

Observations

1. Le droit à l'enseignement est consacré par l'article 24 de la Constitution, ainsi que par diverses normes internationales, mais toutes ces dispositions n'offrent pas le même degré de protection, particulièrement en ce qui concerne le droit à l'enseignement supérieur (A).

Les deux arrêts commentés présentent la particularité d'être les premiers dans lesquels les juridictions dont ils émanent se prononcent sur la conformité aux normes supérieures d'un système de *numerus clausus* pour l'accès aux études universitaires. Certes, par le passé, la Cour constitutionnelle s'était déjà prononcée sur la conformité à ces mêmes normes de législations venant limiter le système du libre accès aux études supérieures, mais dans ces affaires précédentes le nombre d'étudiants admis à entamer ou à poursuivre des études supérieures n'était pas préalablement établi par ou en vertu de la législation. Néanmoins, on pouvait déjà déduire de ces arrêts antérieurs que la Cour constitutionnelle n'avait pas formulé d'objections à l'égard de dispositions législatives durcissant les conditions académiques d'accès à l'enseignement supérieur (B).

Si, en l'espèce, les arrêts commentés reconnaissent que les restrictions apportées à l'accès aux études de médecine poursuivent des objectifs légitimes, cette reconnaissance interpelle, car, dans les deux cas, elle aboutit en fait à considérer que la limitation du droit prétendument protégé est en soi un objectif légitime (C).

Enfin, ces arrêts relativisent fortement la portée positive du droit à l'accès à l'enseignement supérieur. Ce droit n'ouvre en tout cas pas celui d'exiger des autorités publiques de pouvoir suivre les études supérieures de son choix (D).

A. L'accès à l'enseignement supérieur en tant que droit fondamental : les textes

2. Comme le rappelle la Cour constitutionnelle, le droit à l'enseignement supérieur est consacré par plusieurs dispositions, constitutionnelle et internationales, qui n'ont pas toutes la même portée.

L'article 24, § 3, de la Constitution dispose que « chacun a droit à l'enseignement dans le respect des libertés et droits fondamentaux ». De jurisprudence constante, « le droit à l'enseignement garanti par l'article 24, § 3, de la Constitution ne fait pas obstacle à une réglementation de l'accès à l'enseignement supérieur dispensé au-delà du temps de scolarité obligatoire ».

de l'individu »¹. D'emblée, relevons que cette formulation paraît légitimer le *numerus clausus* dans son principe : les « besoins de la communauté » ne peuvent qu'évoquer le nombre de diplômés qui sont nécessaires à une communauté. Les « possibilités de la communauté » font référence aux moyens limités dont cette communauté dispose et qui l'empêchent de former un nombre indéterminé d'étudiants.

3. L'article 2 du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme établit pour sa part que « [n]ul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques ». Si cet article vaut pour les niveaux primaire, secondaire et supérieur de l'enseignement², il « ne peut s'interpréter en ce sens qu'il obligerait les États contractants à créer ou subventionner des établissements d'enseignement particuliers » ; en revanche, un État qui a créé de tels établissements a l'obligation d'offrir un accès effectif à ceux-ci³. Comme le relève l'arrêt commenté de la Cour européenne, le droit à l'enseignement ne vaut que dans la mesure où celui-ci est disponible. Le droit peut en outre donner lieu à des limitations implicitement admises, pour autant qu'elles soient prévisibles, poursuivent un objectif légitime et soient raisonnablement proportionnées à cet objectif.

4. L'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels (ci-après PIDESC) reconnaît aussi « le droit de toute personne à l'éducation ». Le paragraphe 2, c), de cette disposition prévoit qu'« en vue d'assurer le plein exercice de ce droit, [...] l'enseignement supérieur doit être rendu accessible à tous en pleine égalité, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés et notamment par l'instauration progressive de la gratuité ». Selon le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, l'organe onusien chargé du respect du Pacte, cette disposition implique que « les établissements d'enseignement et les programmes éducatifs doivent exister en nombre suffisant à l'intérieur de la juridiction de l'État partie »⁴. Contrairement aux autres textes consacrant le droit fondamental à l'enseignement, on peut donc voir dans le Pacte une obligation positive pour l'État partie d'organiser, de subventionner ou à tout le moins de reconnaître un nombre suffisant d'établissements d'enseignement afin de garantir l'exercice effectif du droit à

¹ C. const., arrêt n° 47/97 du 14 juillet 1997, B.3.2 ; C. const., arrêt n° 35/98 du 1^{er} avril 1998, B.4.2 ; C. const., arrêt n° 107/2004 du 16 juin 2004, B.7.2.

² Cour eur. D.H. (4^e ch.), arrêt *Lowe v. Sabina*, 10 juillet 2001, 2001-1-10.

l'éducation. Cette disposition est en revanche la seule à prévoir explicitement que le droit à l'accès à l'enseignement supérieur doit être assuré « en fonction des capacités de chacun ».

B. Les capacités des étudiants et le numerus clausus : l'arrêt n° 2/2014 met fin aux hésitations de la jurisprudence

5. L'idée de limiter le nombre des titulaires de diplômes donnant accès aux professions médicales en Belgique remonte au début des années 1990. La singularité, résultant de la répartition des compétences entre l'État fédéral et les Communautés, est que l'autorité qui a instauré le *numerus clausus* n'est pas celle qui est compétente pour l'enseignement. En effet, c'est l'État fédéral, compétent pour l'art de guérir et pour la sécurité sociale, qui a décidé, par la loi du 29 avril 1996 portant des dispositions sociales, que le Roi serait autorisé à fixer un nombre limité, par Communauté, de diplômés de médecine ayant accès à la profession médicale, conditionnant de ce fait l'accès aux études de spécialisation en médecine. La section de législation du Conseil d'État, saisie de l'avant-projet de loi, avait d'ailleurs émis des doutes sur la compatibilité d'un tel projet avec le principe de proportionnalité dans l'exercice des compétences, qui implique qu'une autorité ne peut prendre des mesures qui rendent exagérément difficile l'exercice des compétences d'une autre autorité⁵.

6. À la suite de cette décision de l'autorité fédérale, la Communauté flamande décida d'instaurer un examen d'entrée en première année des études de médecine par le décret du 24 juillet 1996⁶. Ce décret a été l'objet de recours en suspension et en annulation devant la Cour constitutionnelle, qui ont débouché respectivement sur les arrêts n°s 32/97 et 47/97. Après avoir souligné que ni l'article 24, § 3, de la Constitution, ni les dispositions internationales « n'empêchaient que l'accès à l'enseignement supérieur ne soit soumis à des conditions relatives à la capacité des candidats étudiants pour autant que le principe d'égalité soit respecté »⁷, la Cour constate que le contingentement de l'accès à la profession médicale a été décidé par l'autorité fédérale et estime justifié de limiter le nombre d'étudiants à l'entrée des études plutôt qu'à la sortie afin que les aspirants-étudiants obtiennent toute la clarté sur leurs possibilités de formation et ne perdent pas un temps précieux. Même si elle reconnaît que l'objectif est bien de limiter le nombre de diplômés, la Cour semble, dans ces arrêts, attribuer une importance particulière au fait que l'instauration de

l'examen interuniversitaire « n'implique pas un *numerus fixus* »⁸. On relèvera également dès à présent, tout en y revenant par après, qu'en l'espèce, la Cour ne s'interroge pas sur le point de savoir si la mesure constitue ou non un recul sensible dans la protection du droit à l'accès à l'enseignement supérieur, alors que dans des arrêts antérieurs, relatifs aux droits d'inscription dans l'enseignement supérieur, elle avait accroché à l'article 13.2, c), du PIDESC une obligation de *standstill*⁹.

7. De son côté la Communauté française choisit de ne pas instaurer d'examen à l'entrée, mais de limiter, au terme de la troisième année d'études, le nombre d'étudiants qui recevront une attestation pour pouvoir entamer des études de spécialisation. Examinant, à l'état de projet, les décrets qui ont instauré ce système de *numerus clausus*, la section de législation du Conseil d'État n'émet des critiques qu'à l'égard du non-respect du principe de légalité, consacré par l'article 24, § 5, de la Constitution. Elle n'examine pas, ou, à tout le moins, n'exprime aucune observation, sur le plan de la protection du droit à l'accès à l'enseignement supérieur¹⁰. En revanche, saisie d'un avant-projet de décret de la Communauté flamande tendant à instaurer un *numerus fixus* pour les études de kinésithérapie, la section de législation se demande si un tel projet est bien compatible avec l'obligation de *standstill* déduite de l'article 13.2, c), du PIDESC¹¹.

8. En 1998, la Cour constitutionnelle rend encore deux arrêts importants en matière de droit d'accès à l'enseignement supérieur. Dans l'arrêt n° 35/98, la Cour juge d'un recours de la Fédération des étudiants francophones contre une législation qui durcit les conditions de réussite pour qu'un étudiant reste finançable et que son admission ne puisse en conséquence être refusée. Les

5. C. const., arrêt n° 32/97 du 27 mai 1997, B.4.3 et C. const., arrêt n° 47/97 du 14 juin 1997, B.3.3. À noter que nous considérons les mots *numerus fixus* et *numerus clausus* comme synonymes. Il n'y a pas lieu en effet de distinguer ces deux notions. L'expression *numerus fixus* est celle qui est privilégiée par le droit néerlandais. On a parfois tendance à dire que le *numerus clausus* se distinguerait du *numerus fixus*, car seul ce dernier fixerait *a priori* le nombre d'étudiants qui réussiraient l'épreuve de sélection. Mais, dans l'hypothèse inverse, soit celle d'un simple examen d'entrée, il est inexact de parler de *numerus clausus* jusqu'à ce qu'un nombre n'est déterminé, par hypothèse.

9. Voy. *supra*, v.5.

10. Les deux avis en question sont antérieurs aux arrêts n°s 32/97 et 47/97 de la Cour constitutionnelle : avis n° 25.252/2 du 28 juin 1996 sur un avant-projet de décret devenu le décret-programme du 25 juillet 1996 portant diverses mesures concernant les fonds budgétaires, les bâtiments scolaires, l'enseignement et l'audiovisuel, *doc.*, P.C.F., 1995-1996, n° 96/1, p. 41. Il s'agit de l'avis rendu sur le premier dispositif normatif qui a introduit l'idée de la limitation du nombre d'étudiants ayant accès aux études de spécialisation. L'article 37 de ce décret pose le principe de la nécessité d'avoir une « attestation » délivrée par une commission instituée dans chacune des universités. Il prévoit que les principes généraux régissant la composition et le fonctionnement de ces commissions « tiendront notamment compte des dispositions de la loi du 29 avril 1996 portant des dispositions sociales » ; avis n° 26.249/2 donné le 7 mai 1997 sur un avant-projet de décret devenu le décret du 14 juillet 1997 portant diverses mesures en matière d'enseignement universitaire, *doc.*, P.C.F., 1996-1997, n° 164/1, p. 23 (ce décret fixe les règles de délivrance des attestations et prévoit la fixation des quotas par institutions ; à nouveau, les observations du Conseil d'État ne portent que sur l'article 24, § 5, de la Constitution).

11. Avis n° 26.203/1.

étudiants estiment cette législation contraire à l'obligation de *standstill* déduite de l'article 13 du PIDESC. La Cour n'aperçoit pas en quoi les dispositions attaquées vont à l'encontre de cette obligation, dès lors que l'article 13 du PIDESC porte que l'enseignement supérieur « doit être accessible [...] en fonction des capacités de chacun » et n'empêche donc pas le législateur de fixer des conditions de réussite d'épreuves universitaires ou des critères spécifiques d'admission¹². En d'autres mots, la Cour considère que le législateur peut durcir les conditions de capacités académiques d'accès à l'enseignement supérieur sans devoir s'en justifier au regard d'une quelconque obligation de *standstill*.

Dans un autre arrêt, relatif à un décret de la Communauté française déterminant de manière limitative les cas dans lesquels un établissement peut refuser l'inscription d'étudiants, la Cour constitutionnelle juge discriminatoire la suppression d'un examen d'entrée dans l'enseignement supérieur artistique, au motif qu'« un accroissement brutal du nombre d'étudiants à la suite de l'abandon de toute sélection qualitative préalable à l'admission ne paraît pas compatible avec la spécificité de l'école et risque de mettre sa méthode pédagogique en péril »¹³. Implicitement, la Cour reconnaît ainsi que n'est pas contraire au droit d'accès à l'enseignement supérieur une sélection à l'entrée qui a pour objectif non seulement de vérifier que les étudiants ont les capacités requises pour suivre l'enseignement, mais également de limiter leur nombre, cette limitation étant jugée nécessaire pour assurer la qualité de l'enseignement.

9. En 2003, la Communauté française revoit son système de restriction d'accès aux études du secteur des sciences de la santé, en prévoyant cette fois que la sélection aura lieu après les sept premières années d'études. La section de législation du Conseil d'État, se référant à l'arrêt n° 47/97 de la Cour constitutionnelle, relève qu'« il ne peut être déduit de cet arrêt que le système envisagé dans l'avant-projet examiné, qui consiste à établir un *numerus clausus* au moment de l'accès aux études de troisième cycle, est compatible avec le droit à l'enseignement garanti par l'article 24, § 3, de la Constitution »¹⁴.

La même année, la Communauté française, débordant d'étudiants, essentiellement français, dans les études de médecine vétérinaire, décide d'organiser pour ces études un concours spécial d'admission interuniversitaire, avec

numerus clausus. Même si la section de législation se réfère à nouveau à l'arrêt n° 47/97, elle n'exprime à cette occasion aucun doute sur la conformité du *numerus clausus* à l'article 24, § 3, de la Constitution¹⁵.

10. En 2005, face à l'accroissement du nombre d'étudiants entamant des études de médecine à la suite du décret de 2003¹⁶, la Communauté française décide cette fois d'opérer la sélection, avec un *numerus clausus* par université, en fin de première année d'études. La section de législation rappelle à nouveau l'arrêt n° 47/97 et le fait que cet arrêt ne valide pas le *numerus clausus*. Mais, ce qui est surtout remarquable, c'est qu'elle rappelle cette fois l'article 13.2, c), du PIDESC, et l'obligation de *standstill* que la Cour constitutionnelle y a attaché, dans son arrêt n° 33/92 relatif aux droits d'inscription. Elle considère qu'il faut s'assurer que la législation en projet ne méconnaît pas cette obligation dès lors que « le système du *numerus clausus* applicable en Communauté française ne sélectionne pas exclusivement les étudiants en fonction de leurs capacités, à la différence d'un examen capacitaire : l'étudiant doit non seulement réussir les épreuves mais encore se classer en ordre utile ». En d'autres termes, selon la section de législation, les mots « en fonction des capacités » ne visent que le contrôle des capacités suffisantes des étudiants pour suivre des études et non la sélection des étudiants pour ne retenir que les plus capables. L'introduction d'une telle sélection doit être justifiée au regard de l'obligation de *standstill*. En l'espèce, la section de législation estime que « la mesure en projet constitue une amélioration par rapport au système actuel »¹⁷.

11. Ce décret du 1^{er} juillet 2005 relatif aux études de médecine et de dentisterie n'a fait l'objet d'aucun recours devant la Cour constitutionnelle. Quelques étudiants échouant, au terme de leur première année d'études, à obtenir une attestation d'accès à la deuxième année d'études introduisirent toutefois des recours au Conseil d'État, en invoquant notamment la violation de l'obligation

12 C. const., arrêt n° 35/98 du 1^{er} avril 1998.

13 C. const., arrêt n° 62/98 du 4 juin 1998, B.7.2.

14 Avis n° 34.393/2 donné le 19 décembre 2002 sur un avant-projet de décret devenu le décret du 5 septembre 1994 relatif au régime des études universitaires et des grades académiques et dans la loi du 27 juillet 1971 sur le financement et le contrôle des institutions universitaires, doc. P.C.F., 2002-2003, n° 361/1, p. 11. Le décret du 27 février 2003 a fait l'objet d'un recours devant la Cour constitutionnelle, qui a écarté le deuxième cycle de leurs études de médecine vétérinaire.

15 Avis n° 34.628/2 donné le 19 février 2003 sur un avant-projet de décret devenu le décret du 8 mai 2003 modifiant les conditions d'accès aux études en sciences vétérinaires dans le décret du 5 septembre 1994 relatif au régime des études universitaires et des grades académiques et la loi du 27 juillet 1971 sur le financement et le contrôle des institutions universitaires, doc. P.C.F., 2002-2003, n° 394/1, p. 7. L'essentiel des critiques de la section de législation porte sur la condition d'âge (25 ans au maximum) pour être admis au concours, jugée contraire au droit européen et discriminatoire. Cette condition fut abandonnée dans le projet définitif.

16 Comme l'explique l'exposé des motifs, le report de la sélection à l'issue des sept années d'études de premier et deuxième cycles a été comprise par les étudiants de fin de secondaire comme une abolition du *numerus clausus* (projet de décret relatif aux études de médecine et de dentisterie, exposé des motifs, doc. P.C.F., 2004-2005, n° 117/1, p. 5).

17 Avis n° 38.444/2 donné le 26 mai 2005 sur un avant-projet de décret devenu le décret du 1^{er} juillet 2005 relatif aux études de médecine et de dentisterie, doc. P.C.F., 2004-2005, n° 117/1, p. 28. Il est à noter que la circonstance que la législation en projet constitue une amélioration par rapport au système actuel ne peut en principe suffire à justifier le respect de l'obligation de *standstill*. Si « le système actuel » constituait un recul par rapport à la législation applicable au moment de l'entrée en vigueur du PIDESC, le 21 juillet 1983, c'est en principe au regard de cette dernière législation, assurant le plus haut niveau de protection de l'enseignement, qu'il fallait comparer la législation en projet.

de *standstill* : à les suivre, c'était la première fois qu'un système de sélection empêchait un étudiant ayant réussi une année d'études d'accéder à l'année suivante et que cette sélection se faisait « en niant les capacités des étudiants »¹⁸. Si la première étudiante à introduire un recours fut à juste titre déboutée¹⁹, un deuxième arrêt, rendu au terme de la troisième année académique d'application, suspend en extrême urgence la décision de ne pas attribuer l'attestation de réussite à un autre étudiant, qui n'était pas classé en ordre utile pour l'obtenir²⁰. La motivation de cet arrêt est cependant entachée de plusieurs approximations : il considère en effet que l'étudiant avait « réussi » son année, ce qui était inexact dès lors qu'il résultait de l'article 79^{quater}, alinéa 9, du décret « Bologne » du 31 mars 2004 que c'était l'attribution de l'attestation d'accès à la deuxième année d'études qui sanctionnait la réussite de la première année d'études. Se basant sur ce constat erroné, l'arrêt considère que « c'est la première fois qu'un système de sélection empêche un étudiant en médecine ayant réussi la première année d'étude de bachelier d'accéder à l'année suivante alors qu'une obligation de *standstill* découle de l'article 13 du Pacte précité et que le système instauré par le décret du 1^{er} juillet 2005, qui a modifié le décret susvisé du 31 mars 2004, réduit sensiblement le niveau de protection des droits reconnus par le Pacte ». Il était pourtant de jurisprudence constante²¹ que la constatation d'un recul, même sensible, ne suffit pas à conclure à la violation d'une obligation de *standstill*. Dans une troisième série d'arrêts, rendus ultérieurement, le Conseil d'État constate que le refus d'accès à la deuxième année d'études ne résultait pas de l'incapacité des requérants à poursuivre dans l'enseignement supérieur, mais du nombre limité d'attestations que pouvaient délivrer les institutions où ils étaient inscrits, à telle enseigne que le juge *a quo* décide d'interroger la Cour constitutionnelle sur la conformité de ce système avec l'obligation de *standstill*²².

Entre-temps, le législateur de la Communauté française, échaudé par ces arrêts du Conseil d'État, décida de suspendre l'application de ce système, de telle sorte que la Cour constitutionnelle se dispensa de répondre aux questions posées²³.

18 C.E., arrêt n° 173.796 du 31 juillet 2007, *Cambier*.

19 C.E., arrêt n° 173.796 du 31 juillet 2007, *Cambier*. Comme le relève pertinemment cet arrêt, « selon l'article 79^{quater}, alinéa 9, du décret du 31 mars 2004, c'est l'attribution de l'attestation qui sanctionne la réussite de l'année d'études, de sorte que l'étudiant qui n'a pas obtenu cette attestation ne peut être considéré, au sens du décret, comme ayant réussi la première année des études de médecine ».

20 C.E., arrêt n° 185.694 du 13 août 2008, *Stifkens*. Plusieurs autres arrêts portant les numéros 185.695 à 185.705 ont été rendus le même jour font droit aux étudiants requérants en se référant à l'arrêt n° 185.694.

21 L'arrêt *Stifkens* est d'autant plus surprenant que la relativité de l'obligation de *standstill* déduite de l'article 13.2 du Pacte européen des droits de l'homme a été soulignée à plusieurs reprises dans des arrêts rendus dans les mois précédents : C. const., arrêt n° 292 du 10 mai 2006, *Stifkens* ; C. const., arrêt n° 105/2009 du 17 septembre 2009, *Stifkens*.

12. L'arrêt commenté n° 2/2014 concerne des étudiants qui, durant l'année académique 2005-2006, avaient obtenu les 60 crédits que comportaient la première année de leurs études de médecine, mais qui n'avaient pu accéder à la deuxième année d'études, car leurs résultats ne leur avaient pas permis d'arriver en ordre utile. Ces étudiants demandent à la Communauté française réparation du dommage qu'ils ont subi, estimant que celle-ci a commis une faute au sens de l'article 1382 du Code civil en adoptant le décret du 1^{er} juillet 2005. Dans le cadre du litige dont il est saisi, le tribunal de première instance de Bruxelles pose deux questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle : la première a trait à la conformité aux normes supérieures d'un système de *numerus clausus* ; la seconde porte sur le respect de ces mêmes dispositions, considérant qu'un tel système n'existait pas auparavant et qu'il n'y a pas de motifs liés à l'intérêt général qui justifient cette régression sensible du niveau de protection du droit d'accès à l'enseignement supérieur. Dans les deux questions, le tribunal part du principe que le système du *numerus clausus*, qui sélectionne les meilleurs étudiants à l'issue de la première année d'études, n'est pas une condition d'accès « en fonction de la capacité des étudiants », mais « en fonction du nombre de places disponibles ».

13. La Cour constitutionnelle ne suit pas ce raisonnement. Après avoir relevé, d'une part, que les dispositions litigieuses s'inscrivaient « dans le cadre défini par la réglementation fédérale relative à la planification de l'offre médicale qui tend à limiter le nombre de médecins autorisés à pratiquer l'art médical » et tendaient à « réserver les diplômes requis à ceux qui étaient les plus aptes à l'exercice de ces professions »²⁴ et, d'autre part, que la sélection à la fin de la première année (plutôt que par un examen d'entrée) était justifiée²⁵ et ne privait pas l'étudiant ayant obtenu les 60 crédits mais non classé en ordre utile de tirer un bénéfice de l'enseignement suivi²⁶, la Cour conclut que la législation litigieuse « était raisonnablement proportionnée à l'objectif légitime qu'elle poursuivait et n'était pas incompatible avec l'égalité d'accès à l'enseignement supérieur en fonction des capacités de chacun »²⁷. En réponse à la deuxième question préjudicielle, la Cour confirme : « les dispositions en cause [...] limitaient l'accès à la deuxième année des études du cycle menant à l'obtention du grade académique de bachelier en médecine en tenant compte des capacités des étudiants »²⁸.

14. Sur ce point, l'arrêt doit être approuvé. Les hésitations qui ont pu naître à la suite de l'arrêt n° 47/97, dans lequel la Cour constitutionnelle relevait que l'examen d'entrée prévu par la législation flamande n'était pas un *numerus fixus*, n'ont plus lieu d'être. Si l'accès aux études supérieures peut être conditionné « en fonction des capacités des étudiants », cela signifie non seulement que l'on peut fixer des conditions académiques et de contrôle des connaissances à l'accès aux études, mais également que l'on peut décider de sélectionner les étudiants les plus capables, si, en fonction des besoins et des possibilités de la communauté, leur nombre doit être limité. Il aurait été en effet paradoxal d'admettre qu'une législation limitant l'accès aux études pouvait être justifiée par la nécessité de limiter le nombre d'étudiants ou de diplômés et, d'autre part, de ne pas accepter que cette même législation puisse fixer ce nombre.

15. Le concours avec *numerus clausus* est toutefois susceptible de poser davantage de questions au regard du principe d'égalité d'accès que l'examen d'entrée, questions dont la Cour n'a pas été saisie. Dans un concours, l'étudiant est en effet tributaire des capacités aléatoires de ses concurrents : à capacité égale, l'étudiant sera ou ne sera pas sélectionné en fonction de la capacité des autres participants au concours auquel il se présente. Certes, dans un examen d'entrée qui a pour objectif de limiter le nombre d'étudiants, l'étudiant sera tributaire des capacités des étudiants des années précédentes, puisqu'il ne fait aucun doute que si un examen n'atteint pas l'objectif poursuivi une année donnée, il sera rendu plus ou moins sévère les années suivantes. Cette dernière considération n'évacue pas les hésitations que peuvent susciter un *numerus clausus* au regard du principe d'égalité lorsque le nombre est fixé non seulement par année, mais également réparti *a priori* par universités²⁹.

C. Le *numerus clausus* justifié ?

16. S'il semble devoir être admis, à la suite des deux arrêts commentés, qu'un *numerus clausus*, qui sélectionne les étudiants les plus capables, est une mesure à laquelle ne s'oppose pas le principe d'égal accès aux études, il reste qu'il s'agit d'une restriction de l'accès aux études supérieures pour des étudiants dont il n'est pas démontré qu'ils n'ont pas les capacités de les suivre mais qui en sont empêchés en raison du *numerus clausus*.

S'agissant d'une restriction, elle doit être justifiée, mais dans les deux arrêts commentés, cette justification ne peut convaincre l'étudiant qui se voit priver de la possibilité de suivre les études de son choix.

17. Comme rappelé ci-dessus au point A, le droit à l'enseignement garanti par l'article 24, § 3, de la Constitution ne fait pas obstacle à une réglementation de l'accès à l'enseignement supérieur en fonction des besoins et des possibilités de la communauté et de l'individu. Dans l'arrêt n° 47/97, la Cour constitutionnelle relevait que les travaux préparatoires du décret litigieux faisaient état de ce qu'il existait un « consensus social » sur les effets négatifs d'un trop grand nombre de médecins et de ce que « la concertation entre l'autorité fédérale et les communautés [avait] abouti à ce que ces dernières [s'étaient] déclarées prêtes, en vue de ce contingentement fédéral à venir, à prendre les mesures nécessaires pour limiter le nombre de diplômés dans les orientations précitées »³⁰. Dans l'arrêt n° 2/2014, la Cour se limite toutefois à relever que les dispositions en cause « s'inscrivent dans le cadre défini par l'autorité fédérale qui tend à limiter le nombre de médecins autorisés à pratiquer l'ordre médical » et ont pour objectif d'éviter de former des étudiants qui n'auront pas accès à la profession. Du point de vue de l'étudiant, créancier du droit à l'instruction, il manque le premier maillon de la justification, qui consiste à savoir si la limitation de l'accès à la profession, qui, soit dit en passant, ne vaut que pour les diplômés de l'enseignement supérieur belge, est bien raisonnablement justifiée par les besoins de la communauté. En d'autres mots, en l'absence de hiérarchie entre les lois fédérales et les décrets communautaires et compte tenu du fait que chaque collectivité politique peut faire valoir son droit au respect par les autres collectivités politiques des principes de proportionnalité et de loyauté fédérale, la Communauté française ne peut en théorie se retrancher derrière « le cadre défini par l'autorité fédérale » pour justifier les restrictions au droit à l'enseignement dont elle est débitrice.

18. L'arrêt *Tarantino*, dans la justification du *numerus clausus* régulant l'accès aux études de médecine en Italie, n'est à cet égard guère plus convaincant. La Cour commence par rappeler que « les garanties de l'article 2 du Protocole n° 1 s'appliquent aux établissements d'enseignement supérieur existant dans les États membres du Conseil de l'Europe »³¹. Ce droit n'étant pas absolu, « il peut donner lieu à des limitations implicitement admises » et les « règles régissant les établissements d'enseignement (supérieur) peuvent varier dans le temps et dans l'espace en fonction entre autres des besoins et des ressources de la communauté », les États jouissant en la matière d'une « certaine marge d'appréciation »³². La Cour rappelle ensuite que les limitations au droit à l'instruction ne peuvent réduire ce droit « au point de l'atteindre dans sa substance

même et de le priver de son effectivité » ; les limitations doivent donc être prévisibles, poursuivre un but légitime et être proportionnées³³.

En ce qui concerne le *numerus clausus*, la Cour strasbourgeoise observe que les requérants se plaignent de ce qu'il a été fixé sur la base de deux critères, à savoir les capacités d'accueil et les ressources des universités, d'une part, et les besoins de la société, d'autre part. À propos du premier critère, la Cour juge « que les considérations liées aux ressources sont clairement pertinentes et sans aucun doute acceptables » car « cela découle logiquement de l'interprétation donnée à la disposition en cause, selon laquelle le droit à l'instruction implique l'accès aux établissements d'enseignement supérieur "existants" »³⁴. Ce raisonnement est évidemment contestable, car cela revient à mettre sur pied d'égalité le droit fondamental et les restrictions qui peuvent lui être apportées³⁵. Si on peut en effet admettre que le Protocole n° 1 n'oblige pas les États à créer ou à subventionner des établissements d'enseignement, leur reconnaître le droit de limiter l'accès à ces établissements sans avoir à apporter d'autres justifications que des choix budgétaires, revient à priver le droit à l'instruction de toute effectivité ou, à tout le moins, à le réduire à la simple expression, appliquée à l'enseignement, du principe d'égalité. C'est du reste au nom du principe d'égalité que la Cour estime justifié que le *numerus clausus* s'applique non seulement aux universités publiques, mais également aux universités privées. Que l'accès à certaines filières universitaires puisse être limité en raison du fait que les ressources matérielles et humaines permettant d'assurer un enseignement de qualité ne sont pas illimitées est incontestable. Juger que cela découle logiquement du droit à l'instruction dispense l'État de toute obligation d'assurer pour tout un chacun un droit à l'accès à l'enseignement supérieur³⁶.

À l'égard de l'autre critère, à savoir les besoins de la société, la Cour reconnaît que son interprétation est restrictive, car elle ne prend pas en considération « tous les besoins pertinents qui peuvent exister dans un contexte européen ou privé plus large »³⁷. La Cour estime toutefois le critère proportionné pour le motif que l'État italien a raison de se montrer prudent en évitant de former trop de médecins, vu le coût de la formation et du chômage³⁸. Ce motif laisse également pantois, considérant qu'il peut être jugé plutôt imprudent de prendre le risque de ne pas former suffisamment de médecins.

D. L'instauration d'un *numerus clausus* et l'obligation de *standstill*

19. L'obligation de *standstill* étant déduite des obligations positives requises pour l'effectivité des droits fondamentaux³⁹, il convient avant tout de déterminer si le comportement attendu de l'État en vertu des droits considérés s'apparente à une obligation positive ou négative.

Puisque l'article 2 du Protocole n° 1 est interprété comme n'ouvrant le droit à l'accès que pour les établissements existants et qu'il en « découle logiquement »⁴⁰, selon la Cour européenne des droits de l'homme, que sont acceptables les limitations du nombre d'étudiants ayant accès à l'enseignement supérieur, on voit mal où pourrait se loger une éventuelle obligation positive dont se déduirait un principe de *standstill* à charge des autorités publiques.

Mais qu'en est-il de l'article 13.2, c), du PIDESC : *standstill* ou pas *standstill* dans ce cadre ? En doctrine⁴¹ comme en jurisprudence et jurisprudence⁴², les deux positions ont été soutenues.

20. En faveur de la première branche de l'alternative, on identifiera le libellé même de l'article 13.2, c), du PIDESC, qui, combiné, le cas échéant, avec l'article 2 du même Pacte, donne à penser qu'on est bien en présence d'une obligation positive :

« Les États parties au présent Pacte reconnaissent qu'en vue d'assurer le plein exercice [du] droit à l'éducation, l'enseignement supérieur doit être rendu accessible à tous en pleine égalité, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés et notamment par l'instauration progressive de la gratuité ».

« Tous les moyens appropriés » doivent être adoptés par les États pour garantir le « droit à l'éducation », au rang desquels figure, en priorité, « l'instauration progressive de la gratuité »⁴³. Celle-ci suppose à la fois la mise à disposition de moyens financiers importants dans le chef de l'autorité publique appelée à assumer le coût de l'enseignement supérieur, et la modification des éventuelles législations ou pratiques qui feraient obstacle à cet objectif⁴⁴. Dans les deux

33 § 45.

34 § 51.

35 N. HERVIEU, « Le *numerus clausus* et la sélection universitaire passent avec succès l'épreuve européenne » [PDF], *Actualités Droits-Libertés* du CREDOF, 8 avril 2013, <http://revdh.org>.

39 C'est en effet, la nature, par essence, téléologique des droits de l'homme qui conduit à inférer une obligation de *standstill* des obligations positives que leur effectivité requiert, afin de tendre vers la réalisation du programme qu'ils incarnent. Voir J. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, op. cit., n° 160 et s.

40 Arrêt commenté, § 51.

41 Comp. X. DELGRANGE et M. EL BERHOUIM, « Les droits en matière d'enseignement », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. 2, p. 1247, avec J. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, op. cit., n° 87 et 88 ; n° 217, p. 255.

42 Comme expliqué plus haut, la réponse à cette question était affirmative dans certains avis de la section de législation du Conseil d'État et négative dans l'arrêt n° 35/2008 de la Cour constitutionnelle.

43 Cf. à cet égard...

cas (qu'il s'agisse de libérer d'importants moyens financiers ou d'adapter le cadre législatif en vigueur), on est face à des obligations positives de réalisation du droit fondamental considéré.

Plus précisément, les États sont tenus de rendre l'enseignement accessible à tous en pleine égalité, en fonction des capacités de chacun. Ici, comme avant, la formulation de l'article 13.2, c), du PIDESC semble faire peser des obligations positives sur l'État, à commencer, pour pouvoir assurer cet accès, par la création ou le subventionnement d'institutions d'enseignement.

21. Une approche contextualisée, avertie de l'environnement national au sein duquel opère la disposition en cause, peut cependant conduire à apprécier différemment la portée de l'article 13.2, c), et, plus précisément, le type d'obligation (positive ou négative) qu'il impose aux États parties, et ce, en fonction de la situation qui prévalait au moment de l'entrée en vigueur du Pacte, en juillet 1983.

Concernant la question qui nous occupe (les conditions d'accès à l'enseignement supérieur, en fonction des capacités de chacun), le régime alors applicable au sein de l'ordre juridique belge était, contrairement à la situation de nombreux autres pays, un régime de libre accès complet aux porteurs d'un titre de l'enseignement secondaire⁴⁵. Ce n'est qu'ultérieurement que le législateur est intervenu en la matière pour restreindre ce droit par le biais d'examens d'entrée ou de concours. Si l'on a égard à la situation prévalant au moment de l'entrée en vigueur du Pacte, le droit d'accéder à l'enseignement supérieur imposait donc à cette époque une obligation *négative* à l'État : celle de ne pas y porter atteinte de manière injustifiée. Le libre accès existant, ou ayant existé, toute ingérence postérieure gagne en conséquence à être appréhendée comme une atteinte à ce droit envisagé sous son versant négatif. Point question, dès lors, de *standstill*.

22. À supposer même que l'on se place du point de vue des obligations *positives* appelées par le droit d'accès à l'enseignement supérieur, en considérant – en amont de l'entrée en vigueur du Pacte – la nécessaire intervention de l'État belge pour créer, subventionner ou à tout le moins reconnaître des infrastructures d'enseignement supérieur, et qu'on soit, dans ce cas, conduit à apprécier l'introduction d'examens d'entrée ou de concours comme une diminution du niveau de protection conféré au droit considéré, l'obligation de *standstill* se révélerait en tout état de cause inopérante.

L'obligation de *standstill* ne pourrait, tout d'abord, faire obstacle à l'introduction d'un *examen d'entrée*. Dans la mesure où le libre accès académique, sans examen d'entrée, excède le champ d'application matériel de l'article 13.2, c), du PIDESC qui conditionne ce libre accès aux capacités des étudiants, le régime juridique applicable au moment de l'entrée en vigueur du Pacte (l'article 13 précité fut-il considéré sous l'angle d'une obligation positive) ne pourrait prétendre bénéficier de la protection de l'obligation de *standstill* : celle-ci ne peut protéger davantage que ce que garantit le droit fondamental considéré. L'État n'étant pas tenu d'assurer inconditionnellement l'accès à l'enseignement universitaire, l'introduction d'un examen d'entrée ne porte pas comme telle atteinte à l'article 13.2, c), du PIDESC.

23. *Quid*, cependant, d'un éventuel durcissement des conditions d'accès du point de vue des capacités des étudiants ? Sans doute celui-ci devrait-il être soumis à une exigence de proportionnalité⁴⁶, mais, à proprement parler, l'obligation de *standstill* nous semble tout aussi inopérante dans cette hypothèse. La prise en compte des capacités de chacun faisant partie intégrante du champ d'application matériel de l'article 13.2, c), du PIDESC – ce n'est pas le libre accès qui est garanti, mais le libre accès modulé en fonction des capacités de chacun –⁴⁷, il devient compliqué, voire impossible de distinguer les deux étapes requises par l'obligation de *standstill* : celle de l'établissement d'une atteinte à cette obligation, d'une part, et celle de l'éventuelle proportionnalité de l'atteinte constatée, d'autre part⁴⁸. Or, si l'on supprime la première étape pour ne retenir que la seconde, l'on vide de toute substance la notion même de *standstill* et les fonctions qui lui sont assignées⁴⁹. En définitive, dans cette hypothèse, seul le recours à un test de proportionnalité nous paraît défendable, sans passage préalable par l'établissement d'une atteinte à l'obligation de *standstill*.

24. Il en va de même lorsqu'est en cause l'introduction, non pas d'un examen d'entrée, mais d'un concours avec *numerus clausus*, dans la mesure où un tel concours compare les capacités des étudiants pour limiter leur nombre en

⁴⁵ Ne serait-ce que parce que cette exigence découle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 2 du 1^{er} Protocole additionnel à la Convention éponyme.

⁴⁶ Pour le dire autrement encore, l'organisation d'un examen d'entrée ne constitue pas, à la manière des restrictions, une restriction dans le champ d'application du droit d'accès à l'enseignement supérieur, mais incarne une modulation du champ d'application de ce dernier. Cf. en ce sens l'observation générale n° 13 précitée, § 19 : « l'enseignement supérieur n'a pas à être généralisé : il doit uniquement être rendu accessible en fonction des capacités de chacun ». Ces « capacités » doivent être entendues eu égard à l'ensemble des connaissances et de l'expérience des intéressés ». « This means that it is possible to adopt conditions, including particularly academic prerequisites, to restrict access to higher education » (B. SAUL, D. KINLEY et J. MOWBRAY, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Commentary, Cases and Materials*, 2001, par. 10.10).

⁴⁷ En ce sens, A. ...

fonction des places disponibles déterminées préalablement. Si le *standstill* n'est pas à même de jouer dans la première hypothèse, il ne pourrait en aller autrement pour la seconde, dont la logique s'adosse à la première tout en la complétant.

Dans l'arrêt commenté, la Cour constitutionnelle laisse cependant entendre que l'obligation de *standstill* eût pu s'appliquer en l'espèce, tout en jugeant *in casu* ce détournement inutile compte tenu des motifs d'intérêt général de nature à justifier l'éventuelle régression opérée. « Sans qu'il soit besoin de vérifier si les dispositions en cause constituaient un recul sensible ou non du niveau de protection du droit d'accès à l'enseignement supérieur par rapport à la situation antérieure, il y a lieu de constater », dit la Cour, « que la limitation de l'accès à la deuxième année des études du cycle menant à l'obtention du grade académique de bachelier en médecine qu'organisaient ces dispositions reposait sur des motifs d'intérêt général décrits en B.9 »⁵⁰.

Compte tenu de la jurisprudence du Conseil d'État, on peut comprendre la prudence de la Cour constitutionnelle à l'endroit de l'obligation de *standstill*, consistant à laisser la porte ouverte sans toutefois se prononcer en l'espèce. À notre estime, cependant, la porte peut être refermée : l'obligation de *standstill* ne trouve pas à s'appliquer. De ce point de vue, la jurisprudence inaugurée par la Cour dans son arrêt n° 35/98 gagne à être confirmée.

25. Enfin, au considérant B.9.2 de l'arrêt, la Cour constitutionnelle fait état des motifs pour lesquels « une sélection à la fin de la première année d'études a été préférée à l'organisation d'un examen ou d'un concours d'entrée préalable à cette année d'études ». On notera à cet égard que l'étape de la nécessité, qui intervient dans le cadre du contrôle de proportionnalité, intègre, de près ou de loin, la philosophie sous-jacente à l'obligation de *standstill*, puisqu'entre plusieurs normes permettant d'atteindre l'objectif poursuivi, elle commande de préférer celle qui est la plus respectueuse des droits fondamentaux⁵¹. En vérifiant cette étape du contrôle de proportionnalité, les organes de contrôle peuvent notamment avoir égard à l'existence d'une législation antérieure moins restrictive, ou autrement dit plus protectrice du droit fondamental considéré. Ils peuvent également s'interroger sur la nécessité d'un *numerus clausus*, en lieu et place d'un simple examen d'entrée, ou sur le moment auquel cette sélection opère de la manière la moins dommageable.

Conclusion

26. Comme annoncé dans l'introduction, les deux arrêts valident au regard des normes supérieures qui consacrent le droit à l'enseignement l'instauration de *numerus clausus* dans l'enseignement supérieur. L'accès à l'enseignement supérieur peut être réglementé en fonction des capacités des étudiants, d'une part, et en fonction des besoins et des ressources de la communauté, d'autre part.

Cette jurisprudence doit dans son principe être approuvée. Au-delà de l'enseignement obligatoire, les ressources pouvant assurer un enseignement supérieur de qualité n'étant pas illimitées, il est de l'intérêt de tous que les autorités publiques veillent à former des étudiants en fonction des besoins de la communauté. L'égal accès aux études supérieures ne peut signifier que l'État doive assurer la formation en fonction exclusivement des désirs des candidats étudiants. Mais, en revanche, les autorités publiques devraient veiller à ce que progressivement toutes les barrières autres que celles relatives aux capacités des étudiants soient supprimées. Si les autorités publiques doivent faire en sorte que tout un chacun ait accès à l'enseignement supérieur, quelle que soit sa fortune, elles doivent également réglementer cet accès de manière à ce que les ressources qu'elles affectent à l'enseignement supérieur correspondent aux besoins de formation.

On regrettera que dans l'arrêt *Tarantino*, les juges strasbourgeois, dans leur souci de ne pas limiter la liberté étatique de réglementer l'accès à l'enseignement supérieur, en soient venus à enlever toute portée positive à l'article 2 du Protocole n° 1. Dans d'autres arrêts contemporains à celui-ci, elle se montre pourtant plus volontariste en mettant en évidence que l'enseignement est « l'un des plus importants services publics dans un État moderne »⁵² et que le droit à l'instruction « est indispensable à la réalisation des droits de l'homme [et] occupe une place [...] fondamentale [...] »⁵³.

La Cour constitutionnelle se montre certes plus regardante quant aux motifs qui peuvent justifier que l'accès à certaines filières d'études soit limité à un nombre déterminé d'étudiants et n'avalise le système mis en place par la Communauté française qu'après avoir soigneusement relevé les éléments qui lui permettent de conclure au respect du principe de proportionnalité. Il reste qu'en ce qui concerne la légitimité de l'objectif poursuivi, la répartition des compétences entre l'État fédéral et les Communautés conduit la Cour à éviter la question fondamentale et qui est d'ailleurs au centre des préoccupations des acteurs : le *numerus clausus* dans les études de médecine et de dentisterie répond-il aux besoins de la communauté ?

Il est, en effet, singulier que dans l'exposé des motifs du décret devenu le décret du 9 juillet 2015 relatif aux études de sciences médicales et dentaires, qui a remis en place le concours en fin de première année, le Gouvernement de la Communauté française défend le point de vue que « les besoins de la communauté » en offre médicale justifieraient de supprimer la planification de cette offre, planification qu'il qualifie même d'« incompréhensible et absurde ». Ce faisant, la Communauté française scie en fait une des branches sur laquelle repose la justification de la restriction au droit d'accès à l'enseignement que constitue le *numerus clausus* que sa propre législation instaure. Si en effet, la Cour constitutionnelle a pu estimer que l'existence d'une législation fédérale limitant l'offre médicale suffisait à justifier la nécessité d'une restriction communautaire au droit à l'enseignement, cette simple existence n'est évidemment en principe pas suffisante lorsqu'il faut examiner le respect par la Belgique de ses obligations internationales, même si, comme le montre l'arrêt commenté, la Cour européenne des droits de l'homme entend laisser, dans cette matière, une très large marge d'appréciation aux États.

Addendum

Oserions-nous écrire que la conclusion de cette note, bouclée en juin 2016, a eu valeur de prophétie ? Durant l'année 2016, le Conseil d'État, section du contentieux, a répété l'épisode de l'été 2007 pendant lequel il avait porté, en référé d'extrême urgence, un coup fatal au décret de 2005 introduisant le concours en fin de première année des études de médecine. Deux arrêts rendus en juillet et août 2016⁵⁵ ont en effet suspendu respectivement les décisions des jurys des Facultés de médecine de Namur et de Liège ne classant pas en ordre utile les requérants dans le concours, organisé au terme de la première année de médecine et donnant accès à la suite des études. Cette suspension est motivée, essentiellement⁵⁶, par le fait que « l'adéquation de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 17 juillet 2015 [fixant le nombre global d'attestations d'accès à la suite du programme du cycle qui seront délivrées lors de l'année académique 2015-2016] et l'arrêté royal du 30 août 2015 [portant modification de l'arrêté royal du 12 juin 2008 relatif à la planification de l'offre médicale], sur lesquels se fonde la décision attaquée, avec la situation que ces dispositions réglementaires ont vocation à régir, à savoir la planification de l'offre médicale, tenant compte des besoins de la santé de la population et des moyens que les pouvoirs publics veulent y consacrer, n'est pas établie ». C'est donc l'absence de données fiables sur l'état de l'activité

médicale ayant fondé l'avis de la Commission de planification médicale qui a justifié la suspension des décisions des jurys universitaires, étant entendu que le dit avis constituait lui-même le fondement sur la base duquel le Roi avait fixé le nombre d'attestations particulières d'accès aux formations menant à un titre professionnel particulier de médecine en 2021, nombre dont le Gouvernement de la Communauté française avait l'obligation décrétable de tenir compte pour fixer le nombre d'attestation d'accès à la poursuite des études de médecine en 2016. La lacune condamnée étant irréparable, le *numerus clausus* n'a pas pu être appliqué en Communauté française pour l'année académique 2015-2016 et tous les étudiants ayant réussi 45 crédits ont finalement été autorisés, *contra legem*, à poursuivre leurs études, qu'ils soient ou non porteurs d'une attestation d'accès.

Luc DETROUX et Isabelle HACHEZ