18 décembre 1996 et 49/2001 du 18 avril 2001.



ROY³⁸, nous pensons que l'on ne peut pas ramener la situation des organismes issus de l'initiative privée à ceux qui proviennent du secteur public et manifestent un mouvement de décentralisation.

Appliquée à la matière qui nous occupe, l'accent mis avec insistance sur le critère de l'*imperium* ramène à des questions fondamentales relatives à la notion même de l'acte administratif susceptible de recours, et, au-delà, à l'objet central du droit administratif. On peut en effet se demander à quel titre les décisions relatives à la délivrance d'un diplôme relèvent de l'exercice de la puissance publique³⁹.

Dans quels cas un acte juridique manifeste-t-il une prérogative de puissance publique? Le doute n'est pas de mise dans les cas où un sujet de droit (normalement une personne de droit public) se voit habilité à produire unilatéralement un effet obligatoire à l'égard d'autrui : un ordre d'arrêt de travaux, une interdiction, une amende administrative, un enrôlement fiscal, sont de toute évidence des actes de puissance publique parce qu'il est de leur nature d'interdire ou de contraindre. A l'inverse, les autorisations et permis s'inscrivent eux aussi directement dans le champ de la puissance publique, puisqu'ils ont pour objet de lever une interdiction qui leur préexiste.

La délivrance ou le refus de délivrance de diplômes n'entre manifestement pas dans ces catégories. L'effet de ce type d'acte ne s'adresse pas à leur destinataire direct (l'étudiant), mais aux tiers. Telle est bien la constatation soulignée par les arrêts commentés, qui énoncent que la délivrance de diplômes ou certificats «lie les tiers». Comme le Conseil d'Etat l'avait énoncé dès 1979⁴⁰, les diplômes légaux «constatent de manière obligatoire, à l'égard de tous, une aptitude assortie, dans l'intérêt général et à l'exclusion des non diplômés, de la qualité d'exercer certaines professions.» La puissance publique y est définie comme le «pouvoir exorbitant d'imposer à d'autres (...) des obligations unilatérales, notamment en déterminant de manière unilatérale soit ses propres obligations envers d'autres, soit les obligations de ces autres, obligations qui peuvent consister à devoir reconnaître ou subir des pouvoirs ou des droits que l'organe doté de la puissance publique confère à des tiers.»

Dans cette catégorie d'actes, la «puissance publique» se manifeste donc non par des actes d'autorité à proprement parler, mais par une fonction de certification, dont

on conçoit plus facilement la délégation à des personnes de droit privé⁴¹. Il s'agit, à tout le moins, d'une puissance publique mitigée.

A bien y réfléchir, pareil effet juridique n'a en effet rien de contraignant au sens propre du mot. Le diplôme délivré ne «s'impose» aux tiers que dans le sens où ceux-ci sont tenus d'en reconnaître l'existence et d'attacher à celle-ci les conséquences prévues, le cas échéant, par le législateur. Dans la mesure où le diplôme n'impose au tiers aucune obligation, mais l'oblige seulement à tenir compte de son existence juridique, sa portée s'analyse plus en termes d'opposabilité aux tiers que de force obligatoire proprement dite.

Il reste que le diplôme «légal» produit un effet juridique externe, organisé par le législateur; il procure à son détenteur certains droits subjectifs que ce dernier pourra faire valoir à l'égard de quiconque. C'est toute la différence qui sépare les diplômes, certificats et attestations légaux des documents par lesquels n'importe quel organisme peut attester qu'une personne a suivi des cours de langue, d'informatique ou de tennis dispensés par ses soins...⁴². Encore faut-il souligner, comme nous l'avons relevé ci-avant, que selon la jurisprudence récente ce ne sont plus les effets juridiques spécifiquement reconnus à certains diplômes qui emportent la conviction du juge. Que tel diplôme ouvre l'accès à la fonction publique ou à l'exercice de professions légalement réglementées n'est pas déterminant. Ce qui est reconnu comme décisif, c'est, en termes beaucoup plus généraux, que les diplômes et certificats, «du fait de leur délivrance en vertu du décret, sont reconnus et sanctionnés de plein droit et lient les tiers»⁴³.

A vrai dire, l'existence d'effets juridiques externes ne suffit pas à caractériser la présence de la puissance publique. D'innombrables actes du droit privé, accomplis dans le cadre de relations contractuelles, se voient dotés d'effets légaux à l'égard des tiers : ainsi, par exemple, le préavis qu'un employeur signifie au travailleur produit des effets au regard de la législation sur le chômage, un certificat médical peut modifier radicalement une situation de droit, et la désignation d'une personne comme administrateur d'une a.s.b.l. s'impose aux tiers qui traitent avec celle-ci. Pour autant, personne ne songerait à créditer l'employeur, le médecin ou l'assemblée générale de l'a.s.b.l. d'une parcelle de la puissance publique.

Qu'est-ce donc qui distingue de telles hypothèses, l'acte par lequel l'institution d'enseignement évalue un

³⁸ «Être ou ne pas être...autorité administrative», *Rev. Dr. comm.*, 2002/2, p. 200 et s.

³⁹ Sur les interrogations que peut soulever l'application concrète de ce concept pourtant fondamental, v. not. D. DE ROY, *ibid.*, à propos des prérogatives de modification unilatérale des contrats consacrées par la législation sur les marchés publics, et D. DELVAX, art. cité note 1, p. 212.

⁴⁰ Arrêts n° 19776, du 27 juillet 1979, *Scheuermann*, et plus clairement *Franssens*, n° 21 467, du 16 octobre 1981. Ces arrêts revenaient sur la jurisprudence antérieure qui considérait que les effets légaux des diplômes provenaient de l'entérinement, acte accompli non par l'université mais par une commission relevant de l'administration de l'Etat. V. J. HOEFFLER, «L'attribution aux Universités libres d'une parcelle de la puissance publique», *J.T.*, 1982, p. 629 et s.

⁴¹ Dans cet ordre d'idées, les législations sur la sécurité, sur l'environnement, sur le logement, etc., présentent divers exemples de situations dans lesquelles des organismes ou personnes agréées doivent vérifier la conformité d'installations à des normes techniques préalablement à l'octroi de permis et autorisations administratives. Au contraire, l'octroi de véritables prérogatives de puissance publique à des personnes de droit privé paraît anormale, même si aucune disposition constitutionnelle ne semble y opposer d'obstacle formel.

⁴² Pareil document, dont la valeur pratique peut être très appréciable, ne vaut que comme tout document sous seing privé. Il s'agit d'un simple mode de preuve, opposable aux tiers dans les conditions du droit commun.

⁴³ Arrêt n° 120 143, du 4 juin 2003.



étudiant⁴⁴? L'élément décisif réside sans doute en ce que l'obtention du diplôme s'insère dans le cadre d'un dispositif légalement encadré : le diplôme est délivré en vertu du décret, dans les conditions qu'il règle et par les institutions qu'il habilite à cette fin. Les effets reconnus au diplôme sont justifiés par des exigences et des contrôles organisés par la législation sur l'enseignement; ces effets ne peuvent pas s'attacher à l'acte identique accompli par une institution non habilitée à cette fin.

Si la délivrance d'un diplôme peut être considérée comme un acte relevant d'une certaine manière de la puissance publique, ce n'est donc pas, à notre avis, simplement parce que cet acte produit des effets juridiques s'imposant aux tiers⁴⁵. C'est parce que de tels effets juridiques ne s'attachent qu'aux diplômes délivrés par les institutions d'enseignement reconnues : l'acte constitue l'exercice d'un droit exclusif. La «puissance publique» déléguée aux institutions d'enseignement résulte ici du monopole de vérifier et de constater de manière officielle la compétence des étudiants. C'est cette exclusivité qui donne aux institutions d'enseignement reconnues une position juridique privilégiée à l'égard de l'étudiant. Elle seule peut justifier l'idée qu'il existe, non seulement dans la relation entre l'institution et les tiers, mais même dans la relation entre l'institution et l'étudiant, un élément de puissance publique.

On doit remarquer que ce droit exclusif n'est pas directement lié à la nature de service public fonctionnel que revêt l'enseignement subventionné. Théoriquement, aux niveaux primaire et secondaire, certaines écoles ou sections d'école non subventionnées peuvent être reconnues et recevoir la faculté de délivrer des diplômes⁴⁶. Cette reconnaissance est liée à un contrôle de la qualité de l'enseignement dispensé, sans que les autres contraintes que le subventionnement implique pour les institutions scolaires ne soient en cause. On peut se demander si la jurisprudence commentée étend ses effets à ce type d'établissement; une réponse affirmative nous semble logique, mais il n'est pas certain que les critères fonctionnels complémentaires que la Cour de cassation et le Conseil d'Etat formulent⁴⁷ soient rencontrés en l'espèce.

C. LIBERTÉ, CONTRAT ET AUTORITÉ ADMINISTRATIVE

La problématique du contrat est au centre du débat qui nous occupe, puisque c'est sur cette base que la jurispru-

dence commentée consacre avec clarté une distinction fondamentale dans le contentieux des établissements d'enseignement libre. Placés sous le contrôle du Conseil d'Etat pour les décisions touchant aux études, lesquelles participent de l'exercice de la puissance publique, ils y restent étrangers pour tout ce qui concerne les décisions posées en tant qu'employeurs, la relation juridique avec les membres du personnel étant de nature contractuelle.

Le lien entre les trois éléments du raisonnement tenu mérite un examen attentif. Le simple énoncé qui vient d'être rappelé fait en effet surgir un paradoxe. La relation juridique des établissements d'enseignement libre avec les élèves n'est-elle pas, elle aussi, de nature contractuelle?

La justification de la qualification contractuelle de la relation avec le personnel repose principalement, nous l'avons vu, sur l'argument de la spécificité idéologique, philosophique et pédagogique. Lors des discussions préparatoires à l'adoption de la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination, on a longuement souligné la nécessité d'éviter de porter une atteinte excessive à cette marge d'appréciation⁴⁸. On doit à notre avis ajouter à cette justification un aspect organisationnel : la liberté de l'enseignement porte aussi sur l'organisation interne des établissements et implique donc de maintenir une marge d'appréciation importante dans le recrutement du personnel⁴⁹.

Quant à la relation avec les élèves, elle est également marquée par les conséquences du droit à la spécificité philosophique et pédagogique. La jurisprudence majoritaire va clairement en ce sens. Même si elles assument un service public, les institutions d'enseignement libre ne sont pas tenues d'ouvrir leurs portes à tous. L'inscription des élèves est conditionnée à l'acceptation par ces derniers du projet éducatif, pédagogique ou idéologique propre à l'établissement. La liberté de l'enseignement est directement en cause à cet égard : on ne conçoit pas, par exemple, qu'une école affichant une orientation religieuse catholique ou juive puisse être tenue d'inscrire des élèves qui affirmeraient rejeter catégoriquement les principes de ces religions. Sans doute le législateur consacre-t-il dans certains cas le principe d'une obligation d'inscription; mais c'est toujours sous réserve de l'adhésion des élèves ou de leurs parents au projet éducatif spécifique de l'établissement⁵⁰.

⁴⁴ Sans doute pourrait-on souligner l'existence, ici, d'un acte unilatéral; nous reviendrons sur cette problématique au paragraphe suivant.

⁴⁵ Si on s'en tenait à cet élément, on devrait à la limite considérer que seuls les tiers «subissent» la prérogative de puissance publique, et que seuls ils sont recevables à exercer des recours.

⁴⁶ L'article 24, §5, de la Constitution distingue bien les notions de «reconnaissance» et de «subventionnement». La distinction de ces termes apparaît également dans la législation sur l'obligation scolaire et sur l'enseignement à domicile. Elle n'est plus prise en compte, en revanche, dans le «décret-missions» du 24 juillet 1997. Nous n'avons pas d'informations fiables sur l'existence, actuellement, d'institutions scolaires non subventionnées (donc éventuellement d'accès payant) mais reconnues.

⁴⁷ C'est-à-dire soit le règlement et le contrôle de l'activité de l'institution par les pouvoirs publics, soit l'exercice d'une mission d'intérêt général.

⁴⁸ J. VELAERS, op. cit. note 25, p. 352 et s.

⁴⁹ C.A., n° 18/93, du 4 mars 1993, point B.3.3.

⁵⁰ V., en Communauté française, l'article 88 du décret du 24 juillet 1997. Comme le fait observer X. DELGRANGE, *R.R.D.*, 2000, art. précité, il est vrai que les règles relatives à l'obligation d'inscription sont identiques pour l'enseignement libre et pour l'enseignement officiel subventionné; mais ce constat ne vaut que pour le niveau secondaire de l'officiel subventionné. Ceci nous semble, à vrai dire, relever plus du compromis politique que de la rigueur juridique. V. not. à ce sujet J. SAMBON, «Les nouveaux droits des élèves en matière d'inscription, d'exclusion et de sanction des études», in : *Le décret du 24 juillet 1997*, op. cit., p. 295 et s. Pour la Communauté flamande, v. le décret du 28 juin 2002 relatif à l'égalité des chances dans l'éducation.



La Cour d'arbitrage a consacré cette liberté de «sélection» des élèves comme un corollaire de la spécificité de l'enseignement libre⁵¹. Même si la marge d'appréciation ouverte aux institutions est à l'évidence moins étendue qu'en matière de personnel⁵², on perçoit le parallélisme des raisonnements tenus de part et d'autre.

La figure juridique du contrat semble donc bien être celle qui, malgré l'abondante législation qui l'encadre, rend compte de la relation juridique entre l'institution d'enseignement libre et l'étudiant. C'est d'ailleurs bien sous cet angle que la jurisprudence majoritaire appréhende les questions de droit qui s'y inscrivent.

Quelle cohérence peut-on dégager de tous ces éléments?

Partant de l'idée que le concept de contrat est fondamentalement étranger à celui de puissance publique, on pourrait imaginer que les arrêts commentés mettent fin à la qualification contractuelle de la relation entre les établissements d'enseignement libres et leurs élèves ou étudiants. La faculté de délivrance des diplômes impliquerait alors que les institutions d'enseignement libre agissent, dans l'ensemble de leurs actes concernant les étudiants, sur le mode unilatéral, tantôt par la voie réglementaire, tantôt par la voie d'acte individuels. Les décisions disciplinaires et les refus d'inscriptions, notamment, devraient désormais se lire à l'aune du droit administratif et entrer dans la sphère des actes susceptibles de recours⁵³. On transposerait ainsi une démarche qui a souvent été opérée en droit administratif général pour qualifier les relations entre les services publics organiques et leurs usagers : de leur nature, on déduit la nature de leur mode d'action.

Rien, dans les décisions annotées, ne permet cependant d'y lire un revirement d'une telle ampleur, dont les fondements juridiques ne seraient d'ailleurs nullement explicites.

Faut-il, alors, comprendre que si la relation juridique avec l'élève reste en général de nature contractuelle, les décisions participant à la délivrance des diplômes sont, elles, de nature unilatérale?

On pourrait envisager de fonder pareille analyse sur l'idée que ces actes s'inscrivent dans l'exécution d'un processus légalement réglé. Ce serait, en quelque sorte, l'existence d'une compétence légalement encadrée qui amènerait à conclure à l'existence d'actes unilatéraux. Pareil raisonnement est souvent soutenu par les plaideurs en matière de personnel, mais sans succès : quelle que soit l'importance des contraintes que le législateur impose aux institutions d'enseignement libre dans la gestion

de leur personnel, la qualification de tous les actes posés dans le cadre de cette gestion reste considérée comme contractuelle et donc étrangère à la compétence du Conseil d'Etat. Appliqué aux actes relatifs aux études, ce raisonnement présenterait d'ailleurs un caractère largement artificiel, car le processus d'examen et d'évaluation est rarement réglé par le législateur de manière précise.

Ou bien, faut-il considérer que les actes relatifs aux études sont de nature unilatérale en raison de leurs effets? Comme le souligne la Cour de cassation, la notion d'autorité administrative est liée ici à l'existence d'effets juridiques spécifiques que l'acte produit à l'égard des tiers. C'est cet élément d'extériorité qui rend le Conseil d'Etat compétent. Si actes unilatéraux il y a, ils sont toutefois d'un genre très particulier : ils ne peuvent être accomplis qu'à l'égard des personnes avec lesquelles une relation contractuelle existe, et dans les conditions organisées par contrat⁵⁴. Est-il cohérent de considérer qu'une décision adoptée dans de telles conditions subit une véritable transmutation et que les effets dont la loi l'assortit l'affectent dans sa nature intrinsèque?

Il est plus exact, selon nous, de considérer que la prérogative de puissance publique contenue dans la fonction de délivrance des diplômes se greffe sur un acte fondamentalement contractuel. La décision par laquelle une université libre délivre un diplôme à un étudiant est prise dans le cadre du contrat conclu entre ces deux personnes privées au moment de l'inscription. Mais les effets juridiques que le législateur attache à cet acte manifestent l'exclusivité conférée à ce type d'institutions et participent, eux, d'une fonction étatique que nous avons essayé d'identifier ci-dessus. L'acte accompli en exécution du contrat produit des effets juridiques étrangers à sa nature initiale. La notion d'«acte d'une autorité administrative» s'insère donc ici dans le cadre de relations juridiques contractuelles et décline, en somme, une nouvelle catégorie d'acte détachable.

On doit en tous cas éviter de transposer abusivement aux services publics fonctionnels la définition de l'acte administratif susceptible de recours, telle qu'elle est mise en œuvre lorsqu'on l'applique aux services publics organiques. Pour ces derniers, constitue un acte susceptible de recours, tout acte (unilatéral) qui «affecte l'ordonnement juridique», et qui produit des effets de droit. La prérogative d'autorité est inhérente au mode d'action juridique unilatéral qui caractérise l'administration, et elle se manifeste donc chaque fois que l'administration prend une véritable décision⁵⁵. Pour les personnes de droit pri-

⁵¹ Arrêts n° 26/92, du 2 avril 1992, et n° 110/98, du 4 novembre 1998.

⁵² Pour l'enseignement primaire et secondaire, l'adhésion formelle de l'étudiant au projet lui permet de prétendre à l'inscription, sans qu'une marge d'appréciation supplémentaire soit ouverte à l'établissement. Le candidat à un emploi n'est évidemment pas dans la même situation.

⁵³ Contrairement à la jurisprudence actuelle : C.E., n° 76 596, du 17 novembre 1998; n° 77445, du 8 décembre 1998.

⁵⁴ A moins de basculer vers une qualification globalement réglementaire, il faut en effet considérer que les dispositions internes régissant la présence au cours, les conditions d'inscription aux examens, les causes d'excuse, les modalités d'évaluation, les recours internes, etc., sont contractuelles.

⁵⁵ Il nous semble donc que le critère de l'*imperium* ne doit pas faire l'objet d'une justification particulière lorsqu'un recours est dirigé contre l'acte d'un organisme relevant manifestement du service public organique (v., pour une réflexion sur la portée de ce critère et les difficultés qu'il soulève, D. DELVAX, art. cité, A.P.T. 2001/3, p. 211 à 213). V. *supra*, note 37.

vé, au contraire, la prérogative d'autorité n'est présente qu'exceptionnellement et elle doit être identifiée de manière caractérisée; seuls les actes qui manifestent l'exercice de cette prérogative relèvent de la juridiction du Conseil d'Etat. Ce point de vue, conforté par l'arrêt *Meulenzys*⁵⁶, nous semble seul conciliable avec le sens même du critère de l'imperium⁵⁷. En matière d'enseignement, cette lecture est également confirmée par la jurisprudence qui consacre l'incompétence du Conseil d'Etat pour tout ce qui concerne les relations juridiques avec le personnel⁵⁸.

D. LIBRES RÉFLEXIONS SUR LE CONTENTIEUX CONSTITUTIONNEL ET ADMINISTRATIF

Le rapprochement des divers arrêts annotés met en évidence la complexité de l'aménagement des compétences des juridictions supérieures. C'est sous un double contrôle que le Conseil d'Etat détermine l'étendue de sa compétence : celui de la Cour de cassation et celui de la Cour d'arbitrage. Sans doute ces deux contrôles ne font-ils pas double emploi, mais la cohérence du système ne saute pas aux yeux, et on ne peut se défendre d'une impression de confusion.

La Cour de cassation se prononce ici en tant que juge des conflits d'attribution, conformément à l'article 158 de la Constitution. Son intervention marque la prééminence du judiciaire dans l'application des principes de répartition des attributions entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif. Faut-il le rappeler, la compétence du Conseil d'Etat n'est que subsidiaire à celle des Cours et tribunaux, et elle doit s'effacer dès que l'objet véritable du recours en annulation s'identifie à une action relevant du contentieux subjectif. L'article 33 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat permet de déférer à la censure de la Cour de cassation soit les décisions par lesquelles le Conseil d'Etat se déclare incompétent «*par le motif que la connaissance (de l'affaire) rentre dans les attributions des autorités judiciaires*», soit les décisions par lesquelles il «*rejette un déclinatoire fondé sur le motif que la demande relève des attributions de ces autorités*».

La Cour de cassation n'a donc pas pour mission de définir de manière générale les limites de la compétence du Conseil d'Etat; le pourvoi ne peut être formé que dans la mesure où l'ampleur que le Conseil d'Etat donne à sa

propre compétence met en cause la répartition des attributions avec le pouvoir judiciaire⁵⁹.

La jurisprudence de ces dernières années montre toutefois que la Cour de cassation a censuré à plusieurs reprises l'interprétation intrinsèque donnée par le Conseil d'Etat à la notion d'autorité administrative⁶⁰, dans des cas où le «conflit d'attributions» n'apparaissait pas à l'évidence. Inversant curieusement le principe de la subsidiarité, on a raisonné comme si la notion d'autorité administrative dessinait, en creux, les contours de la compétence du pouvoir judiciaire : toute décision par laquelle le Conseil d'Etat reconnaît ou dénie à une institution déterminée la qualité d'autorité administrative est traitée comme si elle avait pour effet de soustraire ou renvoyer au pouvoir judiciaire le contentieux concernant les actes de cette institution⁶¹. Or, malgré l'attribution d'une compétence exclusive au Conseil d'Etat pour la suspension des actes administratifs, les lignes directrices du partage des attributions n'ont pas été modifiées⁶².

On peut dès lors s'interroger sur la pertinence de l'intervention de la Cour de cassation pour censurer l'interprétation donnée à la notion d'autorité administrative. En rigueur de termes, la qualification d'autorité administrative n'influence pas la répartition des attributions entre le pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat. L'acte d'une autorité administrative entre dans le champ d'un contentieux objectif de l'annulation et de la suspension, qui, sauf cas particuliers⁶³, est sans équivalent pour les institutions privées. Mais l'autorité administrative n'est nullement soustraite à la juridiction des Cours et tribunaux pour ce qui concerne le contentieux des droits subjectifs.

Que les institutions d'enseignement libre soient ou non considérées comme des autorités administratives, elles continuent de relever des Cours et tribunaux dès lors qu'une action a pour objet la reconnaissance des droits subjectifs de leurs étudiants⁶⁴ comme ceux des membres de leur personnel⁶⁵. Aucun conflit d'attributions n'est envisageable sur ce plan. Au risque de l'impertinence, nous nous demandons dès lors à quel titre la Cour de cas-

⁵⁹ M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruylant, 1996, p. 760 et s.; Nouvelles, Droit administratif, VI, *Le Conseil d'Etat*, Larcier, 1975, n° 2201; H. VELGE, *La loi du 23 décembre 1946 instituant un Conseil d'Etat en Belgique*, Bruylant, 1947, p. 206 à 214.

⁶⁰ V. les arrêts cités à la note 36, ainsi que les arrêts annotés.

⁶¹ Pareil constat se vérifie à l'évidence dans la pratique contentieuse – encore que des nuances doivent y être apportées, par exemple au vu du développement de la jurisprudence en matière de marchés publics. Mais, en droit, comme nous le rappellerons plus loin, il est faux.

⁶² M. LEROY, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 71 et s.; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 355 et s.

⁶³ Comme, par exemple, lorsque le législateur organise une action en nullité des décisions des assemblées générales de sociétés commerciales.

⁶⁴ V. not. Brux., 14 janvier 1993, *J.D.J.*, 1994, p. 29, obs. J. SAMBON; Brux., 24 novembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 414; Liège, 16 avril 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1654., et, en doctrine, J. SAMBON, «Le droit à l'enseignement», *Rev. dr. comm.*, 1996, p. 259.

⁶⁵ V. par exemple, pour une question de délimitation entre contentieux objectif et subjectif en matière d'enseignement officiel, l'arrêt n° 87 008, du 3 mai 2002, relatif à une retenue de traitement.

⁵⁶ Après avoir défini la notion d'autorité administrative, la Cour précise que «*Les actes posés par ces institutions peuvent faire l'objet d'un recours en annulation lorsque ces institutions exercent une parcelle de la puissance publique*» (traduction libre).

⁵⁷ Si l'on doit considérer que l'existence de prérogatives de puissance publique «contamine» en quelque sorte toutes les décisions de l'institution, ou même toutes celles qui ressortissent de sa mission d'intérêt général, on risque d'aboutir à qualifier d'acte administratif unilatéral des décisions qui sont identiques à tous égards à celles que n'importe quel organisme ou entreprise privée peut adopter.

⁵⁸ V. aussi, à propos de la passation d'un marché public, C.E., n° 101 224, du 28 novembre 2001, constatant l'incompétence à l'égard de l'U.L.B.



sation est habilitée à se prononcer sur la qualification d'autorité administrative.

Elaborée par le Conseil d'Etat et revue par la Cour de cassation, l'interprétation de la notion d'autorité administrative est par ailleurs soumise au contrôle de la Cour d'arbitrage. Qu'elle soit saisie directement par la Haute juridiction administrative, ou ultérieurement dans le cadre du pourvoi en cassation, la Cour d'arbitrage est amenée à passer au crible du principe d'égalité (et, aujourd'hui, de l'ensemble des libertés) la manière dont il faut entendre ce concept décisif du contentieux administratif.

Conformément à la méthode de l'interprétation conciliatrice⁶⁶, la Cour indique, dans l'arrêt annoté, quelle est l'interprétation de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat qui, à son estime, est de nature à rencontrer les exigences constitutionnelles de la non discrimination. Elle n'a d'ailleurs pas eu à forcer la note, puisqu'elle a constaté que les commissions dont les décisions étaient en cause répondaient à deux des critères traditionnels d'identification de l'autorité administrative : la création à l'initiative des pouvoirs publics et la faculté d'adopter des actes obligatoires pour les tiers.

Comme chacun sait, l'enseignement est un domaine où le principe d'égalité est d'une application d'autant plus délicate qu'il y joue un rôle central. La révision constitutionnelle de 1988 n'a consacré la communautarisation de la matière que moyennant l'insertion dans l'article 24 de garanties expresses quant à l'égalité de traitement entre les réseaux, et, au-delà des réseaux, entre les institutions d'enseignement, entre les élèves et étudiants, et entre les membres du personnel⁶⁷. Il était donc parfaitement prévisible que la Cour soit amenée à se prononcer sur la compatibilité avec le nouvel article 24 des différences inhérentes à la nature juridique des institutions des réseaux libre et officiel, notamment dans le domaine de la protection juridictionnelle.

Pourtant, au-delà de la matière de l'enseignement, la jurisprudence de la Cour d'arbitrage quant à la délimitation des compétences du Conseil d'Etat inspire quelque malaise quant à la lisibilité de ses justifications.

Tantôt, en effet, la Cour souligne que les justiciables qui ont uniquement accès aux cours et tribunaux bénéficient d'une protection sensiblement équivalente à celle qui résulterait du recours en annulation et en suspension devant le Conseil d'Etat⁶⁸. Tantôt, elle considère au contraire que leur situation est moins favorable.

Lorsque la seconde branche de l'alternative est admise, la Cour conclut parfois que la distinction de traitement ainsi établie provient directement d'un choix du constituant, de sorte qu'elle n'a pas à en vérifier la validité au regard des articles 10 et 11⁶⁹. Dans d'autres cas, elle estime que la distinction de traitement est justifiée par des motifs adéquats et proportionnés... qui peuvent résulter, eux aussi, de l'organisation intrinsèque d'une matière par le constituant⁷⁰. Ou encore, comme dans l'arrêt ici annoté, elle indique quelle interprétation il convient de privilégier pour éviter de créer une discrimination⁷¹.

Certes, ces considérations s'inscrivent chaque fois dans des contextes particuliers et trouvent des justifications propres. Leur rapprochement donne cependant l'impression que la Cour n'a pas clairement arrêté sa position de principe : la délimitation de la compétence respective des cours et tribunaux et du Conseil d'Etat doit-elle répondre avant tout à une logique (contrôlable) de traitement égal des justiciables, ou bien traduit-elle un choix constitutionnel (non contestable) quant à la structure du contentieux administratif?

Nous pensons que cette complexité s'éclaire si l'on prend soin de distinguer deux questions.

Lorsque certaines personnes ont accès à la juridiction du Conseil d'Etat tandis que cet accès est dénié à d'autres, la différence de traitement ainsi établie peut être liée à la difficile distinction entre contentieux objectif et contentieux des droits subjectifs. Dans ce cas, elle résulte du partage constitutionnel des attributions entre ordre judiciaire et Conseil d'Etat. Sous peine d'hypertrophier la fonction du principe d'égalité dans le raisonnement juridique, on doit considérer que la Cour d'arbitrage n'a, à cet égard, aucune compétence pour opérer un contrôle de validité, fût-ce par la voie d'une interprétation conciliatrice. Il appartient en revanche à la Cour de cassation de trancher d'éventuels conflits d'attributions, en tenant compte de l'ensemble des dispositions constitutionnelles en ce compris le principe d'égalité.

Dans d'autres cas, la différence de traitement entre les deux catégories de personnes est liée simplement à la définition légale de la compétence du Conseil d'Etat, par exemple aux contours de la notion d'autorité administrative. C'est alors à la Cour d'arbitrage qu'il revient de dire si cette notion légale, dans une interprétation déterminée, est ou non entachée d'une discrimination. La Cour de cassation, par contre, est à notre avis sans compétence pour se prononcer sur ce point, qui ne concerne pas un conflit d'attributions.

⁶⁶ V. B. LOMBAERT, « Les techniques d'arrêt de la Cour d'arbitrage », *Rev. b. dr. const.*, 1996, p. 325 et s. Pour familière qu'elle nous soit devenue, cette méthode doit être utilisée avec prudence. L'interprétation d'une disposition légale ne peut être dictée par le résultat recherché (éviter de créer une discrimination) que dans les limites où son sens intrinsèque et son contexte le permettent raisonnablement.

⁶⁷ V. J. DE GROOF, *La révision constitutionnelle de 1988 et l'enseignement*, Story, 1990.

⁶⁸ V. par exemple l'arrêt n° 109/2001, point B.8.2.

⁶⁹ V. par exemple l'arrêt n° 34/2000, point B.10.

⁷⁰ Par exemple, comme dans les arrêts précités relatifs au personnel de l'enseignement, la différence de nature juridique entre les pouvoirs organisateurs de l'enseignement libre et de l'enseignement officiel.

⁷¹ Un autre exemple célèbre est celui de l'expropriation pour cause d'utilité publique, où la Cour d'arbitrage a amené le Conseil d'Etat à s'estimer compétent pour connaître du recours des expropriés et des tiers intéressés jusqu'à l'introduction de la procédure judiciaire.



Certes, les deux ordres de préoccupations ne sont pas sans rapport : la qualification d'autorité administrative influence la qualification des actes et peut donc amener à baptiser règlement ou acte détachable ce qui, ailleurs, s'appellerait contrat ou décision de contracter. La subtilité des nuances ne doit cependant pas faire perdre de vue les lignes directrices. A la Cour de cassation, le contrôle de la ligne de partage entre contentieux objectif et contentieux des droits subjectifs. A la Cour d'arbitrage, le

contrôle de l'étendue du contentieux objectif au regard de la protection des libertés et de la non discrimination.

Voilà des conclusions bien péremptoires... Elles n'ont d'autre ambition que de suggérer une lecture plus claire du rôle de nos trois juridictions supérieures. Puissent-elles aider les professeurs qui doivent initier les jeunes générations aux charmes toujours renouvelés du contentieux administratif!