

Les maîtres contractuels des établissements privés d'enseignement sous contrat à la recherche de leur juge

par Jean NGAFAOUNAIN

Docteur en droit

1. La récente modification avortée de la loi Falloux a mis au devant de la scène le climat passionnel qui entoure dans l'Hexagone toutes les questions touchant à l'enseignement privé (1). La manifestation du 16 janvier dernier en faveur de l'école publique rappelle ostensiblement celle de 1984 en faveur de l'enseignement privé. Au delà de toute polémique, ces manifestations témoignent de l'attachement de la France entière à la coexistence des deux écoles.

Le mérite du débat dont la grande presse s'est fait écho est d'attirer l'attention sur l'un des principaux acteurs de l'enseignement privé, le maître contractuel. Son sort n'était, certes, pas en discussion mais il aurait beaucoup à dire ; surtout sur la détermination du juge compétent pour trancher les litiges nés entre lui et l'établissement dans lequel il enseigne.

Volontairement, nous laisserons de côté la situation des maîtres agréés en raison des particularités de leur statut. En revanche, nous traiterons indifféremment de la situation des maîtres exerçant leurs fonctions aussi

bien dans les écoles privées liées à l'État par contrat d'association que de ceux des établissements privés d'enseignement agricole sous contrat. La philosophie et l'économie de ces textes sont très proches et autorisent un tel traitement.

2. La détermination de la juridiction compétente pour trancher les litiges nés entre les maîtres contractuels et les établissements privés d'enseignement sous contrat dans lesquels ils enseignent divise profondément les juges du fond et la Cour de cassation. En substance, les juges du fond, estimant que le maître est lié à l'État par un contrat de droit public, renvoient à la compétence administrative. Leurs décisions se retrouvent systématiquement censurées par la Cour de cassation qui conclut à la compétence de l'ordre judiciaire (2) ; d'où la vitalité du débat (3).

Il suffit de signaler qu'en moins de deux ans l'assemblée plénière de la Cour de cassation a dû se prononcer à deux reprises sur cette question pour illustrer l'ampleur de la division (4) et donner la mesure des angoisses du

(1) Exemple : l'épiscopat, pourtant concerné au premier chef par cette modification, a émis des réserves sur la « manière » de son adoption : cf. l'interview de Mgr DECOURTRAY rapportée par *Le Monde* du 22 déc. 1993 ; ajouter les réserves du doyen G. VEDEL, *Le monde de l'éducation* du 20 déc. 1993.

(2) Soc. 11 juin 1992, *Bull.* n° 390 ; 5 février 1992, *Bull.* n° 75 ; 26 juin 1991, *Bull.* n° 330 ; 29 mai 1990, *Bull.* n° 249 ; 9 mai 1990, *Bull.* n° 207 ; 14 juin 1989, *Bull.* 445 ; 17 oct. 1983, *Bull.* n° 498 ; 29 nov. 1979 (2 espèces), *JCP* 1980, éd. G. II. 19346, obs. Y. SAINT-JOUR ; 18 janv. 1978, *Bull.* n° 44 ; 24 juil. 1974, *Bull.* n° 444 ; CE sect., 26 mars 1993, PAMPA-LONI, *Éditions Techniques*, Dr. administratif, avril 1993, n° 162, observ. M. P. ; *Rev. Fr. Dr. Adm.*, nov.-déc. 1993, p. 1124, concl. M. POCHARD.

(3) J. SAVATIER, « L'application du droit du travail dans les rap-

ports entre les maîtres contractuels et les établissements privés d'enseignement sous contrat d'association » *Dr. social*, 1992, pp. 439-445 ; R. PIEROT, « Le statut des maîtres de l'enseignement privé sous contrat », *Dr. social*, 1985, pp. 842-849 ; ajouter G. RENAUD, « Les non-titulaires en quête de juge », *Dr. social*, 1987, pp. 131-136 ; F. HAMON, « Les contractuels, de quel droit ? Réflexion sur la situation des agents contractuels du secteur public », *Dr. social*, 1989, p. 815 ; J.-P. LASSALE, « La situation du personnel des établissements d'enseignement privés sous contrat », *D.* 1964, Chron. pp. 1-8.

(4) Ass. plén., 20 déc. 1991, *Bull. Civ.*, Ass. plén., n° 7, p. 13 ; *Dr. social*, 1992, p. 444 précédé d'une étude de M. J. SAVATIER ; 5 nov. 1993, *Bull. Inf. Cour cass.* 1993, n° 378, p. 1 ; Concl. premier avocat général M. JEOL, extraits rapport J.-F. BURGELIN ; *JCP* 1993, éd. G., n° 22180, mêmes concl. premier av. gén. M. JEOL, note Y. SAINT-JOUR ; *RJS*, 1993.725 ; 1993, IR. 261.

pauvre maître contractuel (5) qui ne comprend pas forcément les subtilités jurisprudentielles liées au dualisme juridictionnel (6).

3. Loin de résoudre le problème, les arrêts de l'assemblée plénière des 20 décembre 1991 et 5 novembre 1993 relancent le débat. Leur motivation laisse perplexe.

« Attendu que les différends qui peuvent s'élever, à l'occasion de la relation de travail, entre un maître et l'établissement d'enseignement privé lié par contrat d'association où il exerce ses fonctions relèvent de la compétence du conseil de prud'hommes » (7) ; ou,

« attendu que les conseils de prud'hommes ont compétence pour connaître de différends opposant, à l'occasion de la relation de travail, un établissement privé d'enseignement agricole lié par contrat à l'État à un professeur qui y exerce ses fonctions ; qu'il s'ensuit que les conflits individuels du travail intéressant cet enseignant relèvent pour partie de la compétence de ces juridictions » (8).

Le lien ainsi établi entre la « relation de travail » et la compétence prud'homale surprend, eu égard aux critères habituels de détermination de la compétence de cette juridiction définis dans le Code du travail (I). Mais à la réflexion, l'activité de l'enseignant au sein de l'établissement privé d'enseignement sous contrat s'inscrit dans un cadre plus vaste incluant le contrat entre l'école et l'État, et celui intervenu entre ce dernier et l'enseignant. Aussi bien l'analyse sera étendue à ces contrats pour en déterminer les éventuelles implications sur l'attribution de la compétence juridictionnelle (II).

I. — RELATION DE TRAVAIL ET COMPÉTENCE PRUD'HOMALE

4. Le problème fondamental de cette jurisprudence demeure sa justification.

Le Code du travail dispose, en effet, que « les conseils de prud'hommes, juridictions électives et paritaires, règlent par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient » (art. L. 511-1 al. 1^{er}).

Le dernier alinéa du même article élargit cette compétence en ces termes : « les personnels des services publics, lorsqu'ils sont employés dans les conditions du droit privé relèvent de la compétence des conseils de prud'hommes ».

Mais le cinquième alinéa de cet article précise que les conseils de prud'hommes ne « ... peuvent connaître les litiges dont la connaissance est attribuée à une autre juridiction par la loi... ».

5. La question est donc de savoir comment concilier la jurisprudence de la Cour de cassation à ces textes extrêmement clairs (9).

Plusieurs explications ont été proposées. Mais aucune n'est en mesure de faire le lien de façon satisfaisante entre l'exigence légale et la jurisprudence. Aussi bien faudra-t-il se rendre à l'évidence : en l'absence de tout contrat de travail entre l'établissement privé d'enseignement sous contrat et l'enseignant qui y exerce ses fonctions, la jurisprudence qui prend leur « relation de travail » comme fondement de la compétence prud'homale pour connaître leurs différends nous paraît nécessairement critiquable ! L'exposé comprendra donc deux axes : le rejet des explications proposées (A) et la démonstration de l'inexistence d'un contrat de travail entre le maître et l'école (B).

A — REJET DES EXPLICATIONS PROPOSÉES

1. Le caractère propre de l'école

6. Dans certains arrêts, la Cour de cassation semble justifier sa jurisprudence par le caractère propre de l'école reconnu par le législateur (10).

La loi prévoit en effet que « dans les établissements privés qui ont passé un des contrats prévus ci-dessous, l'enseignement placé sous le régime des contrats 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 » (11). Mais cette disposition nous paraît traduire plus la volonté du législateur de tenir compte de ce double impératif : préserver le caractère religieux de l'école en lui ménageant la liberté de donner les enseignements religieux (12), d'une part ; et de l'autre, garantir, en application du principe général visé à l'article 1^{er} alinéa 1^{er} (assurer l'enseignement dans un égal respect de toutes les croyances), la liberté de conscience des élèves qui

(5) Sur la part du droit dans l'angoisse contemporaine, v. J. CARBONNIER, *Flexible droit : textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 5^e éd., LGDJ, 1985, pp. 153 s.

(6) Sur cette subtilité, v. G. DUPUIS, introduction au colloque organisé par le Centre d'Études et de recherches sur l'Administration publique portant sur « Le contrôle juridictionnel de l'Administration : bilan critique », les 11 et 12 déc. 1990, au Sénat, *Economica*, 1991, spéc. p. 9.

(7) Ass. plén. 20 décembre 1991.

(8) Ass. plén. 5 novembre 1993.

(9) Ces exigences légales ne souffrent d'ailleurs d'aucune contestation. Cf. B. BOUBLI, *Conseils de prud'hommes*, J. Cl. travail, fasc. 81-20, 1989, n° 4 s. ; R. PAUTRAT, *Conseil de prud'hommes (compétence)*, encycl. Dalloz, travail, 1988, n° 9

s. ; G.H. CAMERLYNCK, « Droit du travail », *Les juridictions du travail*, t. 9 par A. SUPLOT, Dalloz, 1987, pp. 242 et s. ; R. PERROT, « Institutions judiciaires », 4^e éd. Montchrestien, 1992, n° 129 s. p. 121 s. ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 22^e éd. Précis Dalloz 1991, p. 179, n° 190 ; G. COUCHEZ, *Procédure civile*, 6^e éd. Sirey, 1990, n° 71 s. ; p. 49 s. ; adde Soc., 17 juin 1982, *Bull.* n° 408, p. 303 ; 9 fév. 1956, *Bull.* n° 139.

(10) Dans ce sens, Soc. 10 oct. 1990, *Bull.* n° 454 ; Soc. 10 déc. 1987, *Bull.* n° 724 ; Soc. 5 juin 1985, *Gaz. Pal.*, 1985, 2. pan. p. 344 et tab. trien. 1983-1985, p. 1032, n° 57.

(11) Article 1^{er} al. 4, de la loi n° 59-1557 du 31 déc. 1959, *JO* du 3 janv. 1960, p. 66.

(12) Ce qui est d'ailleurs confirmé par l'article 4 dernier alinéa qui dispose que « les établissements organisent librement toutes les activités extérieures au secteur sous contrat ».

y sont inscrits (13) (14). Elle n'exprime pas, à notre avis, une quelconque attribution de compétence à l'ordre judiciaire (15).

2. Le fonctionnement réel du système

7. Selon cette thèse, la Cour de cassation ne tirerait que la conséquence du fonctionnement réel du système qui laisse une importante place à l'initiative du chef de l'établissement privé. C'est, sans doute, cette idée que la haute juridiction exprime dans certains de ses arrêts lorsqu'elle considère que « l'acte dit "contrat de rémunération et de classement" pris par le recteur ne fait que tirer les conséquences de la décision du chef d'établissement » (16), ou, ce qui revient au même, « l'autorité académique ne fait que tirer les conséquences de la décision du chef d'établissement réduisant le nombre des heures de cours » (17).

8. Quelle que soit la part de l'initiative laissée au chef de l'établissement privé sous contrat, elle ne saurait effacer la place déterminante de l'Administration, partie au contrat d'enseignement conclu avec l'enseignant ; d'autant que le législateur prend soin de préciser que les conditions de fonctionnement des écoles privées et publiques seront égales (18). Aussi bien est-ce avec raison que M. Jeol observe qu'il ne peut résulter de cette initiative du chef d'établissement « une mise à l'écart d'une autorité administrative à laquelle la loi de 1959 et ses règlements d'application ont confié la responsabilité d'assumer les actes essentiels concernant le maître, du commencement à la fin du « contrat d'enseignement », et cela en respectant des procédures qui l'obligent à prendre des initiatives, à saisir des commissions, à mettre en œuvre des garanties, à ménager, voire à aménager, dans sa durée la "carrière" de l'intéressé... » (19) (20).

3. La thèse contractuelle

9. Pour M. Savatier, cette jurisprudence ne peut avoir que deux explications.

« La première se trouverait dans une extension de l'article L. 511-1 aux différends nés à l'occasion d'une relation de travail qui n'aurait pas sa source dans un contrat de travail entre les parties au litige ».

La deuxième résiderait « dans l'admission d'un contrat de travail de droit privé liant le maître à l'établissement (...). L'hypothèse d'un double contrat paraît plus soutenable pour les maîtres contractuels des établissements sous contrat d'association (...). Le contrat de travail de droit privé serait conclu sous la condition de la nomination du maître par l'autorité académique » (21).

10. L'idée d'un double contrat est séduisante puisqu'elle permet de concilier la jurisprudence de la Cour de cassation à l'exigence légale liant la compétence prud'homale à l'existence d'un contrat de travail. Elle s'appuie d'ailleurs sur plusieurs arrêts de la Cour de cassation qui affirment l'existence d'un contrat de travail entre le maître et l'école (22). Encore faut-il que ce contrat existe effectivement ; ce qui est loin d'être le cas (23).

B — L'INEXISTENCE D'UN CONTRAT DE TRAVAIL ENTRE LE MAÎTRE ET L'ÉCOLE

11. « Le contrat de travail est une convention par laquelle une personne s'engage à accomplir des actes matériels, généralement de nature professionnelle, au profit d'une autre personne de manière à travailler sous la direction de celle-ci, moyennant une rémunération appelée salaire » (24). Du point de vue de sa validité, ce contrat ne présente aucune particularité. C'est un contrat consensuel. À ce titre, l'écrit n'est donc pas obligatoire (25) : le contrat de travail est suffisamment caractérisé dès l'instant que l'examen des faits révèle l'existence d'une prestation de travail, d'une rémunération et d'un lien de subordination (26). La « relation de travail » entre le maître et l'établissement privé d'enseignement sous contrat doit être examinée au regard de ces trois éléments pour savoir si celle-ci se résout en un contrat de travail.

(13) Le problème de la liberté de culte, d'opinion, de croyance et de l'enseignement religieux est très présent dans le texte. L'article premier y fait abondamment référence.

(14) Il a été jugé par exemple que le respect du caractère propre ne doit pas porter atteinte à la liberté de conscience des maîtres : CE 23 juillet 1993, ministre des Affaires sociales et de l'Emploi c./institution privée mixte de Monistrol-sur-Loire, AJDA 1993.728, concl. M. POCHARD.

(15) V. sur ce point, les critiques de M. JEOL, conclusions préc., Bull. Inf. Cour cass. préc., spéc., p. 5.

(16) Cf. Ass. plén., 20 décembre 1991.

(17) Cf. Soc. 11 juin 1992, Bull. n° 390, p. 243.

(18) Décret n° 60-390 du 22 avril 1960, art. 1^{er} nouvelle rédaction issue de l'art. 9 du décret n° 85-728 du 12 juil. 1985, JO du 18 juil. 1985, p. 8110. Pour l'enseignement agricole, voir l'article 4 du contrat proposé aux établissements (JO du 15 sept. 1988, pp. 11763 s.).

(19) Concl. préc., Bull. Inf. Cour cass. préc., p. 6 ; dans le même sens, V. M. POCHARD, concl. sur CE, Sect. 26 mars 1993, PAMPALONI, préc. spéc. p. 1128.

(20) Nous reviendrons sur cette question plus loin lorsque nous étudierons les incidences des contrats préalables sur le rapport du maître avec l'école.

(21) J. SAVATIER, « L'application du droit du travail... », op. cit., spéc. p. 441.

(22) Exemples Crim. 6 mai 1986, Gaz. Pal., tab. trien., 1986-1988, p. 1101, n° 55 ; Soc. 10 mai 1983, Bull. n° 182, Gaz. Pal. 1983.2 Pan.283 et tab. trien. 1983-1985, p. 1032, n° 56 ; Civ. I, 4 déc. 1979, Bull. n° 248 ; Gaz. Pal. 1980.1 Pan.289.

(23) Le commissaire du gouvernement M. POCHARD observe dans ses conclusions sur CE Sect. 26 mars 1993, PAMPALONI, qu'une telle solution serait « totalement invivable ».

(24) M. PLANIOL et G. RIPERT, « Traité pratique de droit civil français », t. 11, par A. ROUAST, LGDJ 1954, n° 767.

(25) Il existe, cependant, des cas dans lesquels l'écrit est exigé : exemples l'embauche d'un avocat salarié (art. 137, 139 et 140, déc. du 27 nov. 1991), le contrat de qualification (art. L. 981-1 Code trav.), le contrat de retour à l'emploi (art. L. 322-4-3, Code trav.)... Ajouter, par ailleurs, la directive communautaire n° 91-533 du 14 oct. 1991 qui impose la rédaction d'un écrit pour faciliter l'information du salarié sur son contrat de travail. Sur cette question, voir VERICEL, « Le formalisme dans le contrat de travail », Dr. social. 1993.818.

(26) M. PLANIOL et G. RIPERT, op. cit., idem ; P. FIESCHI-VIVET, Contrat de travail (existence et formation), encycl. Dalloz travail, 1993, n° 30 s. ; R. VATINET, Contrat individuel de travail, conclusion, J. Cl. travail, fasc. 2-20, 1989, n° 46 s., spéc. 63.

Mais l'analyse révélera que s'il existe bien une prestation de travail de l'enseignant, aucune obligation de verser en retour un salaire à ce dernier ne pèse sur l'école, et que la subordination du maître au chef d'établissement reste extrêmement douteuse.

1. Une réelle prestation de travail

12. Cet élément ne pose aucun problème dans le cas qui nous intéresse. La prestation doit être, on le sait, volontaire et personnelle (27). En l'occurrence, le maître contractuel exerce bien personnellement et volontairement ses fonctions dans l'école. Mais on ne pourrait en dire autant du second élément du contrat de travail, la rémunération due par l'employeur.

2. Une absence de salaire à la charge de l'école

13. En contrepartie de la prestation du travail, l'employeur doit verser à son cocontractant, le salarié, un salaire (28). Sans cette prestation il n'y a pas de contrat de travail.

Force est, cependant, de constater que cet élément fait défaut dans le rapport du maître avec l'école ; et pour cause ! Le maître contractuel est rémunéré par l'État ce dont personne ne discute. Ici comme ailleurs, le législateur a égalisé la situation du maître contractuel avec celle de l'enseignant du public (29). À ce titre, l'État supporte non seulement la rémunération du maître mais aussi les charges légalement obligatoires pour l'employeur. Ainsi en a récemment jugé le Conseil d'État (30).

L'absence d'une telle obligation à la charge de l'école, pourtant bénéficiaire de la prestation du maître, jette déjà le doute sur l'existence d'un contrat de travail entre les deux protagonistes. En effet, le contrat de travail est un contrat à titre onéreux (31), c'est-à-dire faisant

naître une obligation sur la tête de chaque partie. Ce caractère se justifierait difficilement en l'absence de cette obligation de l'école à verser au maître un salaire. À moins de considérer que l'État rémunère le maître pour le compte de l'école. Or cette idée ne nous paraît pas soutenable dans la mesure, où, comme nous le verrons plus loin, en rémunérant le maître, l'État exécute sa propre obligation envers celui-ci.

Il faut malgré tout se garder de conclusions hâtives, et aller jusqu'au bout de l'analyse en examinant le dernier élément caractéristique du contrat de travail, le lien de subordination.

3. Un lien de subordination douteux

14. Pour qu'il y ait contrat de travail, le salarié doit travailler sous la subordination de l'employeur (32) (33). Cela s'entend que l'employeur détient sur le salarié un pouvoir de direction et de contrôle sur l'exécution du travail (34).

Existe-t-il dans « la relation de travail » qui nous intéresse une telle subordination ? C'est ce que la Cour de cassation affirme pour justifier sa jurisprudence : le professeur exerçant dans un établissement privé d'enseignement agricole sous contrat, « se trouve placé sous la subordination et l'autorité du chef d'établissement qui le dirige et le contrôle... » (35).

15. Le pouvoir de direction permet à l'employeur d'organiser l'exécution du travail dans l'espace et dans le temps. Dans ce sens, il donnera des ordres, des directives, des consignes ou des instructions au travailleur (36). Appliquer au cas qui nous intéresse, cela signifie que le chef d'établissement donnera au maître contractuel un programme, un emploi du temps, un horaire de travail... auxquels celui-ci devra se conformer (37).

(27) A. BRUN et H. GALLAND, *Droit du travail*, tome 1, Les rapports individuels de travail, 2^e éd. Sirey, 1978, pp. 288 et suiv. n° 282 et suiv. ; G. COUTURIER, *Droit du travail*, tome 1, Les relations individuelles de travail, 2^e éd. PUF, 1993, coll. *Droit fondamental*, pp. 93 et suiv. n° 44 et pp. 395 et suiv. ; P. FIESCHI-VIVET, *op. cit.* n° 41 et suiv. ; A. MAZEAUD, *Contrat de travail (exécution)*, encycl. *Dalloz travail*, 1993, n° 26 et suiv.

(28) A. BRUN et H. GALLAND, *Droit du travail*, *op. cit.* pp. 298 s. ; n° 291 s. ; G. COUTURIER, *Droit du travail*, *op. cit.* pp. 465 s. ; J.-C. JAVILLIER, *Manuel de droit du travail*, 4^e éd. LGDJ, n° 18.

(29) « Les règles générales qui déterminent les conditions de service et de cessation d'activité des maîtres titulaires de l'enseignement public, ainsi que les mesures sociales et les possibilités de formation dont ils bénéficient, sont applicables également et simultanément aux maîtres justifiant du même niveau de formation, habilité par agrément ou par contrat », (art. 15 de la loi n° 59-1557 du 31 déc. 1959 ajouté par la loi Guemur du 27 nov. 1977) ; ajouter l'article 39 du décret 89-406 du 20 juin 1989, JO du 22 juin 1989, p. 7748, pour l'enseignement agricole.

(30) CE, Sect. 15 mai 1992, OGE, Rapport public du Conseil d'État pour 1992, pp. 172 s. ; *Rev. Fr. Dr. Adm.*, nov.-déc. 1993, pp. 1116-1124, concl. M. POCHARD. *Comp. Soc.*, 9 mai 1984, *Gaz. Pal.* 1984.2.Pan., p. 312, et tab. *trien.*, 1983-1985, p. 1032, n° 55.

(31) P. FIESCHI-VIVET, *op. cit.*, 1993, n° 41 ; B. BOUBLI, *op. cit.* n° 6 s. ; G. LYON-CAEN et J. PELISSIER, *Droit du travail*,

Précis Dalloz, 16^e éd. 1992, pp. 148 s., n° 166 ; J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, PUF, 1984, pp. 78 s.

(32) P. FIESCHI-VIVET, *op. cit.*, n° 46 s. ; A. BRUN et H. GALLAND, *Droit du travail*, *op. cit.*, pp. 341 et s., n° 324 et s. ; S. HENNION-MOREAU, *Droit du travail*, MASSON, 1988, Coll. « Expertise comptable », pp. 89 s. ; G. COUTURIER, *Droit du travail*, *op. cit.*, pp. 93 s., n° 44 s. et 77 p. 151 ; J.-C. JAVILLIER, *Manuel de droit du travail*, 4^e éd., LGDJ, 1992, n° 18.

(33) Soc. 11 octobre 1961, *Bull.* n° 845, p. 670 (jurisprudence constante).

(34) Cf. Ch. Réunies, 21 mai 1965, *Dr. social*, 1965, p. 759 ; *Dr. social*, 1965, p. 512, note J. SAVATIER.

(35) Soc. 11 juin 1992, *Bull.* n° 390 ; 5 février 1992, *Bull.* n° 75 ; 29 mai 1990, *Bull.* n° 249 ; 14 juin 1989, *Bull.* n° 445 ; Soc. 29 nov., 1979, *JCP éd. G. II.* n° 19346, obs. Y. SAINT-JOUR (2^e espèce) ; Soc. 24 juil. 1974, *Bull.* n° 444 ; Soc. 27 mai 1968, *Bull.* n° 213.

(36) Cf. G. H. CAMERLYNCK, *Droit du travail*, ... t. 9, par A. SUPIOT, *op. cit.*, p. 248, n° 236.

(37) Cf. Soc. 27 mai 1968, *Bull.* n° 213 : dans cette espèce la Cour de cassation conclut à l'existence d'un contrat de travail entre le maître et l'école en se référant au fait que le travail était exécuté dans les locaux de l'école, suivant un horaire assigné, une matière déterminée, un programme fixe, etc.

C'est bien ainsi que les choses se présentent, certes. Mais cette apparence est trompeuse ; car si c'est bien le chef d'établissement que les donne, ce n'est pas du tout lui qui détermine les instructions. La loi dispose, en effet, que « les classes sous contrat d'association doivent respecter les programmes et les règles appliqués dans l'enseignement public en matière d'horaire, sauf dérogation accordée par le recteur en considération de l'intérêt présenté par une expérience pédagogique » (38) (39).

Ainsi, les programmes, l'emploi du temps et les horaires de l'établissement d'enseignement privé sous contrat d'association ne sont pas déterminés par le directeur de l'établissement mais par l'Administration. Le chef d'établissement est tenu de les répercuter purement et simplement dans son établissement, tout au moins dans les classes sous contrat. Et il le fait sous le contrôle de l'autorité administrative qui elle-même est soumise au contrôle du juge administratif ainsi que l'illustre cette décision. En l'espèce, une enseignante avait dirigé une requête contre l'acte du recteur réduisant le nombre d'heures de cours hebdomadaires qu'elle assurait dans un lycée privé sous contrat. Voici la réponse donnée à cette requête :

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier, et notamment du rapport adressé au recteur le 15 septembre 1986 par le proviseur du lycée privé Blanche-de-Castille, que la décision de ramener de vingt à six heures hebdomadaires le nombre d'heures de cours confiées à Mme Grand-Bois n'était motivée que par le souci d'assurer à plusieurs enseignants de l'établissement le nombre d'heures de cours minimum leur permettant de souscrire un contrat d'enseignement ; que ce motif ne saurait être regardé, à lui seul, comme conférant aux décisions en cause le caractère de mesures prises dans l'intérêt du service public d'enseignement qu'ainsi les arrêtés litigieux, qui n'étaient pas justifiés par les nécessités du service, sont entachés d'illégalité et doivent être annulés » (40).

Exercé dans ces conditions, le pouvoir de direction du chef de l'établissement privé sous contrat sur le maître contractuel nous paraît bien mince, sinon inexistant.

16. La même réserve peut d'ailleurs être exprimée sur son pouvoir de contrôle de l'exécution des instructions ainsi répercutées. Sur ce point il faut recourir à la loi Rocard et à son décret d'application (41) où les choses sont exprimées très clairement. L'article 4 al. 1^{er} *in fine* de la loi dispose que « le chef d'établissement détient l'autorité au sein de l'établissement. Il attribue aux enseignants une note administrative et il est associé au déroulement de leur carrière » (42).

Les modalités de l'exercice de cette autorité sont excellemment définies à l'article 10 du contrat signé par l'établissement :

« Le chef d'établissement est tenu d'exiger des enseignants contractuels l'intégralité du service correspondant à la rétribution qu'ils perçoivent sans dépasser le maximum exigible en application du décret relatif au contrat entre l'État et les enseignants.

En vue d'assurer la régularité du service dans les classes qui font l'objet du contrat, le chef d'établissement doit tenir un registre journalier des présences et des absences des enseignants rétribués par l'État, suivant les rubriques suivantes :

1) Absences pour maladies justifiées par la production d'un certificat médical et absences résultant de l'usage des droits qui leur sont reconnus ;

2) Absences non justifiées.

Le directeur régional de l'agriculture et de la forêt est avisé sans délai de ces absences par le chef d'établissement ».

Le chef d'établissement apparaît finalement comme le représentant de l'Administration au sein de son établissement. La loi lui donne, certes, une autorité dans l'école ; mais l'économie de cette autorité fait de lui un mandataire de l'État plus qu'un employeur. Tous les éléments du contrôle l'attestent : les notes qu'il attribue aux enseignants sont administratives et servent à leur avancement décidé par une autorité administrative ; il est « tenu » de contrôler la prestation et l'assiduité des enseignants et d'en rendre compte à l'autorité administrative compétente.

Ainsi, qu'il s'agisse de diriger ou de contrôler le maître contractuel, le chef d'établissement privé sous contrat apparaît plus comme un collaborateur de l'Administration qu'un véritable employeur. Certes, le lien de subordination est aujourd'hui conçu de manière très lâche (43). Mais en l'absence de ces pouvoirs la subordination du maître contractuel au directeur de l'école privée sous contrat dans laquelle il exerce ses fonctions nous paraît extrêmement incertaine. Tout au plus, peut-on suggérer que le directeur de l'école exerce une certaine autorité ou un certain contrôle sur le maître contractuel pour le compte de l'Administration (voir *infra*, 2^e partie).

17. En définitive, sur les trois éléments caractéristiques du contrat de travail analysés, seule l'existence de la prestation de travail fournie par le maître ne souffre d'aucune contestation. Quant aux autres, nous avons vu qu'aucune charge salariale ne pesait sur l'école ; pas plus que le maître n'est subordonné au directeur de l'école au sens où on l'entend habituellement. Dans ces conditions, il nous paraît téméraire de soutenir qu'il existe entre le maître et l'école un contrat de travail, ou, ce

(38) Art. 3 du décret n° 60-389, du 22 avril 1960 modifié par le décret n° 85-728, du 12 juil. 1985 (art. 3).

(39) Les mêmes dispositions existent dans les contrats-types proposés aux établissements privés d'enseignement agricoles, publiés au JO du 15 septembre 1988, pp. 11763 s. : « L'association ou l'organisme contractant s'engage à respecter les programmes nationaux et à préparer les élèves aux diplômes d'État de l'enseignement agricole » (art. 4 al. 1) ; et « à faire respecter par l'établissement la durée de l'année scolaire telle qu'elle est fixée dans l'enseignement agricole public » (art. 5).

(40) T.A. de Versailles, 19 déc. 1989, GRAND-BOIS, *Rec. Jur. T.A.C. adm. d'appel*, 1990, p. 298, n° 210. Cf. Soc. 11 juin 1992, *Bull.* n° 390, p. 243 qui juge que « l'autorité académique ne fait que tirer les conséquences de la décision du chef d'établissement réduisant le nombre des heures de cours » ; rapp. Ass. plén., 20 déc. 1991.

(41) Décret n° 89-406 du 20 juin 1989, JO du 22 juin 1989, p. 7748.

(42) Cette disposition est reprise à l'article 40 du décret d'application.

(43) Cf. H. GROUDEL, Le critère du contrat de travail, études offertes à G. H. CAMERLYNCK, 1978, pp. 49 s.

qui revient au même, que l'établissement privé d'enseignement est l'employeur du maître (44).

L'assemblée plénière s'en aperçoit qui fonde sa décision en la matière sur « la relation de travail » entre le maître et l'établissement privé d'enseignement sous contrat, contrairement à sa jurisprudence habituelle qui exclut la compétence prud'homale en l'absence d'un contrat de travail, conformément au Code (45).

18. On remarquera, au demeurant, que l'enseignant est recruté par l'Administration dans les mêmes conditions que ses collègues du public ; qu'il est confirmé dans ses fonctions par l'Administration après une inspection académique ; que seule l'Administration, encore elle, exerce la discipline et résilie le contrat du maître (46) ; qu'en outre, ce contrat devient caduc en cas de résiliation de celui qui lie l'État à l'école privée. On le voit, l'idée de l'existence d'un quelconque contrat de travail entre le maître et l'établissement d'enseignement privé, nous paraît très difficilement admissible tant les éléments relevés nous en éloignent, renvoyant par le retour du balancier aux contrats intervenus préalablement entre l'établissement privé d'enseignement et l'État, d'un côté, et entre ce dernier et l'enseignant, de l'autre. Aussi bien la recherche du juge des litiges nés dans la « relation de travail » entre le maître contractuel et l'école doit-elle être envisagée en rapport avec ces contrats.

II. — LES CONTRATS EN PRÉSENCE ET LA COMPÉTENCE ADMINISTRATIVE

19. L'analyse qui consiste à envisager la relation entre le maître et l'école sans l'inclure dans le cadre global comprenant les contrats en application desquels le maître arrive dans ladite école nous semble quelque peu en retrait de la réalité. La prise en compte de ces contrats projettera incontestablement un nouvel éclairage sur la « relation de travail » qui nous intéresse et permettra, pourquoi pas, de trancher la question en discussion. Nous examinerons d'abord les contrats préalables à la relation de travail entre le maître et l'école (A) avant d'envisager leurs incidences sur cette relation (B).

A — LES CONTRATS PRÉALABLES

L'exercice par le maître contractuel de ses fonctions dans un établissement privé d'enseignement sous contrat suppose deux contrats préalables : un contrat intervenu entre l'établissement et l'État, et un autre signé entre ce dernier et le maître. Leur analyse successive permettra de montrer qu'ils forment un ensemble.

1. Le contrat liant l'État à l'établissement

20. Les établissements privés d'enseignement qui le souhaitent peuvent conclure un contrat avec l'État. Il existe trois types de contrats mais nos développements se limiteront au contrat d'association à l'enseignement public régi par la loi Debré et au contrat signé par les établissements privés d'enseignement agricole régi par la loi Rocard (47).

Les contrats liant l'État et les établissements privés d'enseignement ont déjà fait l'objet d'abondantes publications ; aussi bien renverrons nous à ces études (48).

L'objet de ces contrats est de faire participer le signataire au service public d'éducation et de formation. C'est ce qui est clairement explicité aussi bien dans la loi Rocard (art. 1^{er}) que dans le contrat-type proposé à la signature des parties (49) en application de cette loi.

Ce contrat fait naître des obligations sur la tête de chacune des parties. Le financement des classes sous contrat est assuré par l'État. C'est à ce titre qu'il fournira les enseignants, lesquels peuvent être titulaires de l'enseignement public ou des contractuels embauchés à durée déterminée ou non. En retour, l'établissement signataire s'oblige à respecter les prescriptions contenues dans les lois régissant leurs rapports avec l'État (50). Exemples : respecter les programmes nationaux, respecter et faire respecter dans l'école les règles de discipline, etc.

Ils rassemblent tous les ingrédients d'un contrat de droit public : outre la participation au service public ouvertement proclamée par la loi, on soulignera la présence de l'État à ces contrats (51). C'est donc à juste

(44) Cf. Civ. I, 4 déc. 1979, *Bull.* n° 248, *Gaz. Pal.*, 1980.1, *Pan.* 137 et *tab. trien.* 1980-1982, 1002, n° 24 ; Soc. 9 mai 1990, *Bull.* n° 207, qui juge que « les maîtres contractuels... demeurent sous la subordination de l'établissement scolaire lequel est leur employeur » ; Crim. 6 mai 1986, *Gaz. Pal. tab. trien.*, 1986-1988.1101, n° 55 ; Soc. 10 mai 1983 *Bull.* n° 182, *Gaz. Pal.* 1983.2.283 et *tab. trien.* 1983-1985.1032, n° 56 ; Civ. I, 4 déc. 1979, *Bull.* n° 248 ; *Gaz. Pal.* 1980.1. *Pan.* 289.

(45) Cf. Soc. 9 fév. 1956, *Bull.* n° 139 ; 18 fév. 1960, *Bull.* n° 202 ; 3 mai 1974, *Bull.* n° 270.

(46) Cf. R. PIEROT, *Le statut des maîtres de l'enseignement privé sous contrat*, préc. spéc. p. 845.

(47) Loi n° 84-1285 du 31 déc. 1984, *JO* du 1^{er} janv. 1985, p. 7. Décret n° 88-922 du 14 sept. 1988, *JO* du 15 sept. 1988, p. 11757.

(48) J. SAVATIER, art. préc. ; R. PIEROT, art. préc. ; J.-P. LAS-
SALE, « La situation du personnel des établissements d'ensei-

gnement privés sous contrat », *D.* 1964, *Chron.* pp. 1-8 ; ADDE : J. CHEVALIER, « L'association au service public », *JCP* 1974, éd. G, I.2667 ; J. ROBERT, *La loi Debré* (3 décembre 1959) sur les rapports entre l'État et les établissements d'enseignement privés, *RD* 1962, pp. 235 s. ; M. GUILBAL, « Entreprises privées et pouvoirs publics », *cahiers de droit de l'entreprise*, 1986, n° 2, pp. 4-15.

(49) Ce contrat est d'ailleurs intitulé contrat-type de participation au service public d'éducation et de formation des établissements privés d'enseignement agricole... ; V. les formulaires publiés au *JO* du 15 septembre 1988, pp. 11763 et suiv.

(50) La loi Rocard donne en cinq points l'énumération des obligations de l'établissement signataire (art. 3).

(51) Cf. A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, tome 1, 2^e éd. *LGDJ*, 1983, p. 209, note 91 et p. 395, n° 333 ; ADDE M.H. SINKONDO, *La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration*, *RTD civ.* 1993.239.

titre que le juge administratif s'est reconnu compétent pour juger les recours contre le refus de l'Administration de les conclure (52).

2. Le contrat d'enseignement

21. Le contrat d'enseignement est celui qui est conclu entre le maître et l'Administration. Il est régi par le décret du 10 mars 1964 plusieurs fois modifié, pour les maîtres des écoles privées sous contrat d'association ou le décret du 20 juin 1989 pour les maîtres des établissements privés d'enseignement agricole (53).

La procédure de la conclusion du contrat est assez complexe aujourd'hui. Les candidats qui ont satisfait à un concours signent un contrat qui ne deviendra définitif qu'après l'attestation de leur qualification pédagogique par une inspection pédagogique (54). Toutefois, la signature du contrat et la nomination de l'enseignant à son poste n'interviendront qu'après l'accord du chef d'établissement. Cela ne signifie pas que le contrat réel est conclu avec le chef d'établissement sous la condition de la nomination du maître comme cela a été soutenu (55). L'accord préalable du chef d'établissement s'explique d'abord par l'association de l'établissement à l'action administrative. C'est la conséquence immédiate du contrat d'association liant l'établissement dont il est le chef à l'État (56). Il s'agit bien d'un contrat de droit public approuvé par décret en Conseil d'État (57).

L'objet de ce contrat est de confier à l'enseignant la charge des enseignements dans un établissement privé d'enseignement sous contrat ; lequel établissement est d'ailleurs nommément désigné dans l'acte (58).

Le maître s'engage donc à exercer ses fonctions dans l'établissement désigné dans son contrat. En retour, il est payé par l'État. Sur ce point sa situation est assimilée à celle de ses collègues de l'enseignement public de même catégorie (59).

Le contrat d'enseignement est un contrat de droit public en raison de l'association du maître à une mission de service public et de la présence de l'État (60). C'est donc logiquement que le juge administratif se reconnaît compétent pour juger les litiges liés à leur conclusion ou à leur exécution (61).

3. La formation d'un ensemble contractuel par les contrats préalables

22. L'élément fédérateur des deux contrats étudiés est leur objet (62). L'objet du contrat est celui de l'obligation principale qu'il fait naître. C'est aussi, l'opération juridique envisagée par les parties (63).

L'objet du contrat d'association est d'associer l'établissement privé d'enseignement au service public de l'enseignement, nous l'avons vu. L'objet du contrat d'enseignement est d'attribuer au maître contractuel la charge des enseignements dans un établissement privé d'enseignement sous contrat, à lui désigné par son cocontractant, l'État.

L'État conclut ce dernier contrat pour exécuter une partie de l'obligation qu'il a contractée dans le contrat d'association. Ainsi le contrat d'association apparaît comme la cause efficiente du contrat d'enseignement (64), c'est-à-dire l'élément nécessaire sans lequel le contrat d'enseignement n'a pas de sens. Or la cause efficiente est le critère du groupe de contrats (65). Dès lors, le contrat d'enseignement et le contrat d'association forment un groupe, plus exactement un ensemble tendant vers la réalisation d'une opération précise : l'association de l'établissement privé d'enseignement au service public de l'enseignement.

Il s'agit d'un ensemble contractuel à dépendance unilatérale puisque le contrat d'enseignement est conclu pour l'exécution du contrat d'association. Dès lors, la résiliation du contrat d'association entraînera automatiquement

(52) CE 25 avril 1980, ministre de l'Éducation c./Institut technique privé de Dunkerque, *AJDA*, 1980.491, concl. J.-F. THERY, *Dr. social*, 1980.481, note J. KERNINON.

(53) Décret n° 89-406 du 20 juin 1989, *JO* du 22 juin 1989, p. 7748.

(54) Voir pour l'enseignement agricole, le décret n° 89-406 du 20 juin 1989 précité (art. 6 s) ; pour les autres établissements, le décret n° 64-217 du 10 mars 1964 précité (articles 4 et suiv.) modifié par le décret n° 93-376 du 18 mars 1993, *JO* du 20 mars 1993, p. 4332 (art. 3 et 4).

(55) J. SAVATIER, « L'application du droit de travail... », préc., spéc. p. 441.

(56) Cf. J. CHEVALIER, *op. cit.* spéc. n° 17 s. ; C. LECLERCQ, « La mission de service public », *Dr. social*, 1966, Chron. pp. 9-14, spéc. p. 10.

(57) Cas des établissements privés d'enseignement agricole (art. 4 al. 2 et 4 de la loi n° 84-1285 du 31 déc. 1984, *JO* du 1^{er} janv. p. 7).

(58) Voir pour un exemple de contrat-type, celui qui est proposé aux enseignants des établissements privés d'enseignement agricole, *JO* du 22 juin 1989, pp. 7753 s.

(59) Art. 3 de la loi du 25 nov. 1977 pour les maîtres des établissements sous contrat d'association et art. 4 al. 2 de la loi

Rocard du 31 déc. 1984 précitée pour ceux qui exercent dans un établissement privé d'enseignement agricole.

(60) Cf. CE Sect. 26 mars 1993 préc. ; ADDE M.H. SINKONDO, « La notion de contrat administratif... » *op. cit.* ; M. GUILBAL, « Entreprises privées et pouvoirs publics », cahiers de droit de l'entreprise, 1986, n° 2, p. 4.

(61) CE Sect. 13 nov. 1981, TATAREAU, *RDP* 1982, p. 867 (annulation d'un contrat d'enseignement par l'autorité académique) ; CE 7 janv. 1977, GOMES de BASTOS, *RDP* 1977, p. 699 (résiliation d'un contrat d'enseignement par décision ministérielle).

(62) La notion même de l'objet du contrat est critiquée en doctrine puisque le contrat ne fait naître que des obligations. Cf. J. FLOUR et J.-L. AUBERT, « Les obligations : l'acte juridique, 4^e éd. A. Colin, n° 232 et suiv. ; A. WEILL et F. TERRE, « Les obligations » Précis Dalloz, 4^e éd., n° 224.

(63) Cf. A. WEILL et F. TERRE, *op. cit.*, n° 239.

(64) La cause efficiente est le « fait générateur de l'obligation. Concrètement celui-ci peut être l'exécution d'une formalité prescrite ou un transfert matériel de la valeur d'un patrimoine dans un autre » ; cf. J. GHESTIN, « Traité de droit civil », Les obligations, le contrat : formation, t. 2, 2^e éd. LGDJ 1988, n° 630.

(65) Cf. J. NERET, Le sous-contrat, *LGDJ*, 1979, n° 15, p. 19 ; B. TEYSSIE, « Les groupes de contrats », *LGDJ* 1975, n° 270 et 325.

la caducité du contrat d'enseignement (66). Cette caducité s'explique par la disparition de l'objet du contrat d'enseignement.

Parce qu'ils forment un groupe, ces contrats doivent toujours être envisagés ensemble, sous peine d'une mauvaise interprétation des clauses ou de leur exécution.

B — INCIDENCES SUR « LA RELATION DE TRAVAIL » ENTRE LE MAÎTRE ET L'ÉTABLISSEMENT

1. Incidences au regard du maître contractuel

23. Il s'agira de tirer les conséquences de la participation du maître à l'exécution du service public de l'enseignement. Ces conséquences doivent être envisagées au regard du statut de l'enseignant et de celui du tribunal compétent pour juger des litiges nés à l'occasion de cette exécution du service public. Nous apprécierons, enfin, la jurisprudence à la lumière de cet élément.

a) Participation à un service public et statut du maître : un agent public contractuel

24. Certains auteurs comme M. Chapus considèrent que les maîtres contractuels ne sont que des collaborateurs du service public de l'enseignement quoique recrutés et rémunérés par l'État (67). Mais la majorité des auteurs s'accordent pour reconnaître aux maîtres contractuels un statut d'agent public (68).

Cette dernière opinion mérite d'être suivie ; car, par les fonctions qui lui sont confiées, le maître contractuel participe directement à l'exécution du service public de l'éducation auquel est associé l'établissement privé d'enseignement dans lequel il enseigne.

25. Les conséquences de cette participation à l'exécution d'un service public sont extrêmement importantes.

La participation à l'exécution d'un service public détermine, en premier lieu, la qualité d'agent public contractuel du maître (69).

Un autre critère de cette qualité peut d'ailleurs être trouvé dans la situation du maître contractuel : la présence à son contrat d'une personne morale de droit public, l'État (70). Son statut d'agent public contractuel nous paraît, dès lors, incontestable. La jurisprudence du Conseil d'État est dans ce sens. Relevons d'abord cet arrêt qui juge que le maître contractuel n'exerce pas une activité privée au sens de la loi du 13 juillet 1983 mais des fonctions d'agent public (71). Ajoutons ensuite cet autre arrêt qui précise qu'en raison de la nature de leurs liens avec l'État, « les maîtres contractuels des établissements d'enseignement privés sous contrat d'association... se trouvent dans une situation comparable à celle d'agents de l'enseignement public nommés à leurs emplois par une décision unilatérale » (72).

b) Participation à un service public et compétence administrative

26. Mais il y a une autre conséquence beaucoup plus importante au regard de la question qui nous préoccupe : la participation à un service public entraîne automatiquement la compétence de l'ordre administratif (73), sauf disposition législative contraire. La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation est, d'ailleurs, bien établie sur ce point ainsi que le montrent ces arrêts de cassation pour violation de la loi :

« En statuant ainsi alors que la compétence que l'article L. 511-1 du Code du travail reconnaît aux conseils de prud'hommes à l'égard des personnels des services publics employés dans les conditions de droit privé, ne s'étend pas à ceux de ces personnels qui participent directement au service public et alors que de ses propres constatations, il ressortait que M. Gangloff exerçait les fonctions de chercheur dans le cadre du laboratoire d'automatique industriel et lunaire, ce qui relevait de la mission même de l'université, la Cour d'appel a violé le texte susvisé (loi des 16 et 24 août 1790) » (74).

(66) Article 46 du décret n° 89-406 du 20 juin 1989, précité.

(67) R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 2, 6^e éd. Montchrestien, coll. Précis Domat, 1992, n° 12, pp. 22 s. ; M. MAZERE, « Les rapports entre l'État et l'enseignement privé », *Annales de la faculté de droit de Toulouse*, 1962, p. 134.

(68) Cf. R. PIEROT, art. préc. ; J.-P. LASSALE, art. préc. spéc. p. 4 ; J.-M. AUBY, et J.-B. AUBY, « Droit de la fonction publique : État, collectivités locales, hôpitaux », *Précis Dalloz*, 1991, p. 27, n° 20.

(69) Cf. J.-F. LACHAUME, « Sur le critère de l'agent public », *Dr. social*, 1986, pp. 44-48, spéc. 44 et suiv.

(70) Voir sur l'application de ces critères, les réserves de Gilles RENAUD qui parle d'un flottement de la jurisprudence : « Les non-titulaires en quête de juge », *Dr. social*, 1987, pp. 131-136, spéc. p. 133.

(71) Cf. CE 26 juin 1987, Lelièvre, *Rec. Lebon* 776.

(72) CE Sect. 13 nov. 1981, AJDA 1982.397 ; *Gaz. Pal.* 1982.1. Somm. 122 et tab. trien. 1980-1982.1003, n° 27 ; ADDE CE, Sect. 26 mars 1993, PAMPALONI, *D. Adm.*, 1993, n° 162, obs. M.P. ; *Rev. Fr. Dr. Adm.*, nov.-déc. 1993, pp. 1124-1130, concl. M. POCHARD ; CE 4 juin 1954, Affortit et Vingtain, *Rec. Lebon*, p. 342 ; Trib. confl., 25 nov. 1963, Dame veuve

Mazerand, *Rec. Lebon*, p. 792 ; Soc. 29 janv. 1969, *Bull.* n° 58.

(73) Cf. en dernier lieu Trib. confl. 11 oct. 1993, M. Monteyrol c./Centre de gestion de la fonction publique territoriale de la Gironde, *Bull. Inf. Cour cass.* du 15 janv. 1994, n° 381, p. 5, n° 7 : « L'activité d'un médecin au sein du service médical créé dans les conditions prévues aux articles L. 417-27 et 417-28 du Code des communes, par un centre de gestion de la fonction publique départementale, établissement public administratif avec lequel il est lié par contrat, le fait participer directement à l'exécution même du service public. De ce seul fait, le litige qui l'oppose au centre de gestion et qui est relatif au préjudice né de son licenciement relève de la compétence de la juridiction administrative ». Dans le même sens, Trib. confl. 22 nov. 1993, M. Martinucci c./Ville de Toulouse, *Bull. Inf. Cour cass.*, du 1^{er} févr. 1994, n° 382, p. 1, n° 91 ; rapp. Trib. confl. 14 avril 1986, Mme Wagner c./Commune de Ronchin, *Dr. social*, 1987, p. 136, qui renvoie à la compétence judiciaire au motif que l'activité de Mme Wagner « ne la faisait pas participer directement à l'exécution d'un service public » ; d'où annulation de la décision du tribunal administratif de Lille qui retenait la compétence administrative.

(74) Soc. 23 juil. 1985, *Dr. social* 1986, p. 48 ; 22 juil. 1985, *Dr. social*, 1986, p. 48, (cassation pour violation de l'article L. 512-1 Code trav., les fonctions d'animateur de l'intéressé le faisant participer au service public de formation commerciale dont avait été chargée la chambre de commerce).

c) Appréciation de la jurisprudence à la lumière de la notion de la participation à un service public

Cet arrêt (75) est extrêmement intéressant non pas seulement en ce qu'il confirme l'analyse entreprise, mais aussi et surtout parce qu'il dévoile crûment les contradictions de la jurisprudence dans notre matière.

1. Contradiction entre les solutions dégagées

27. Relevons d'abord les divergences de solutions retenues par les deux ordres juridictionnels sur un même problème.

Premier exemple : quel est le tribunal compétent pour juger les litiges relatifs aux charges sociales liées à la rémunération des maîtres ? Alors que le Conseil d'État juge que ces charges incombent à l'État, se reconnaissant implicitement mais nécessairement compétent pour connaître des litiges que leur règlement soulève (76), la Cour de cassation estime que ces litiges relèvent de la compétence de l'ordre judiciaire (77).

Deuxième exemple : quel juge saisir lorsque le recteur d'académie réduit les heures de cours du maître ? Là encore, le juge administratif se reconnaît compétent (78) alors que la Cour de cassation renvoie au conseil de prud'hommes en considérant que l'acte du recteur ne fait que tirer les conséquences de la décision du chef d'établissement (79).

On remarquera au passage que ces arrêts semblent traduire une plus grande sollicitude du juge administratif pour le maître contractuel puisqu'il tranche dans les deux cas en faveur de celui-ci.

Relevons ensuite la contradiction des solutions dégagées par la chambre sociale elle-même.

Cette chambre admet volontiers, comme nous l'avons montré, que la participation d'une personne à l'exécution d'un service public détermine la compétence administrative. Elle ne tire, cependant, pas les conséquences de sa propre jurisprudence lorsqu'il s'agit du maître contractuel.

2. Contradiction de la loi

28. Violation par refus d'application de l'article L. 511-1 al. 5 du Code du travail qui exclut formellement la com-

pétence des conseils de prud'hommes dans les litiges dont la connaissance est attribuée à une autre juridiction par la loi (80). Précisément, la loi des 16 et 24 août 1790 attribue la connaissance des litiges relatifs aux agents publics à l'ordre administratif.

29. Violation par refus d'application ou mauvaise application (au choix) de la loi des 16 et 24 août 1790 qui établit le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, enfin (81). Dans les arrêts que nous venons de citer, la Haute cour censure pour violation de la loi des 16 et 24 août 1790 les juges du fait qui retiennent la compétence prud'homale alors que les intéressés participaient à un service public. Dans notre matière, la Cour de cassation, y compris l'assemblée plénière, censure pour violation de la même loi, les juges du fond qui renvoient au tribunal administratif en mettant précisément en avant la participation des maîtres contractuels à l'exécution d'un service public (82).

Les juges du fond sont pourtant très rigoureux dans leur décision. Que l'on en juge par cette motivation de la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion rappelée dans l'arrêt de la Cour de cassation du 29 mai 1990 précité : « attendu que pour dire la juridiction administrative seule compétente pour connaître de sa demande, l'arrêt confirmatif attaqué... a énoncé que l'État contrôlant l'activité des maîtres, fixant leurs temps de travail et les rémunérant, il en résultait qu'une telle relation de travail relevait du droit public, puisque l'établissement était tenu de se conformer à l'horaire de l'enseignement public, à la durée de son année scolaire, à des programmes et, d'une manière générale, à ses méthodes, qu'il participait ainsi au fonctionnement d'un service public et que, dans les relations avec l'État, les maîtres qui exerçaient dans l'établissement avaient la qualité d'agents publics contractuels » (83).

2. Incidences sur le rapport du maître avec l'école

La prise en compte des contrats préalables permet d'éclairer autrement la relation entre le maître et l'établissement et, en particulier, de dépasser les contradictions de la jurisprudence relative à l'exercice du pouvoir disciplinaire dans l'école. Cet examen sera suivi d'une analyse de l'arrêt Pampaloni dans lequel le juge administratif semble abonder dans le sens de l'assemblée plénière.

(75) Dans le même sens : Soc. 7 juil. 1985, *Droit social*, 1986, p. 47, (cassation pour violation de la loi des 16 et 24 août 1790 : Mlle Lebeau participait au service public de police dont la ville avait la charge).

(76) CE Sect., 15 mai 1992, OGE, Rapport public du CE pour 1992, p. 174 ; *Rev. Fr. Dr. Adm.* nov.-déc. 1993, p. 1116, concl. M. POCHARD. Dans le même sens et sur la même affaire, TA de Bordeaux, 25 juin 1987, *Rec. jug. TA* 1988.161, n° 133.

(77) Soc. 9 mai 1984, *Gaz. Pal.*, 1984.2 Pan.312 et tab. trien. 1983-1985, p. 1032 spéc. n° 55.

(78) Cf. TA de Versailles, 19 déc. 1989, GRAND-BOIS, *Rec. jur. TA et CAA*, 1990, p. 298, n° 210.

(79) Ass. plén., 20 déc. 1991, précité ; Soc. 11 juin 1992, *Bull.* n° 390, p. 243.

(80) Ce texte est ainsi rédigé : « Néanmoins, ils (les conseils de prud'hommes) ne peuvent connaître les litiges dont la connaissance est attribuée à une autre juridiction par la loi... ».

(81) « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées ; les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations de corps administratifs ni devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions » (art. 13 de la loi des 16 et 24 août 1790).

(82) Ass. plén., 20 déc. 1991, préc. ; Soc. 11 juin 1994, *Bull.* n° 390 ; 5 février 1992, *Bull.* n° 75 ; 29 octobre 1990, *Bull.* n° 249.

(83) Ajouter la motivation de la cour d'appel de Paris rappelée dans Soc., 11 juin 1992 préc. qui est tout aussi explicite.

a) Le pouvoir disciplinaire

30. Le pouvoir disciplinaire trouve sa justification dans le contrat de travail (84). C'est pourquoi la jurisprudence précise que l'employeur ne peut exercer son pouvoir disciplinaire à l'égard des salariés qui ne lui sont pas liés par contrat (85).

C'est donc logiquement que la chambre sociale de la Cour de cassation a dénié l'exercice de ce pouvoir à un chef d'établissement privé sous contrat, en jugeant par exemple que « le proviseur, qui reproche une faute à un professeur ne peut de sa propre initiative, sans excéder ses pouvoirs, décider l'exclusion des fonctions de l'intéressé durant une année scolaire, en attendant le résultat de la procédure engagée par le rectorat » (86).

31. Par cette décision fort à propos, la Cour de cassation contredit, malgré tout, sa propre jurisprudence ainsi que le relève M. Savatier : « on conçoit mal comment on pourrait affirmer, comme le fait l'assemblée plénière dans son arrêt du 20 décembre 1991, "que le maître se trouve placé sous la subordination et l'autorité du chef d'établissement qui le dirige et le contrôle", et refuser en même temps à ce chef d'établissement tout pouvoir disciplinaire » (87). L'illustre auteur n'accepte cette jurisprudence qu'au bénéfice de l'existence d'un contrat de travail entre le maître et l'établissement privé d'enseignement (88).

Or, comme nous l'avons déjà montré, il n'existe pas de contrat de travail entre le maître contractuel et l'école privée sous contrat dans laquelle il exerce ses fonctions ; de sorte que la jurisprudence de la Cour de cassation conduit à une situation inextricable.

32. Les choses se présentent différemment lorsque l'on envisage le rapport entre le maître et le chef d'établissement en tenant compte des contrats préalables. Comme nous l'avons vu, ces contrats forment un ensemble tendant vers la réalisation d'un but : l'association de l'établissement d'enseignement privé au service public de l'enseignement.

L'exécution normale du contrat d'enseignement se fera dans l'école. Elle le sera sous le « contrôle » du chef d'établissement. Mais le terme « contrôle » ne doit pas être compris dans son sens habituel en droit du travail impliquant le pouvoir disciplinaire, c'est-à-dire le pouvoir reconnu à l'employeur de sanctionner les manque-

ments aux directives prescrites au salarié. Il s'agit d'un contrôle effectué pour le compte d'autrui, à savoir l'État.

L'explication se trouve dans le contrat d'association. Certes, le chef d'établissement demeure l'employé de l'association gestionnaire de l'école. Mais l'association de son établissement au service public de l'enseignement l'oblige à contrôler au nom et pour le compte de l'Administration l'exécution par le maître contractuel des obligations contractées dans le contrat d'enseignement. Le contrat d'association fait de lui le collaborateur et le représentant de l'État dans son établissement. Il lui rend compte et collabore à la prise des décisions sans jamais pouvoir le suppléer dans ce domaine (89) (v. *supra* n° 16). C'est l'effet induit de l'association au service public (90).

b) À propos de l'arrêt Pampaloni

33. Dans cette affaire, M. Pampaloni, maître auxiliaire délégué dans un établissement privé d'enseignement sous contrat d'association, demandait au tribunal administratif d'annuler la décision par laquelle le chef de cet établissement l'informait qu'il ne demanderait pas au recteur de l'académie le renouvellement de son contrat ; ou, en cas de rejet de cette demande, de lui allouer des indemnités pour licenciement abusif. Le tribunal fit droit à cette demande et annula la décision du chef d'établissement. C'est ce jugement que le Conseil d'État censure en ces termes :

« Considérant qu'il n'appartient qu'aux juridictions de l'ordre judiciaire de connaître tant des conclusions de la demande dirigée contre un acte d'une personne morale de droit privé détachable du contrat de droit public existant entre l'État et M. Pampaloni du fait de sa délégation par le recteur d'académie comme maître suppléant que des conclusions tendant à la condamnation de cette personne morale ; que c'est dès lors, à tort que par le jugement attaqué, le tribunal administratif s'est reconnu compétent pour connaître de la demande de M. Pampaloni » (91).

Que penser de cette décision ? En matière contractuelle, les actes de l'autorité administrative sont détachables lorsqu'ils sont pris soit dans l'exercice d'une compétence à caractère non contractuel (92) soit avant la conclusion du contrat (93).

Toutefois, l'acte en cause provenait d'une personne morale de droit privé. En l'espèce, le Conseil d'État

(84) Cf. J. PELISSIER, « Les ambiguïtés du droit disciplinaire dans les relations de travail », in « Les orientations sociales du droit contemporain », écrits en l'honneur de J. SAVATIER, PUF, 1992, pp. 367-381, spéc. 369 ; R. PAUTRAT, Conseil de prud'hommes, préc., n° 87 ; ADDE S. HENNION-MOREAU, Droit du travail, *op. cit.*, pp. 100 et suiv.

(85) Cf. CE 4 mai 1988, *jur. soc.* 1988, p. 380.

(86) Soc. 12 déc. 1990, *Bull.* n° 657 ; *Gaz. Pal.* 1991, 2^e Pan., p. 199 et tab. trien. 1989-1991, p. 1075, n° 49.

(87) J. SAVATIER, « L'application du droit de travail... », préc., spéc. p. 443.

(88) J. SAVATIER, *op. cit.*, *idem*.

(89) « Il détient l'autorité au sein de l'établissement » (article 4 al. 2, loi du 31 décembre 1984) mais il doit en référer à l'Adminis-

tration qui décide. Il a l'initiative du pouvoir disciplinaire mais l'exercice en revient au ministre.

(90) Cf. J. CHEVALIER, « L'association au service public », *op. cit.*, spéc. n° 17 s. ; C. LECLERCQ, « La mission de service public », *op. cit.* spéc. p. 10.

(91) CE sect. 26 mars 1993, PAMPALONI, *Éd. Techn. Dr. adm.*, avril 1993, n° 162, observ. M. P. ; *Gaz. Pal.* 1993, Pan., p. 164 ; *Rev. Fr. Dr. Adm.* nov.-déc. 1993, p. 1124, concl. M. POCHARD.

(92) Cf. CE 6 déc. 1907, Compagnie du nord, *Rec. Cons. d'État*, p. 913, concl. TARDIEU ; 13 juil. 1930, Compagnie des chemins de fer TLM, *Rec. Cons. d'État*, p. 753.

(93) Cf. J.-M. AUBY et R. DRAGO, « Traité des recours en matière administrative », Litec, 1992, n° 138, pp. 177 s., spéc. p. 179 ; et Traité de contentieux administratif, t. 2, LGDJ, 1984, n° 1089, pp. 155 s.

rattache le caractère détachable de l'acte à la personne de son auteur. Ce faisant, il applique le principe traditionnel de l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les actes des personnes privées (94). De ce point de vue, l'arrêt est conforme à la solution retenue à propos des organismes privés collaborant à l'exécution d'un service public ; ce qui est le cas d'un établissement privé d'enseignement sous contrat. Aussi bien peut-on comprendre cet arrêt comme une prise de position du Conseil d'État sur la question de la détermination de la juridiction compétente pour juger les différends nés entre le maître contractuel et l'établissement privé d'enseignement sous contrat dans lequel il exerce ses fonctions.

34. Mais n'y a-t-il pas là un excès de juridisme ? En effet, dans la relation du maître avec l'école, le chef d'établissement n'a qu'un pouvoir de proposition, le pouvoir de décision étant réservé à l'Administration. Or, la compétence administrative ne fait aucun doute, s'agissant de la décision de l'Administration (95). Si bien que le seul tort du maître c'est d'avoir attaqué la proposition du chef d'établissement au lieu d'attendre la décision définitive de l'Administration, son cocontractant direct. L'excès de juridisme est manifeste.

Par ailleurs, on ne comprend pas très bien, non plus, pourquoi la proposition du chef d'établissement intervenant strictement dans l'exécution de deux contrats de droit public serait détachable desdits contrats. C'est faire peu de cas de l'association au service public et du groupe formé par ces contrats.

CONCLUSION

35. En l'absence de tout contrat de travail entre le maître contractuel et l'école, la jurisprudence consacrée par l'assemblée plénière dans ses deux arrêts se trouve posée comme un postulat et alimente la controverse. Certes,

il y a des raisons d'opportunité puisque cette assemblée doit garantir la stabilité de la jurisprudence (96). Mais faut-il pour cela se révolter contre le Code (97) ? L'assemblée plénière est aussi gardienne de l'orthodoxie juridique. Entre les deux impératifs il faut, sans doute, trouver un compromis.

36. Sur un autre plan, cette soudaine détermination de la Haute cour à vouloir maintenir à tous prix dans la sphère de sa compétence les litiges survenant entre le maître contractuel et son école tranche singulièrement avec son habituelle timidité l'amenant à laisser le terrain à un juge administratif conquérant (98). Comment expliquer cette subite volonté expansionniste et l'inertie apparente du Conseil d'État (99) ? Pourquoi la Cour de cassation ne saisit-elle pas le tribunal des conflits ?

L'on songe bien sûr aux arguments classiques : le juge judiciaire est le juge naturel du contrat de travail. Derrière cet argument se cache en réalité la suspicion traditionnelle du juge administratif accusé d'être au service de l'Administration.

Mais deux raisons obligent à vaincre ces réticences. Il n'est pas certain que le juge judiciaire soit toujours le plus secourable aux particuliers ainsi que nous l'avons relevé. Ensuite, l'efficacité exige un regroupement de compétences. Or, la spécialisation des compétences est telle aujourd'hui que le juge administratif paraît le mieux qualifié pour juger l'Administration (100).

Dans tous les cas, cette évolution nous paraît hautement souhaitable dans l'intérêt du justiciable et pour l'orthodoxie juridique. L'intérêt du salarié commande la célérité du jugement (101), certes. Mais en attisant la controverse, la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation ne le sert pas davantage. Outre l'allongement de la procédure, elle amplifie les angoisses du maître et accrédite l'image kafkaïenne du procès (102).

(94) Cf. J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, op. cit. n° 114, pp. 135 s.

(95) Cf. J.-M. AUBY et R. DRAGO, op. cit., spéc. pp. 180 s.

(96) Cf. M. JEOL, concl. préc. *Bull. Inf. Cour cass.* 1993, n° 378, spéc., p. 8.

(97) Voir sur ce point, G. MORIN, « La révolte du droit contre le code ; la révision nécessaire des concepts juridiques », *Lib. du rec. Sirey*, 1945.

(98) Cf. Dany COHEN, « Les politiques jurisprudentielles : expansion ou retenue ? » in « Le contrôle juridictionnel de l'Administration ; bilan critique », *Colloque du Centre d'Études et de Recherches sur l'Administration Publique*, préc., pp. 203 s.

(99) Voir une description fort minutieuse de la révérence de l'ordre judiciaire à l'exception de la chambre criminelle faite par J.-E. RAY, « Le dualisme juridictionnel et le droit du travail », in « Le contrôle juridictionnel de l'Administration ; bilan critique », colloque préc. ; pp. 147-163, spéc. pp. 154 s. ; ADDE L. CADIET, « Jurisprudence administrative et jurisprudence judi-

ciaire en matière sociale : le jeu des influences », *Dr. social*, 1991, p. 200 ; L. NIZARD, « À propos de la notion de service public : un juge qui veut gouverner », *D.* 1964, *Chron.* p. 147 ; J. RIVERO, « Le juge administratif : un juge qui gouverne ? » *D.* 1951, *Chron.* p. 21.

(100) Voir. G. DUPUIS, intervention au colloque précité, p. 213 ; dans le même sens, D. de LACOSTE, intervention au colloque précité, p. 214.

(101) J.-E. RAY, « Le dualisme juridictionnel et le droit du travail », in « Le contrôle juridictionnel de l'Administration ; bilan critique », colloque précité, pp. 147-163, spéc. p. 150 ; J. SAVATIER, op. cit. spéc. p. 443.

(102) Voir sur ce point J. CARBONNIER, « Flexible droit... » op. cit., pp. 286-306, spéc. 305 s. ; ADDE G. BRIERE de l'ISLE, rapport aux entretiens de Nanterre (11 et 12 avr. 1986) : le droit est-il encore crédible ? *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1986, n° 5, pp. 49-54, spéc. pp. 52 et s. ; ajouter M. CORNELOUP qui écrit dans son rapport de synthèse : « nous voulons des juges qui fassent appliquer la loi, dont les sentences soient respectées », idem. pp. 54-59, spéc. pp. 56 s.