

N° 468768

M. A...

N° 472137

Mme B...

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 28 février 2024

Lecture du 3 avril 2024

Conclusions

M. Jean-François de Montgolfier, rapporteur public

Les deux affaires qui viennent d'être appelées ont été inscrites au rôle de votre formation de jugement afin de vous permettre de réexaminer la question de la compétence de la juridiction administrative pour connaître des litiges relatifs à la délivrance des diplômes qui sanctionnent l'achèvement de la scolarité dans un établissement d'enseignement technique privé, en particulier, une école de commerce.

La question revêt une importance croissante dans la mesure où la part de l'enseignement supérieur privé au sein de l'enseignement supérieur augmente de façon continue. Elle a doublé entre 1990 et 2010 et la proportion des étudiants inscrits dans l'enseignement supérieur privé est passée, au cours des dix dernières années de 18 à 25 %. Cette croissance touche tous les domaines d'enseignement mais les écoles de commerce constituent le secteur où les établissements privés sont majoritaires par le nombre d'étudiants formés.

Votre jurisprudence sur la compétence de la juridiction administrative à l'égard de l'enseignement supérieur privé est ancienne, abondante et bien établie. Elle procède d'abord du maniement d'un critère organique. Les chambres de commerce et d'industrie ont, depuis très longtemps, mis en place des formations professionnelles à vocation commerciale ou industrielle. Les établissements d'enseignement ainsi créés, dits « consulaires » en raison de leur rattachement aux chambres de commerce, n'en étaient que de simples émanations. Ils voyaient, pour cette raison les litiges touchant à leurs décisions et à leur responsabilité soumis au juge administratif. Vous l'avez jugé pour le concours d'accès à HEC, qui dépend de la CCI de Paris (15 février 1978, *Sieurs C...*, n°99022, B), pour le concours commun des ESCAE (12 février 1988, *D...*, n° 82334) ou pour le concours de l'école supérieure de commerce de Marseille Provence (26 mai 2010, *CCI de Marseille Provence*, n°319766, B). Vous l'avez jugé aussi pour les décisions relatives au déroulement de la scolarité et l'attribution du diplôme (22 juin 1983, *E...*, n°33603, A, pour une école d'ingénieur relevant de la CCI de Paris). Enfin, le Tribunal des conflits l'a jugé pour les actions en responsabilité mettant en cause le déroulement de la scolarité (TC, 26 juin 2006, *Mme F... c. CCI de Nice*

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Côte d'Azur, 3522 T, décision qui confirme que les établissements d'enseignement technique des CCI sont chargés d'une mission de service public administratif et non industrielle et commerciale).

Au contraire, lorsque le statut de l'établissement d'enseignement relève du droit privé, vous avez écarté la compétence du juge administratif pour connaître des litiges relatifs aux décisions touchant à l'accès et au déroulement de la scolarité. Il en va en particulier de l'ESSEC, association loi 1901, pour laquelle vous avez jugé que vous n'étiez compétent pour connaître ni de la décision d'exclusion d'un élève (30 juin 1978, *G...*, 3883, A) ni de la contestation du concours d'entrée (24 novembre 1982, *Mlle H...*, 33733, T).

Toutefois, aujourd'hui, les écoles consulaires ne sont plus de simples services des CCI et elles relèvent d'un statut de droit privé. Certaines ont cessé d'être des établissements consulaires et elles exercent sous la forme d'une société commerciale ou d'une association. Les autres ont vu leur statut réformé par la loi (2014-1545) du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises. Les établissements consulaires sont désormais soumis au statut des sociétés anonymes régi par le code de commerce tout en restant sous le contrôle des CCI qui les ont créées et ils sont soumis à certaines contraintes, notamment l'absence de but lucratif¹. Tous ces établissements² entrent dans la catégorie des établissements d'enseignement technique privé régis par les articles L. 443-2 et suivants du code de l'éducation, hérités du titre IV de la loi dite « Astier » du 25 juillet 1919³.

Ils participent certes au service public de l'enseignement supérieur. Ils peuvent notamment se voir reconnaître la qualité « d'établissement reconnu par l'Etat » après approbation de leurs plans d'étude et de leurs programmes, ce qui conduit notamment à ce que la nomination du directeur et du personnel enseignant de l'établissement soit soumise à l'agrément de l'autorité administrative⁴. Cette reconnaissance ouvre aussi droit aux bourses et aux subventions de fonctionnement. En outre, depuis la loi du 22 juillet 2013, dite « Fioraso »⁵, ils peuvent se voir reconnaître la qualité d'établissement d'enseignement supérieur privé d'intérêt général (EESPIG) qui traduit un degré renforcé de contribution aux missions de service public de l'enseignement supérieur. Elle suppose la conclusion d'un contrat pluriannuel avec l'Etat et ouvre le droit à des subventions. Elle n'a en revanche, par elle-même, pas de conséquence sur les diplômes délivrés par l'établissement.

Toutefois, la seule circonstance qu'une personne de droit privé participe à une mission de service public administratif sous le contrôle de l'administration ne suffit pas à ce qu'elle soit regardée comme investie d'une mission de service public administratif et que les décisions et actes qu'elle prend relèvent de la compétence du juge administratif. Il faut encore qu'elle soit dotée pour l'exercice de cette mission, de prérogatives de puissance publique. Votre jurisprudence comme celle du Tribunal des conflits est bien établie⁶. Vous avez ainsi jugé, pour l'enseignement secondaire, que les sanctions disciplinaires infligées à un élève dans un établissement privé participant au service public de l'enseignement ne procèdent pas de

¹ Avant dernier alinéa de l'article L. 711-17 du code de commerce.

² Pour les établissements consulaires, par le renvoi à l'article L. 443-1 du code de l'éducation auquel procède l'article L. 711-4 du code de commerce et l'article L. 753-1 du code de l'éducation.

³ Loi du 25 juillet 1919 relative à l'organisation de l'enseignement technique industriel et commercial.

⁴ art. L. 443-2 du code éducatif

⁵ Article L. 732-1 du code de l'éducation créé par l'article 70 de la loi du 22 juillet 2013.

⁶ Dans la filiation de la jurisprudence d'Assemblée *Caisse primaire aide et protection* du 13 mai 1938 (p. 417 et GAJA) précisée par votre décision de Section *T...* du 28 juin 1963 (p. 401)

l'exercice de prérogatives de puissance publique et relèvent de la compétence du juge judiciaire (26 mai 2004, *Epoux I...*, n°259682, T). Il en va de même pour l'enseignement supérieur : voyez la décision du TC, 5 juillet 1982, *Mlle J...* (pour un Institut de formation de soins infirmiers privé) ; votre décision du 16 novembre 1988, *Mlle K...*, 70099, A (pour un centre privé assurant la préparation au certificat d'aptitude de directeur d'établissement social) ou votre décision du 28 juin 1995, *L...*, n°75258, 108281, 110416, B, par laquelle vous avez jugé, pour l'Ecole supérieure d'optique, établissement privé reconnu d'utilité publique, rattaché à une université pour la délivrance des diplômes nationaux et participant au service public de l'enseignement supérieur **mais ne disposant d'aucune prérogative de puissance publique**, que la contestation des décisions de passage des élèves en année supérieure relèvent de la compétence du juge judiciaire.

Les établissements d'enseignement technique privé, qu'ils soient ou non en même temps des établissements consulaires, sont donc régis par le droit privé pour leur fonctionnement et les relations avec les étudiants. Le juge judiciaire connaît ainsi des litiges touchant à la validité ou à l'exécution de contrats conclus entre les élèves et des établissements d'enseignement privé, qu'il s'agisse du prix convenu et de la réalisation de la prestation⁷, du caractère abusif ou non de certaines clauses au sens du code de la consommation⁸, de la discipline⁹ ou des décisions d'exclusion¹⁰.

Reste toutefois la question de la délivrance du diplôme.

Les établissements privés d'enseignement supérieur peuvent délivrer trois catégories de certificats ou diplômes :

- 1° des diplômes qui leur sont propres, c'est-à-dire sans reconnaissance académique officielle mais qui peuvent sanctionner des formations inscrites au répertoire national des certifications professionnelles (RNCP), selon une législation dont la mise en œuvre est confiée au ministre chargé de la formation professionnelle ;
- 2° des diplômes « reconnus » par l'Etat. Pour les écoles de commerce¹¹, cette reconnaissance s'opère par l'apposition du visa de l'Etat sur le diplôme délivré par un établissement reconnu par l'Etat. Les articles L. 443-2 et L. 641-5 du code de l'éducation confient au ministre le soin de fixer par arrêté les conditions dans lesquelles ces établissements peuvent délivrer des diplômes.

Ainsi, un arrêté du 8 mars 2001¹² prévoit que l'autorisation de délivrer des diplômes revêtus du visa de l'Etat est accordée, après évaluation des formations et avis du CNESER, par arrêté du ministre de l'enseignement supérieur.

⁷ 1^{ère} Civ., 17 février 2011, *Société Collège ostéopathique Suntherland Aquitaine*, n° 09-72.517.

⁸ 1^{ère} Civ., 10 février 1998, *Saint-Louis Union Académie*, n° 96-13.316, Bull. 1998, I, n° 53 ; 1^{ère} Civ., 12 mai 2016, *Institut privé d'enseignement supérieur des arts appliqués*, n° 15-15.471 ; ou 1^{ère} Civ., 13 décembre 2012, *Ecole Pigier*, n° 11-27.766, B.

⁹ 1^{ère} Civ., 21 juin 2005, *Collège privé Charles de Foucauld* n° 02-19.831, Bull. 2005, I, n° 27

¹⁰ 1^{ère} Civ., 17 janvier 1998, *Institut européen des entrepreneurs*, n° 95-12.600, Bull. n°29, 1^{ère} Civ., 11 mars 2010, *ISP Tennis Academy*, n° 09-12.453, Bull. n° 60.

¹¹ Le régime est différent pour les écoles d'ingénieurs.

¹² Arrêté du 8 mars 2001 relatif aux diplômes délivrés par les établissements d'enseignement supérieur technique privés et consulaires reconnus par l'Etat, qui remplace l'ancien arrêté du 15 février 1921 relatif aux certificats et diplômes délivrés par les écoles reconnues par l'Etat.

L'article 5 de cet arrêté confie au recteur le soin de nommer les jurys de fin d'études, de désigner le président du jury, enseignant-chercheur, ainsi que son vice-président, et prévoit que le recteur ou son représentant participe au jury avec voix consultative. Enfin, selon ses articles 6 et 7, le président du jury adresse au recteur la liste des étudiants proposés à l'obtention du diplôme lequel est signé par le président du jury et le directeur de l'école ainsi que par le recteur qui y appose le visa de l'Etat.

- Enfin, 3^o, ces établissements peuvent délivrer des diplômes qui confèrent un grade universitaire. La liste de ces diplômes est fixée par arrêté¹³. En pratique, pour les établissements techniques privés, l'arrêté qui désigne les diplômes visés par l'Etat précise ceux qui confèrent le grade de licence ou de master.

* Il ne fait aucun doute que les litiges touchant à la délivrance de la première catégorie des diplômes que nous venons de présenter, ne peuvent être portés que devant la juridiction judiciaire. Il s'agit d'actes de droit privé même si la décision du ministre chargé de la formation professionnelle d'enregistrer un diplôme dans le RNCP est une décision administrative¹⁴.

Nous n'avons pas davantage d'hésitation à vous proposer de juger que les diplômes reconnus par l'Etat et qui confèrent un grade universitaire (la 3^{ème} catégorie) sont des actes administratifs. Les articles D. 612-32-4 et D. 612-34 du code de l'éducation précisent que ces diplômes sont délivrés « au nom de l'Etat » et, compte tenu du monopole de la collation des grades, prévu aujourd'hui par l'article L. 613-1 du code de l'éducation, il nous semble difficile de ne pas voir dans la délivrance de ces diplômes l'exercice d'une prérogative de puissance publique.

* L'hésitation est en revanche permise pour ce qui est des diplômes visés par l'Etat qui ne confèrent pas de grade universitaire (la deuxième catégorie).

Vous pourriez être tentés de ne pas faire de distinction entre les diplômes simplement visés par l'Etat et ceux qui confèrent un grade universitaire dans la mesure où la différence touche essentiellement au niveau académique des diplômes mais non à l'implication organique de l'administration dans leur délivrance. Le même texte, l'arrêté du 8 mars 2001, s'applique indifféremment : le recteur nomme le jury, désigne son président, enseignant chercheur, participe au jury avec voix consultative et signe le diplôme avec le président du jury et le directeur de l'établissement. Cela peut inciter à voir dans le diplôme un acte délivré par un organe administratif.

Si vous vous engagez dans cette voie en vous fondant sur ce critère, vous devrez toutefois attirer dans la compétence de la juridiction administrative non seulement la délivrance de tous les diplômes visés par l'Etat dans les conditions que nous avons évoquées mais aussi les décisions relatives à l'admission dans les établissements d'enseignement technique privés reconnus par l'Etat. En effet, les articles 5 et 7 de l'arrêté du 8 mars 2001 fixent des règles communes à la décision d'admission et à la décision d'obtention du diplôme.

¹³ 21^o de l'article D. 612-32-2 pour le grade de licence et 17^{ème} alinéa de l'article D. 612-34 pour le grade de master.

¹⁴ Une décision individuelle : CE, 14 novembre 2012, *Fédération française des professionnels de la conservation-restauration*, n°346912, B.

Il ne nous semble toutefois pas qu'il faille faire une distinction entre l'application des règles touchant à la reconnaissance de l'établissement et celles touchant à la reconnaissance du diplôme. Dans leur ensemble, ces règles, mettent en œuvre le contrôle que l'autorité administrative exerce sur la qualité de l'enseignement délivré dans les établissements privés mais ne suffisent pas pour qualifier d'actes administratifs les décisions prises par ou au nom de ces établissements au cours ou à l'issue de la scolarité. Nous sommes confortés dans cette approche par les conclusions d'un rapport de l'Inspection générale de l'éducation nationale et de la recherche de juin 2015¹⁵, qui relèvent que le contrôle de l'Etat, notamment sur les conditions de délivrance de ces diplômes, est en général plus formel que réel. On peut, à cet égard, comprendre que le ministre ne cherche pas à devoir défendre devant les juridictions administratives des actes auxquels il n'a participé que de façon assez distante.

Par conséquent, nous vous invitons à juger que c'est la différence entre les diplômes simplement visés par l'Etat, qui sont délivrés au nom de l'établissement privé, et les diplômes conférant un grade universitaire, délivrés « au nom de l'Etat », qui doit constituer le critère décisif de la compétence du juge administratif pour connaître de litiges relatifs à la délivrance des diplômes des établissements d'enseignement technique privé.

II. - Il est temps d'en venir aux deux pourvois dont vous êtes saisis et qui tendent à l'annulation d'ordonnances par lesquelles le juge des référés a rejeté, pour défaut de moyen sérieux, les demandes tendant à la suspension de décisions de jurys de fin de scolarité dans deux écoles de commerce sous statut d'établissement techniques privées. Le moyen d'ordre public tiré de ce que la juridiction administrative n'était pas compétente pour connaître de ces demandes a été communiqué aux parties.

Précisons que la circonstance que vous statuez ici en cassation de référé ne nous paraît pas de nature à faire obstacle à ce que vous fixiez la règle de compétence. Vous jugez certes que le juge du référé suspension peut retenir sa compétence pour statuer sur une demande qui n'est pas « *manifestement insusceptible de se rattacher à un litige relevant de la compétence de la juridiction administrative* »¹⁶. Cette formule n'impose toutefois pas une approche véritablement distanciée de la question de la compétence de la juridiction administrative par le juge des référés puisque vous n'avez admis une telle approche distanciée que pour le référé mesures utiles et le référé mesure d'instruction (20 décembre 1968, *Commune de Villaines-la-Juhel*, p. 679 ; 22 octobre 2010, *M. M...*, n°335051, A ; JRCE, 22 avril 2022, *M. et Mme N...*, n°463244, C). Le Tribunal des conflits, qui veille à la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction y compris en référé¹⁷ n'admet quant à lui une telle approche distanciée que pour le référé mesures d'instruction (TC, 17 octobre 1988, *S.A. Entreprise Niay*, n°2530B, A)¹⁸.

¹⁵ IGAENR, « L'enseignement supérieur privé : proposition pour un nouveau mode de relation avec l'Etat », rapport n°2015-047, juin 2015, pp.31-32.

¹⁶ CE, 5/6 CHR, 29 septembre 2023, *GAINET c\ CPAM de L'Herault*, n°470908, B ; CE, 1/6 SSR, 7 janvier 2013, *M. ROCHE*, n°358781, B.

¹⁷ Pour le référé civil : TC 1^{er} mars 1993 *Préfet de la Seine-St-Denis c/ O...* p 394 ; pour le référé fiscal TC 13 mars 2000 *Csts Bernard c/ Receveur principal des impôts de Hirson*.

¹⁸ A contrario pour le référé « mesures utiles » (TC, 2 avril 2012, *Proyart c/Ordre des avocats du barreau de Lille*, n° 3830, au Rec.)

A. Dans la première affaire appelée, Mme B... s'est vue refuser la validation de sa dernière année du Bachelor en management du tourisme et de l'hôtellerie de l'école « Excelia » de La Rochelle en raison d'un score insuffisant au TOEIC ou à un test de langue équivalent (TOEFL, Cambridge...). Par une ordonnance du 19 novembre 2022, le juge des référés du tribunal administratif de Poitiers a rejeté sa demande tendant à la suspension de cette décision.

Héritier de Sup de Co la Rochelle, Excelia Group exerce désormais sous une forme associative. Ce n'est donc plus un établissement consulaire, mais c'est un établissement d'enseignement technique privé régi par les articles L. 443-2 et suivants du code de l'éducation ; il est reconnu par l'Etat et bénéficie du statut d'EEPSIG¹⁹. Un arrêté ministériel du 25 juin 2021 mentionne le diplôme qui sanctionne la filière dans laquelle était inscrite Mme B... parmi les diplômes visés par l'Etat. Il précise que ce diplôme est de niveau « bac+3 » mais ne prévoit pas qu'il confère un grade universitaire.

Pour retenir la compétence de la juridiction administrative, le juge des référés s'est fondé sur la circonstance que le diplôme permet la poursuite d'étude à Bac +3 par équivalence. Un tel motif ne pouvait justifier la compétence du juge administratif et le juge des référés aurait dû se déclarer incompétent.

B. – Dans la seconde affaire, M. A... a suivi en 2021 et 2022 le programme « Grande Ecole – Master in Management » de la Néoma Business School. A l'issue de la deuxième année, alors qu'il n'avait validé que 10 crédits sur 60 la première année et 26 sur 60 la seconde, il a été déclaré « définitivement non diplômé » par le jury. La directrice de l'école l'a informé de ce qu'il n'était pas autorisé à redoubler. Il a saisi en vain le juge des référés du tribunal administratif de Rouen aux fins d'obtenir la suspension de ces deux décisions.

La Neoma Business School est un établissement d'enseignement supérieur consulaire né de la fusion de deux écoles de commerce et de management chacune créée initialement par les CCI de de Reims et de Rouen. Elle est membre de la COMUE Normandie Université et le programme dans lequel M. A... était inscrit est sanctionné par un diplôme reconnu par l'Etat mais qui confère le grade de Master²⁰.

M. B... n'a jamais soutenu qu'il remplissait les conditions pour la délivrance du diplôme et la demande qu'il a présentée au juge des référés doit être regardée comme tendant seulement à la suspension de la décision lui refusant le droit de redoubler. Il conteste en effet le défaut d'adaptation de sa scolarité à sa situation de handicap.

Or, les questions en cause relèvent de l'organisation de la scolarité d'une école privée et le juge administratif n'est pas compétent pour en connaître. Précisons que comme l'expliquait le président Massot dans ses conclusions sur la décision G... déjà mentionnée, la théorie des opérations complexes ne saurait permettre d'attirer dans la compétence du juge administratif des événements relatifs au déroulement de la scolarité qui relèvent entièrement du droit privé.

¹⁹ Par arrêté du 27 avril 2017 renouvelé le 13 décembre 2021.

²⁰ Voir annexe de l'arrêté du 2 juillet 2018, établissant la liste des établissements d'enseignement supérieur technique privés et consulaires autorisés à délivrer un diplôme visé par la ministre chargée de l'enseignement supérieur et pouvant conférer le grade de licence ou de master à leurs titulaires.

* **Dans ces deux procédures**, le juge saisi d'une demande en référé suspension aurait donc dû juger que la juridiction administrative n'était pas compétente pour en connaître. Vous pourrez toutefois substituer ce motif, qui ne requière l'appréciation d'aucune circonstance de fait²¹, à celui par lequel le juge des référés a, dans chacune des affaires rejeté la requête²².

Enfin, dans l'affaire de Mme B..., vous pourrez constater, compte tenu de ce que vous aurez jugé sur le pourvoi principal, qu'il n'y a plus lieu de statuer sur le pourvoi incident qui n'attaquait l'ordonnance qu'en tant que le juge ne s'était pas déclaré incompétent et vous pourrez le faire sans avoir à vous prononcer sur la recevabilité d'un tel pourvoi incident qui n'attaquait que les motifs de l'ordonnance en tant que le juge ne s'était pas déclaré incompétent²³,

PCMNC :

472 137 (B...)

- Rejet du pourvoi principal ;
- Non-lieu sur le pourvoi incident ;
- Rejet, dans les circonstances de l'espèce, des conclusions présentées au titre des frais non compris dans les dépens.

468 768 (A...)

Rejet du pourvoi.

²¹ CE, 13 mars 1998, P..., n°171295, B.

²² Pour une substitution, en appel, du motif tiré de ce que la demande échappe à la compétence de la juridiction administrative au motif retenu à tort par le juge de première instance pour rejeter la demande (Section, 11 février 1972, *Société d'agglomères et de Moulages et Sieur Q...*, n°80321, 80322, A, T), notamment pour une demande présentée en référé (29 février 1980, R..., n°14837, A).

²³ Question qui nécessiterait de juger s'il y a lieu d'étendre « *a contrario* » la jurisprudence issue de la décision de Section du 17 juillet 2009 *Min de l'économie c. S...*°288559 A et T qui juge que « *l'intérêt à se pourvoir en cassation s'apprécie par rapport au dispositif de la décision juridictionnelle critiquée. Si, quels qu'en soient les motifs, une décision de rejet ne fait pas grief au défendeur - qui n'est donc pas recevable à la déférer au juge de cassation - il en va différemment d'une décision qui rejette les conclusions du demandeur comme portées devant un ordre de juridiction incompétent pour en connaître, laquelle, sans clore le litige, invite le demandeur à le poursuivre devant l'autre ordre de juridiction. Par suite, un défendeur est recevable à se pourvoir en cassation contre un arrêt de cour administrative d'appel déclinant la compétence de son ordre de juridiction.* »