



HAL
open science

Une histoire sans fin ? Ecole privée, école publique, la parité du financement

Jean-Marie Pontier

► **To cite this version:**

Jean-Marie Pontier. Une histoire sans fin ? Ecole privée, école publique, la parité du financement. La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales, 2009. hal-02119604

HAL Id: hal-02119604

<https://amu.hal.science/hal-02119604v1>

Submitted on 3 May 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNE HISTOIRE SANS FIN ?
ECOLE PRIVEE, ECOLE PUBLIQUE, LA PARITE DE FINANCEMENT

Par

Jean-Marie Pontier

Professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne

La « querelle scolaire », voire la « guerre scolaire » est l'une de ces luttes intestines dans lesquelles semblent depuis longtemps se complaire les Français. Le jour où l'on ne parlera plus de l'école publique et de l'école privée, où des textes ne seront plus adoptés en ce domaine, sera peut-être le signe que nous avons définitivement quitté les guerres de religions, que nous sommes entrés dans une société apaisée. Ce n'est pas encore vraiment le cas, comme en témoigne la loi qui vient d'être adoptée sur la parité de financement entre les écoles privées et les écoles publiques, loi appelée plus précisément loi tendant à garantir la parité de financement entre les écoles élémentaires publiques et privées sous contrat d'association lorsqu'elles accueillent des élèves scolarisés hors de leur commune de résidence. Reconnaissons cependant qu'un progrès a été accompli, en ce sens que le débat s'est (en partie) déplacé du plan uniquement idéologique au plan juridique, ce qui est évidemment préférable aux invectives et aux condamnations réciproques.

Les relations entre l'école privée et l'école publique donnent lieu, depuis longtemps, en France, à une querelle qui surprend, par sa vivacité, voire par sa violence, la plupart des autres pays, qui ne comprennent pas ces luttes intestines menées au nom de principes alors que, chez eux, on note le plus souvent une coexistence très pacifique de l'enseignement public et de l'enseignement privé, celui-ci étant mis sur le même plan que le premier : chez certains de nos voisins proches des universités privées sont financées par l'Etat, sans que cela pose problème, et sont parfois plus prestigieuses que les universités publiques. L'histoire, comme toujours, pèse très lourd dans les attitudes et les règles applicables, et c'est naturellement la question du financement de l'école privée qui concentre les interrogations et les oppositions (V. N. Ach, Le financement des écoles privées, un éternel recommencement, JCP A 17 septembre 2007, 2232).

On ne peut s'empêcher d'observer, par ailleurs, de manière quelque peu ironique que cette loi a pour origine un article que son auteur, un parlementaire, avait souhaité faire adopter pour mettre fin à ce qu'il considérait comme une anomalie, et que l'application de la loi a produit des résultats assez différents de l'objectif poursuivi, ce qui devrait constituer une leçon de modestie, d'abord pour le législateur, ensuite pour tous les juristes qui, élaborant dans leur laboratoire de savantes alchimies, parviennent parfois à des résultats très différents de ce qui était escompté.

Le texte adopté a eu comme objectif simple, ainsi que l'écrit l'un des rapporteurs, de « mettre fin à un feuilleton juridique et politique qui n'a que trop duré » (F. Reiss, Rapport au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, Doc. Parl. Ass. nat. 3 juin 2009, n° 1705), et l'on peut espérer que la loi n° 2009-1312 du 28 octobre 2009 tendant à garantir la parité de financement entre les écoles élémentaires publiques et privées sous contrat d'association lorsqu'elles accueillent des élèves scolarisés hors de leur commune de résidence mettra fin, effectivement, à cette histoire à rebondissements.

I – UNE HISTOIRE À REBONDISSEMENTS

Il est indispensable de revenir sur l'histoire (autrement incompréhensible) des relations entre l'enseignement privé et l'enseignement public, une histoire qui remonte à plus d'un siècle et demi et qui est nourrie d'affrontements, d'incompréhensions, de ruptures : notre pays est un pays de fractures successives qui se sont surajoutées sans s'annuler.

1 – De Guizot à la « loi Debré »

Il faut rendre justice à Guizot, qui est un mal aimé de l'histoire, en raison d'une phrase malheureuse qu'il a prononcée et qui, sortie de son contexte (comme c'est habituellement le cas) lui a valu le mépris ou l'opprobre de générations d'étudiants (et quelquefois d'enseignants) mal informés. Guizot, donc, fait adopter, avant J. Ferry, les premières lois modernes sur l'enseignement, en particulier la loi du 28 juin 1833 sur l'instruction primaire (on ne parlait pas encore d'éducation, qui fait plus « moderne » et, en élargissant légitimement son champ, en oublie l'instruction). Cette loi comporte un article 9 selon lequel : « Toute commune est tenue, soit par elle-même, soit en se réunissant à une ou plusieurs communes voisines, d'entretenir au moins une école primaire élémentaire ».

Après Guizot, et les « intermédiaires » que constituent, sur ce plan et pour des raisons différentes, la deuxième République et le second Empire, on arrive aux lois Ferry sur l'enseignement : la loi du 16 juin 1881 institue la gratuité de l'enseignement primaire, celle du 28 mars 1882 prévoit l'obligation scolaire. Une autre importante modification, du point de vue du financement, et la loi Goblet du 30 octobre 1886 sur l'enseignement primaire. L'article 2 de cette loi dispose : « Les établissements d'enseignement primaire de tout ordre peuvent être publics, c'est-à-dire fondés par l'Etat, les départements et les communes, ou privés c'est-à-dire fondés et entretenus par des particuliers ou des associations ». Il faut évidemment citer également, la célèbre loi du 15 mars 1850, dite loi Falloux, qui permet la prise en charge, dans la limite de 10% de leur montant, des dépenses des établissements privés d'enseignement secondaire par les collectivités publiques.

Après la seconde guerre mondiale le texte majeur est le Préambule de 1946 avec ses « principes particulièrement nécessaires à notre temps » dont l'incontestabilité de leur valeur constitutionnelle va de pair avec leur tout autant incertain contenu, en particulier, s'agissant de notre domaine, la disposition de l'alinéa 13 selon lequel « L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat ». La IVème république voit l'adoption d'une loi, dite « loi Barangé », du 28 septembre 1951, qui prévoit que l'allocation créée en faveur des enfants recevant l'enseignement du premier degré bénéficie non seulement aux établissements publics d'enseignement mais également aux établissements d'enseignement privés, le montant de l'allocation étant alors affecté par priorité à la revalorisation du traitement des maîtres.

La « loi Debré », du 30 décembre 1959, est présentée habituellement comme la base d'un nouvel état du droit qui exprime un équilibre entre l'école privée et l'école publique. La loi permet aux établissements privés qui le souhaitent de passer un contrat avec l'Etat et, dans ce cadre, de demander une aide financière, l'enseignement délivré étant alors placé sous le contrôle de l'Etat et compatible avec « le respect total de la liberté de conscience ».

La loi Debré propose aux établissements d'enseignement privé deux sortes de contractualisation. La première est qualifiée de « contrat d'association ». Pour cela il faut d'abord que les établissements privés répondent à un besoin scolaire reconnu, ce qui implique que l'enseignement dispensé dans ces établissements le soit selon les règles et programmes de l'enseignement public. Ensuite, dans ces établissements les enseignants peuvent être soit des maîtres de l'enseignement public, soit des maîtres recrutés selon des procédures distinctes et liés à l'Etat par contrat, la rémunération étant assurée, dans les deux cas, par l'Etat. En troisième lieu, les dépenses de fonctionnement de ces établissements d'enseignement privés

sous contrat d'association sont prises en charge dans les mêmes conditions que pour l'enseignement public.

La seconde forme de contractualisation est celle du « contrat simple ». Dans ce cas, les exigences posées par l'Etat sont moindres, comme le sont les aides apportées par lui : il n'y a pas d'exigence d'identité des programmes, les enseignants sont recrutés directement par les établissements. L'Etat exerce cependant un contrôle pédagogique et financier sur ces établissements et rémunère les enseignants. La participation des communes aux dépenses de ces établissements est facultative. Le décret n° 60-390 du 22 avril 1960 relatif au contrat simple passé avec l'Etat par les établissements d'enseignement privés prévoit que les conditions de prise en charge de ces dépenses de fonctionnement doivent être fixées par convention passée entre la collectivité et l'établissement intéressé, sans que les avantages consentis par la commune puissent être proportionnellement supérieurs à ceux consentis par les mêmes collectivités et dans le même domaine aux classes des établissements d'enseignement public correspondants du même ressort territorial. La prise en charge des dépenses de fonctionnement ne s'applique pas aux services dits hors contrat, par exemple la garderie du matin ou le service d'études.

Le juge a été amené à préciser un certain nombre de points concernant le régime juridique applicable à ces deux catégories de contrats. Ainsi, dans une décision de 1985, le Conseil d'Etat déclare que « si les communes sont tenues, par application des dispositions de l'article 4 de la loi du 31 décembre 1959, de prendre en charge les dépenses de fonctionnement des classes élémentaires des établissements d'enseignement sous contrat d'association, elles n'ont pas à supporter les dépenses de fonctionnement des classes enfantines et maternelles de ces établissements que lorsqu'elles ont donné leur accord au contrat concernant ces classes (CE Ass. 31 mai 1985, *Ville de Moissac c/ Nicol et autres*,). A plus forte raison en est-il, pour ces classes enfantines et élémentaires, dans le cas d'un contrat simple. En revanche, les dépenses de fonctionnement des classes d'enseignement élémentaire privées sous contrat d'association sont des dépenses obligatoires, au sens de l'article L. 2321-2 du CGCT pour les communes (CE Ass ; 31 mai 1985, *Ministre de l'éducation nationale c/ Association d'éducation populaire de l'école Notre-Dame d'Arc-les-Gray*, Rec. p. 167), et il en résulte qu'elles peuvent faire l'objet d'une procédure d'inscription d'office au budget communal.

La loi n° 77-1285 du 25 novembre 1977 complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1^{er} juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement, dite « loi Guerneur », avait prévu que la prise en charge des dépenses de fonctionnement prendrait la forme d'une « contribution forfaitaire versée par élève et par an », le forfait devant être calculé à partir du coût moyen d'un élève de l'enseignement public, dans les classes correspondantes et sur le même territoire. Le juge administratif avait décidé que si depuis sa modification par la loi de 1977 précitée la loi de 1959 disposait que les dépenses de fonctionnement des classes sous contrat d'association sont prises en charge sous forme d'une contribution forfaitaire versée par élève et par an et calculée selon les mêmes critères que pour les classes correspondantes de l'enseignement public, et n'indiquait pas par quelle collectivité cette contribution est versée, « il résulte des travaux préparatoires de cette disposition que le législateur n'a pas entendu revenir sur la règle selon laquelle les dépenses de fonctionnement des classes sous contrat d'association sont à la charge de la collectivité qui supporte les dépenses de fonctionnement des classes correspondantes de l'enseignement public », les dispositions de (à l'époque) l'article L. 221-1 du code des communes (« sont obligatoires pour les communes les dépenses mises à leur charge par la loi ») et celles de l'article 11 de la loi du 2 mars 1982 (« ne sont obligatoires pour les communes que les dépenses nécessaires à l'acquittement des dettes exigibles et les dépenses pour lesquelles la loi l'a expressément décidé ») n'ont pas privé de leur caractère obligatoire les dépenses qui découlent directement,

pour les communes, des dispositions de la loi du 31 décembre 1959 (CE Ass. 31 mai 1985, *Ministre de l'éducation nationale c/ Association d'éducation populaire de l'école Notre-Dame d'Arc-les-Gray*, précité).

2 – Des lois de 1983 à l'article 89 de la loi du 13 août 2004

Les transferts de compétences décidés en 1982 mais surtout, dans notre domaine, en 1983, ont conduit à opérer des mises à jour et des rectifications aux dispositions en vigueur.

La loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 modifiée a disposé, dans son article 23 : « Lorsque les écoles maternelles, les classes enfantines ou les écoles élémentaires publiques d'une commune reçoivent des élèves dont la famille est domiciliée dans une autre commune, la répartition des dépenses de fonctionnement se fait par accord entre la commune d'accueil et la commune de résidence. A défaut d'accord entre les communes intéressées sur la répartition des dépenses, la contribution est fixée par le représentant de l'Etat après avis du conseil de l'éducation nationale », l'article excluant les dépenses relatives aux activités périscolaires. Le Conseil d'Etat a estimé que les dispositions de l'article en question étaient suffisamment précises pour permettre au préfet de fixer cette contribution, même en l'absence de décret d'application.

La loi n° 85-97 du 25 janvier 1985 modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales a abrogé la disposition relative au forfait communal, mais les communes sont demeurées libres de prendre en charge les dépenses de fonctionnement, soit de manière directe, soit sous la forme d'un forfait communal. L'absence de dispositions sur l'enseignement primaire a donné lieu à des contentieux importants (V. notamment CE Ass. 25 octobre 1991, *Syndicat national de l'enseignement chrétien CFTC et autres*, avec les conclusions longues et intéressantes de M. Pochard, RDP 1992 p. 217).

En ce qui concerne les dépenses d'investissement, le principe est que les collectivités publiques ne peuvent pas participer au financement des dépenses de cette nature supportées par les établissements d'enseignement privés. Toutefois des tempéraments ont été prévus. C'est ainsi que la loi de finances rectificative pour 1964 a permis à l'Etat de garantir les emprunts émis par des groupements ou associations à caractère national en vue de financer la construction, l'acquisition ou l'aménagement de locaux d'enseignement privé. Par la suite, la loi n° 86-972 du 19 août 1986 a, par son article 19, étendu cette possibilité de garantie d'emprunt aux collectivités territoriales.

Depuis cette loi, les communes qui le souhaitent peuvent donc garantir les emprunts contractés par les établissements d'enseignement primaire privés, que l'établissement en question soit ou non sous contrat, la même possibilité étant ouverte aux départements pour les collèges et aux régions pour les lycées. Le même article 19 prévoit que pour les établissements privés sous contrat ou sous contrat d'association, les matériels informatiques nécessaires à l'application des programmes d'enseignement du premier et du second degré sont fournis par l'Etat ou que leur acquisition est subventionnée par celui-ci, les collectivités territoriales pouvant concourir à cette acquisition dans le respect, comme précédemment, du principe de parité entre établissements publics et privés.

Toujours en matière d'investissements la loi n° 94-51 du 21 janvier 1994 relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales avait prévu dans son article 2 la suppression des dispositions de la loi Falloux, de 1850, fixant les règles de financement des établissements secondaires privés en prévoyant que les collectivités territoriales déterminent librement les modalités de leur intervention en matière d'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés. Cependant, cet article a été invalidé par le Conseil constitutionnel, d'où il résulte que les

règles de participation des collectivités locales aux dépenses d'investissement des établissements d'enseignement privés demeurent distinctes pour l'enseignement primaire et pour l'enseignement secondaire : des subventions d'investissement sont autorisés, dans la limite d'un montant de 10% du total des investissements, pour l'enseignement privé secondaire, la participation aux dépenses d'investissement des écoles primaires privées est interdite (V. sur cette décision du Conseil constitutionnel J.-M. Pontier, Libres interrogations sur l'organisation et la libre administration des collectivités territoriales locales).

L'ordonnance n° 2000-549 du 15 juin 2000 relative à la partie législative du code de l'éducation, tarifée par la loi n° 2003-339 du 14 avril 2003, a procédé à une codification des dispositions législatives en matière d'éducation, en procédant, dans certains cas (cela est inévitable et se produit pour toute codification, ne serait-ce qu'en raison des doubles formulations, voire des contradictions) à une réécriture des textes, et elle a laissé subsister telles quelles les dispositions relatives au financement des établissements primaires d'enseignement.

Les règles telles qu'elles résultent de cette codification, sont les suivantes. Les rémunérations du personnel enseignant de l'enseignement primaire public ainsi que les rémunérations du personnel enseignant de l'enseignement primaire privé sous contrat simple ou sous contrat d'association sont assurées par l'Etat (art. L. 211-8 du code de l'éducation pour l'enseignement public, art. L. 442-5 et L. 442-12 du même code pour l'enseignement privé sous contrat). Les dépenses de fonctionnement et d'investissement de l'enseignement primaire public sont obligatoirement prises en charge par les communes (art. L. 212-4 du code).

Les dépenses de fonctionnement des classes élémentaires de l'enseignement privé sous contrat d'association sont également prises en charge par les communes, directement ou par le biais d'un forfait communal, dans les mêmes conditions que celles des classes correspondantes de l'enseignement public (art. L. 442-5 du code), avec cette limitation résultant du décret d'application que la prise en charge ne concerne que les élèves domiciliés dans la commune siège de l'établissement (art. 7 du décret du 22 avril 1960 précité. La prise en charge par les communes des dépenses de fonctionnement des classes de l'enseignement privé sous contrat simple est facultative (art. L. 442-12 du code), de même que celle des dépenses de fonctionnement des classes maternelles et enfantines de l'enseignement privé sous contrat d'association. L'acquisition des matériels informatiques pédagogiques des établissements privés sous contrat est financée par l'Etat et peut faire l'objet d'un concours de la part des communes qui le souhaitent (art. L. 442-16 du code). Enfin, les communes peuvent apporter leur garantie aux emprunts contractés par tout établissement privé d'enseignement primaire (art. L. 442-17 du code).

Le problème qui se pose, et qui n'est pas propre à l'enseignement général – le juge a eu à connaître de la question de la légalité des différenciations tarifaires dans le cas des écoles de musique qui accueillent des enfants d'autres communes que celle dans laquelle se trouve située l'école – est celui des règles de financement pour les élèves scolarisés hors de leur commune de résidence. L'article L. 212-8 du code de l'éducation prévoit que, dans ce cas, la commune de résidence d'un élève scolarisé dans l'école publique d'une autre commune doit verser à l'établissement concerné une contribution financière.

Les conditions de la participation de la commune de résidence sont prévues de manière stricte : il faut que l'élève ne puisse pas être scolarisé dans sa commune de résidence, que l'inscription dans une école relevant d'une autre commune ait reçu l'accord du maire de la commune de résidence, que la scolarisation dans une autre commune soit justifiée par les obligations professionnelles des parents, des raisons médicales ou par l'inscription d'un frère ou d'une sœur dans un établissement de la même commune. Des précisions sont données par l'article R. 212-21 du code de l'éducation.

La loi du 13 août 2004 relatives aux libertés et aux responsabilités locales – improprement appelée acte II de la décentralisation – apporte des modifications substantielles aux dispositions existantes. On peut passer rapidement, parce qu’il n’a pas soulevé de difficultés particulières et, à l’inverse, est de nature à apporter des solutions, sur l’article 87 de cette loi qui a modifié l’article L. 212-8 du code de l’éducation, et a assimilé le territoire de l’établissement public de coopération intercommunale (EPCI) à celui de la commune d’accueil ou de résidence lorsque les compétences relatives au fonctionnement des écoles publiques ont été transférées à un EPCI. La conséquence en est que lorsqu’un élève est scolarisé dans une école publique située sur le territoire de l’EPCI, il n’est pas considéré comme scolarisé en dehors de sa commune de résidence et sa scolarisation ne peut donner lieu au versement d’une contribution de la part de la commune de résidence.

Cette loi du 13 août 2004 comporte en revanche un autre article, qui est à l’origine de la loi ici commentée, il s’agit de l’article 89. L’article L. 442-9 du code de l’éducation prévoit, comme nous l’avons vu, la possibilité pour les communes de conclure un accord pour financer les dépenses de fonctionnement des établissements d’enseignement privés sous contrat d’association situés hors du territoire communal et recevant des élèves domiciliés dans la commune.

Cependant, jusqu’à la loi de 2004, à défaut d’accord entre la commune d’accueil et la commune de résidence, aucune contribution financière ne pouvait être exigée de la commune de résidence pour les dépenses de fonctionnement des établissements d’enseignement privés extérieurs à la commune. Le décret du 22 avril 1960 précité précisait simplement que les communes de résidence pouvaient participer, par convention, aux dépenses de fonctionnement de ces classes, sous réserve des dispositions de l’article 7-3 du même décret (lequel fait référence au principe de parité entre l’enseignement public et l’enseignement privé).

Lors de l’examen en seconde lecture du projet de loi relatif aux libertés et aux responsabilités locales, le Sénat a adopté, sur proposition du sénateur Michel Charasse, et avec l’avis favorable du gouvernement, « en dépit de la perplexité exprimée par le rapporteur de la commission des lois » (J. Glavany, Rapport au nom de la commission des lois sur la proposition de loi de J. Glavany et plusieurs de ses collègues visant à abroger l’article 89 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et aux responsabilités locales, Doc. Parl. Ass. Nat. 21 novembre 2007, n° 420), un amendement qui a modifié les modalités de la participation des communes aux dépenses concernant les élèves scolarisés hors de leur commune de résidence dans des écoles privées sous contrat d’association.

L’auteur de l’amendement, M. Charasse, expliquait qu’il souhaitait mettre un terme à l’abus d’un « certain nombre de maires de communes de résidence (qui) incitaient les familles à envoyer leurs enfants à l’école privée de la commune voisine pour éviter le paiement de la participation ».

L’amendement a été adopté par le Sénat et est devenu l’article 89 de la loi du 13 août 2004, article auquel personne n’a prêté grande attention. Que prévoit cet article ?

L’article 89 déclare que « les trois premiers alinéas de l’article L. 212-8 du code de l’éducation sont applicables pour le calcul des contributions des communes aux dépenses obligatoires concernant les classes des écoles privées sous contrat d’association ». Ce faisant, le texte ne consacrait pas le principe d’une participation de la commune à la prise en charge des frais occasionnés par la scolarisation d’un enfant résidant sur son territoire, mais scolarisé dans une classe élémentaire d’une école privée sous contrat d’association située sur le territoire d’une autre commune, puisque cette obligation découlait déjà des dispositions de l’article L. 442-9 qui rendait applicable aux classes sous contrat d’association des établissements privés le premier alinéa de l’article L. 212-8.

Le texte rend applicables au financement de ces classes les deuxième et troisième alinéas de l'article L. 212-8. L'alinéa 3 dispose que « pour le calcul de la contribution de la commune de résidence, il est tenu compte des ressources de cette commune, du nombre d'élèves de cette commune scolarisés dans la commune d'accueil et du coût moyen par élève calculé sur la base des dépenses de l'ensemble des écoles publiques de la commune. Les dépenses à prendre en compte à ce titre sont les charges de fonctionnement, à l'exclusion de celles relatives aux activités périscolaires ». Certains ont fait remarquer que si l'article 89 avait eu pour conséquence d'instaurer un déséquilibre manifeste entre l'enseignement public et l'enseignement privé sous contrat d'association, le Conseil constitutionnel, qui a été saisi de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004, en aurait sans doute soulevé d'office l'inconstitutionnalité, ce qu'il n'a pas fait.

D'une part, il prévoit que la commune de résidence d'un enfant scolarisé dans une école privée sous contrat d'association située dans une autre commune doit contribuer aux frais de fonctionnement de cette école. D'autre part, il aligne la procédure de fixation de la contribution sur celle applicable aux enfants scolarisés dans une école publique. A défaut d'accord entre les communes intéressées, la contribution de la commune de résidence est fixée par le préfet. Ce dernier doit d'abord consulter le conseil de l'éducation nationale.

Ensuite, la contribution que le préfet peut être amené à fixer doit tenir compte des ressources de la commune de résidence ainsi que du nombre d'enfants de cette commune scolarisés dans cette commune d'accueil. Un autre élément doit, parallèlement, être pris en considération : selon l'article L. 442-13-1 du code de l'éducation, introduit par l'article 87 de la loi du 13 août 2004, lorsque les communes ont confié leur compétence en matière de fonctionnement des écoles publiques à un établissement public de coopération intercommunale (EPCI), les droits et obligations des communes s'apprécient tout naturellement à l'échelle de l'ensemble du territoire de l'EPCI. Cela signifie que la distinction entre commune de résidence et commune de scolarisation est sans incidence lorsque ces communes sont membres d'un même EPCI compétent en matière d'éducation primaire.

II – DE L'ARTICLE 89 DE LA LOI DE 2004 À LA LOI DU 28 OCTOBRE 2009

1 – Les développements insoupçonnés de l'article 89

Ainsi que l'a fait valoir le rapporteur au Sénat des propositions de loi visant, pour la première, à encadrer la participation des communes au financement des écoles privées sous contrat d'association, pour la seconde à garantir la parité de financement entre les écoles primaires publiques et privées sous contrat d'association lorsqu'elles accueillent des élèves scolarisés hors de leur commune de résidence, cet article 89 « a apporté une réponse à un indiscutable déséquilibre » (J.-C. Carle, Rapport au nom de la commission des affaires culturelles sur les propositions de loi précitées, Doc. Parl. Sénat 12 novembre 2008, n° 88).

En effet, le principe de parité affirmé par la loi, l'article L. 442-5 du code de l'éducation prévoyant que les dépenses de fonctionnement des classes élémentaires privées étaient prises en charge de la même manière que les dépenses de fonctionnement des classes publiques correspondantes, trouvait une limite dans l'absence de procédure permettant de régler un éventuel conflit entre commune d'accueil et commune de résidence lorsque des élèves étaient scolarisés dans une classe élémentaire sous contrat d'association implantée dans une autre commune que celle où ils étaient domiciliés.

En conséquence, les frais de fonctionnement liés à la scolarisation pouvaient ne pas être pris en charge et demeuraient à la charge des familles alors qu'ils auraient dû, selon la loi, être pris en charge par une ou plusieurs communes. Le déséquilibre était d'autant plus préoccupant

qu'un nombre significatif d'élèves des classes élémentaires sous contrat d'association étaient scolarisés en dehors de leur commune de résidence. Cette situation avait motivé le dépôt de l'amendement précité par le sénateur M. Charasse, ce dernier soulignant que le déséquilibre en question pouvait, du point de vue des communes de résidence, inciter les familles à scolariser leurs enfants dans des classes élémentaires privées situées en dehors du territoire de la commune, puisque la commune de résidence n'était pas tenue de participer aux dépenses de fonctionnement correspondantes, alors qu'elle l'aurait été si l'enfant concerné avait fréquenté une école publique implantée dans une autre commune. Le rapporteur de la commission des lois s'en étant remis au gouvernement, et ce dernier ayant donné un avis favorable à l'amendement, celui-ci avait été adopté par le Sénat. Lors de l'examen du texte par l'Assemblée nationale en seconde lecture, le gouvernement ayant engagé sa responsabilité sur ce texte, l'article additionnel introduit par le Sénat fut réputé conforme sans avoir été examiné par les députés.

Des dispositions complémentaires ont été adoptées pour préciser l'article en question. Au début de l'année 2005, un amendement présenté par le sénateur Y. Detraigne lors du débat sur le projet de loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, a permis d'encadrer plus précisément le montant de la contribution due par la commune de résidence pour la scolarisation d'un élève dans une classe primaire privée sous contrat d'association située en dehors de la commune : alors que la contribution versée pour un élève scolarisé hors de la commune dans une école publique est fixée en référence au coût moyen par élève pour les écoles publiques de la commune d'accueil, la contribution versée pour un élève scolarisé hors de la commune dans une école privée ne peut être supérieure au coût moyen par élève pour les écoles publiques de la commune de résidence. A défaut d'école publique dans la commune, le coût moyen de référence est alors celui des classes élémentaires publiques du département.

Par la suite, au cours de l'année 2006, plusieurs propositions de loi ont visé, soit à abroger l'article 89 de la loi du 13 août 2004, soit à en restreindre la portée. Lors de l'examen de la proposition de loi relative à la simplification du droit un amendement fut déposé au Sénat par les sénateurs socialistes, mais fut rejeté pour des raisons de forme. Une nouvelle proposition de loi a été déposée à l'Assemblée nationale par M. J. Glavany et plusieurs de ses collègues (n° 370) visant à abroger l'article 89. La commission des lois de l'Assemblée, saisie sur le rapport de M. J. Glavany (Doc parl. Ass. nat. 21 novembre 2007, n° 420) a décidé, à l'issue du débat, de ne pas présenter de conclusions sur la proposition de loi.

Les circulaires du 2 décembre 2005 et du 27 août 2007 ont cherché à clarifier le sens des diverses dispositions. La première, celle de 2005, a explicité les modalités de combinaison des dispositions de l'article 89 et du principe de parité défini à l'article L. 442-5 du code de l'éducation. Dans cette circulaire les ministres de l'intérieur et de l'éducation nationale rappellent que « les dispositions de l'article 89 doivent être combinées avec le principe général énoncé à l'article L. 442-5 selon lequel "les dépenses de fonctionnement des classes sous contrat sont prises en charge dans les mêmes conditions que celles des classes correspondantes de l'enseignement public". Il en résulte que la loi ne peut être lue comme imposant aux communes une charge plus importante pour le financement des écoles privées que pour celui des écoles publiques ».

Le législateur ne pouvait étendre telles quelles les dispositions de l'article L. 212-8 au financement des classes élémentaires sous contrat, le principe de la liberté de l'enseignement faisant obstacle à ce que les dispositions du quatrième alinéa de cet article puissent être appliquées directement à la scolarisation des enfants dans des classes élémentaires sous contrat d'association. En effet, en faisant de l'accord du maire de la commune de résidence une condition de l'obligation de contribuer aux charges de fonctionnement des classes élémentaires sous contrat d'association établies dans une autre commune, l'application du quatrième alinéa de l'article L. 212-8 aurait conduit à faire dépendre l'exercice effectif d'une

liberté protégée par la Constitution des décisions prises par les collectivités territoriales, ce qui aurait violé le principe énoncé par le Conseil constitutionnel et interdisant que les conditions essentielles d'exercice d'une liberté garantie par la Constitution puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire.

Selon la circulaire de 2005 il ressort de la combinaison des dispositions précitées que « l'application de l'article 89 de la loi du 13 août 2004 ne saurait donc conduire à mettre à la charge de la commune de résidence une contribution supérieure par élève à celle qui lui incomberait si l'élève concerné était scolarisé dans une école publique. En revanche, et conformément au principe de parité qui doit guider l'application de la loi, la commune de résidence doit participer au financement de l'établissement privé sous contrat dans tous les cas où elle devrait participer au financement d'une école publique qui accueillerait le même élève ».

Le Secrétariat général de l'enseignement catholique (SGEC) a contesté la combinaison des dispositions de cet article 89 et de l'article L. 442-5 du code de l'éducation, tandis que l'Association des maires de France s'en réjouissait et que cinq organisations réunies au sein du Comité national d'action laïque (CNAL) contestaient la légalité de la circulaire devant le Conseil d'Etat. Pour prévenir d'éventuels désaccords, le ministre de l'intérieur a engagé une nouvelle concertation dans l'attente de la décision du Conseil d'Etat. L'accord a pris la forme d'un relevé de conclusions en date du 16 mai 2006, diffusé à l'ensemble des préfets par le biais d'une note du directeur de cabinet du ministre de l'intérieur du 1^{er} juin 2006, qui prenait acte des divergences d'interprétation, rappelait que l'article L. 212-8 renvoyait d'abord à un accord entre les communes concernées, et que l'échange d'informations était la première condition pour arriver à un accord.

Le Conseil d'Etat a annulé la circulaire du 2 décembre 2005, mais pour des raisons de forme, la circulaire ayant été signée par les directeurs de cabinet des deux ministres concernés, alors qu'elle aurait dû l'être par les directeurs d'administration centrale, qui disposaient seuls de la délégation pour ce faire. La décision du Conseil d'Etat (CE 4 juin 2007, *Ligue de l'enseignement et autres*, req. n° 289792) n'apporte donc rien sur le fond. A l'issue d'une nouvelle concertation organisée sous l'égide du ministre de l'éducation nationale il a été décidé de prendre une nouvelle circulaire. Celle-ci a été publiée le 27 août 2007, elle ne diffère de la précédente que par la suppression, en 2007, de trois dépenses de la liste des dépenses obligatoires (dépenses relatives aux agents territoriaux de services des écoles maternelles, ATSEM ; les dépenses relatives aux activités extrascolaires ; les dépenses relatives aux contrôles techniques réglementaires) qui n'étaient pas conformes aux dispositions du troisième alinéa de l'article L. 212-8 fixant les champ des dépenses prises en compte pour le calcul de la contribution de charge commune.

L'« application sereine », selon l'un des rapporteurs, de l'article 89, a été rendue possible par l'intervention du Sénat qui, lors de l'examen de la loi n° 2005-380 du 23 avril 2005 d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, a adopté un amendement complétant l'article 89 en question par un second alinéa au terme duquel « la contribution par élève mise à la charge des chaque commune ne peut être supérieure pour un élève scolarisé dans une école privée située sur le territoire d'une autre commune, au coût qu'aurait représenté pour la commune de résidence ce même élève s'il avait été scolarisé dans une de ses écoles publiques ou, en l'absence d'école publique, au coût moyen des classes élémentaires publiques du département ».

Cette disposition a eu pour but de fixer une limite supérieure au montant de la contribution versée par chacune des communes, afin de garantir le strict respect du principe de parité, le coût par élève dans l'enseignement public servant de plafond mais non de plancher pour la détermination du montant de la participation versée et la disposition adoptée garantissant que l'article 89 ne pouvait être utilisé de manière indirecte pour augmenter le

forfait communal versé aux établissements d'enseignement primaire privés sous contrat d'association.

Il a été fait observer, en effet, qu'une partie des difficultés rencontrées par ces établissements tenait à la faible évolution du montant de la contribution qui leur est versée par les communes sur le territoire de laquelle ils sont implantés, à la différence des établissements d'enseignement secondaire qui, eux, ont bénéficié de la revalorisation du forfait d'externat consécutive aux accords du 13 juin 1992, dits « Lang-Cloupet ». Les rapporteurs des propositions de loi au Parlement ont reconnu que le montant des forfaits communaux versés aux écoles privées peut être souvent considéré comme sous-évalué, mais que l'objet de l'article 89 n'a pas été de permettre leur revalorisation.

Le rapporteur au Sénat J.-C. Carle estimait que l'article 89 ne pouvait être contesté dans son principe, qu'il permettait de donner une pleine effectivité au principe de parité : l'état du droit antérieur pouvait conduire à ce qu'une part des dépenses de fonctionnement des classes élémentaires sous contrat d'association ne soit pas prise en charge par l'une ou l'autre des communes concernées, situation manifestement contraire au principe énoncé par l'article L. 442-5 du code de l'éducation garantissant une prise en charge paritaire des dépenses de fonctionnement des établissements d'enseignement publics et privés. Le sénateur ajoutait que si l'auteur de l'amendement dont est issu l'article 89 avait indiqué, par la suite, avoir voulu réserver le bénéfice de ces dispositions aux seules communes ne disposant plus d'une école publique, cette précision n'était pas de nature à modifier le constat qui avait conduit le parlementaire à souhaiter l'intervention du législateur : « l'article 89 est bien venu mettre fin à un déséquilibre défavorable à l'enseignement privé sous contrat d'association et, qui par contrecoup pouvait conduire à inciter à la scolarisation dans l'enseignement privé sous contrat pour des raisons purement financières ».

Seul l'enseignement primaire sous contrat d'association ne bénéficiait pas de l'effet du principe de parité énoncé à l'article L. 442-5, les dispositions de l'article 7-2 du décret n° 60-389 du 22 avril 1960 prévoyant qu'un département doit contribuer aux charges de fonctionnement d'un collège privé sous contrat d'association situé dans un autre département lorsque 10% au moins des élèves de cet établissement ne résident pas dans celui-ci, et qu'une région doit contribuer de la même manière aux charges de fonctionnement d'un lycée privé sous contrat d'association (le seuil étant abaissé à 5% pour les lycées professionnels).

Si l'application de l'article 89 a soulevé quelques inquiétudes chez un certain nombre d'élus locaux, les contentieux ont été peu nombreux (19 affaires à ce jour, soit 0,4% des cas, alors que 5147 écoles privées sous contrat étaient potentiellement concernées). Un de ces contentieux est intéressant.

Dans un jugement du 28 février 2008 le Tribunal administratif de Dijon, rapprochant les dispositions de l'article 89 de la loi des trois premiers alinéas de l'article L. 212-8 du code de l'éducation (sur la répartition des dépenses de fonctionnement entre les communes) déclare que les premières rendent applicables aux établissements privés sous contrat d'association les secondes et en déduit qu'un conseil municipal ne peut exiger, « en l'absence de toutes dispositions législatives en ce sens, que les parents des enfants scolarisés dans un établissement primaire privé sur le territoire d'une autre commune demandent une quelconque autorisation au maire » de la commune de résidence et qu'il ne peut donc, « en tout état de cause, refuser de participer aux frais de fonctionnement liés à la scolarisation des enfants des familles » qui sont scolarisés dans un établissement privé sous contrat d'association situé dans une autre commune (TA Dijon 28 février 2008, *Préfète de Saône-et-Loire c/ Commune de Semur-en-Brionnais*, AJDA 5 mai 2008 p. 926, concl. O. Tainturier).

Le Parlement a considéré que cette faiblesse du contentieux ne justifiait pas une « abrogation intempestive » de l'article 89 et qu'il convenait de relativiser les difficultés rencontrées. On a fait par ailleurs observer, à juste titre semble-t-il, que le développement de

l'intercommunalité permettait de en plus fréquemment d'apporter une réponse aux difficultés éventuelles rencontrées dans la répartition des contributions entre la commune d'accueil et la commune de résidence, et s'il fallait un argument supplémentaire pour justifier l'intercommunalité, celui-là en serait un.

2 – La loi

Pourquoi, alors, voter un nouveau texte ? L'explication est relativement simple. La portée de l'article 89 fait encore débat et le « relevé de conclusions » précité n'est pas l'expression d'un accord il est un compromis qui laisse subsister des désaccords. Cela était de nature à entretenir un climat d'insécurité juridique, les maires ignorant dans un nombre important de cas la portée de leurs obligations légales, et les établissements privés sous contrat d'association se trouvant dans l'impossibilité de prévoir les financements dont ils bénéficieraient, le versement effectif de la contribution communale étant suspendu à la lecture de l'article 89 faite par la commune concernée.

Le rapporteur au Sénat, suivi par l'Assemblée, a donc jugé utile de passer par une « consolidation définitive » de compromis d'application trouvé en 2005 qui respecte les équilibres de la « loi Debré » de 1959 et de « graver ce compromis dans la loi ».

Le Conseil constitutionnel a été saisi du texte adopté par le Parlement par les députés socialistes sur le fondement de l'article 61 de la Constitution. Il a rejeté l'ensemble des griefs invoqués.

Sur l'atteinte au principe de laïcité auquel contreviendrait la loi déférée, le Conseil, se référant à l'article 1^{er} de la Constitution et au treizième alinéa du Préambule de 1946, déclare qu'il résulte de ces règles ou principes à valeur constitutionnelle que « le principe de laïcité ne fait pas obstacle à la possibilité pour le législateur de prévoir, sous réserve de fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels, la participation des collectivités publiques au financement du fonctionnement des établissements d'enseignement privés sous contrat d'association selon la nature et l'importance de leur contribution à l'accomplissement de missions d'enseignement » et que les dispositions examinées ne méconnaissaient pas ces exigences.

En ce qui concerne le principe de libre administration des collectivités territoriales dont les requérants estimaient qu'il était méconnu « de manière manifeste », le Conseil rappelle d'abord la formule de l'article 72 selon lequel les collectivités territoriales s'administrent librement « dans les conditions prévues par la loi » (certains ayant tendance à oublier ou à sous-estimer cette seconde partie de la formule) et déclare que la loi déférée n'emporte ni création ni extension des compétences en matière de contributions des communes aux frais de fonctionnement des classes élémentaires des établissements du premier degré privés sous contrat d'association, par suite le grief tiré de la méconnaissance du principe de libre administration des collectivités territoriales manque en fait.

En ce qui concerne, enfin, le principe d'égalité devant les charges publiques – les requérants soutenant que la loi déférée portait atteinte à ce principe en dispensant le financement des écoles privées de l'accord préalable du maire de la commune de résidence alors que cet accord est exigé pour le financement des écoles publiques – le Conseil déclare que la participation de la commune de résidence à aux frais de fonctionnement des écoles élémentaires publiques comme privées sous contrat d'association lorsque cette dépense sa le caractère obligatoire dans les conditions prévues par la loi, et lorsque ces conditions ne sont pas remplies, « l'application de la loi déférée n'entraîne aucune conséquence financière obligatoire pour la commune de résidence en cas d'inscription d'un enfant dans une école privée sous contrat située dans une autre commune » et que, par suite, le grief manque en fait (Conseil const. Décision n° 2009-591 DC du 22 octobre 2009).

La loi tendant à garantir la parité de financement entre les écoles élémentaires publiques et privées sous contrat d'association lorsqu'elles accueillent des élèves scolarisés hors de leur commune de résidence, du 28 octobre 2009 insère après l'article L. 442-5 du code de l'éducation un nouvel article L. 442-5-1. Selon ce dernier, la contribution de la commune de résidence pour un élève scolarisé dans une autre commune dans une classe élémentaire d'un établissement privé du premier degré sous contrat d'association constitue une dépenses obligatoire lorsque cette contribution aurait également été due si cet élève avait été scolarisé dans une des écoles publiques de la commune d'accueil.

En conséquence, déclare la loi, cette contribution revêt le caractère d'une dépense obligatoire lorsque la commune de résidence ou, dans des conditions fixées par décret, le regroupement pédagogique intercommunal auquel elle participe ne dispose pas des capacités d'accueil nécessaires à la scolarisation de l'élève concerné dans son école publique ou lorsque la fréquentation par celui-ci d'une école située sur le territoire d'une autre commune que celle où il est réputé résider trouve son origine dans des contraintes liées : 1° Aux obligations professionnelles des parents, lorsqu'ils résident dans une commune qui n'assure pas directement ou indirectement la restauration et la garde des enfants ; 2° A l'inscription d'un frère ou d'une sœur dans un établissement scolaire de la même commune ; 3° A des raisons médicales.

Lorsque la contribution n'est pas obligatoire, la commune de résidence peut participer aux frais de fonctionnement de l'établissement sans que cette participation puisse excéder par élève le montant de la contribution tel qu'il est déterminé selon les règles ci-dessus énoncées. Pour le calcul de la contribution de la commune de résidence, il est tenu compte des ressources de cette commune, du nombre d'élèves de cette commune scolarisés dans la commune d'accueil et du coût moyen par élève calculé sur la base des dépenses de fonctionnement de l'ensemble des écoles publiques de la commune d'accueil, sans que le montant de la contribution par élève puisse être supérieur au coût qu'aurait représenté pour la commune de résidence l'élève s'il avait été scolarisé dans une de ses écoles publiques. En l'absence d'école publique, la contribution par élève mise à la charge de la commune est égale au coût moyen des classes élémentaires publiques du département.

Par ailleurs, une précision est apportée à l'intervention du représentant de l'Etat. La loi ajoute un article L. 442-5-2 au terme duquel lorsqu'elle est obligatoire, la contribution aux dépenses de fonctionnement des classes élémentaires sous contrat d'association des établissements privés du premier degré est, en cas de litige, fixée par le représentant de l'Etat dans le département qui statue dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle il a été saisi par la plus diligente des parties.

L'histoire comporte toujours une morale. En l'espèce elle est double. D'une part elle montre que les parlementaires seraient bien avisés de regarder à deux fois avant de proposer un amendement, ou une proposition de loi (sans doute cela vaut-il aussi pour le gouvernement). D'autre part elle démontre que l'on peut aussi, ce faisant, améliorer la législation existante ce qui est, au fond, réconfortant.