

La Communauté française ne peut pas accueillir tous les étudiants d'Europe, mais elle doit en prendre fidèlement plus que sa part¹

Xavier DELGRANGE

Premier auditeur chef de section au Conseil d'État
Chargé d'enseignement à l'Université Saint-Louis et maître de conférences à l'ULB

Mathias EL BERHOUMI

Professeur invité à l'Université Saint-Louis

Avec la collaboration de

Luc DETROUX

Conseiller d'État

Assistant à l'Université Saint-Louis

1. L'on cite souvent l'ancien Premier ministre français, Michel Rocard, qui avait un jour écrit que «la France ne peut pas accueillir toute la misère du monde», en oubliant que l'accent tonique devait être porté sur la fin de sa phrase : «mais elle doit en prendre fidèlement sa part»².

L'analyse des conséquences de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur l'organisation de l'enseignement en Communauté française de Belgique pourrait conduire à renverser les deux membres de cette phrase : la Communauté française doit prendre plus que sa part dans la formation des étudiants européens, même si elle ne peut les accueillir tous.

Dans le domaine de l'enseignement, le rôle de l'Union européenne se limite en principe, depuis le Traité de Maastricht, à des «actions d'encouragement, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglemen-

¹ Le présent article reprend et prolonge les analyses élaborées dans les contributions suivantes : X. DELGRANGE et L. DETROUX, « Les menaces sur le service public de l'enseignement » in H. DUMONT et al. (dir.), *Le service public : passé, présent et avenir*, Bruxelles, La Chartre, 2009, pp. 230 à 296 ; X. DELGRANGE, « L'arrêt «Bressol» relatif à la libre circulation des étudiants : la Cour de justice entre mutisme et soliloque », *J.D.E.*, 2010, pp. 214 et 215 ; X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « 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, pp. 1258 à 1262.

² M. ROCARD, « La part de la France », tribune publiée dans *Le Monde* du 24 août 1996. Rocard lui-même avait omis cette nuance les premières fois où il prononça ce slogan (voy. www.monde-diplomatique.fr/carnet/2009-09-30-Rocard).

taires des États membres »³ et « en respectant pleinement la responsabilité des États membres pour le contenu de l'enseignement et l'organisation du système éducatif ainsi que leur diversité culturelle et linguistique »⁴.

Les institutions mises en place par le Traité de Rome en 1957, et plus particulièrement la Cour de justice, se sont toutefois appuyées sur diverses dispositions du Traité pour justifier leurs interventions dans ce domaine (section 1). Le fonctionnement de l'enseignement et, en raison des circonstances, celui de l'enseignement supérieur de la Communauté française s'en trouve substantiellement affecté. En appliquant à ce domaine les principes de non-discrimination et de libre circulation des personnes, en garantissant la reconnaissance des diplômes délivrés dans un autre État membre, la Cour a progressivement supprimé les obstacles que peuvent rencontrer les étudiants de l'Union pour faire leurs études dans le pays européen de leur choix. Cette mise en concurrence ne risque-t-elle pas de contraindre les États à une harmonisation restrictive des conditions d'accès, préjudiciable à la démocratisation de l'enseignement (section 2) ? Il est permis d'espérer que, par son décret « non-résidents », la Communauté française soit parvenue à ébranler la foi absolue de la Cour de justice dans les vertus du marché (section 3).

Section 1

L'irrésistible ascension du droit européen de l'enseignement supérieur

2. Le Traité de Rome de 1957 n'abordait pas la question de l'enseignement, se contentant de prévoir, à l'article 128, l'établissement de « principes généraux pour la mise en œuvre d'une politique commune de formation professionnelle qui puisse contribuer au développement harmonieux tant des économies nationales que du marché commun ». Si elles sont loin d'être étrangères, les notions de formation professionnelle, d'une part, d'enseignement ou d'éducation, d'autre part, ne se recoupent pas entièrement.

3. L'article 128 du Traité CE a été mis en œuvre par la décision 63/266/CE du Conseil du 2 avril 1963⁵. La formation professionnelle y est appréhendée en fonction de l'activité professionnelle exercée ou recherchée, l'objectif étant de maximiser les qualifications au regard du marché de l'emploi⁶.

La Communauté européenne s'est rapidement sentie à l'étroit dans le costume de la formation professionnelle. Dès 1971, les ministres de l'Éducation des pays

³ Article 165, § 4, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE).

⁴ Article 165, § 1^{er}, du TFUE.

⁵ Décision portant établissement des principes généraux pour la mise en œuvre d'une politique commune de formation professionnelle, *J.O.C.E.*, n° 063, 20 avril 1963, pp. 1338 à 1341.

⁶ Voy. notamment D. BARTHELEMY, « Éducation, formation professionnelle et jeunesse » in *Politique sociale, éducation et jeunesse*, coll. Commentaire J. Mégret, n° 7, 2^e éd., Bruxelles, U.L.B., 1998, pp. 305 et s.

membres ont commencé à se réunir⁷. Le 6 juin 1974, ils adoptaient une résolution « concernant la coopération dans le domaine de l'éducation »⁸, où l'on peut notamment lire : « en aucun cas, l'éducation ne doit être considérée comme une simple composante de la vie économique ». L'objectif était de favoriser la mobilité des étudiants et enseignants, tout en respectant la diversité des politiques et des systèmes scolaires. S'ensuivit une résolution du 9 février 1976 « comportant un programme d'action en matière d'éducation »⁹, qui visait à intensifier les contacts entre les différents États afin de faciliter la mobilité en matière d'étude, notamment en organisant un apprentissage accéléré de la langue du pays d'accueil, en favorisant les échanges d'élèves et d'enseignants, en facilitant le passage d'un système éducatif à l'autre. Elle instituait un comité de l'éducation, chargé de coordonner la réalisation du programme. La tendance était donc à une certaine harmonisation. Les ministres de l'Éducation avaient néanmoins convenu « que l'accès des étudiants communautaires devrait être autorisé dans l'ensemble des États membres, mais que ceux-ci seraient autorisés à adopter des mesures restrictives au vu des implications budgétaires que pourrait impliquer un afflux d'étudiants. Les ministres semblaient donc conscients des difficultés que susciterait une instauration immédiate de la libre circulation pour les étudiants, sans mesure financière d'accompagnement au profit des États membres accueillant un nombre élevé d'étudiants communautaires »¹⁰.

4. Cette politique des petits pas n'a manifestement pas satisfait l'impatient Cour de justice de l'Union européenne qui souhaitait consolider l'intégration européenne. Tout en convenant que « la politique de l'enseignement et de la formation ne fait pas partie en tant que telle des domaines que le Traité a soumis à la compétence des institutions communautaires »¹¹, le juge de Luxembourg a néanmoins usé de deux leviers pour étendre le champ d'application du droit communautaire à ces matières¹². Le premier se situe dans le « droit fondamental »¹³ à la libre circulation des travailleurs, consacré par l'article 39 du Traité CE. Se fondant sur le considérant d'un règlement, la Cour a considéré

⁷ Sur ces différentes initiatives, voy. notamment G. GORI, *Towards an EU right to education*, The Hague, Kluwer, 2001, pp. 19 à 23 ; V. PAPATSIBA, *Le séjour d'études à l'étranger : formation, expérience*, thèse, Université Paris X, pp. 7 à 19.

⁸ J.O.C.E., n° C 98, 20 août 1974, p. 2.

⁹ J.O.C.E., n° C 38, 19 février 1976, pp. 1 à 5.

¹⁰ P. NIHOUL, « Le minerval réclamé aux étudiants communautaires en Belgique », *J.T.*, 1994, p. 709.

¹¹ C.J.U.E., 3 juillet 1974, *Casagrande*, aff. 9/74, § 6 ; 13 juillet 1983, *Forcheri*, aff. 152/82, § 17 ; 13 février 1985, *Gravier*, aff. 293/83, § 19.

¹² Voy. notamment T. C. HARTLEY, « La libre circulation des étudiants en droit communautaire », *C.D.E.*, 1989, pp. 325 à 344 ; H. M. GILLIAMS, « Van "Gravier" tot "Erasmus" : over de bijdrage van het Hof van Justitie tot de uitbouw van een europees onderwijsbeleid », *R.W.*, 1989-1990, pp. 494 à 504 ; K. LENAERTS, « Education in European Community Law after "Maastricht" », *Common Market Law Rev.*, 1994, pp. 7 à 41, spéc. pp. 11 à 24 ; C. FRAZIER, *L'éducation et la Communauté européenne*, Paris, C.N.R.S. éd., 1995, pp. 105 à 136 ; G. GORI, *Towards an EU right to education*, *op. cit.*, pp. 24 et s.

¹³ C.J.U.E., 13 juillet 1983, *Forcheri*, aff. 152/82, § 11.

que ce droit suppose que soient éliminés tous les obstacles s'opposant à la mobilité des travailleurs, notamment les conditions d'intégration de leur famille dans le milieu du pays d'accueil¹⁴. Le second levier a été forgé à partir d'une interprétation extensive de la notion de formation professionnelle. Cela impliquait pour la Cour d'ignorer la distinction entre les notions de formation professionnelle et d'enseignement que les instances communautaires ont toujours eu le souci de pratiquer, recourant à des instruments juridiques très différents pour aborder ces deux politiques¹⁵. La Cour glisse tout d'abord, sans avoir l'air d'y toucher, de la notion de formation professionnelle à celle d'enseignement professionnel¹⁶, puis considère que :

« toute forme d'enseignement qui prépare à une qualification pour une profession, métier ou emploi spécifique[s], ou qui confère l'aptitude particulière à exercer une telle profession, métier ou emploi, relève de l'enseignement professionnel, quels que soient l'âge et le niveau de formation des élèves ou des étudiants, et même si le programme d'enseignement inclut une partie d'éducation générale »¹⁷.

La conclusion est tombée à la faveur d'un subtil hommage au surréalisme belge : l'enseignement de l'art des bandes dessinées dispensé par l'Académie royale des beaux-arts de Liège est assurément une formation professionnelle qui tombe donc dans le domaine d'application du Traité. Le train était lancé. Il s'en est suivi que l'enseignement universitaire relève à l'évidence de la formation professionnelle¹⁸. Quel est en effet l'enseignement qui ne pourrait, d'une façon ou d'une autre, contribuer à préparer l'étudiant à exercer une profession¹⁹ ? Cela vaut nécessairement également pour les études de premier cycle, puisque leur réussite conditionne l'accès au deuxième cycle²⁰. Comme l'accès aux études supérieures suppose un diplôme secondaire lui-même être précédé d'une formation primaire, il tombe sous le sens que dès l'âge de 6 ans, le petit Européen entame sa préparation à la vie professionnelle²¹.

Ayant arrimé l'enseignement aux compétences de la Communauté, la Cour pouvait lui appliquer l'article 12 du Traité CE : « dans le domaine d'application du présent Traité [...], est interdite toute discrimination en raison de la natio-

¹⁴ C.J.U.E., 13 juillet 1983, *Forcheri*, aff. 152/82, § 12. Voy. G. STARKLE, « Extension du principe de non-discrimination en droit communautaire au ressortissant d'un État membre licitement installé dans un autre État membre », observations sous l'arrêt *Forcheri*, 13 juillet 1983, C.D.E., 1984, pp. 682 à 695.

¹⁵ G. GORI, *Towards an EU right to education*, op. cit., p. 193.

¹⁶ C.J.U.E., 13 juillet 1983, *Forcheri*, aff. 152/82, § 16 et 17; 13 février 1985, *Gravier*, aff. 293/83, § 24 à 26.

¹⁷ C.J.U.E., 13 février 1985, *Gravier*, aff. 293/83, § 30.

¹⁸ C.J.U.E., 2 février 1988, *Blaizot c. Université de Liège*, aff. 24/86, § 19.

¹⁹ La Cour envisage néanmoins « certains cycles d'études qui, du fait de leurs caractéristiques propres, s'adressent à des personnes désireuses d'approfondir leurs connaissances générales plutôt que d'accéder à la vie professionnelle » (2 février 1988, *Blaizot c. Université de Liège*, aff. 24/86, § 20). L'Université des aînés échappe donc à l'application du droit européen...

²⁰ C.J.U.E., 2 février 1988, *Blaizot c. Université de Liège*, aff. 24/86, § 21.

²¹ Sur le fait que la formation professionnelle englobe l'enseignement secondaire, voy. C.J.U.E., 27 septembre 1988, *Humbel*, aff. 263/86.

nalité ». Il fut donc interdit aux États membres de traiter les ressortissants d'autres États membres différemment de leurs propres ressortissants en matière d'accès à l'enseignement (minerval, droit d'inscription...) ²². Dans les premiers arrêts ²³, la Cour indiquait que le droit d'accéder à l'enseignement dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'État membre qui organise cet enseignement bénéficiait aux travailleurs résidant sur le territoire de cet État membre et aux membres de leur famille. Toutefois, l'arrêt *Gravier* ouvre ce droit à tout étudiant qui se rend dans un autre État membre pour y suivre des études.

Les effets pervers de cette jurisprudence n'ont pas échappé aux premiers commentateurs. Trevor Hartley relevait ainsi que le système découlant de cette jurisprudence « est non seulement injuste, mais il est aussi, du point de vue de l'enseignement, non souhaitable. Ce système pénalise en effet les États membres qui consacrent de grands moyens financiers à l'enseignement : la qualité de l'enseignement universitaire s'accroîtra dans ces pays, le niveau des droits et frais à acquitter diminuant corrélativement. Ces pays attireront donc les étudiants venant d'autres États où la situation inverse règne, et devront donc supporter la charge de fournir un enseignement à beaucoup d'étudiants provenant d'autres États membres. D'autre part, les États membres qui ne consacrent qu'une partie limitée de leurs moyens financiers à l'enseignement se verront récompensés : leurs étudiants auront en effet l'occasion de bénéficier d'un enseignement dont le coût sera à charge des contribuables d'autres pays de la Communauté » ²⁴.

Autre conséquence de l'incorporation jurisprudentielle de l'enseignement dans les compétences communautaires relatives à la formation professionnelle : la Communauté était désormais habilitée à développer une politique en matière d'enseignement. Ainsi, la Commission estima que le programme « Erasmus », adopté en 1987, qui visait à favoriser la mobilité étudiante et la coopération entre les universités, pouvait se fonder exclusivement sur l'article 128 du Traité CE. Ce programme n'organise pas seulement une coopération entre les États, il s'adresse également directement aux étudiants et invite les universités, par-delà les frontières nationales, à coopérer, voire à envisager une harmonisation de leurs cursus. Certains États membres estimèrent dès lors que la Commission débordait de l'organisation de la coopération inter-étatique dans laquelle ils entendaient confiner l'intervention européenne en matière d'enseignement. Ils convinquirent donc le Conseil d'adopter le programme non seulement sur la base de l'article 128, mais également sur celle de l'article 235, disposition qui reconnaît en quelque sorte des pouvoirs implicites

²² C.J.U.E., 13 février 1985, *Gravier*, aff. 293/83, § 19 ; 2 février 1988, *Blaizot c. Université de Liège*, aff. 24/86, § 24. Voy. *infra* n° 9.

²³ C.J.U.E., 3 juillet 1974, *Casagrande*, aff. 9/74 ; 13 juillet 1983, *Forcheri*, aff. 152/82.

²⁴ T.C. HARTLEY, « La libre circulation des étudiants en droit communautaire », *C.D.E.*, *op. cit.*, p. 343. Dans le même sens, P. NIHOUL, « Le minerval réclamé aux étudiants communautaires en Belgique », *J.T.*, *op. cit.*, p. 712.

aux institutions européennes, leur permettant de déborder des compétences que leur attribue le Traité lorsqu'une action apparaît nécessaire pour réaliser l'un des objets de la Communauté. Saisie par la Commission, la Cour de justice donna raison au Conseil, toutefois pour la simple raison que le programme ne concernait pas seulement l'enseignement universitaire, mais aussi la recherche scientifique, domaine qu'il était impossible de loger dans le spectre de la formation professionnelle. La Cour considéra, en revanche, que le fait que le programme Erasmus n'appréhende pas seulement les étudiants comme de futurs agents économiques, mais comme des citoyens, tout comme la circonstance que ce programme abordait des aspects académiques des études universitaires, n'empêchaient pas de fonder ce programme sur le seul article 128 du Traité CE, à savoir la politique en matière de formation professionnelle²⁵. Si la Cour a ainsi formellement désavoué la Commission, elle lui a reconnu les moyens de mener une politique d'enseignement, notamment au niveau universitaire, exclusivement sur la base de l'article 128.

5. Lors des négociations qui allaient déboucher sur le Traité de Maastricht de 1992, plusieurs États exigèrent que les compétences de la Communauté européenne en matière d'enseignement soient précisément définies²⁶. Ils furent entendus puisque la réforme introduisit les articles 126 et 127, devenus avec la coordination d'Amsterdam les articles 149 et 150 puis, dans le TFUE, les articles 165 et 166²⁷.

Cette réforme est le fruit d'un compromis²⁸.

D'un côté, la Commission et la Cour obtenaient la reconnaissance de l'acquis communautaire, à savoir la consécration de la jurisprudence développée sur la base de l'ancien article 128 du Traité CE, à tout le moins la compétence de la Communauté de contribuer au développement d'une éducation de qualité par le biais d'actions incitatives et du développement de la coopération²⁹. Plus fondamentalement, les compétences de la Communauté européenne dans leur ensemble s'étendaient au-delà de la sphère économique pour embrasser la citoyenneté et différentes matières culturelles, élargissement symbolisé par

²⁵ C.J.U.E., 30 mai 1989, *Commission c. Conseil*, aff. 242/87, connu sous le nom d'arrêt « Erasmus » ; G. GORI, *Towards an EU right to education*, op. cit., pp. 52 à 54 ; K. LENAERTS, « Education in European Community Law after "Maastricht" », *Common Market Law Rev.*, op. cit., pp. 18 à 24 ; J. PERTEK, *L'Europe des diplômes et des professions*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 128 à 132. Voy. également l'arrêt *Bertini et Bisignani* du 12 juin 1986 (aff. jointes 98, 162 et 258/85), dans lequel la Cour reconnaît implicitement au Conseil la compétence d'adopter des directives destinées à coordonner les réglementations nationales en matière d'accès aux études de médecine.

²⁶ Voy. G. GORI, *Towards an EU right to education*, op. cit., pp. 63 à 76.

²⁷ Par souci de lisibilité, nous ne ferons désormais référence qu'aux dispositions du TFUE même si certaines décisions jurisprudentielles que nous évoquerons sont antérieures à la conclusion de ce Traité.

²⁸ Voy. K. LENAERTS, « Education in European Community Law after "Maastricht" », *Common Market Law Rev.*, op. cit., pp. 24 à 41 ; C. FRAZIER, *L'éducation et la Communauté européenne*, op. cit., pp. 257 à 292 ; G. GORI, *Towards an EU right to education*, op. cit., p. 77 à 104.

²⁹ En revanche, l'article 149 ne consacre pas la jurisprudence de la Cour en matière d'égal accès des étudiants aux établissements d'enseignement (voy. G. GORI, op. cit., pp. 101 et 102).

l'abandon du qualificatif économique dans l'intitulé du Traité³⁰. La Communauté peut donc désormais se préoccuper de la qualité de l'enseignement en soi, et plus seulement en lien avec sa dimension économique.

De l'autre, les compétences de la Communauté en matière d'éducation sont clairement définies, et donc circonscrites. Témoin de cette approche restrictive le fait que l'éducation n'est pas présentée comme une politique menée par la Communauté, à la différence notamment de la formation professionnelle ou de l'environnement³¹. De manière générale, l'intervention de la Communauté ne peut être que subsidiaire à celle des États membres. La différence entre l'éducation, visée à l'actuel article 165, et la formation professionnelle, faisant l'objet de l'article 166, est rappelée³². De même, la chasse gardée des États s'agissant de l'organisation de l'enseignement est réaffirmée avec force.

L'article 165, § 1^{er}, charge les instances européennes de contribuer « au développement d'une éducation de qualité en encourageant la coopération entre États membres et, si nécessaire, en appuyant et en complétant leur action », mais lui rappelle qu'elle doit respecter « pleinement la responsabilité des États membres pour le contenu de l'enseignement et l'organisation du système éducatif ainsi que leur diversité culturelle et linguistique ». De même, l'article 165, § 4, permet au Conseil d'adopter des actions d'encouragement « à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres ». Pour Renaud Dehousse, « l'insertion d'une clause de ce genre apparaît comme une réponse directe à la Cour, qui avait laissé entrevoir la possibilité d'une politique communautaire de l'éducation ambitieuse [...]. À l'évidence, les auteurs du Traité de Maastricht ont souhaité limiter la portée de cette jurisprudence : l'article 126 a été conçu de manière à éviter toute ingérence communautaire en ce qui concerne les structures ou les programmes d'enseignement. Le message était clair : il y a des limites à ce que les États membres sont disposés à tolérer »³³. C'est pourquoi le processus de Bologne, par exemple, s'est développé en dehors de tout cadre communautaire et n'emporte aucune mesure coercitive à charge des États membres. Ils y participent sur une base strictement volontaire³⁴.

³⁰ On passe du Traité instituant la Communauté économique européenne au Traité instituant la Communauté européenne.

³¹ Comparer les articles 3, 149, 150 et 174. Voy. F. LAFAY, « article 126 » in V. CONSTANTINESCO, R. KOVAR et D. SIMON, *Traité sur l'Union européenne*, Paris, Economica, 1995, p. 347.

³² Comme l'analyse G. GORI, « the Member States' goal was to curtail Community competencies as much as possible and to that purpose they made full use of the opportunity to amend the treaty » (*Towards an EU right to education, op. cit.*, p. 101).

³³ R. DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 1999, pp. 143 et 144.

³⁴ Voy. en ce sens l'avis de la section de législation du Conseil d'État n° 36.275/2 donné le 14 janvier 2004 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 31 mars 2004 définissant l'enseignement supérieur, favorisant son intégration à l'espace européen de l'enseignement supérieur et finançant les universités, *Doc., Parl. Comm. fr.*, 2003-2004, n° 498-1 ; M.-A. PERSOONS, « Europese

Koen Lenaerts croyait alors pouvoir constater : « After « Maastricht », the Member States' powers with regard to education will in any event have to be taken *au sérieux* »³⁵.

6. Cela n'a toutefois aucunement réfréné les ardeurs de la Cour de justice, qui s'est au contraire appuyée sur le nouvel article 165 du Traité pour étendre son champ d'investigation. Cette disposition, censée expliciter la volonté des États de conserver leur responsabilité exclusive « pour le contenu de l'enseignement et l'organisation du système éducatif », a été utilisée à l'inverse pour faire entrer cette matière dans le domaine d'application du Traité.

C'est que le Traité de Maastricht a également introduit un chapitre sur la citoyenneté européenne, reconnaissant à « tout citoyen de l'Union [...] le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent Traité et par les dispositions prises pour son application »³⁶.

La Cour s'est appuyée sur ces nouvelles dispositions pour étendre le droit des étudiants à circuler librement et à bénéficier de l'égalité de traitement lorsqu'ils se rendent dans un autre État membre pour y faire des études. Ainsi, alors que dans les arrêts *Lair* et *Brown* du 21 juin 1988³⁷, la Cour estimait que les aides accordées aux étudiants par les États membres échappaient au champ d'application du Traité « sauf dans la mesure où une telle aide aurait pour objet de couvrir les frais d'inscription ou d'autres frais, notamment de scolarité, exigés pour l'accès à l'enseignement », elle tirera argument, dans sa jurisprudence postérieure, de l'insertion dans le Traité des dispositions sur la citoyenneté européenne et sur l'éducation pour considérer que les étudiants qui se déplacent dans un autre État membre pour y faire des études peuvent revendiquer le droit à l'égalité de traitement, notamment pour l'octroi d'aides sociales³⁸ ou des bourses destinées à couvrir les frais d'entretien³⁹.

Si les États signataires du Traité de Maastricht entendaient clairement circonscrire l'action européenne en matière d'éducation, la Cour en a donc plutôt déduit une extension du domaine d'application du Traité dans cette matière.

7. En vue de faciliter la circulation des travailleurs, tant en matière d'établissement que de service, les articles 53 et 165, § 2, du TFUE chargent la

integratie van het onderwijsbeleid. Actuele noodzaak of ver toekomstproject », *T.O.R.B.*, 2006-2007, pp. 296 et 297.

³⁵ K. LENAERTS, « Education in European Community Law after "Maastricht" », *Common Market Law Rev.*, *op. cit.*, p. 41.

³⁶ Article 33 du TFUE.

³⁷ C.J.U.E., 21 juin 1988, *Lair*, aff. 39/86 ; 21 juin 1988, *Brown*, aff. 197/86.

³⁸ C.J.U.E., 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99.

³⁹ C.J.U.E., 15 mars 2005, *Bidar*, C-209/03, § 39 à 42.

Commission et le Conseil d'adopter des directives « visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres »⁴⁰.

Dans un arrêt rendu le 23 octobre 2008⁴¹, la Cour de justice a condamné le refus de la Grèce de reconnaître les diplômes homologués par les autorités d'un autre État membre. En l'occurrence, ces diplômes sanctionnaient une formation organisée par un organisme privé établi en Grèce. La Cour de justice a estimé qu'en ne reconnaissant pas ces formations, la Grèce violait la directive 89/48/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans. Cette directive prévoit qu'on entend par diplôme :

« tout diplôme, certificat ou autre titre ou tout ensemble de tels diplômes, certificats ou autres titres qui a été délivré par une autorité compétente dans un État membre, désignée conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives de cet État ».

Aux yeux de la Cour, cette disposition n'implique nullement que l'autorité qui délivre le diplôme tienne sa compétence de l'État dans le territoire duquel est dispensée la formation. Un organisme qui dispense une formation dans un État membre n'est donc pas tenu d'être habilité par ce dernier pour que le titre qu'il délivre bénéficie du système européen de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur. En revanche, l'État membre d'accueil est tenu de reconnaître un diplôme délivré par une autorité d'un autre État membre⁴², alors même que ce diplôme sanctionne une formation acquise, en tout ou en partie, auprès d'un établissement sis dans l'État membre d'accueil qui, selon la législation de ce dernier État, n'est pas reconnu comme établissement d'enseignement⁴³.

Un établissement d'enseignement qui dispense une formation donnant accès à une profession dans deux États membres pourra donc choisir dans quel ordre juridique il souhaitera faire reconnaître cette formation. Cette reconnaissance s'imposera automatiquement au second État, sans que celui-ci ne puisse se prévaloir du moindre droit de regard.

Devant la Cour, le Gouvernement grec alléguait qu'en vertu de sa Constitution l'enseignement supérieur est assuré uniquement et exclusivement par des établissements publics, la création d'écoles supérieures par des particuliers étant expressément interdite. Dès lors, toute reconnaissance d'un diplôme délivré par de telles écoles est exclue. La Grèce ajoutait que sa législation est conforme aux articles 165 et 166 du TFUE, selon lesquels le contenu et l'organisation

⁴⁰ Voy. notamment J. PERTEK, *Diplômes et professions en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

⁴¹ C.J.U.E., 23 octobre 2008, *Commission c. Grèce*, C-274/05. Cette jurisprudence est confirmée dans deux arrêts du 4 décembre 2008, *Commission c. Grèce*, C-84/07, et *Chatzithanasis*, C-151/07.

⁴² Sous réserve des mesures compensatoires que permet l'article 4 de la directive.

⁴³ Dispositif de l'arrêt *Chatzithanasis* du 4 décembre 2008, C-151/07.

tant du système éducatif que de la formation professionnelle sont de la responsabilité des États membres⁴⁴. La Cour répondit que son interprétation ne remet nullement en cause la responsabilité de la République hellénique pour le contenu de l'enseignement et l'organisation du système éducatif. Selon la Cour :

« les diplômes sanctionnant des formations dispensées dans un État membre dans le cadre d'accords d'homologation [entre un organisme privé et une autorité compétente d'un autre État membre] ne relèvent pas du système éducatif du premier État membre. C'est aux autorités compétentes de l'État membre qui délivrent les diplômes sanctionnant les formations qu'il revient d'assurer la qualité de ces formations ».

Il résulte de cette jurisprudence que la réserve de responsabilité des États membres contenue dans les articles 165 et 166 du TFUE ne leur confère nullement la compétence exclusive de réglementer l'enseignement sur leur territoire, pas même pour s'assurer de leur qualité. Cette compétence exclusive ne porterait que sur l'organisation de leur propre système éducatif, à savoir l'enseignement public... à l'exception des conditions d'accès à celui-ci.

Section 2

Les États membres condamnés à renoncer à la démocratisation de l'enseignement ?

8. Comme on vient de le voir, la Cour de justice s'est d'abord appuyée sur les règles du Traité en matière de formation professionnelle, puis sur les dispositions insérées par le Traité de Maastricht relatives à la citoyenneté de l'Union d'une part, et à l'éducation et à la formation professionnelle, d'autre part, afin d'établir comme principe fondamental que l'accès à l'enseignement devait être ouvert par les États membres à tous les ressortissants des autres États membres sans discrimination. Ce principe s'accompagne d'un droit à la reconnaissance européenne des diplômes homologués par un État membre.

Le principe de non-discrimination exclut les différences de traitement entre ressortissants des États membres notamment en matière de droit de séjour pendant la durée de la formation⁴⁵, d'aides destinées à couvrir les droits d'inscription et les frais de scolarité⁴⁶ ou d'aide sociale aux étudiants⁴⁷.

Le droit des parents de l'Union européenne de choisir librement l'État membre dans lequel ils désirent scolariser leurs enfants, ainsi que le droit des étudiants de choisir librement l'État membre dans lequel ils souhaitent effectuer leurs

⁴⁴ C.J.U.E., 23 octobre 2008, *Commission c. Grèce*, C-274/05, § 22 et 23.

⁴⁵ C.J.U.E., 7 juillet 1992, *Parlement c. Conseil*, C-295/90.

⁴⁶ C.J.U.E., 21 juin 1988, *Lair*, aff. 39/86 ; 21 juin 1988, *Brown*, aff. 197/86.

⁴⁷ C.J.U.E., 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99 ; 15 mars 2005, *Bidar*, C-209/03 ; 18 novembre 2008, *Förster*, C-158/07.

études, résultent non seulement de l'interdiction de discrimination prévue par l'article 18 du TFUE, mais également des articles 20 et 21 de ce même Traité qui instituent une citoyenneté de l'Union.

9. Le principe de liberté de circulation pose une difficulté financière à l'État voisin d'un État de plus grande taille, partageant avec cet État une même langue et ouvrant davantage l'accès à son enseignement supérieur que celui-ci. L'Autriche et la Communauté française sont dans ce cas.

Plusieurs cursus de l'enseignement supérieur de cette dernière connaissent un franc succès chez les étudiants français qui les perçoivent comme un moyen de contourner la forte limitation à l'accès en vigueur dans leur pays d'origine. Outre ses répercussions budgétaires, cette situation menace la qualité des études au sein des filières pour lesquelles le nombre d'étudiants excède manifestement les capacités d'accueil des établissements.

Diverses barrières d'ordre financier et académique ont été mises en place pour limiter cette mobilité de contournement. Elles se sont heurtées au droit européen.

Ainsi, la Cour de justice a annulé, au nom du principe de liberté de circulation, les dispositions qui exigeaient des étudiants étrangers européens le paiement d'un minerval complémentaire dans les hautes écoles⁴⁸ et dans les universités⁴⁹. Se fondant sur cette jurisprudence, la Cour constitutionnelle a censuré, à son tour, une disposition imposant la perception, dans les écoles d'art, d'un droit d'inscription complémentaire pour les étudiants étrangers européens⁵⁰.

En ce qui concerne les conditions académiques d'accès aux études, la Cour a poussé assez loin le principe de non-discrimination, créant un effet d'aubaine pour des étudiants européens qui, pour des raisons académiques, n'ont pas accès aux études de leur choix dans leur pays d'origine et obtiennent une heureuse opportunité de poursuivre leurs études dans un autre État membre moins exigeant en termes de conditions d'accès. La Communauté française exigeait, en effet, des étudiants porteurs d'un diplôme de fin d'études secondaires délivré dans un autre pays européen que ce diplôme soit reconnu équivalent au certificat d'études secondaires supérieures délivré par la Communauté française, tout en donnant accès, dans leur pays d'origine, aux mêmes études que celles qu'ils désiraient entreprendre en Communauté française⁵¹. Par un arrêt

⁴⁸ C.J.U.E., 13 février 1985, *Gravier*, aff. 293/83.

⁴⁹ C.J.U.E., 2 février 1988, *Blaizot c. Université de Liège*, aff. 24/86.

⁵⁰ C.A., 15 juillet 1998, n° 91/98, B.5.1. à B.5.4.

⁵¹ La disposition litigieuse était l'article 1^{er}, b), de l'arrêté royal du 20 juillet 1971 déterminant les conditions et la procédure d'octroi de l'équivalence des diplômes et certificats d'études étrangers, en vertu duquel l'octroi d'une équivalence ne pouvait en aucun cas avoir comme résultat « de donner à l'impétrant accès à des études qui ne lui sont pas accessibles dans le pays où le diplôme ou le certificat a été délivré ». À noter que cette disposition s'applique toujours à l'égard des étudiants étrangers non européens.

du 1^{er} juillet 2004, la Cour de justice a considéré que la Belgique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 18 du TFUE, lu en combinaison avec les articles 165 et 166 :

« en ne prenant pas les mesures nécessaires pour assurer que les titulaires de diplômes d'enseignement secondaire obtenus dans d'autres États membres puissent accéder à l'enseignement supérieur organisé par la Communauté française de Belgique dans les mêmes conditions que les titulaires du certificat d'enseignement secondaire supérieur (C.E.S.S.) »⁵².

Le caractère discriminatoire d'une telle mesure ne paraissait pourtant pas évident. En Belgique, contrairement à d'autres pays, notamment la France, le C.E.S.S. ouvre les portes de tout l'enseignement supérieur, quelle que soit la filière suivie dans l'enseignement secondaire. Si un baccalauréat littéraire ou économique délivré en France ne permet pas d'accéder, par exemple, à des études en médecine vétérinaire dans ce pays, il est somme toute logique que l'étudiant porteur d'un tel diplôme ne puisse revendiquer le droit d'entreprendre ces études dans un autre pays d'Europe. Qu'un étudiant conserve ses droits en passant la frontière est une chose, mais que ces droits augmentent en est une autre, moins aisément compréhensible.

La Cour a pratiqué un autre syllogisme : si n'importe quel baccalauréat français est reconnu équivalent à un C.E.S.S. belge et qu'un C.E.S.S. belge donne accès à toutes les études supérieures sans distinction, alors le baccalauréat français doit lui aussi donner accès à toutes les études supérieures en Communauté française. Il faut préciser que, dès avant l'arrêt de la Cour, mais tardivement⁵³, la Communauté française avait modifié sa législation dans le sens demandé par la Commission. En outre, comme le remarquait la Cour, « le Royaume de Belgique n'avance aucun argument de nature à justifier ce critère »⁵⁴. On pouvait difficilement mieux tendre la joue.

Certes, le véritable motif pour lequel la Communauté française posait l'exigence litigieuse aux titulaires d'un C.E.S.S. étranger n'était pas la crainte que ces étudiants n'aient pas le niveau suffisant pour suivre les études en Communauté française, mais le souci d'éviter que son système de libre accès – sans examen à l'entrée ni concours – ne soit assailli par des étudiants français confrontés dans certaines filières d'études à des concours d'entrée assez sélectifs. Concrètement, la mesure permettait de limiter le nombre d'étudiants dans les disciplines soumises, en France, à un drastique *numerus clausus*.

L'Autriche craignait pour les mêmes raisons un afflux des étudiants allemands et avait pris une mesure semblable à celle de la Communauté française. Pour-

⁵² C.J.U.E., 1^{er} juillet 2004, *Commission c. Belgique*, C-65/03.

⁵³ En fait, après l'échéance de l'avis motivé (voy. C.J.U.E., 1^{er} juillet 2004, *Commission c. Belgique*, C-65/03, § 21).

⁵⁴ C.J.U.E., 1^{er} juillet 2004, *Commission c. Belgique*, C-65/03, § 30.

suivie également par la Commission, elle avait tenté de justifier sa mesure, en arguant qu'à défaut de prendre en considération les droits ouverts dans le pays d'origine, elle pourrait s'attendre à ce que de nombreux titulaires de diplômes obtenus dans les autres États membres essayent de poursuivre une formation universitaire ou un enseignement supérieur en Autriche et que cette situation alourdirait abondamment la charge des pouvoirs subsidiaires. Outre la considération que la situation prédite par l'Autriche n'était pas démontrée, la Cour s'est ralliée aux conclusions de son avocat général qui a considéré qu'« une demande excessive d'accès à certaines formations peut trouver une solution dans l'adoption de mesures non discriminatoires spécifiques telles que la mise en place d'un examen d'entrée ou l'exigence d'un niveau minimal, l'article 18 TFUE étant ainsi respecté »⁵⁵.

En clair, la Cour recommande aux États membres qui se trouvent confrontés à un afflux d'étudiants d'autres États membres en raison de la grande accessibilité de leur enseignement supérieur de renoncer à celle-ci.

10. Ce faisant, la juridiction luxembourgeoise semble perdre de vue l'obligation que fait peser sur tous les États membres le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) de progresser dans l'accessibilité à l'enseignement supérieur. En effet, l'article 13, § 2, c), de ce Traité dispose : « 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. »

Cette disposition consacre avant tout une série d'obligations positives à charge de l'État. Elles sont recensées par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies dans ses observations générales formulées le 8 décembre 1999⁵⁶. Tout d'abord, « cet article part à l'évidence du postulat que les États assument au premier chef la responsabilité de fournir directement des services éducatifs »⁵⁷. L'État doit notamment développer un réseau scolaire à tous les niveaux, ce qui suppose d'« assurer la fourniture de services éducatifs en s'employant à mettre en place un réseau d'écoles, notamment en construisant des salles de classe, en offrant des programmes, en fournissant des matériels didactiques, en formant des enseignants et en leur versant un traitement compétitif sur le plan intérieur »⁵⁸. Il doit encore garantir la gratuité de

⁵⁵ C.J.C.E., 7 juillet 2005, *Commission c. Autriche*, C-147/03, note C. RIEDER, *Common Market Law Review*, 2006, 43, pp. 1711 à 1726.

⁵⁶ Observation générale n° 13, « Le droit à l'éducation ».

⁵⁷ Observation générale n° 13, « Le droit à l'éducation », § 48.

⁵⁸ Article 13, § 2, e). Le Comité précise qu'en vertu de cette obligation, les États sont tenus d'élaborer une stratégie d'ensemble, qui « doit concerner les établissements d'enseignement à tous les niveaux », même si la priorité est accordée à l'enseignement primaire. Il précise que « l'expression « poursuivre activement » sous-entend que les pouvoirs publics doivent accorder à la stratégie d'ensemble un certain rang de priorité et qu'en tout état de cause ils doivent l'appliquer vigoureusement » (§ 25).

l'accès à l'enseignement primaire, instaurer progressivement la gratuité dans les autres niveaux. Le Comité précise que :

« les États parties ont pour obligation immédiate d'“agir” en vue d'assurer à toutes les personnes relevant de leur juridiction un enseignement secondaire et supérieur et une éducation de base. Au minimum, ils sont tenus d'adopter et de mettre en œuvre une stratégie nationale d'éducation englobant l'enseignement secondaire et supérieur »⁵⁹.

Les États doivent, en outre, développer un système de bourses⁶⁰.

Par ailleurs, en Communauté française, la solution prônée par la Cour avait été adoptée dès 2003. Souhaitant allier le respect du droit européen et la prise en compte des capacités maximales des établissements organisant cette filière, la Communauté française a instauré un concours d'entrée, sans distinction de nationalité, pour l'accès aux études de sciences vétérinaires⁶¹. Dans son avis sur l'avant-projet, le Conseil d'État confirma que la sélection mise en place n'était pas source de discriminations entre étudiants belges et étudiants étrangers européens⁶². Ce n'est donc pas en raison d'une violation du droit européen, mais de la contreperformance des étudiants belges au concours que la Communauté française abandonna ce système. En effet, la sélection pratiquée en France pour accéder aux écoles vétérinaires a lieu après deux ans d'études supérieures, et laisse beaucoup de candidats sur le carreau (seulement quelque 500 places ouvertes par an). La population française étant quinze fois plus importante que celle de la Belgique francophone, il ne fallait pas être grand mathématicien pour prédire ce qui allait arriver : en 2005, seuls 34 étudiants issus de l'enseignement secondaire de la Communauté française furent admis alors que 250 places avaient été ouvertes⁶³.

11. Dans le cadre de l'examen du décret « non-résidents »⁶⁴, la Cour constitutionnelle a demandé à la Cour de justice, en substance, si la liberté de circulation des étudiants ne devrait pas éventuellement être modulée afin de préserver, au profit des nationaux, le bénéfice de l'article 13 du Pacte qui, selon elle, contient une obligation de *standstill* interdisant de restreindre l'accès à l'enseignement supérieur⁶⁵. La Cour constitutionnelle fait ici manifestement allusion à l'arrêt *Commission c. Autriche*, où, comme on l'a rappelé, la Cour de justice a prôné, pour restreindre le flux d'étudiants étrangers de limiter de

⁵⁹ Observation générale n° 13, « Le droit à l'éducation », § 52.

⁶⁰ Article 13, § 2, e). Le Comité précise que « le système de bourses doit favoriser, dans des conditions d'égalité, l'accès à l'éducation des personnes appartenant aux groupes défavorisés » (§ 26).

⁶¹ 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.

⁶² Avis n° 34.628/2 du 19 février 2003, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2002-2003, n° 394-1, p. 8.

⁶³ Voy. l'exposé des motifs du projet devenu le décret du 16 juin 2006 régulant le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2005-2006, n° 263-1.

⁶⁴ Voy. *infra* n° 13 et s.

⁶⁵ C. const., 14 février 2008, n° 12/2008.

manière uniforme l'accès à leur enseignement supérieur, par exemple en instituant un examen d'entrée. Pour la Communauté française qui s'est toujours efforcée d'ouvrir largement l'accès à l'enseignement supérieur en évitant autant que possible pareille mesure, l'application de cette solution aurait nécessairement signifié un recul dans le droit d'accès à l'enseignement supérieur garanti aux Belges, à l'instar du concours pratiqué en médecine vétérinaire.

Cette question aurait permis pour la première fois, à notre connaissance, à la Cour de justice d'exposer comment concilier les exigences de la liberté de circulation avec les obligations déduites du PIDESC⁶⁶. Elle a toutefois préféré botter en touche, considérant que l'article 13 du Pacte «poursuit en substance le même but que les articles 18 et 21 TFUE, à savoir garantir le principe de non-discrimination dans l'accès à l'enseignement supérieur»⁶⁷. Certes, le PIDESC attache une grande importance à la lutte contre les discriminations, mais il faudrait être particulièrement partial pour n'y lire, notamment dans le domaine de l'éducation, que cette préoccupation, surtout si on la centre de surcroît sur la question de la nationalité. La question de la démocratisation de l'enseignement et du *standstill* dont elle est assortie eut mérité de plus grands égards.

12. La libre circulation des étudiants et l'égalité d'accès à l'enseignement, consacrés par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, ont pour conséquence d'attirer naturellement les étudiants vers les États dans lesquels l'enseignement est le moins cher et le plus largement ouvert. Il peut en résulter des déséquilibres dans les flux d'étudiants, susceptibles de mettre en péril la viabilité des systèmes d'enseignement public de ces États. Pour se défendre, ces États pourraient être tentés de durcir leurs conditions d'accès en termes financiers ou académiques. Les libertés européennes peuvent donc amener à un moins-disant en matière d'accès aux systèmes éducatifs des États membres.

En 1994, suite aux arrêts rendus par la Cour en matière de minerval réclamé aux étudiants européens en Belgique⁶⁸, Paul Nihoul écrivait on ne peut plus justement :

« Il faut voir les côtés positifs de cette jurisprudence : l'égalité d'accès favorise la mobilité des étudiants au sein de la Communauté [...] n'est-ce pas l'embryon d'une véritable citoyenneté communautaire ?

Mais l'on ne peut pour autant ignorer la réalité : beaucoup d'étudiants communautaires en Belgique proviennent d'États membres où (i) les

⁶⁶ En ce sens, implicitement, A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire, Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, Bruylant/FUSL, 2009, pp. 253 à 278. L'auteur y recense en effet les conflits entre droits fondamentaux et libre circulation sans relever aucun arrêt où la Cour aurait dû concilier libre circulation et PIDESC.

⁶⁷ C.J.U.E., 13 avril 2010, *Nicolas Bressol et Céline Chavarot, e.a. c. Gouvernement de la Communauté française*, C-73/08, § 86.

⁶⁸ Voy. *supra* n° 9.

droits d'inscription sont nettement plus élevés et où (ii) le nombre d'étudiants admis est limité (par ex., *numerus clausus* à l'université). Les objectifs de la jurisprudence de la Cour ne sont donc pas atteints. La mobilité ne joue que dans un sens : des États imposant des limites sévères au nombre d'étudiants et aux subventions publiques vers les pays ayant opté pour un enseignement ouvert et largement subventionné [...]. Le seul argument véritable en faveur de la jurisprudence de la Cour reste celui de la citoyenneté communautaire. Mais l'on peut se demander, à cet égard, s'il n'est pas conforme à la logique communautaire que des États membres doivent financer les études des personnes non admises dans le système d'éducation nationale de leur État d'origine.»⁶⁹

La Cour de justice n'a jamais pris en compte cette logique de compensation entre l'État dont les étudiants sont ressortissants et l'État d'accueil. En l'absence de la moindre contrainte, on perçoit difficilement l'intérêt qu'auraient la France et l'Allemagne à passer à la caisse. En se montrant aveugle aux impacts financiers de sa jurisprudence, la Cour permet à ces États d'assurer gratuitement la formation d'une partie de leurs praticiens, sans qu'ils n'aient à remettre en cause le caractère sélectif de leur propre système d'enseignement supérieur. Pourtant, dans ces États, de nombreux professionnels formés dans des systèmes éducatifs étrangers libres d'accès viennent s'ajouter à ceux formés sur place en nombre limité – car la plupart de ces diplômés s'établissent dans leur pays d'origine après leurs études – sans que cela semble provoquer de pléthore ou d'engorgement dans les professions concernées⁷⁰.

Certains ne verront dans cette harmonisation à la baisse des conditions d'accès qu'une conséquence de l'intégration européenne. Chaque État est astreint à de nouvelles obligations qui, somme toute, s'équilibrent avec les avantages qu'il tire de cette intégration⁷¹. Ceux-là même estimeront que si des déséquilibres se créent, ils ne sont qu'incitation à des mesures d'harmonisation législatives pour restaurer un équilibre. Le problème vient de ce que, en matière d'enseignement, toute mesure communautaire d'harmonisation est précisément exclue par l'article 165 du TFUE.

⁶⁹ P. NIHOUL, « Le minerval réclamé aux étudiants communautaires en Belgique », *J.T.*, *op. cit.*, p. 705.

⁷⁰ C. const., 14 février 2008, n° 12/2008, B.12.3.

⁷¹ Voy. ainsi les conclusions de l'avocat général G. JACOBS, précédant l'arrêt *Commission c. Autriche* du 7 juillet 2005, C-147/03 : « compte tenu de l'ensemble des avantages qu'ils produisent pour l'Union européenne, l'investissement public fait dans l'éducation des étudiants étrangers produira un bénéfice pour l'État d'accueil, soit directement car, par la suite, les étudiants entrent sur son marché du travail, soit, indirectement, en raison des bénéfices pour l'Union européenne dans son ensemble » (§ 39).

Section 3

Le décret « non-résidents », vers une prise en compte des effets pervers de la libre circulation ?

13. Concrètement, comme on l'a déjà relevé plus haut, deux systèmes éducatifs sont actuellement confrontés à ce problème, à savoir celui de la Communauté française de Belgique et celui de l'Autriche.

Contrainte par la Cour de justice d'abandonner la règle du « pays d'origine du diplôme », et confrontée aux résultats peu concluants du concours d'accès aux études vétérinaires, la Communauté française a mis en place un système complexe qui garantit le libre accès pour les étudiants dits « résidents » et limite l'accès des étudiants des autres États membres qui sont « non-résidents », à concurrence de trente pour cent de la composition des cohortes de la première année de neuf cursus⁷². En cas de dépassement, les « non-résidents » sont sélectionnés sur la base d'un tirage au sort⁷³.

L'exposé des motifs du décret « non-résidents » mettait en lumière les risques liés à une liberté de circulation absolue :

« Sommes-nous [...] condamnés, au nom d'un principe de libre circulation des étudiants, à abandonner notre système de libre accès, avec, pour principales victimes, les étudiants issus de notre enseignement secondaire qui se verront évincés des études supérieures de leur choix, ou au contraire à accepter un nombre sans cesse plus grand d'étudiants privés de cet enseignement dans leur pays d'origine, quitte à voir notre enseignement supérieur se déprécier parce qu'arrivé à saturation ? »⁷⁴

⁷² Les conditions pour être considérés comme résidents sont énumérées à l'article 1^{er} du décret. Relevons que la condition de résidence principale a été durcie. La première mouture du décret du 16 juin 2006 prévoyait que l'étudiant devait avoir sa résidence principale en Belgique en y exerçant une activité professionnelle depuis au moins 6 mois. Cette disposition a été modifiée par le décret du 25 mai 2007 portant diverses mesures en matière d'enseignement supérieur. Désormais, la durée minimale de résidence principale est de 15 mois. Selon le législateur, l'ancienne disposition était « envisagée par de nombreux étudiants actuellement non-résidents, pour acquérir la qualité d'étudiants résidents, en venant s'installer en Belgique, pendant 6 mois en y exerçant une activité professionnelle. [...] Mais l'objectif de la condition exprimée à l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^e, était bien entendu de garantir que le travailleur venant s'installer en Belgique pour y exercer son activité professionnelle, puisse bénéficier également pour lui-même et pour les membres de sa famille du libre accès à tous les cursus, tout comme les enfants des travailleurs déjà installés en Belgique. [...] À défaut d'allonger le délai de six mois prévu à l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^e, le décret manquera son objectif à partir de la prochaine année académique. Il ne limitera en effet pas, dans les cursus où l'on a constaté une pléthore d'étudiants non-résidents au cours des années académiques précédentes, le nombre des étudiants. Il aura seulement pour effet de requérir des étudiants non-résidents une présence sur le territoire depuis un minimum de six mois, accompagnée de l'exercice d'une activité professionnelle » (Commentaire de l'article 18, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2006-2007, n° 399-1, p. 17).

⁷³ Article 5 du décret 16 juin 2006 régulant le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur.

⁷⁴ Exposé des motifs, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2005-2006, n° 263-1, p. 10.

La Communauté française attestait la validité de son projet au regard du droit européen en invoquant notamment la jurisprudence de la Cour en matière de soins de santé. Dans ce domaine, depuis le célèbre arrêt *Kohll*⁷⁵, il est établi que les articles 56 et 57 TFUE s'opposent à ce qu'une réglementation nationale subordonne à l'autorisation de l'organisme de sécurité sociale dont relève une personne, le remboursement des prestations de soins fournis par un prestataire établi dans un autre État membre. Une telle réglementation décourage en effet les assurés sociaux de s'adresser aux prestataires de services médicaux établis dans un autre État membre et constitue, tant pour ces derniers que pour leurs patients, une entrave à la libre prestation des services. Un système d'autorisation peut toutefois être admis s'il est justifié par une raison impérieuse d'intérêt général, tel que l'équilibre financier du système de sécurité sociale ou des motifs de santé publique.

De plus, la Communauté française entendait justifier la différence de traitement entre résidents et non-résidents à la lumière de l'arrêt *Bidar*. La Cour y a affirmé que « s'agissant d'une aide couvrant les frais d'entretien des étudiants, il est [...] légitime pour un État membre de n'octroyer une telle aide qu'aux étudiants ayant démontré un certain degré d'intégration dans la société de cet État »⁷⁶. Aux yeux de la Cour, l'existence de ce degré d'intégration peut être démontrée par la constatation selon laquelle l'étudiant a, pendant une certaine période, séjourné dans l'État membre d'accueil⁷⁷.

Le Conseil d'État s'est prononcé en ces termes sur l'avant-projet :

« Il convient de rappeler que la Cour de justice considère, selon une jurisprudence constante, que le principe d'égalité de traitement prohibe non seulement les discriminations "ostensibles" fondées sur la nationalité, mais aussi "toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat". De même, la Cour, lorsqu'elle se trouve confrontée à une discrimination "indirecte", considère qu'une différence de traitement ne pourrait en tout état de cause être justifiée que "si elle se fondait sur des considérations objectives indépendantes de la nationalité des personnes concernées". »

L'avis de la section de législation du Conseil d'État sur l'avant-projet de décret est loin d'être tranché. Il rappelle ainsi que la Cour de justice de l'Union européenne permet des dérogations au principe de liberté de circulation :

« il appartient [...] au Gouvernement de la Communauté française, qui entend établir une restriction au principe fondamental de la libre circulation des étudiants, d'énoncer l'objectif légitimement poursuivi, d'établir le caractère objectif et raisonnable du critère de distinction retenu pour

⁷⁵ C.J.U.E., 28 avril 1998, *Kohll c. Union des caisses de maladie*, C-158/96.

⁷⁶ C.J.U.E., 15 mars 2005, *Bidar*, C-209/03, § 57.

⁷⁷ C.J.U.E., 15 mars 2005, *Bidar*, C-209/03, § 59.

fonder la différence de traitement et de démontrer tant la nécessité que la proportionnalité de la mesure envisagée »⁷⁸.

La Communauté française a dû défendre la validité de son système sur deux fronts européens, celui politico-administratif de la Commission (§ 1) et celui juridictionnel de la Cour de justice (§ 2). Le décret « non-résidents » eut ensuite à passer sous les fourches caudines du juge constitutionnel belge. Il en ressort partiellement annulé (§ 3), ce qui a incité plutôt que découragé la Communauté française à étendre ce système à d'autres cursus (§ 4).

§ 1. Le renoncement de la Commission européenne

14. Dans le cadre d'une action en manquement intentée par la Commission, la Communauté française a été mise en demeure de présenter ses observations, en application de l'article 258 du TFUE.

Il semblerait qu'à ce stade, elle ait été sauvée par les rocambolesques conditions de la ratification du Traité de Lisbonne. Le climat était alors à la recherche absolue du compromis permettant à tous les États membres de ratifier ce Traité et ainsi surmonter l'échec de ratification du Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

L'Autriche y a vu l'occasion d'obtenir satisfaction dans le conflit qui l'opposait à la Commission à propos du quota d'étudiants allemands. Le 18 octobre 2007, l'agence Reuter publiait le communiqué suivant :

« Le différend entre la Commission européenne et l'Autriche sur les quotas d'étudiants européens dans les écoles médicales du pays a été réglé jeudi, avant l'ouverture du sommet européen de Lisbonne.

Cet accord, qui prévoit la suspension de la procédure d'infraction lancée par l'exécutif européen contre Vienne pour entrave à la libre circulation des étudiants au sein de l'UE, permet de lever la réserve autrichienne sur le nouveau Traité censé remplacer la défunte Constitution européenne.

« La procédure a été suspendue pour cinq ans, pendant lesquels nous allons essayer de trouver une solution à long terme », a déclaré le chancelier autrichien Alfred Gusenbauer à son arrivée à Lisbonne pour un Conseil européen de deux jours. »⁷⁹

Dans la foulée, la Communauté française a bénéficié de la même mesure d'une suspension des poursuites pour une période de cinq ans.

§ 2. L'infléchissement de la jurisprudence de la C.J.U.E.

15. Le gel des poursuites par la Commission n'a pas empêché la Cour de justice de l'Union européenne de se prononcer sur cette question.

⁷⁸ Avis n° 40.207/2 du 2 mai 2006, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2005-2006, n° 263-1, pp. 50 à 52.

⁷⁹ « Tout est bien qui finit bien (?) », *Journal du Marché intérieur*, 18 octobre 2007, www.iej.net.

En effet, des étudiants français et des enseignants qui craignaient pour leur emploi ont introduit un recours en annulation du décret « non-résidents » devant la Cour constitutionnelle. Dans son arrêt n° 12/2008, celle-ci rappelle dans les détails le droit primaire et la jurisprudence de la Cour de justice applicables en la matière. Après avoir évoqué les objectifs poursuivis par le législateur, non sans laisser transparaître une approbation de ceux-ci⁸⁰, la Cour constitutionnelle a jugé qu'elle devait poser trois questions préjudicielles à la Cour de justice sur l'interprétation des articles 18, 21, 165 et 166 du TFUE.

16. Les conclusions de l'avocat général près la Cour de justice laissaient présager une issue défavorable à la Communauté française. Elles font preuve d'une lecture orthodoxe de la jurisprudence en matière de liberté de circulation⁸¹. À l'estime de l'avocat général, le décret viole le droit de l'Union européenne, car il serait indirectement⁸² et directement⁸³ discriminatoire. L'avocat général réfute également les arguments tenant à la volonté de maintenir le caractère démocratique de l'accès à l'enseignement supérieur pour les résidents de la Communauté française :

« Il semble que le décret ait voulu préserver un accès illimité à l'enseignement supérieur pour les Belges, tout en rendant plus difficile l'accès au système d'enseignement supérieur de la Communauté française pour les étudiants étrangers (venant principalement de France) pour lesquels ce système constitue une alternative naturelle. Un tel objectif est clairement discriminatoire dans son essence et incompatible avec les objectifs du Traité. »⁸⁴

Les différents motifs invoqués par la Communauté pour justifier une discrimination indirecte – à savoir la charge excessive pour les finances publiques, la diminution de la qualité de la formation et la qualité du système de santé publique – sont tous écartés par l'avocat général. Cette dernière estime, en outre, que la jurisprudence de la Cour de justice n'admet pas de justification d'une discrimination directe.

La Cour de justice était-elle partie à l'accord conclu entre l'Autriche et la Commission ? En tout cas, elle ne suivit que partiellement l'avocat général et mit un bémol à sa jurisprudence⁸⁵.

⁸⁰ « L'enseignement organisé en Communauté française est, pour l'essentiel, financé par les deniers publics qui sont limités et requièrent une discipline budgétaire stricte. Ces moyens ne sont à l'évidence pas destinés à remédier aux conséquences des choix politiques d'un grand pays voisin » (C. const., 14 février 2008, n° 12/2008, B.12.1.).

⁸¹ C.J.U.E., 13 avril 2010, *Nicolas Bressol e.a. c. Gouvernement de la Communauté française*, C-73/08 (concl. av. gén. présentées le 25 juin 2009).

⁸² Selon l'avocat général, la condition de résidence principale risque de s'appliquer principalement au détriment des ressortissants d'autres États-membres (§ 60 à 63).

⁸³ Selon l'avocat général, il y a discrimination directe dans le fait de conditionner le statut de résident au droit de séjour permanent. Ce droit est, en effet, automatique pour les belges alors que les étrangers doivent satisfaire à certains critères (§ 65).

⁸⁴ § 104.

⁸⁵ C.J.U.E., 13 avril 2010, *Nicolas Bressol e.a. c. Gouvernement de la Communauté française*, C-73/08. Sur cet arrêt, voy. S. GARBEN, « Case Law », *Common Market Law Review*, 47/2010, pp. 1493 à 1510 ; A. DEFOSSEZ,

Sans même aborder la question, la Cour de justice n'a dénoncé aucune discrimination directe. Faut-il y voir le signe d'un abandon de la distinction traditionnelle entre les discriminations directes et indirectes? Peut-être la Cour a-t-elle plus simplement considéré, sans cependant s'en expliquer, qu'il n'y avait tout simplement pas de discrimination directe. La formulation utilisée, à savoir que la réglementation « affecte, par sa nature même, davantage »⁸⁶ les étrangers, laisse en effet penser qu'elle qualifie la distinction d'indirecte. Cela se conçoit si l'on considère que l'étudiant belge résidant à l'étranger doit quand même, pour échapper aux quotas, déménager pour adopter une résidence belge. Certains frontaliers, bien que de nationalité belge, peuvent donc être frappés par la mesure.

Si la Cour retient l'existence d'une distinction indirecte, elle refuse cependant d'apprécier le caractère discriminatoire de celle-ci. La Cour de justice se borne à indiquer à la juridiction *a quo* la méthodologie drastique que cette dernière devra suivre afin de se prononcer sur la proportionnalité des mesures entreprises. La Cour constitutionnelle est ainsi chargée de conduire une analyse objective, circonstanciée et chiffrée qui soit en mesure de démontrer, à l'aide de données sérieuses, convergentes et de nature probante, qu'il existe effectivement des risques pour la santé publique, en raison soit d'une diminution de la qualité de la formation, soit du nombre insuffisant de diplômés qui s'installent sur le territoire belge pour y exercer l'une des professions médicales ou paramédicales concernées par le décret⁸⁷. La Cour constitutionnelle est donc priée de faire sérieusement son travail de juge constitutionnel.

Commentant cet arrêt, Sophie Grosbon considérait qu'au regard des indications très précises fournies par la Cour de justice sur l'application du principe de proportionnalité, cette dernière « semble témoigner d'une grande défiance à l'égard de ce décret, tant et si bien que, si la Cour constitutionnelle applique consciencieusement ces incitations, le décret a peu de chance [...] de s'avérer compatible avec le droit européen »⁸⁸. Une autre lecture est possible : la Cour de justice a été sensible à la difficulté spécifique rencontrée par la Communauté française. Pour la première fois, elle admet que la liberté de circulation puisse ne pas être absolue, et marque ainsi un coup d'arrêt à l'expansionnisme européen en matière d'enseignement supérieur.

La Cour de justice n'a toutefois pas entendu se lier pour l'avenir en reconnaissant explicitement cette dérogation à la liberté de circulation. Elle a donc préféré ne répondre que très partiellement aux questions posées par la Cour

« Bressol et Chaverot : la "non-décision" de la Cour de justice de l'UE », *J.L.M.B.*, 2010/42, pp. 1996 à 2005.

⁸⁶ § 46 de l'arrêt.

⁸⁷ § 71.

⁸⁸ S. GROSBOON, « Libre circulation et système de sélection universitaire : une équation complexe », *R.A.E.*, 2009-2010, p. 643.

constitutionnelle et laisser à celle-ci le dernier mot, et donc la responsabilité finale de valider ou de censurer cet accroc au droit européen. Si la science juridique n'était pas comblée par le raisonnement de la Cour de justice, la Communauté française pouvait s'en satisfaire puisqu'il lui suffisait de bétonner son dossier à l'aide de statistiques pour passer le cap du contrôle constitutionnel.

§ 3. L'annulation partielle par la Cour constitutionnelle

17. De retour place Royale, l'affaire donne lieu à une ordonnance, le 6 juillet 2010, dans laquelle la Cour constitutionnelle requiert de la Communauté française qu'elle lui fournisse les différentes données permettant d'établir une corrélation entre une proportion importante d'étudiants non-résidents d'une part, une diminution de la qualité de l'enseignement et un risque de pénurie, d'autre part.

Dans son arrêt n° 89/2011, à la lumière de ces données, le juge constitutionnel tranche, après cinq années de procédure, la question de la validité du décret « non-résidents »⁸⁹.

18. La position du juge constitutionnel se situe tantôt dans la lignée de la solution de la Cour de justice tantôt à contrepied de celle-ci. Le juge prend ainsi explicitement ses distances avec la manière dont la Cour de justice balaie l'argument de l'importance de la charge financière induite par les étudiants non-résidents. Le juge de Luxembourg l'estimait non pertinent puisque le financement de l'enseignement supérieur est organisé sur la base d'un système d'« enveloppe fermée » dans lequel l'allocation globale ne varie pas en fonction du nombre total d'étudiants. La réplique belge contredit frontalement cette thèse :

« la Cour se voit contrainte de souligner qu'elle a déclaré dans son arrêt de renvoi que la situation qui était apparue "menace" effectivement d'hypothéquer les finances publiques. Si la Communauté française est confrontée à une augmentation sensible du nombre d'étudiants étrangers dans les filières mentionnées et qu'elle ne limite pas l'accès à l'enseignement, soit la qualité de l'enseignement diminuera, soit il faudra augmenter le financement de celui-ci. »⁹⁰

Dans la foulée, le juge constitutionnel belge règle également ses comptes avec l'avocat général dont les conclusions s'achevaient, non sans angélisme, par la considération suivante :

« lorsque des facteurs linguistiques et des différences de politique nationale en matière d'accès à l'enseignement supérieur promeuvent un volume particulièrement élevé de mobilité estudiantine, qui cause de réelles diffi-

⁸⁹ C. const., 31 mai 2011, n° 89/2011. Voy. le commentaire de E. GOURDIN, « Un défi relevé et une occasion manquée pour la Communauté française », *A.P.*, 2011/3, pp. 283 à 289.

⁹⁰ B.4.5.

cultés à l'État membre d'accueil, il incombe certainement à l'État membre hôte et à l'État membre d'origine de négocier activement une solution qui soit conforme au Traité »⁹¹.

Pour la Cour constitutionnelle :

« l'arrêt de la Cour de justice ne contient toutefois aucun élément qui serait susceptible d'inciter l'État membre d'origine des étudiants non-résidents à chercher une solution négociée. Par rapport à la situation où un État membre est confronté, par l'effet de différences de politique nationale, à la mobilité considérable d'étudiants provenant d'un autre État membre, avec lequel il partage une langue commune, le Traité ne paraît pas offrir de protection. Ce constat s'impose d'autant plus lorsqu'il s'agit de la mobilité de personnes issues d'un grand État membre vers un petit État membre ou, comme en l'espèce, vers une communauté autonome d'un petit État membre, situation dans laquelle l'État membre plus petit se trouve dans une position inégale manifeste par rapport à l'État membre plus grand. »⁹²

Non indispensables au raisonnement de la Cour constitutionnelle, ces *obiter dicta* ne semblent avoir pour seule fonction que de souligner les faiblesses de l'arrêt *Bressol* et d'indiquer que, contrairement à la Cour de justice, la Cour constitutionnelle estime que la question devait aussi être envisagée sous l'angle de l'enseignement supérieur et non être ramenée exclusivement à des considérations relatives à la protection de la santé publique. À cet égard, l'approche de la Cour constitutionnelle nous semble davantage convaincante. L'argument de l'enveloppe fermée pour évacuer toute considération financière relève d'une vision très théorique de l'organisation de l'enseignement, qui ne tient pas compte des limites physiques (capacité des locaux, charge de travail des enseignants, disponibilité d'animaux malades pour la formation des vétérinaires, possibilités de stage) et encore moins du fait qu'une augmentation importante du nombre d'étudiants appelle une augmentation de l'enveloppe fût-elle fermée. En revanche, même si l'on ne peut pas lui donner tort sur le fond⁹³, il ne semblait pas réellement nécessaire pour la Cour constitutionnelle de démentir l'avocat général sur la faisabilité d'une solution négociée, étant donné que cette considération ne se retrouvait pas dans l'arrêt en tant que tel.

19. Après cette mise au point, la Cour constitutionnelle passe au crible chaque cursus concerné par les quotas « non-résidents » en appliquant la méthodologie préconisée par la Cour de justice.

S'agissant des études en kinésithérapie, la Communauté française démontre par des données de l'ONEM et du FOREM la situation de pénurie. Le Gouvernement francophone mentionne également certaines évolutions de la profession

⁹¹ § 154.

⁹² B.4.5.

⁹³ Voy. *supra* n° 12.

qui accentueraient cette pénurie. Par ailleurs, l'Observatoire de l'enseignement supérieur est parvenu à déterminer le nombre de kinésithérapeutes qui devraient être annuellement formés. Or il est démontré que la part d'étudiants non-résidents est importante et qu'une grande majorité de ceux-ci retournent exercer leurs professions dans leur pays d'origine. La Cour constitutionnelle juge non satisfaisantes les autres voies que les pouvoirs publics auraient pu emprunter pour lutter contre la pénurie, de même qu'elle estime proportionné le plafond de 30 % d'étudiants « non-résidents » par rapport au taux moyen d'étudiants étrangers en Communauté française (10 %) ou dans l'Union européenne (2 %)⁹⁴. En ce qui concerne, enfin, le mécanisme de tirage au sort départageant les étudiants « non-résidents » excédentaires, la Cour l'estime légitime. Il correspond à une « politique sociale conforme aux objectifs de démocratisation, de libre choix et de large accès à l'enseignement supérieur »⁹⁵. La Cour ajoute que « le système du tirage au sort est celui qui est le moins sujet à controverse ». Le propos ne manquera pas d'interpeller tout qui a suivi la polémique sur le décret « mixité sociale »⁹⁶ départageant les inscriptions en 1^{re} secondaire par un tirage au sort⁹⁷. En conclusion, la Cour constitutionnelle considère la restriction à l'accès aux études de kinésithérapie pour les étudiants non-résidents n'est pas contraire au principe de non-discrimination et à la liberté de circulation. À notre estime, la démonstration du juge constitutionnel est de nature à rencontrer les exigences de la Cour de justice. Le péril pour la santé publique apparaît suffisamment étayé et la Cour ne saute aucune étape du contrôle de proportionnalité.

On ne saurait éprouver la même satisfaction en parcourant les considérants relatifs aux études de médecine vétérinaire. La Communauté française ne prétend aucunement qu'une pénurie frappe la profession. Elle se borne à s'appuyer sur une note signée par les doyens des facultés concernées et sur un rapport, vieux d'une décennie, d'une association privée⁹⁸ pour établir qu'au-delà de 250 étudiants par année du master en médecine vétérinaire⁹⁹, il y a

⁹⁴ L'on peut se demander s'il n'est pas paradoxal d'invoquer le taux d'étudiants étrangers par rapport à une mesure qui prétend éviter la distinction directe sur la base de la nationalité.

⁹⁵ B.8.8.4. La Cour fait également mention de la justification avancée par la ministre de l'Enseignement supérieur : « Dans un tirage au sort, riches, moins riches ou pauvres sont mis sur pied d'égalité. [...] Tous les étudiants non-résidents qui remplissent les conditions d'accès, et dont nous sommes contraints de réduire le nombre, seront traités de manière égale, et ce sous le contrôle d'un huissier » (C.R.L., Parl. Comm. fr., séance du 13 juin 2006, n° 17, p. 34).

⁹⁶ Décret du 18 juillet 2008 visant à réguler les inscriptions des élèves dans le 1^{er} degré de l'enseignement secondaire et à favoriser la mixité sociale au sein des établissements scolaires.

⁹⁷ Voy. X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Inscrire son enfant dans une école francophone, comment sortir du livre de la jungle ? », *T.O.R.B.*, 2008-2009, pp. 471 à 475.

⁹⁸ L'association européenne des établissements d'enseignement vétérinaire.

⁹⁹ Alors que l'U.C.L., l'U.L.B., les F.U.N.D.P. et l'U.Lg. sont habilitées à organiser le premier cycle en médecine vétérinaire, seule cette dernière peut organiser le second cycle. Ce privilège s'accompagne d'une allocation complémentaire de 800 000 euros octroyée par la Communauté française (article 14, § 2, du décret-programme du 20 décembre 2011 portant diverses mesures relatives aux fonds budgétaires figurant au Budget général des dépenses de la Communauté française, à la Culture, à l'Enseignement obligatoire et à

pléthore et donc diminution de la qualité de l'enseignement. Le contrôle de proportionnalité reproduit, pour le surplus, celui effectué pour les études de kinésithérapie. Il y a lieu, à tout le moins, de s'interroger sur la fiabilité des données invoquées. Non pas tellement parce que les doyens sont juges et parties : le système de financement les inciterait plutôt à favoriser l'inscription du plus grand nombre d'étudiants possibles. Néanmoins, leurs analyses étant datées et peu étayées, ne devraient-elles pas être corroborées par des statistiques officielles issues d'organismes compétents pour les collecter ? Les canons de la Cour de justice, analyse « objective, circonstanciée et chiffrée » fondée sur des données « sérieuses, convergentes et de nature probante », ne nous semblent pas respectés.

Pour les autres cursus visés par le décret¹⁰⁰, le Gouvernement parvient à ne démontrer ni l'existence d'un risque de pénurie ni celle d'une diminution de la qualité de l'enseignement en établissant un nombre maximal d'étudiants pouvant être formés dans ces filières. La menace sur la santé publique n'étant pas étayée, ces mesures sont censurées par la Cour constitutionnelle. Si, en toute hypothèse, il était impossible à la Communauté française de justifier la limitation de l'accès au cursus d'éducateur spécialisé en accompagnement psychoéducatif au regard de la protection de la santé publique¹⁰¹, elle n'est pas parvenue, malgré les délais accordés, à produire des preuves suffisantes pour les quotas introduits dans les autres filières alors qu'on peut penser, à l'examen des considérants relatifs à la formation en médecine vétérinaire, que les attentes de la Cour n'étaient pas démesurément élevées.

§ 4. L'extension du décret « non-résidents »

20. Cette annulation partielle¹⁰² a été jugée encourageante par la Communauté française qui préféra se réjouir des possibilités qui lui étaient offertes de déroger à la libre circulation des étudiants plutôt que se désoler des vannes que l'arrêt n° 89/2011 avait rouvertes.

l'Enseignement de promotion sociale, au financement des institutions universitaires et des hautes écoles, aux aides aux institutions universitaires, aux organismes d'intérêt public et au sport).

¹⁰⁰ Il s'agit plus précisément des cursus sanctionnés par les grades de bachelier en sage-femme, ergothérapie, logopédie, podologie-podothérapie, audiologie et en éducateur spécialisé en accompagnement psychoéducatif.

¹⁰¹ Cette formation de l'enseignement supérieur de type court ne relève, en effet, pas de la catégorie paramédicale, mais de la catégorie pédagogique (article 66 du décret du 2 juin 2006 établissant les grades académiques délivrés par les hautes écoles organisées ou subventionnées par la Communauté française et fixant les grilles d'horaires minimales).

¹⁰² Notons qu'il fallut attendre la circulaire n° 3606 du 10 juin 2011 pour que les établissements d'enseignement supérieurs cessent d'appliquer les mesures annulées par l'arrêt du 31 mai 2011, et acceptent les inscriptions des non-résidents au même titre que celles des résidents, comme si, à lui seul, l'arrêt ne suffisait pas à produire des effets juridiques (voy. F. BELLEFLAMME et M. DOUTREPONT, « Les circulaires en droit administratif général et en droit des étrangers : révision d'un "classique" des sources alternatives à l'aune de la théorie du droit » in I. HACHEZ *e. a.*, *Les sources du droit revisitées*, t. 2, Bruxelles, Anthemis/pub. Université Saint-Louis, 2012, p. 482, note n° 161).

En effet, un décret du 12 juillet 2012¹⁰³ élargit l'application des quotas pour les étudiants « non-résidents » aux études menant au grade de bachelier en médecine et à celui de bachelier en sciences dentaires. L'exposé des motifs livre les chiffres de l'évolution de la population étudiante dans les filières concernées : entre 2005 et 2010, le nombre d'étudiants a doublé en médecine et triplé en sciences dentaires, alors qu'au cours de la même période la proportion entre les titulaires d'un diplôme belge et les titulaires d'un diplôme étranger a évolué de 70/30 à 55/45 en dentisterie, et de 83/17 à 74/26 en médecine. Le législateur invoque, en outre, une série de données démontrant l'existence d'une pénurie en médecine.

À la lecture de ces chiffres, on s'étonnera que le législateur ne dise mot sur le risque de pénurie en sciences dentaires. Il n'évoque pas davantage de plafonds d'étudiants au-delà desquels un enseignement de qualité dans cette filière ne pourrait être garanti. En conséquence, si l'on applique la méthodologie élaborée par la Cour de justice, la mesure ne nous paraît pas suffisamment solide.

Ce n'est toutefois pas la lecture qu'en fait la section de législation du Conseil d'État qui, dans un avis lapidaire, estima admissible la restriction à la liberté de circulation¹⁰⁴. Peut-être cet avis a-t-il découragé les principaux intéressés puisqu'aucun recours n'a été introduit à l'encontre de ces mesures devant la Cour constitutionnelle¹⁰⁵.

L'intention du ministre de l'Enseignement supérieur n'est pas d'en rester là. Ainsi, a-t-il déclaré à l'occasion de la discussion du projet de décret en séance plénière :

« dans certains auditoires, plus de 50 pour cent des étudiants seront non-résidents en premier baccalauréat en logopédie. Nous introduirons donc un dossier pour étendre à cette discipline, et peut-être à d'autres, cette restriction dès l'an prochain »¹⁰⁶.

21. L'extension des quotas de « non-résidents » soulève une difficulté inédite : pour la première fois, ce système se combine avec des mesures visant à sélectionner les étudiants – qu'ils soient résidents ou non – en cours de cursus. En effet, les alinéas 3 et 4 de l'article 84 du décret « Bologne »¹⁰⁷, insérés par le décret du 23 mars 2012 réorganisant les études du secteur de la santé, ont instauré un filtre à l'issue de la session de janvier de la première année des études

¹⁰³ Décret intégrant les cursus de médecine et de sciences dentaires dans le dispositif mis en place par le décret du 16 juin 2006 régulant le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur.

¹⁰⁴ Avis n° 51.490/2 du 13 juin 2012, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2011-2012, n° 388-1, p. 12.

¹⁰⁵ L'on peut observer également que les organisations étudiantes se sont prononcées en faveur d'une extension de la limitation de l'accès aux étudiants non-résidents. Le législateur n'a pas manqué de le rappeler (Exposé des motifs du projet devenu le décret du 12 juillet 2012, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2011-2012, n° 388-1, p. 3).

¹⁰⁶ Séance du 12 juillet 2012, *C.R.I.*, Parl. Comm. fr., 2011-2012, n° 21, p. 51.

¹⁰⁷ Décret du 31 mars 2004 définissant l'enseignement supérieur, favorisant son intégration dans l'espace européen de l'enseignement supérieur et finançant les universités.

de médecine. Les étudiants dont la moyenne est inférieure à 8/20 sont contraints de choisir entre l'étalement de leur année sur deux ans ou la réorientation vers d'autres programmes d'études relevant du secteur de la santé. Ce système est spécifique à la médecine. Pour les autres cursus universitaires, les évaluations clôturant le premier quadrimestre de la première année sont dispensatoires¹⁰⁸. Par ailleurs, lors des autres années d'études, les étudiants peuvent présenter chaque examen à deux reprises¹⁰⁹. En revanche, pour les études de médecine, les premiers examens de niveau universitaire peuvent directement mener à la relégation ou à une forme de redoublement anticipé¹¹⁰. Ces mesures dérogatoires sont justifiées par le fait que le contenu des études de médecine a été « fortement durci » par la diminution de la durée de la formation qui passe de 7 à 6 ans¹¹¹.

Quoi qu'il en soit, en janvier 2013, près d'un étudiant sur deux s'est heurté à cette barrière¹¹². On peut, dès lors, penser que la pénurie dans les professions médicales excipée pour justifier l'introduction d'un quota de « non-résidents » sera accrue par ce dispositif de sélection. L'on perçoit ici le paradoxe de la situation : la Communauté française invoque l'insuffisance de patriciens pour justifier de restreindre l'accès des étudiants non-résidents, tout en s'appuyant sur la régulation – fédérale – de l'offre médicale pour opérer une sélection drastique au terme du 1^{er} quadrimestre.

Cette ambivalence ne conduirait pas automatiquement à une censure de la Cour de justice. Au regard de l'arrêt *Bressol*, la Communauté française pourrait toujours alléguer que le nombre trop important d'étudiants inscrits en médecine nuit à la qualité de cette formation et donc, par ricochet, constitue un risque pour la santé publique. Sauf que, lors de l'adoption du décret, la proportion d'étudiants « non-résidents » inscrits en médecine semblait d'ores et déjà inférieure au quota de 30 %¹¹³. Dès lors, l'on peut sérieusement douter du

¹⁰⁸ Elles n'entrent donc en ligne de compte qu'en cas de réussite, les étudiants en échec conservant la possibilité de présenter deux fois chaque examen de son programme (article 84, alinéa 2, du décret « Bologne »).

¹⁰⁹ Article 76 du décret « Bologne ».

¹¹⁰ À ce choix forcé entre Charybde et Scylla, s'ajoute une sélection plus douce à l'entrée : tout étudiant souhaitant s'inscrire en médecine est tenu de présenter un test dont l'éventuel échec reste sans conséquence – en droit – sur la possibilité d'entamer les études choisies (article 50bis du décret « Bologne »).

¹¹¹ Exposé des motifs du projet devenu le décret du 23 mars 2012, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2011-2012, n° 323/1, p. 6. La Communauté française s'est ainsi alignée sur l'évolution de la législation fédérale relative à l'accès aux professions réglementées, résultant elle-même d'une directive européenne (exposé des motifs, *op. cit.*, p. 5).

¹¹² Voy. CRIc, Ens. sup., *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2012-2013, n° 71, pp. 10 à 14.

¹¹³ À la lumière de la première application du décret du 12 juillet 2012, le ministre de l'Enseignement supérieur a confirmé que seul l'U.L.B. avait dû recourir au tirage au sort, tout en ajoutant que « ce tirage au sort était cependant purement formel étant donné qu'après avoir exclu de la liste les dossiers qui n'étaient pas en ordre, il y avait davantage de places disponibles que d'inscriptions effectives. Dans les quatre autres institutions, le nombre d'inscrits était dès le départ inférieur au nombre de places disponibles » (CRIc, Ens. sup., *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2012-2013, n° 56, p. 6).

caractère nécessaire de la mesure sur ce point. Mais imaginons que le nombre d'étudiants « non-résidents » souhaitant s'inscrire dans cette filière dépasse la proportion de 30 %, la mesure serait-elle pour autant admissible ? À notre estime, la démonstration de sa validité n'irait pas de soi. En effet, mettre en place un système de sélection, dès l'entrée, après le 1^{er} quadrimestre ou au terme de la 1^{re} année¹¹⁴, n'est pas compatible avec la volonté de préserver un accès large et démocratique de l'enseignement supérieur. Or c'est au nom de cette volonté que la Communauté française a justifié ne pas suivre ce que préconisait la Cour de justice dans son arrêt *Commission c. Autriche* pour répondre à l'afflux d'étudiants étrangers européens, à savoir l'instauration d'une sélection à l'entrée ne distinguant pas les étrangers des nationaux.

Il ne faudrait pas pour autant en conclure qu'au regard du droit européen sélection et quota « non-résidents » sont en toute hypothèse incompatibles. La Communauté française pourrait, en effet, invoquer l'expérience du concours d'accès imposé aux étudiants vétérinaires : les Français y avaient obtenu la grande majorité des places disponibles¹¹⁵. Dès lors, elle pourrait plaider la menace qu'un nombre trop important d'étudiants fait peser sur une formation liée à la santé publique, tout en arguant la nécessité de former des étudiants qui resteront sur le territoire belge afin d'éviter les pénuries. Cela se traduirait par la mise en place de deux filtres, l'un applicable à l'ensemble des étudiants, l'autre réservé aux « non-résidents ».

Toutefois, la justification de la mise en place d'une double sélection pour les étudiants « non-résidents » ne serait pas évidente. Distinguons deux hypothèses. Soit, comme c'est le cas en médecine, la sélection a lieu après l'application des quotas « non-résidents ». Le pourcentage que ces étudiants représentent pourrait alors être sensiblement supérieur ou inférieur à 30 %. Dans le premier cas, l'objectif de la mesure ne serait pas atteint, dans le second, le dispositif pourrait être jugé disproportionné. Soit, deuxième hypothèse, la sélection se situe avant l'application du « non-résidents ». Pourraient dès lors s'inscrire les lauréats de l'épreuve d'admission, y compris les « non-résidents » pour autant qu'ils ne constituent pas plus de 30 % de la cohorte d'étudiants admis. Un tel système s'apparenterait à celui que les autorités autrichiennes ont mis en place en 2006 et contre lequel la Commission a renoncé à poursuivre sa procédure en manquement¹¹⁶. En Belgique, un tel système pourrait toutefois se heurter à

¹¹⁴ En 2005, la Communauté française mit en place un concours au terme de la première année des études de médecine. Confrontée à une jurisprudence hostile du Conseil d'État, ce système fut abandonné (voy. X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « 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*, op. cit., pp. 1248 à 1251).

¹¹⁵ Voy. *supra* n° 10.

¹¹⁶ Voy. *supra* n° 14. « Le 9 juin 2006, l'Autriche a mis en place un système de quotas pour les études de médecine et de dentisterie, prévoyant que 75 % des places seraient réservées aux titulaires de diplômes autrichiens, 20 % aux titulaires de diplômes de l'enseignement supérieur délivrés dans d'autres États

la jurisprudence du Conseil d'État, lequel a déjà par le passé interprété l'article 13 du PIDESC comme proscrivant toute mesure faisant obstacle à l'accès des étudiants en situation de réussite¹¹⁷.

*
* *

22. Dans le droit primaire de l'Union européenne, l'enseignement supérieur occupe une place modeste. Si l'Union doit contribuer à une éducation de qualité, notamment en favorisant la mobilité et en promouvant la coopération entre les établissements d'enseignement, elle est tenue de respecter « pleinement la responsabilité des États membres pour le contenu de l'enseignement et l'organisation du système éducatif ainsi que leur diversité culturelle et linguistique » (art. 165 du TFUE). Cette disposition a été introduite en vue de canaliser l'inexorable progression des compétences de l'Union en matière d'enseignement. Se fondant sur une interprétation extensive de la notion de « formation professionnelle », la Cour de justice avait en effet étendu le spectre de l'intervention européenne. L'article 165 du TFUE reconnaît cette compétence, mais l'encadre strictement. Cela n'a guère empêché la jurisprudence de Luxembourg de rapidement déborder de ce cadre à la faveur d'une acception généreuse du principe de liberté de circulation des étudiants.

La possibilité des jeunes européens d'entamer un cursus dans un autre État membre remet fondamentalement en cause la pleine responsabilité des États quant à l'organisation de leur système éducatif. Ils sont, en effet, tenus de reconnaître les diplômes homologués par un autre État membre et ne peuvent opposer à l'accès des étudiants étrangers européens aucune barrière d'ordre financière ou académique qui ne soit dressée à l'encontre de leurs propres ressortissants. Pour certains systèmes éducatifs, cette mobilité est insoutenable. Dans son arrêt *Commission c. Autriche*, la Cour de justice ne voyait qu'une solution : renoncer au libre accès et imposer examens d'entrée ou concours à chacun. Ce faisant, elle s'ingérait manifestement dans l'organisation du système éducatif.

La Communauté française semble avoir ébranlé les certitudes de la Cour de justice. Si elle n'a pas voulu trancher la question de la validité du quota d'étudiants « non-résidents », la Cour de justice a estimé qu'une menace sur la santé publique peut justifier la restriction à la liberté de circulation. La Cour

membres et 5 % aux titulaires de diplômes délivrés dans des pays tiers. Étant donné que cette mesure se traduit par une discrimination indirecte à raison de la nationalité, qui est interdite par l'article 12 du Traité CE, la Commission a adressé à l'Autriche une lettre de mise en demeure le 24 janvier 2007 pour non-respect d'un arrêt antérieur de la Cour de justice européenne, rendu dans l'affaire C-147/03, *Commission/Autriche*. » Europa, Communiqué de presse de la Commission du 28 novembre 2007, IP/07/1788, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-1788_fr.htm. La Cour de justice de l'Union européenne n'a donc pu se prononcer sur le système autrichien.

¹¹⁷ Voy. notamment C.E., 13 août 2008, *Stifkens*, n° 185.694.

constitutionnelle lui a emboîté le pas, préservant du décret ce qui lui semblait suffisamment étayé.

Pour la première fois, la Cour de justice ne censure pas ce qui apparaît pourtant comme une mesure « protectionniste » permettant à des systèmes éducatifs de conserver, pour leurs ressortissants, un accès libre à l'enseignement supérieur. Elle rompt ainsi avec la jurisprudence qu'elle avait progressivement tissée et qui faisait fi des difficultés rencontrées par les États d'accueil. Timide sur la forme, critiquable en droit, ce revirement n'en est pas moins salulaire du point de vue des politiques de démocratisation de l'enseignement supérieur. Il livre aussi une leçon applicable à bien d'autres domaines d'intervention de l'Union : imposer la liberté de circulation sans chercher à harmoniser, dans le respect de l'article 13 du PIDESC, les règles d'organisation de l'enseignement aboutit inexorablement à aligner les conditions d'accès sur les systèmes d'enseignement les plus sélectifs.

Si la Communauté française a trouvé un mécanisme juridiquement admis afin de juguler le flux d'étudiants étrangers européens, elle ne doit pas perdre de vue qu'il repose sur la volonté affichée de protéger sa politique de libre accès. Si la Communauté française se détournait de cette politique, l'argumentation sous-tendant les quotas « non-résidents » s'effondrerait. Il faudrait alors en reconstruire une autre qui devrait convaincre les juges de Luxembourg sinon de valider l'application combinée des quotas « non-résidents » et d'une sélection, au moins de laisser la Cour constitutionnelle ne pas l'annuler.