

Peut-on conférer un monopole aux universités ?

Au regard du droit européen, analyse d'une réforme envisagée, pour le paysage universitaire, dans la Communauté française de Belgique

Paul NIHOUL et Chloé BINET¹

RÉSUMÉ

Les universités sont soumises à une concurrence croissante avec la publication de « rankings », la division des études en cycles permettant aux étudiants de changer d'établissement et, au sud du pays, l'homogénéité des programmes rendant possible un tel changement à l'intérieur des cycles.

Dans ce nouvel environnement, comment renforcer les universités ? Dans la Communauté française, il est envisagé de partager le territoire entre les établissements. Cette perspective pose, en droit européen, des questions inédites. Une telle organisation du secteur universitaire est-elle compatible avec la libre prestation des services ? En définitive, les universités sont-elles soumises au droit de la concurrence ?

Depuis quelque temps, un sujet fait débat dans la Communauté française de Belgique : l'organisation possible de l'enseignement supérieur², sur notre territoire, en pôles géographiques où les activités seraient réservées à un ou plusieurs établissements.

Le débat résulte d'une « Note » soumise au Gouvernement de la Communauté française et proposant de regrouper les établissements sur la base d'un critère géographique déterminé par le pouvoir politique³.

SAMENVATTING

De publicatie van “rankings”, de onderverdeling van studieprogramma's in cycli waardoor studenten gemakkelijk van instelling kunnen veranderen en – in het zuiden van het land – het op elkaar afstemmen van studieprogramma's die een dergelijke overstap ook binnen eenzelfde cyclus mogelijk maken, zorgen ervoor dat de concurrentie tussen universiteiten toeneemt.

Hoe kan de positie van universiteiten in deze nieuwe omgeving worden gehandhaafd? In de Franse Gemeenschap wordt er overwogen om de geografische ruimte te verdelen tussen de verschillende instellingen. Vanuit Europeesrechtelijk oogpunt roept dit voornemen een aantal nieuwe vragen op. Is een dergelijke organisatie van de universitaire sector verenigbaar met het vrije dienstenverkeer? Zijn universiteiten onderhevig aan het mededingingsrecht?

Il prend place alors qu'est discutée l'organisation des universités dans l'Union européenne. L'initiative de Bologne a renforcé la possibilité, pour les étudiants, de choisir le pays et l'établissement où ils veulent étudier. Par ailleurs, la publication de « rankings » européens et mondiaux facilite la comparaison entre les établissements. Il en résulte une pression à laquelle les gouvernements réagissent en encourageant, pour la plupart, le regroupement des établissements – l'idée étant de favoriser la formation d'ensemble plus vastes pouvant résister plus

¹ La présente étude engage ses auteurs et non pas les institutions dans lesquelles ils exercent leurs activités professionnelles.

² Les autres activités exercées par les établissements ne sont pas concernées : recherche, services. Pour ces activités, la liberté géographique ne serait pas affectée.

³ « Note au Gouvernement de la Communauté française : Paysage de l'enseignement supérieur en Fédération Wallonie-Bruxelles », disponible à l'adresse suivante : <http://www.ciep.be/documents/NoteGouv.pdf>

facilement à la concurrence internationale.

Dans le concert des initiatives, la « Note » examinée par le Gouvernement présente un caractère original. Elle propose de diviser le territoire en « zones ». Les universités établies dans ces « zones » bénéficieraient d'un droit exclusif pour y fournir leurs services. Elles devaient coordonner leurs activités pour utiliser de la meilleure manière possible les ressources qui leur sont confiées.

Ces mesures sont intéressantes d'un point de vue juridique car elles suscitent des questions nouvelles en droit européen – notamment : dans quelle mesure une autorité nationale peut-elle recourir encore au monopole pour l'organisation d'un secteur dans un contexte où, en application du droit européen, les monopoles publics sont démantelés progressivement ?

Interpellés par ces questions, nous avons analysé la « Note » au regard des règles relevant du droit européen. C'est le résultat de cette analyse que nous livrons dans le présent article. Successivement, nous analyserons les règles relatives au marché intérieur et celles concernant la concurrence. Avant cela, nous examinerons brièvement la situation actuelle et la proposition qui semble découler de la « Note » autour de laquelle est organisée la présente analyse⁴.

La situation actuelle et le projet examiné

Il faut le noter d'emblée : en ce qu'elle propose une répartition géographique, la « Note » n'est pas iconoclaste. Elle repose sur une idée consacrée pour partie dans la réglementation actuelle.⁵ Celle-ci organise en effet un système d'habilitation qui confère aux universités le droit d'exercer leurs activités sur des parties déterminées du territoire. On remarque que, dans la pratique, ces habilitations ont été décernées sur la base de critères correspondant, en substance, à la localisation géographique des établissements.

L'habilitation est octroyée par cycle d'étude, et détermine les sites où ces études peuvent être organisées. Pour l'application de la réglementation, on considère

comme des sites distincts la Région de Bruxelles- Capitale et chaque canton électoral en Région wallonne.

- A l'heure actuelle, l'Université Libre de Bruxelles (« ULB ») et les Facultés universitaires Saint Louis (« FUSL ») sont habilitées à organiser des cycles d'enseignement dans la Région bruxelloise.
- L'Université de Liège (« Ulg ») et les Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix (« FUNDP ») ont reçu une habilitation pour, respectivement, la province de Liège, et celle de Namur.
- A Mons, la situation est plus complexe avec deux institutions universitaires habilitées : l'Université de Mons (« UMons »), et les Facultés universitaires catholiques de Mons (« FUCaM ») devenues « UCL Mons » à la suite de leur fusion avec l'Université catholique de Louvain (« UCL »).
- Quant à l'UCL, elle a reçu une habilitation générale pour Louvain-la-Neuve et, pour la médecine, une habilitation partielle à Bruxelles.

La formation d'Académies

Au cours des dernières années, la situation a évolué avec la possibilité, pour les établissements, de se rassembler en « Académies » – chacun restant libre de choisir son (ses) partenaire(s) et de déterminer sur quelles bases les liens sont noués.⁶

Faisant usage de cette possibilité, les universités se sont associées. Trois Académies ont été créées⁷ :

- (1) l' « Académie universitaire Wallonie-Bruxelles », constituée par l'ULB et l'UMons ;
- (2) l' « Académie universitaire Wallonie-Europe », composée de l'ULg et de la Faculté universitaire des Sciences Agronomiques de Gembloux (« FUSAG ») ;
- (3) l' « Académie universitaire Louvain », constituée par les FUNDP, les FUSL, l'UCL et les FUCaM devenues entretemps UCLMons.

⁴ La présente étude ne porte pas sur la compatibilité, avec le droit européen, de la réglementation actuellement applicable à l'enseignement universitaire dans la Communauté française de Belgique. Elle est limitée, dans le présent document, à la réforme envisagée dans la « Note » précitée.

⁵ Décret du 31 mars 2004 définissant de l'enseignement supérieur, favorisant son intégration dans l'espace européen de l'enseignement supérieur et refinançant les universités, dit « Décret Bologne » M.B. 18 juin 2004, Article 37.

⁶ Décret « Bologne », *op.cit.*, Articles 90 à 106.

⁷ Arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 9 mars 2005 rendant publique la liste des académies universitaires et leur composition, M.B., 26 mai 2005.

Le résultat ainsi atteint a donné lieu à des jugements partagés. Certains ont considéré que les « Académies » prolongeaient et renforçaient, même, des clivages idéologiques existant dans l'enseignement. A cet argument, d'autres ont répondu que les alliances poursuivaient des collaborations qui avaient fait leurs preuves – rendant ainsi possible l'obtention de meilleurs résultats plus rapidement.

Par ailleurs, on a noté que les Académies amélioraient la coopération au sein de ces groupements – ce qui était un objectif recherché puisqu'on voulait créer de plus grands ensembles. Mais on a observé que les collaborations allaient rarement jusqu'à des fusions qui permettraient sans doute de dégager des synergies significatives. On a aussi relevé que l'existence de groupements actifs sur plusieurs sites créait une situation où les établissements actuellement situés dans des zones différentes étaient appelés à rivaliser davantage. Jusqu'alors, on avait plutôt tenté d'atténuer la rivalité existant entre eux en estimant que tous les établissements sont financés par les deniers publics et contribuent au même objectif – assurer la meilleure formation possible à la population pour le bien de tous.

Ce que propose la « Note »

Prenant acte de cette situation, le Ministre ayant l'enseignement supérieur dans ses attributions a proposé d'avancer sur des bases nouvelles en imaginant, en ce qui concerne l'enseignement⁸, une organisation en deux niveaux.

Premier niveau : à l'échelle de la Communauté française, les établissements seraient rassemblés en une structure unique⁹ assurant une forme de représentation auprès des instances politiques¹⁰.

Second niveau : pour le fonctionnement des établissements, le territoire de la Communauté française serait

divisé en « pôles¹¹ ». Chaque établissement serait membre, à titre principal, du pôle où se trouve son siège social ou son implantation principale. Dans chaque pôle, les établissements bénéficieraient d'un droit exclusif pour l'exercice de leurs activités. Ces activités devraient faire l'objet d'une négociation entre les établissements concernés. Dans le cadre de cette négociation, l'influence de chacun dépendrait du nombre d'étudiants inscrits en son sein¹².

Aux termes de la « Note », les établissements pourraient participer à un second pôle à titre complémentaire. Cette possibilité serait toutefois limitée aux établissements disposant déjà, dans ce pôle complémentaire, d'une implantation fonctionnelle, et d'au moins une habilitation activée. Les activités exercées par les établissements présents à titre complémentaire dans un pôle seraient soumises aux décisions qui y seraient prises par les établissements y ayant leur implantation principale¹³.

Un « nouveau » paysage universitaire

Dans la « Note », ces critères sont formulés de manière générale. L'étendue géographique des pôles s'y trouve décrite. Mais on n'indique pas les raisons ayant conduit à proposer le découpage qui est proposé¹⁴. Comme telles, les universités sont rarement citées dans le document. Cela rend difficile l'analyse de la situation où se trouverait chacune si la « Note » était mise en œuvre.

En approfondissant cette question, on constate qu'en substance, les zones prévues dans la « Note » seraient organisées autour d'une université. Cela est clair pour les zones comportant un seul établissement de cette nature : Liège (Ulg), Namur (FUNDP) et le Brabant wallon (UCL). Aux termes de la « Note », ces universités auraient seules le droit de décider quel enseignement serait fourni dans la zone. Les autres établissements universitaires auraient l'interdiction d'y proposer des programmes d'enseignement.

⁸ Pour rappel, la présente étude ne concerne que l'enseignement dispensé dans les universités. Elle n'a pas trait aux autres activités exercées par ces dernières.

⁹ Cette structure serait appelée « Académie de Recherche et d'Enseignement Supérieur » (ARES).

¹⁰ La « Note » prévoit aussi qu'une certaine coordination aurait lieu au sein de cette structure unique. Mais il semble que, pour l'essentiel, les décisions en ce qui concerne le type d'enseignement à dispenser dans les différentes zones seront prises, plutôt, dans les pôles.

¹¹ Appelés « Pôles académiques d'enseignement supérieur » (PAES).

¹² Voir « Note au Gouvernement de la Communauté Française », p. 13.

¹³ Voir « Note au Gouvernement de la Communauté Française », p. 13.

¹⁴ Par exemple, la « Note » renvoie à plusieurs rapports résultant d'une Table-Ronde organisée avec les acteurs importants du secteur. Selon la « Note », cette Table-Ronde avait proposé la création de trois à cinq pôles : un pour la zone hennuyère, un à deux pour Bruxelles – Brabant wallon et un à deux pour la zone Liège-Namur-Luxembourg. La « Note » propose finalement cinq pôles, sans indiquer pourquoi elle propose de dissocier Bruxelles et le Brabant wallon. Elle n'explique pas non plus pourquoi Namur serait dissocié de Liège-Luxembourg et pourquoi on a proposé une association entre Liège et le Luxembourg de préférence à la constitution d'un ensemble rassemblant Namur et cette dernière province.

La situation est plus complexe pour le pôle hennuyer, qui comporte une université implantée à titre principal (UMons) et une université présente à titre complémentaire (UCL Mons). Sur la base des principes proposés dans la « Note », l'UCL Mons n'aurait pas, dans le pôle, le statut d'une université principale. En application de ces principes, elle serait soumise, en substance, pour les enseignements qu'elle y fournit, aux décisions prises par l'UMons¹⁵.

Le dernier pôle couvrirait la région de Bruxelles Capitale. Aux termes de la « Note », ce pôle comporterait deux universités établies à titre principal : l'ULB et les FUSL¹⁶. Comme le prévoit ce document, ces universités seraient appelées à coordonner leurs enseignements. Dans les négociations que comporteraient cette coordination, chacune disposerait d'une influence correspondant au nombre d'étudiants qui s'y trouvent inscrits. En l'espèce, la première université (ULB) comporte plus d'étudiants que la seconde (FUSL)¹⁷. Il s'ensuit que, aux termes des principes énoncés dans la « Note », les enseignements fournis par les FUSL seraient soumis, dans la pratique, aux décisions prises par cette première université.

Ainsi : en substance, la réforme diviserait le territoire en cinq zones organisées, chaque fois, autour d'une université principale. Dans les zones comportant plusieurs universités, la primauté d'un établissement serait fondée sur deux critères : (1) le nombre d'étudiants¹⁸ et (2) le caractère principal de l'implantation.¹⁹

Marché intérieur : la libre prestation des services

Comme indiqué, nous allons examiner, dans le présent article, la compatibilité, avec le droit européen, de l'organisation qui est ainsi proposée²⁰. Nous avons vu que la « Note » propose un partage de territoire. Le premier régime venant à l'esprit, sur ce point, est celui concernant le marché intérieur. Comme on le sait, les règles que comporte ce régime visent à assurer la libre circulation : des marchandises, des services, des entités commerciales²¹, des personnes et des capitaux. Parmi ces règles, celles concernant les services semblent les plus pertinentes. Elles confèrent aux prestataires le droit de fournir leurs services sans subir des entraves injustifiées émanant d'autorités nationales²².

Si la « Note » était approuvée, un droit exclusif serait accordé aux établissements participant à un pôle pour y exercer leurs activités. Par ailleurs, les établissements « secondaires » seraient soumis aux décisions prises par les établissements « principaux ». Il en irait de même pour les universités « plus petites » dans les zones comportant plusieurs universités établies à titre principal.

Au regard de la jurisprudence développée sur la base des dispositions concernant les services, de telles mesures doivent être analysées comme des « entraves » – au sens technique du terme²³. Elles rendent plus complexe, en effet, l'exercice d'activités par les acteurs. La liberté des universités se trouve limitée. Elles ne peuvent organiser des enseignements où elles le veulent et comme elles

¹⁵ La Note prévoit que les universités présentes dans une zone à titre complémentaire peuvent organiser des enseignements dans les zones où elles sont présentes – à la condition d'y être autorisées par l'université disposant de l'implantation principale. Cette règle impliquerait que l'organisation d'enseignements par l'UCL Mons dans la zone hennuyère soit soumise aux décisions prises par l'UMons.

¹⁶ Avec aussi l'UCL pour les sciences de la santé.

¹⁷ Au cours de l'année académique 2010-2011, l'ULB et les FUSL comptaient respectivement 23 968 et 2583 étudiants. Voir les statistiques du Conseil des recteurs des universités francophones de Belgique (CRef) disponibles à l'adresse suivante : http://www.cref.be/Stat_base.htm

¹⁸ Lorsque deux universités sont présentes à titre principal.

¹⁹ Dans le cas où une université a son siège principal ailleurs.

²⁰ Nous n'analysons pas la réglementation actuelle au regard du droit européen. Des éléments fournis dans l'analyse peuvent être utiles pour qui s'interrogerait sur cette question. Notre examen est limité aux restrictions supplémentaires qui sont envisagées dans le projet actuellement examiné par le Gouvernement de la Communauté française.

²¹ Libre établissement.

²² Toute entrave, même si elle ne constitue pas une discrimination directe ou indirecte, est prohibée. Voir : CJ, 10 mai 1995, *Alpine Investments c/ Minister van Financiën*, C-384/93, Rec. p. I-1141 ; CJ, 30 novembre 1995, *Gebhard c/ Consiglio dell'ordine degli avvocati e procuratori di Milano*, C-55/94, Rec. p. I-4165 ; CJ, 23 novembre 1999, *Arblade*, Affaires jointes C-369/96 et C-376/96, Rec. p. I-8453.

²³ Dans la littérature, voir : C. Barnard, *The substantive law of the EU : The four freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 356 et s. L'application de l'interdiction n'aurait pas pour effet que la « Note » devrait être tenue automatiquement pour contraire au traité. Des mesures constituant apparemment des entraves peuvent en effet être acceptées, et être donc maintenues, dans la mesure où elles sont justifiées comme le requiert le traité. Sur la notion d'entrave et la justification admissible dans le cadre des services, voir : CJ, 25 juillet 1991, *Gouda c/ Commissariat vodd de Media*, C-288/89, Rec. p. I-4007 ; CJ, 30 novembre 1995, *Gebhard c/ Consiglio dell'ordine degli avvocati e procuratori di Milano*, C-55/94, Rec. p. I-4165. Dans la littérature, voir : S. O'Leary et J. Fernandez-Martin, « Judicially created exceptions to free provision of services », in M. Andenas et W.-H. Roth, *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002 et L. Azoulay, *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, Collection droit de l'Union européenne – Colloques. Les conditions pour l'obtention d'une justification sont similaires à celles qui sont discutées, au sein de la présente contribution, dans la section « Une dérogation est-elle possible ? »

le veulent. Dans leurs activités, elles sont restreintes à des zones. Elles sont par ailleurs soumises à des critères qui ne dépendent pas des choix effectués par les destinataires mais qui résultent de décisions prises par une autorité nationale.

Conditions à satisfaire

En droit européen, l'application des règles concernant le marché intérieur est toutefois soumise à condition. Tout d'abord : il faut que l'entrave affecte le commerce inter étatique²⁴. Les dispositions sur le marché intérieur ne sont pas applicables aux situations « purement internes ». Le droit européen ne saurait régir tous les rapports juridiques, dans tous les domaines, au sein du territoire européen. Il s'applique uniquement lorsque peut être démontrée la présence d'un élément d'extranéité présentant un caractère européen²⁵.

Ensuite : dans plusieurs arrêts, la Cour de justice a écarté l'application des règles relatives aux prestations des services à l'enseignement lorsque ce dernier est financé essentiellement par des fonds publics. Si l'on se fonde sur cette jurisprudence, ces modalités liées au financement des activités impliquent que, lorsqu'il est financé principalement par les pouvoirs publics, l'enseignement universitaire ne constitue pas un « service »²⁶.

On trouve une allusion à cette jurisprudence dans la directive « services » adoptée ultérieurement. Cette directive établit les bases pour une harmonisation des conditions dans lesquelles les services peuvent être fournis dans l'Union européenne²⁷. Aux termes de son Préambule, l'instrument ne s'applique pas à l'enseignement universitaire principalement financé par des fonds publics. Ainsi, le Parlement européen, le Conseil et la Com-

mission semblent s'être alignés, en ce qui concerne l'applicabilité des règles relatives aux services, sur la position adoptée par la Cour et qui a été présentée dans le précédent paragraphe²⁸.

« Selon la jurisprudence ..., pour déterminer si certaines activités ... , constituent un « service », il convient de les examiner au cas par cas et de tenir compte de toutes leurs caractéristiques, notamment la manière dont elles sont fournies, organisées et financées dans l'État membre concerné. La Cour de justice a estimé que la caractéristique essentielle de la rémunération réside dans le fait que celle-ci constitue la contrepartie économique des services en cause et que cette caractéristique est absente dans le cas des activités qui sont accomplies, sans contrepartie économique, par l'État ou pour le compte de l'État, dans le cadre de ses missions dans les domaines social, culturel, éducatif et judiciaire ... Les montants versés par les destinataires à titre de participation aux frais de fonctionnement d'un système, *par exemple les frais d'inscription ou de scolarité payés par les étudiants*, ne constituent pas en eux-mêmes une rémunération dans la mesure où le service est toujours essentiellement financé par des fonds publics. Ces activités ne sont donc pas couvertes par la définition de « service » à l'article [56] du traité [sur le fonctionnement de l'Union européenne] et n'entrent donc pas dans le champ d'application de la présente directive »²⁹.

Les situations purement internes

À première vue, la discussion ci-avant semble impliquer que, la condition relative à l'effet interétatique n'étant pas apparemment satisfaite³⁰, et l'enseignement universitaire ne constituant pas un service dans la mesure où il est essentiellement financé par des fonds publics, les règles

²⁴ Voir : CJ, 18 mars 1980, *Procureur du Roi c/ Debauve*, 52/79, Rec. p. 833 ; CJ, 9 septembre 1999, *RI-SAN c/ Commune de Ischia*, C-108/98, Rec. p. I-5219

²⁵ Voir : J. De Beys, « Le droit européen est-il applicable aux situations purement internes : à propos des discriminations à rebours dans le marché unique », *J.T.D.E.*, 2001, pp. 137-144 ; R.-E. Papadopolou, « Situations purement internes et droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant ? », *C.D.E.*, 1-2/2002, pp. 95-129 et F. Picod, « Libre circulation et situation interne », *Rev. Aff. Eur.*, 1/2003, pp. 47-57.

²⁶ Voir : CJ, 27 septembre 1988, *Etat belge c/ Humbel et Edel*, 263/86, Rec. p. 5365, par. 17-19 ; CJ, 7 décembre 1993, *Stephan Max Wirth c/ Landeshauptstadt Hannover*, C-109/92, Rec. p. I-6447, par. 15-17 ; CJ, 11 septembre 2007, *Scharwz c/ Finanzamt Bergisch Gladbach*, C-76/05, Rec. p. I-6849, par. 39-47 ; CJ, 11 septembre 2007, *Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne*, C-318/05, Rec. p. I-6957, par. 68-76 ; CJ, 20 mai 2010, *Emiliano Zanotti c/ Agenzia delle Entrate – Ufficio Roma 2*, C-56/09, Rec. p. I-4517, par. 31-33. La position développée sur cette jurisprudence est fondée sur l'Article 57 TFUE aux termes duquel « sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération ». Lorsque l'enseignement est essentiellement financé par des fonds publics, aucune rémunération véritable n'est payée, selon la Cour, par le destinataire.

²⁷ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, JO L 376, p. 376.

²⁸ Aux termes des traités, la Cour est compétente, en dernière instance, pour interpréter les dispositions européennes.

²⁹ Directive « services », Préambule, para. 34. Les italiques sont ajoutées par les auteurs.

³⁰ La Note concerne uniquement les universités relevant de la Communauté française de Belgique, dans la mesure où ces universités exercent leurs activités d'enseignement sur le territoire de cette Communauté.

européennes sur la prestation de services ne sont pas applicables et que, par conséquent, les autorités nationales conservent la liberté d'organiser le secteur en adoptant des mesures qui seraient autrement considérées comme des entraves.

Une telle conclusion ne peut toutefois être formulée sans réserve car les conditions qui font apparemment défaut pour appliquer l'interdiction ne sont pas exemptes de difficulté en ce qui concerne leur interprétation.

Ainsi : nous avons mentionné la nécessité d'un effet sur le commerce inter étatique pour appliquer l'interdiction des mesures nationales constituant des entraves. Il faut relever que cette condition n'est pas aisée à interpréter. Quand peut-on considérer qu'une situation présente un caractère purement interne dans un contexte où les activités – notamment celles relatives à l'enseignement – sont intégrées de manière croissante dans l'Union européenne ?

Quid par exemple des étudiants provenant d'autres Etats membres, et qui pourraient souhaiter suivre dans une zone un enseignement dispensé par une université qui se trouve cantonnée à une autre zone ? La nationalité de ces destinataires des services pourrait-elle servir d'argument pour obtenir que soit considérée comme satisfaite la condition tirée d'un effet sur le commerce inter étatique ? Quel serait l'effet sur le débat si l'enseignement demandé hors zone était éventuellement réservé aux étudiants provenant d'autres Etats membres ? Prenant alors en compte la combinaison avec le droit national, devrait-on considérer que ce dernier introduit une discrimination en empêchant les étudiants nationaux restés sur le territoire de suivre des programmes pouvant être importants pour leur développement alors que cette possibilité serait ouverte à d'autres étudiants – ceux qui proviennent d'un autre Etat membre ainsi que ceux qui, relevant du territoire national, ont fait usage de la liberté de circulation

octroyée par le traité ?

Autre exemple, concernant plutôt la situation des prestataires. Supposons que, faisant usage des possibilités ouvertes par le marché intérieur, une université située dans la Communauté française de Belgique ouvre une « filiale » dans un autre pays de l'Union – par exemple le Grand-duché de Luxembourg. Puis imaginons qu'à partir de cette localisation, cette filiale fournisse des services dans divers Etats membres dont la Belgique, notamment en Communauté française de Belgique³¹. Dans une telle situation, la filiale étrangère de l'université belge serait-elle tenue par l'organisation prévue dans la « Note » ?

Il nous semble que non. L'élément d'extranéité prévu pour l'application de l'interdiction devrait sans doute être considéré comme étant satisfait. Si cette hypothèse se confirmait, il faudrait en déduire que, sauf justification admissible, une mesure entravant la liberté des universités devrait être tenue pour une entrave. Il en résulterait que, ces mesures ne lui étant pas opposables, la filiale pourrait fournir des enseignements dans les zones dont est exclue l'université-mère³².

Du reste, la difficulté à trouver encore des situations purement internes dans le contexte d'une intégration assez poussée entre les marchés nationaux a conduit la Cour à interpréter de manière assez souple la condition relative à la présence d'un effet interétatique. Contrairement peut-être à ce que l'on pourrait penser étant donné l'existence de cette condition, il arrive souvent à cette juridiction de prendre position dans des affaires concernant un Etat membre seulement. Elle applique alors le droit européen sans indiquer qu'elle le fait. Ou elle justifie sa démarche en expliquant que l'interprétation qu'elle fournit aux règles européennes pourrait éclairer des dispositions nationales identiques ou similaires³³.

³¹ Notons que l'hypothèse peut être rendue plus vraisemblable encore dans le cas d'une association conclue entre une université étrangère et cette université, établie dans la Communauté française, dont nous envisageons la situation.

³² On pourrait objecter que l'université belge s'engage dans cette stratégie dans le but d'échapper à une règle nationale, et qu'elle utilise ainsi le droit européen dans un objectif qui n'est pas inhérent à ce dernier. Il ne nous semble pas, toutefois, que l'objection puisse tenir. Au contraire : l'hypothèse examinée ici renforce le caractère paradoxal de l'organisation proposée dans la « Note ». Celle-ci propose en effet de limiter la liberté de ses universités dans un contexte où la liberté qui leur ferait ainsi défaut bénéficierait aux universités étrangères qui, elles, ne seraient pas soumises aux mêmes limites. Sur la notion d'abus en droit européen, voir : CJ, 3 décembre 1974, *van Binsbergen c/ Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, 2/74, Rec. p. 1299 ; CJ, 5 octobre 1994, *TV 10 c/ Commissariaat voor de Media*, C-23/93, Rec. p. I-4795 ; CJ, 5 juin 1997, *VT4 Ltd c/ Vlaamse Gemeenschap*, C-56/96, Rec. p. I-3143 ; CJ, 9 mars 1999, *Centros Ltd c/ Erbversus-og Selkabssyrelsen*, C-212/97, Rec. p. I-1459 ; CJ, 23 mars 2000, *Dionysios Diamantis c/ Elliniko Dimosio*, C-373/97, Rec. p. I-1705. Dans la littérature, voir : F. Lagondet, « L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », *J.T.D.E.*, 2003, pp. 8-11 ; R. de la Feria et S. Vogenauer, *Prohibition of abuse of law : A new General Principle of EU law ?*, Oxford, Hart Publishing, 2011 et R. N. Ionescu, *L'abus de droit en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, Collection Droit de l'Union européenne – Thèses.

³³ Voir : CJ, 7 mai 1997, *Pistre et autres c/ Ministère public*, Affaires jointes C-321/94 à C-324/94, Rec. p. I-2343 ; CJ, 9 septembre 2004, *Carbonati Apuani Srl c/ Comune di Carrara*, C-72/03, Rec. p. I-8027 ; CJ, 1^{er} avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française*,

Quid en cas de financement privé ?

Comme nous l'avons indiqué, la Cour a précisé que les règles sur les services ne peuvent être appliquées à l'enseignement dans la mesure où ce dernier est financé, pour l'essentiel, par des fonds publics. Comme cela était le cas pour la jurisprudence « situation interne », cette attitude adoptée par la Cour suscite des difficultés. En effet, l'exclusion de la qualification de « services » dans le cas de l'enseignement essentiellement financé par des fonds publics donne à entendre que cette qualification pourrait et devrait même s'appliquer lorsque le financement présente un caractère principalement privé³⁴.

D'où la question suivante : que se passerait-il si, supposant satisfaite la condition relative aux situations internes, une université relevant de la Communauté française décidait de fournir des enseignements, dans une autre zone, sur la base de financements privés – en facturant, par exemple, aux étudiants concernés, un minerval plus élevé ? Faudrait-il alors considérer que, la condition relative aux services étant également remplie, cette université peut réclamer l'application de l'interdiction européenne et obtenir ainsi que soit écartée l'application de la mesure lui interdisant d'exercer ses activités en dehors de la zone qui lui a été réservée ? Pour considérer que le financement est essentiellement public, faudrait-il se baser sur une évaluation englobant l'ensemble du secteur ? L'ensemble des comptes de l'université concernée ? Ou la situation de celle-ci par programme ? Ou même par cours³⁵ ?

Critères nationaux, disparités nationales

Il faut aussi relever que la jurisprudence « service » examinée ci-dessus a pour effet de soumettre l'application du droit européen à des décisions prises par des autorités nationales. Selon les décisions prises par ces dernières en matière de financement, les règles européennes sur les services sont – ou ne sont pas – applicables à l'enseignement universitaire sur leur territoire.

Une telle situation est-elle souhaitable ? Selon une tradi-

tion jurisprudentielle bien établie, le droit européen jouit d'une primauté sur les droits nationaux à l'intérieur de l'Union. Cette primauté implique que les autorités nationales doivent se soumettre aux choix réalisés dans l'ordre européen même si ces choix ne correspondent pas aux options qu'elles auraient adoptées. La prise en compte des décisions prises par les autorités nationales dans le cadre du financement des universités permet toutefois à ces autorités d'écarter l'application du droit européen dans les secteurs où elles ne souhaitent pas être soumises à ce dernier.

Par ailleurs, la prise en compte du financement conduit à des situations différentes dans les Etats membres selon que ces derniers financent ou pas, essentiellement, leurs universités. Or, une telle application différenciée du droit européen conduit à des distorsions dans les relations entre des universités relevant d'Etats membres différents. Supposons que la Communauté française maintienne sa politique de financement pour l'enseignement universitaire. Comme on l'a vu, cette attitude permet aux autorités de cette Communauté d'écarter l'interdiction européenne frappant les entraves. Sur cette base, la Communauté française peut adopter des mesures faisant obstacle à l'accès, sur son territoire, d'universités relevant d'autres Etats membres – même dans des domaines où ces universités pourraient apporter une contribution utile aux destinataires situés dans ce territoire ou qui pourraient y être attirés³⁶. Les universités relevant de la Communauté française jouiraient ainsi d'une protection à l'encontre des autres universités qui pourraient vouloir s'y établir.

Cette protection ne serait pas nécessairement réciproque. Imaginons à présent qu'une université relevant de la Communauté française souhaite s'établir dans un autre Etat membre pour y fournir un ou plusieurs enseignements dans un domaine où elle dispose d'une expertise particulière. Dans cet Etat membre, les universités ne sont pas financées par les pouvoirs publics ou, même s'ils couvrent certaines dépenses, pas entièrement. L'université relevant de la Communauté française pourrait-elle alors revendiquer l'application des règles eu-

Gouvernement Wallon contre Gouvernement flamand, C-212/06, Rec. I-1683. Dans la littérature, voir : M. Fallon et J.-S. Bergé, « Marché intérieur et espace de liberté, sécurité, justice: la dimension spatiale des espaces », *Les Petites Affiches*, 2010, pp. 5-15.

³⁴ Si elle n'avait pas voulu que soit opérée une telle induction, la Cour aurait sans doute indiqué, dans sa jurisprudence, que la notion de service, dans le cadre du marché intérieur, doit être interprétée, avant tout, en prenant en compte la nature de l'activité exercée plutôt que la source de son financement.

³⁵ Aux termes de la jurisprudence, il ne faudrait pas que cet enseignement soit financé sur fonds propres : il suffirait qu'il le soit par des moyens non publics. Par ailleurs, le financement doit être principalement assuré par des fonds non publics sans qu'il doive l'être entièrement.

³⁶ Par exemple dans des domaines concernant le droit européen, l'économie européenne ou plus généralement des études européennes. Des programmes dans ces matières pourraient attirer des étudiants en raison de la proximité des institutions européennes. Elles pourraient être organisées par des filiales ou des succursales établies par des universités relevant d'autres Etats membres.

ropéennes interdisant les entraves ? Assurément puisque, la condition du financement public n'étant pas satisfaite, le secteur de l'enseignement devrait être considéré comme tombant sous le coup de l'interdiction frappant, sauf justification admissible, toute mesure adoptée par une autorité publique et faisant éventuellement obstacle à l'entrée d'entités européennes sur son territoire.

On le voit : la condition liée au financement soumet l'application du droit européen à des décisions prises par des autorités nationales et, ce faisant, crée des situations non souhaitables. Cette attitude adoptée par la Cour à propos de l'enseignement³⁷ ne correspond pas, d'ailleurs, à celle qui la guide généralement dans ce type de situation. De manière assez systématique, la Cour insiste, dans sa jurisprudence, pour que les concepts utilisés en droit européen – et donc l'application des règles qui les contiennent – soient définis sur la base de critères européens pour éviter, précisément, les désagréments qui viennent d'être évoqués. Dans un tel contexte, la jurisprudence analysée ici apparaît comme étant difficilement justifiable³⁸.

Le contexte

Il faut encore considérer le contexte où a été développée la jurisprudence sur la notion de « service ». En l'occurrence, elle concernait des demandes émanant d'étudiants étrangers dont l'accès à l'enseignement était limité par une autorité publique. Dans ce contexte, la Cour a décidé que la relation unissant – ou devant unir – les universités à des étudiants ne pouvait être qualifiée de service car les seconds ne payaient pas aux premières une somme correspondant à une véritable rémunération.

Mais on peut se demander si une autre attitude ne devrait pas être adoptée dans un contexte impliquant des

relations qui ne sont pas identiques. Car la relation dont il est question dans le contexte qui nous occupe ne concerne pas des étudiants demandant un accès plus ouvert à des enseignements dont ils sont exclus³⁹. Elle unit des établissements à l'autorité qui finance leurs activités et impose en contrepartie le respect de conditions – en ce compris, potentiellement, la répartition géographique envisagée dans la « Note » avec les restrictions qui y sont liées.

La différence entre ces contextes – et les relations dont il est question – pourrait-elle justifier, dans le débat qui nous occupe, une approche différente de celle adoptée par la Cour à propos des demandes émanant d'étudiants ?

Dans la situation qui examinée ici, la question à poser serait de savoir si un service est fourni dans le cadre de la relation entre l'autorité et les universités. Or, cette question laisse peu de doute subsister. Oui, il y a bien un engagement réciproque pris par les partenaires dans le cadre de cette relation. D'un côté, les universités s'engagent à fournir une formation de qualité à toute personne répondant aux conditions fixées par les autorités. A cet effet, un paiement – analogue à une « rémunération » – leur est octroyé par ces dernières. Dans le cadre de leurs activités, les premières se conforment aux conditions imposées par les dernières comme le font d'autres prestataires lorsqu'ils fournissent leurs services à des destinataires dans le cadre d'un accord formé par les uns et les autres⁴⁰.

Il faut aussi réaliser qu'un troisième type de relation est en cause dans le débat faisant l'objet de la présente contribution : le rapport qui existe entre les universités elles-mêmes. Aux termes de la « Note », ces relations seraient marquées, à l'avenir, plus encore qu'aujourd'hui,

³⁷ Dans ses arrêts, la Cour n'a pas expliqué les raisons la conduisant à adopter cette attitude possible à propos de ce type d'activité. On en est réduit à oser des conjectures si l'on veut tenter de la comprendre. Une explication possible tient aux activités qui sont mentionnées dans l'Article 57 TFUE à propos des services visés par l'interdiction frappant les entraves. Aux termes de cette disposition, « Les services comprennent notamment : a) des activités de caractère industriel, b) des activités de caractère commercial, c) des activités artisanales, d) des activités de profession libérale ». On relèvera que cette disposition comporte le terme « notamment ». Rien n'empêche donc la Cour de considérer que d'autres activités constituent des services pour l'application de la disposition et d'intégrer, ce faisant, l'enseignement universitaire dans les activités soumises à l'interdiction.

³⁸ Voir par exemples : CJ, 19 mars 1964, *Hoekstra (née Unger) v Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*, 75/63, Rec. p. 379; CJ, 18 janvier 1984, *Ekeri BV Vee- en Vleeshandel c/ Produktschap voor Vee en Vlees*, 327/82, Rec. p. 107 ; CJ, 18 octobre 1990, *Massam Dzodzi c/ Etat belge*, C-197/88, Rec. p. I-3763 ; CJ, 19 septembre 2000, *Grand-Duché de Luxembourg c/ Linster*, C-287/98, Rec. p. I-6917 ; CJ, 17 mars 2005, *Staatsecretaris van Financiën c/ Feron*, C-170/03, Rec. p. I-2299.

³⁹ Du reste, la Cour a fini par appliquer à ces demandes des dispositions relevant du marché intérieur même si elle a écarté la qualification de « service ». La juridiction a en effet considéré que l'enseignement universitaire relevait de la formation professionnelle, laquelle est couverte par le traité. Elle a alors appliqué l'interdiction frappant les discriminations fondées sur la nationalité ou la résidence – estimant que cette interdiction peut être appliquée dans tout secteur couvert par le traité.

⁴⁰ N'oublions pas qu'en Communauté française, l'autorité ne limite pas son intervention à des versements de fonds. Même s'ils présentent un caractère réglementaire, les décrets organisant l'enseignement supérieur s'apparentent à une forme de convention dans laquelle l'autorité indique le type de prestation qu'elle souhaite et qu'elle est prête à rémunérer de la manière convenue avec les établissements.

par l' « exclusion », à laquelle on ajouterait une forme de « soumission ».

- Exclusion : si la « Note » était mise en œuvre, les établissements situés dans une zone ne pourraient exercer d'activité dans les autres zones composant le territoire.
- Soumission : aux termes de la « Note », les établissements « secondaires » dans un pôle seraient soumis, en ce qui concerne l'enseignement qu'ils y fournissent, aux décisions prises par les établissements y jouissant d'une implantation principale. Par ailleurs, les établissements plus petits seraient soumis, en substance, aux décisions prises par les plus grands dans les pôles comportant plusieurs universités établies à titre principal.

On peut comprendre une partie de la réticence manifestée par la Cour à appliquer les dispositions sur les services dans les affaires concernant des demandes formées par des étudiants. D'autant que, excluant l'application de ces règles, la juridiction a fini par appliquer le droit européen, sur le fondement d'une autre base juridique, d'une manière permettant de donner aux dits étudiants, dans la plupart de ces affaires, une entière satisfaction.

Mais cette réticence serait moins justifiée, à notre sens, si elle conduisait la Cour à adopter une attitude identique pour régler des difficultés naissant de rapports entre acteurs s'adressant à des destinataires identiques. Par nature, de tels rapports tombent sous le coup des règles du marché intérieur – lesquelles cherchent à ouvrir les territoires pour éviter que la position des uns soit protégée contre l'accès des autres en espérant que la liberté de tous créera un vaste espace où chacun peut chercher et proposer ce qu'il souhaite dans le respect des règles régissant les comportements comme cela est le cas à l'intérieur d'un même territoire national.

Hiatus avec la jurisprudence « concurrence »

Il faut enfin relever l'existence d'un hiatus entre la jurisprudence développée par la Cour à propos de la notion de services dans le cadre du marché intérieur et celle dégagée par la même institution en matière de concurrence.

Pour bien comprendre la portée de ce hiatus, nous proposons d'examiner la jurisprudence « concurrence » à laquelle il est fait allusion. Nous reviendrons alors sur la différence entre les deux contextes, pour déterminer si cette différence permet de dessiner une évolution possible en ce qui concerne l'application des règles européennes à l'enseignement universitaire.

Application des règles de concurrence

La « Note » doit être examinée au regard des règles de la concurrence qui forment le second régime pris en compte dans la présente contribution. L'application de ces règles est soumise à des conditions proches de celles examinées à propos des services – avec une différence : la réalisation de ces conditions, dans le cas qui nous occupe, pose moins de difficulté.

Effet inter étatique

Comme celles relatives aux services, les règles européennes afférentes à la concurrence requièrent, pour leur application, un effet sur le commerce inter étatique⁴¹. Cette condition est satisfaite lorsque le comportement considéré implique des entités relevant de deux ou plusieurs Etats membres. Mais qu'en est-il dans le cas d'une mesure s'appliquant à des entités situées sur une partie d'un territoire national comme cela serait le cas si la « Note » devait être mise en application ? Un effet sur une étendue géographique aussi limitée aurait-il pour conséquence que doive être écartée l'application du droit européen ?

Il faut répondre à cette dernière question par la négative. Dans le domaine de la concurrence, le droit européen requiert un effet sur des personnes, entités ou territoires relevant d'autres Etats membres. Mais cet effet peut être indirect. Et il peut présenter un caractère potentiel. Dans le contexte de la concurrence, la condition a donc été interprétée de manière particulièrement souple – beaucoup plus souple que pour les règles concernant les services. Il en résulte que, pour éviter l'application du droit de la concurrence, il faut se trouver dans une situation présentant un caractère local⁴².

⁴¹ La condition est formulée en des termes différents selon la disposition considérée. Aux termes de l'Article 101 TFUE, les ententes sont interdites lorsqu'elles « sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres » et que la concurrence peut être faussée « à l'intérieur du marché intérieur ». L'Article 102 TFUE requiert, pour son application, l'existence d'une position dominante « sur le marché intérieur ou sur une partie substantielle de celui-ci ». Nous analyserons aussi l'application de l'Article 106 TFUE, mais cette disposition renvoie pour l'essentiel à d'autres règles de droit européen y compris les deux articles mentionnés ci-dessus dans la présente note. Il en résulte que la condition exprimée dans ces deux dispositions doit être satisfaite pour que s'applique l'Article 106 TFUE.

⁴² Sur la notion d'effet inter étatique dans le contexte de la concurrence, voir : CJ, 31 mai 1979, *Hugin Kassaregister AB et Hugin Cash Registers*

Or, le public se trouvant en Belgique attire, en provenance d'autres Etats membres, des établissements fournissant des enseignements ayant une nature universitaire. Cela est le cas, clairement, à Bruxelles, où des universités étrangères ont commencé à fournir des programmes relevant de ce type d'enseignement⁴³. Rappelons que cette région se trouve sur le territoire de la Communauté française de Belgique.

Par ailleurs, l'enseignement dispensé par les universités relevant de la Communauté française attire des étudiants originaires d'autres Etats membres. Ces étudiants sont d'ailleurs si nombreux dans certaines filières que des mesures ont été prises pour limiter leur accès. Cet attrait est dû à plusieurs raisons, notamment le coût modique des études et l'absence d'un « *numerus clausus* » dans la plupart des cycles. Il est aussi lié à l'étendue géographique limitée de notre territoire. Où qu'on se trouve, il suffit de parcourir une centaine de kilomètres pour sortir du pays – ou y entrer. Du reste, trois universités relevant de la Communauté française sont situées près de frontières⁴⁴.

Ces éléments permettent de le considérer : des mesures concernant l'organisation de l'enseignement universitaire dans la Communauté française affectent des entités, personnes ou territoires relevant d'autres Etats membres – fût-ce de manière seulement indirecte et même potentielle. On peut en déduire qu'est satisfaite la condition d'affectation interétatique nécessaire pour appliquer les règles de la concurrence.

Les universités sont-elles des entreprises ?

Les règles de la concurrence concernent les « entreprises »⁴⁵. Il faut donc nous interroger : lorsqu'elles fournissent des prestations relevant de l'enseignement supérieur, les universités doivent-elles être regardées comme des « entreprises » pour l'application de ce droit ?

Avant tout chose, il faut souligner que, dans le contexte du droit européen, la qualification « entreprise » présente un caractère purement technique. Aucune connotation ne lui est attachée, sur le plan politique notamment. Ainsi, nous verrons que la qualification peut être appliquée à des sociétés privées mais aussi à des associations dépourvues de but lucratif et, même, à des parties d'administrations publiques eu égard au type d'activité qui s'y trouve exercée.

Puis il faut poser la question centrale : comme elles rendent à la société un service précieux dans l'intérêt général, les universités ne devraient-elles pas échapper aux règles de concurrence ? Le service qu'elles fournissent n'a-t-il pas pour effet d'écarter l'application de ces règles ?

L'argument a été invoqué dans d'autres secteurs,⁴⁶ où l'on estimait aussi que les acteurs rendaient des services importants à la collectivité. Mais il a rarement été accepté. Aux termes de la jurisprudence⁴⁷, toute entité exerçant une « activité économique » est considérée comme une « entreprise ». Pour la Cour, une activité est

Ltd col Commission, 22/78, Rec. p. 1869 ; TPI, 22 octobre 1997, *Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf (SCK) et Federatie van Nederlandse Kraanbedrijven (FNK) c/ Commission*, Affaires jointes T-213/95 et T-18/96, Rec. p. II-1739. Voir également les Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité, *J.O.*, C 101 du 27 avril 2004.

⁴³ A notre connaissance, il n'existe pas de donnée officielle sur l'existence de tels programmes dans la Communauté française. En revanche, de telles données existent pour la Région flamande – et ces données concernent, notamment, quelques établissements ouverts à Bruxelles par des universités étrangères pour y fournir des enseignements. C'est le cas, par exemple, pour la « University of Kent » dont une filiale ou succursale a été enregistrée par la Région flamande comme étant située dans cette ville. Voir l'Arrêté du Gouvernement flamand portant enregistrement de la « University of Kent » comme institution enregistrée d'enseignement supérieur, 21 octobre 2011, *Moniteur belge*, 24 novembre 2011, p. 69498. Pour des informations sur d'autres institutions étrangères également enregistrées en Flandres, voir <http://www.ond.vlaanderen.be/hogeronderwijs/nutigeAdressen>.

⁴⁴ L'Ulg : près de l'Allemagne et des Pays-Bas. L'UMons, proche de la France. Et l'UCL, près de la France également par son implantation montoise (UCL Mons).

⁴⁵ Parmi les règles concernant les entreprises, certaines s'appliquent aux comportements adoptés par des entreprises. D'autres concernent des avantages conférés à des entreprises par des autorités, sous une forme financière (aide) ou réglementaire (droit spécial ou exclusif).

⁴⁶ Par exemple dans le domaine sportif. Voir : CJ, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch c/ Union Cycliste Internationale*, 36/74, Rec. p. I-1405 ; CJ, 18 juillet 2006, *Meca-Medina et Majcen c/ Commission*, C-519/04P, Rec. p. I-6991 ; et TPI, 26 janvier 2005, *Piau c/ Commission*, T-193/02, Rec. p. II-209. Dans la littérature, voir J. Vanden Eynde, « Les fédérations sportives sont-elles des entreprises commerciales ? », *Cahiers des sciences administratives*, 2005, p. 81 ; E. Honorat, « Droit du sport et concurrence », *L'actualité juridique. Droit administratif*, 2007, p. 1631-1635.

⁴⁷ Sur la notion d'entreprise, voir : CJ, 30 avril 1974, *Sacchi*, 155/73, Rec. p. 409 ; CJ, 15 mai 1975, *Frubo c/ Commission*, 71/74, Rec. p. 563 ; CJ, 29 octobre 1980, *Heintz van Landeuyck SARL et autres c/ Commission*, 209 à 215 et 118/78, Rec. p. 3125 ; CJ, 25 mars 1981, *Coöperatieve Stremsel- en Kleurselfabriek c/ Commission*, 61/80, Rec. p. 851 ; CJ, 8 novembre 1983, *NV IAZ International Belgium et autres c/ Commission*, 96/82, Rec. p. 3369 ; CJ, 30 janvier 1985, *BAT Cigaretten-Fabriken GmbH c/ Commission*, 35/83, Rec. p. 363 ; CJ, 11 juillet 1985, *Remia BV et autres c/ Commission*, 42/84, Rec. p. 2545 ; CJ, 23 avril 1991, *Höfner et Elser c/ Macrotron*, C-41/90, Rec. p. I-1979 ; CJ, 12 septembre 1999, *Pavel Pavlov and Others c/ Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, C-180/98 à C- 184/98, Rec. p. I-645 ; TPI, 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris c/ Commission*, T-128/98, Rec. p. II-3929 ; CJ, 29 mars 2001, *République portugaise c/ Commission*,



économique lorsque l'entité fournit des « biens » ou des « services ». Cette condition semble bien remplie en l'espèce. Sauf erreur majeure, l'enseignement universitaire ressemble fort, en effet, à un service, au sens où ce dernier terme est interprété communément⁴⁸.

A cette analyse on pourrait objecter que l'enseignement supérieur est fourni gratuitement, ou presque, en Communauté française⁴⁹. Dès lors, ne fait-il pas partie du secteur « non marchand » ? Et ne doit-il pas bénéficier d'une dérogation ? En droit de la concurrence, le financement par l'autorité n'a aucune incidence sur la qualification de l'activité. Dans cette branche du droit, les règles s'appliquent que l'activité soit financée par des moyens privés ou qu'elle le soit par l'autorité partiellement voire même totalement. Aux termes de la jurisprudence, seul compte la nature de l'activité – et, nous l'avons souligné, cette activité ressemble bien, dans le cas qui nous occupe, à un service⁵⁰.

De la même manière : le statut d'une entité ne confère à son bénéficiaire aucune espèce de protection. On s'en doute : les règles de la concurrence concernent les entreprises commerciales. Mais elles s'appliquent aussi aux autres entités : associations sans but lucratif⁵¹ et même administrations publiques⁵² dès lors que l'activité exercée par ces dernières présente un caractère économique au sens où ce terme est entendu dans la jurisprudence.

Dans certains arrêts, la Cour de justice introduit un critère qui lui semble décisif pour déterminer si une activité consiste bien à fournir des biens ou des services. Elle se demande si l'activité est exercée, dans d'autres pays, par des entités privées et, même, si elle est susceptible

d'être exercée par une telle entité. Si la réponse est positive, elle en déduit que l'activité présente un caractère économique – et que l'acteur, en conséquence, est soumis aux règles de la concurrence⁵³.

La Cour recourt parfois à un dernier critère dans son évaluation. Dans les affaires concernant les « assurances sociales de base », elle examine si, dans ce secteur, les activités sont exercées, déjà, en tout, ou en partie, en concurrence. Pour elle, l'existence d'une forme de concurrence sur le marché considéré implique que les règles régulant ce type d'environnement doivent être appliquées – ce qui suppose que les entités soient qualifiées d'« entreprises »⁵⁴.

L'ensemble des critères ainsi discutés pointent dans la même direction. Dans le domaine de l'enseignement, les universités exercent une activité qui s'apparente à un « service ». Dans le secteur universitaire, on peut envisager la fourniture de ce service par des entités privées. Ce système existe d'ailleurs dans plusieurs pays, dont certains sont européens. Par ailleurs, l'existence d'une certaine concurrence ne peut être niée. C'est elle, d'ailleurs, qui suscite la volonté manifestée par la Communauté française de réformer le paysage universitaire à la suite, précisément, de la concurrence à laquelle se livrent les universités dans le monde, en Europe et même en Communauté française : dans la discussion portant sur les objectifs, on verra qu'un but poursuivi dans la réforme est bien d'éliminer la concurrence existant sur notre territoire – ce qui indique que cette concurrence n'est pas une réalité purement imaginaire dans ce contexte.

L'approche ainsi adoptée en droit européen pour la défi-

C-163/99, Rec. p. I-2613 ; CJ, 25 octobre 2001, *Firma Ambulanz Glöckner c/ Landkreis Südwestpfalz*, C-475/99, Rec. p. I-8089 ; CJ, 19 février 2002, *Wouters c/ Algemene Raad van de Nederlandsche Orde van Advocaten*, C-309/99, Rec. p. I-1577 ; TPI, 12 décembre 2006, *SELEX Sistemi Integrati c/ Commission*, T-155/04, Rec. p. II-4797 ; TPI, 13 décembre 2006, *FNCBV et FNSEA et autre c/ Commission*, T-217 et 243/03, Rec. p. II-4987.

⁴⁸ Comme on le verra, le terme « service » apparaissant dans la jurisprudence « concurrence » n'est pas interprété comme il l'est dans le contexte du marché intérieur. Dans le domaine de la concurrence, l'activité ne doit pas donner lieu à une rémunération pour être soumise au droit de la concurrence. Une activité peut être considérée comme un service même si elle est financée totalement ou partiellement par les pouvoirs publics.

⁴⁹ Le minerval payé par les étudiants couvre une partie seulement des coûts.

⁵⁰ Par exemple : l'affaire *Höfner* citée ci-dessus concernait le service national pour l'emploi existant en Allemagne. Dans ce pays, le placement des travailleurs était réservé à une agence publique : l'« Office fédéral pour l'emploi ». L'objectif poursuivi en accordant un monopole à cette agence était d'assurer que tous seraient traités de manière égale. Il s'agissait aussi de conserver un lien étroit avec le monde du travail, pour disposer des informations nécessaires à la mise en œuvre d'une politique en la matière. Selon le gouvernement allemand, il n'y avait pas lieu d'appliquer le droit européen de la concurrence car l'activité était effectuée par un organisme public et qu'aucun paiement ne devait être effectué par le « client ». La Cour rejeta cette interprétation en jugeant que l'activité de placement est une activité économique. Qu'elle soit confiée à un office public n'affecte en rien, dans son esprit, la nature économique de l'activité. Dans l'arrêt, l'« Office pour l'emploi » fut donc qualifié d'entreprise – et soumis aux règles de la concurrence.

⁵¹ Voir CJ, 25 octobre 2001, *Firma Ambulanz Glöckner c/ Landkreis Südwestpfalz*, C-475/99, Rec. p. I-8089.

⁵² Voir l'affaire *Höfner* déjà présentée ci-dessus.

⁵³ Voir not. *Glöckner*, précité, para 20. Pour la Cour, le statut public d'une entité n'implique pas que celle-ci puisse échapper aux règles de la concurrence. En revanche, le statut privé de cette entité a pour effet de la soumettre à l'application de ces règles.

⁵⁴ Not. CJ, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance e.a.*, C-244/94, para 21.

inition de la notion d' « entreprise » est particulièrement large. On voit mal quelle activité pourrait être considérée comme non économique. Tout ce que nous faisons peut être analysé sous l'angle de la fourniture d'un bien ou d'un service. Ainsi, l'approche promue par le droit européen conduit à soumettre virtuellement au droit de la concurrence toutes les activités qui peuvent être imaginées. A ce jour, seuls deux types d'activité ont trouvé grâce aux yeux de la jurisprudence : les prestations fournies par la sécurité sociale dans ses aspects les plus élémentaires⁵⁵ et les activités de police exercées dans les espaces aériens ou maritimes nationaux dans la mesure où elles impliquent l'usage de prérogatives de puissance publique⁵⁶.

Ces exceptions ont un champ d'application limité. L'enseignement universitaire ne relève ni de la première ni de la seconde. Il doit donc être considéré comme une activité économique – et les entités fournissant cet enseignement, comme des entreprises.

Les règles relatives aux droits exclusifs

Le droit européen de la concurrence étant applicable, on peut s'interroger sur la compatibilité du projet avec les règles européennes relatives aux droits exclusifs. Ces règles semblent les plus pertinentes pour examiner le projet puisqu'en substance, celui-ci exprime la volonté de conférer un droit exclusif – un monopole – à une ou plusieurs entités⁵⁷ pour la fourniture d'un service au sein de zones déterminées.

Cette orientation semble heurter un principe inspirant la construction européenne : l'importance de permettre aux acteurs d'exercer leurs activités sans entrave où ils le veulent et comme ils le souhaitent, pour peu qu'ils respectent les règles relatives aux comportements – des règles qui sont identiques pour tous les participants.

Certes, la liberté des acteurs entraînera l'instauration de relations concurrentielles entre entités s'adressant aux mêmes destinataires. Mais, en soi, une telle conséquence n'est pas perçue, en droit européen, comme négative. Dans l'optique européenne, la rivalité naissant des relations concurrentielles peut être analysée comme un prix à payer : le prix qu'il faut verser pour garantir la liberté des prestataires, et celles des destinataires.

C'est ainsi qu'en droit européen, les autorités interviennent lorsque la liberté des acteurs est mise en danger. C'est le cas lorsqu'un pouvoir de marché ou une position dominante sont acquis par un ou plusieurs acteurs sur un marché déterminé. Au regard de la jurisprudence, l'émergence d'une telle situation met en danger la possibilité, pour les destinataires, de choisir, aussi librement que possible, les biens et les services répondant à leurs besoins. De la même manière, elle compromet la possibilité, pour les prestataires, d'entrer en relation avec ces destinataires, pour leur proposer ce qui pourrait les satisfaire⁵⁸.

C'est dans ce cadre que sont analysés les droits exclusifs⁵⁹, qui sont appréhendés au regard des articles 106 et 102 TFUE. Ces dispositions appartiennent au chapitre consacré aux règles de la concurrence. On se rappelle

⁵⁵ Pour la Cour, les assurances sociales obligatoires finançant les pensions ou les soins de santé de base ne constituent pas des activités économiques et échappent, à ce titre, à la concurrence. Quatre conditions doivent être remplies pour bénéficier de ce régime particulier. (1) Les cotisations versées par l'affilié ne sont pas déterminées en fonction du risque que celui-ci représente mais sont fondées sur sa capacité contributive. (2) Les prestations assurées sont identiques pour l'ensemble des affiliés. (3) Le financement se fait par répartition et non par capitalisation, en ce sens que les cotisations versées permettent de payer instantanément les prestations échues. (4) Une certaine solidarité existe entre les différents régimes de sécurité sociale. Voir : CJ, 17 février 1993, *Christian Poucet c/ Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, C-159/91 et C-160/91, Rec. p. I-637 ; CJ, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance*, C-244/94, Rec. p. I-4013 ; CJ, 17 juin 1997, *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA et Anni Azzurri Rezzato Srl c/ Regione Lombardia*, C-70/95, Rec. p. I-3395 ; CJ, 21 septembre 1999, *Albany International BV c/ Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, C-67/96, Rec. p. I-5751 ; CJ, 22 janvier 2002, *Cisa di Battistello Venanzio & C. Sas c/ INAIL*, C-218/00, Rec. p. I-691 ; CJ, 16 mars 2004, *AOK Bundesverband*, C-264/01, Rec. p. I-2493.

⁵⁶ Respectivement : CJ, 19 janvier 1994, *Fluggesellschaft mbH c/ Eurocontrol*, C-364/92, Rec. p. I-43 et CJ, 18 mars 1997, *Diego Cali et Figli*, C-343/95, Rec. p. I-1547. La délivrance d'un diplôme manifeste-t-elle l'octroi d'une prérogative de puissance publique aux universités ? Il nous semble que non. En soi, le diplôme ne comporte pas d'effet juridique. Il sanctionne seulement un parcours universitaire. En revanche, attacher des conséquences juridiques à un diplôme comporte l'existence de telles prérogatives. Or, un tel acte n'est pas posé par les universités elles-mêmes mais par la puissance publique elle-même.

⁵⁷ Dans la jurisprudence, on considère que le droit est exclusif même s'il est accordé à plusieurs détenteurs. Dans un tel cas, c'est une sorte de « monopole collectif » qui est organisé. Les seconds (droits spéciaux) englobent tous les avantages accordés à des entreprises au terme d'une procédure non fondée sur des critères objectifs et/ou non ouverte à l'ensemble des candidats intéressés.

⁵⁸ Dans la littérature économique (qui n'est pas nécessairement européenne), la liberté est associée, dans le contexte de la concurrence, à une autre valeur : l'efficacité – ou, en termes plus techniques, l'efficience. Comment s'articulent ces valeurs ? Pour le droit européen, la liberté accordée aux destinataires met une contrainte à charge des prestataires. Pour garantir leur survie et, le cas échéant, leur croissance, ces derniers doivent s'améliorer sans cesse de manière à proposer des prestations qui seront choisies par les destinataires.

⁵⁹ Le droit européen distingue les droits exclusifs et les droits spéciaux. Les premiers réservent à leur(s) détenteur(s) la possibilité d'exercer une

que ces règles sont applicables aux entreprises. Le sujet a été traité en début de contribution. Nous n'y revenons pas ici.

De ces deux dispositions, la première prévoit que, sauf exception, les entreprises bénéficiant de droits exclusifs sont soumises au droit européen, y compris aux règles de la concurrence⁶⁰. La seconde interdit les abus pouvant être commis par des entreprises en situation de position dominante. Toutes deux sont liées car, comme elles bénéficient d'un monopole, les entreprises disposant d'un droit exclusif détiennent forcément une position dominante sur les marchés où elles possèdent de cette prérogative⁶¹.

L'application de ces dispositions a donné lieu à une jurisprudence abondante organisée autour de deux lignes de force. Tout d'abord, les juridictions européennes affirment, dans leurs arrêts, que, sur le plan des principes, les droits exclusifs ne sont pas, en tant que tels, contraires au droit européen⁶². Ensuite, elles soulignent que cette position doit être nuancée. Même si l'existence de leurs prérogatives n'est pas en cause, les entreprises disposant de tels droits sont soumises aux règles de la concurrence en ce qui concerne leur comportement.

Or, poursuivent ces juridictions, le comportement adopté par des entreprises est rarement exempt de critiques. Dans les affaires portées devant elles⁶³, les juridictions européennes citent, à l'appui de cette position, divers

comportements allégués par les parties à l'origine de la demande. Elles indiquent que, s'ils sont avérés, ces comportements doivent être considérés comme abusifs – avec les conséquences qui s'ensuivent, particulièrement l'imposition éventuelle d'une sanction et l'obligation de mettre un terme au comportement infractionnel. Sur la base de ces considérations, elles renvoient les affaires aux juridictions nationales en invitant ces dernières à appliquer ces préceptes aux faits qui leur sont soumis⁶⁴.

A partir des années nonante⁶⁵, l'attitude devient plus radicale : les juridictions européennes s'aventurent à considérer qu'une enquête factuelle n'est pas nécessaire pour conclure à l'existence d'un abus. Car, indiquent-elles, l'exercice de droits exclusifs peut conduire, et conduit, de fait, inévitablement, à l'adoption de comportements tombant sous le coup de l'article 102 TFUE. C'est que, observent ces juridictions, les entreprises disposant de tels droits enfreignent cette disposition dès lors qu'elles mettent en œuvre leurs prérogatives, c'est-à-dire lorsqu'elles exercent leurs activités en monopole. Pour les juridictions européennes, le simple fait d'exercer un droit exclusif, même si celui-ci n'est pas en soi illicite, conduit à une situation abusive.

A l'appui de leur démonstration, les juridictions européennes mentionnent, comme comportements, les résultats économiques mitigés atteints par les entreprises impliquées dans les affaires dont elles sont saisies. Pour la plupart, ces entreprises sont des firmes organisées par

activité sur un ou plusieurs marchés déterminés. Dans la jurisprudence, on considère que le droit est exclusif même s'il est accordé à plusieurs détenteurs. Dans un tel cas, c'est une sorte de « monopole collectif » qui est organisé. Les seconds (droits spéciaux) englobent tous les avantages accordés à des entreprises au terme d'une procédure non fondée sur des critères objectifs et/ou non ouverte à l'ensemble des candidats intéressés. La compatibilité de droits exclusifs avec le droit européen, dans le cadre de l'enseignement universitaire, est discutée dans la présente section de l'étude. Celle sur les droits spéciaux est analysée dans la section suivante (« Une dérogation est-elle possible ? »). Sur la distinction entre les deux concepts, voir P. Nihoul et P. Rodford, *EU Electronic Communications Law – Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, Oxford University Press, 2011, pp. 1.154 ss. (1^{ère} édition, 2004). Voir aussi P. Nihoul, *Les télécommunications en Europe : concurrence ou organisation de marché ?*, Presses Universitaires de Louvain, 2004, pp 331 s.

⁶⁰ Cette règle est énoncée au paragraphe 1^{er} de la disposition. Le paragraphe 2, qui est examiné plus loin dans la présente contribution, précise qu'une dérogation peut être obtenue pour autant que celle-ci soit nécessaire à l'exercice, par l'entité concernée, d'une mission qui lui a été confiée par des pouvoirs publics.

⁶¹ CJ, 3 octobre 1985, *SA Centre belge d'études de marché – télémarketing (CBEM) c/ SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) et SA Information publicité Benelux (IPB)*, 311/84, Rec. p.3261 ; CJ, 23 avril 1991, *Höfner et Elser c/ Macrotron*, C-41/90, Rec. p. I-1979 et CJ, 11 décembre 1997, *Job Centre*, C-55/96, Rec. p. I-7119.

⁶² Le traité prévoit que les entreprises jouissant de droits exclusifs sont soumises au droit européen (article 106 TFUE). La mention de ces droits dans cette disposition est interprétée comme l'indication que ces droits ne sont pas interdits comme tels.

⁶³ Il s'agit principalement d'affaires préjudicielles. Dans ces affaires, les demandes sont introduites devant des juridictions nationales. Celles-ci ont alors la possibilité ou l'obligation, selon le cas, de saisir la Cour de justice au moyen d'un renvoi préjudiciel si elles estiment que, pour être jugées, ces demandes requièrent une interprétation du droit européen.

⁶⁴ La plupart des affaires soumises à la Cour de justice et concernant l'application combinée des articles 106 et 102 TFUE lui sont parvenues dans le cadre de renvois préjudiciels où la Cour était interrogée sur la compatibilité, avec le droit européen, de législations nationales conférant un droit exclusif à certaines entités. Pour des arrêts illustrant cette tendance, voy. CJ, 30 avril 1974, *Sacchi*, 155/73, Rec. p.409 et CJ, 3 octobre 1985, *SA Centre belge d'études de marché – télémarketing (CBEM) contre SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) et SA Information publicité Benelux (IPB)*, 311/84, Rec. p. 3261

⁶⁵ CJ, 23 avril 1991, *Höfner et Elser c/ Macrotron*, C-41/90, Rec. p. I-1979 ; CJ, 10 décembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova c/ Siderurgica Gabrielli*, C-179/90, Rec. p. I-5889 ; CJ, 13 décembre 1991, *Régie des télégraphes et des téléphones c/ GB-Inno-BM SA*, C-18/88, Rec. p. I-5941.



des autorités nationales ou se trouvant sous le contrôle de telles autorités. Prenant position sur les performances atteintes par ces entreprises, les juridictions européennes notent que les prix sont excessifs et que la quantité produite (« output ») est insuffisante. Elles remarquent que ces entreprises ont une tendance limitée à l'innovation et que, souvent, elles se contentent d'utiliser des technologies obsolètes. En un mot : la détention de droits exclusifs conduirait les entreprises bénéficiant de droits exclusifs à commettre des abus « d'exploitation ». Elle les conduirait à adopter des comportements menant à des prestations moins intéressantes que celles qui pourraient être obtenues dans un environnement concurrentiel.

Dans un dernier groupe d'arrêts, la Cour de justice validera, sans le dire explicitement, l'idée découlant de cette jurisprudence : dans la plupart des secteurs économiques, l'octroi de droits exclusifs n'est pas compatible, dans la réalité, avec le droit européen. Dans son fondement, et tel qu'il a évolué depuis l'adoption des premiers traités, le droit européen requiert la possibilité, pour les acteurs, de présenter leurs prestations aux destinataires, à charge pour ces derniers de déterminer celles qui leur conviennent⁶⁶.

Un mouvement général

Notons que la jurisprudence ainsi présentée ne constitue pas un phénomène accidentel, isolé ou marginal – bien au contraire. Elle a été appliquée, de manière transversale, avec des variations mineures, dans tous les secteurs antérieurement organisés sous la forme de monopoles nationaux⁶⁷. Par la généralité des termes qui sont utilisés dans les arrêts rendus par les juridictions européennes, elle concerne, virtuellement, tout droit exclusif

accordé à toute entité dans toute activité – pourvu que cette dernière puisse être considérée comme économique dans sa nature indépendamment du statut juridique conféré à cette entité ou du mode choisi pour financer les activités concernées par cette prérogative.

Par ailleurs, la jurisprudence sur les droits exclusifs n'exprime pas seulement la position adoptée par les juridictions européennes. Elle est intervenue dans un contexte où la Commission voulait ouvrir à de nouveaux acteurs des zones ou des secteurs qui avaient été réservés par les autorités nationales pendant plusieurs décennies à une ou plusieurs entités proches des pouvoirs publics. L'espoir était que, dans un environnement comportant plusieurs acteurs, les activités seraient mieux exercées au profit des destinataires. Comme la plupart de ces secteurs comportaient des infrastructures⁶⁸, l'idée était aussi, en améliorant les prestations, de jeter les bases d'une économie plus florissante au bénéfice de tous.

Le mouvement a aussi été porté par les autres institutions européennes – particulièrement le Conseil et le Parlement. Dans la même ligne que cette jurisprudence, ces institutions, qui forment ensemble le pouvoir législatif dans l'Union européenne, ont adopté des directives modifiant fondamentalement l'organisation de secteurs économiques alors organisés sous la forme de monopoles nationaux.

Enfin, la position adoptée par ces diverses institutions ne présente pas un caractère purement technique ou juridique. Elle a donné lieu à des négociations entre la Commission, le Conseil et le Parlement – qui est composé de représentants élus démocratiquement. Elle fait écho à une littérature économique abondante, et guère contes-

⁶⁶ A l'origine, cette attitude a été adoptée dans des affaires concernant les télécommunications. Voir notamment CJ, 19 mars 1991, *France c/ Commission*, C-202/88, Rec. p. I-1223 et CJ, 17 novembre 1992, *Espagne e.a. c/ Commission*, C-271, 281 et 289/90, Rec. p. I-5833. Dans ces arrêts, la Cour refuse de censurer une directive adoptée par la Commission et abolissant les droits exclusifs accordés aux opérateurs nationaux sur les marchés des terminaux (première affaire) et des services (seconde affaire) de télécommunications. Voir aussi RTT-GB-Inno-BM, où la Cour juge qu'est incompatible le droit exclusif conféré par l'autorité belge à la RTT – alors opérateur national de télécommunications – sur la détermination des contraintes techniques auxquelles doivent satisfaire les terminaux en vue d'être connectés aux réseaux. Depuis lors, elle a été appliquée dans d'autres secteurs et a acquis une portée générale. Dans les derniers arrêts, la Cour analyse directement dans quelle mesure une dérogation peut être accordée à l'interdiction frappant les droits exclusifs. Elle indique ainsi que, dans son esprit, la question de la licéité, dans son principe, ne vaut plus la peine d'être posée. Ce qui compte, pour la Cour, c'est la mesure dans laquelle une dérogation peut être accordée de manière à suspendre l'interdiction les frappant en principe.

⁶⁷ Voir not. J.-L. Buena Sierra, « Libéralisation et interventions étatiques : application de l'article 90 du Traité CE », *Competition Policy Newsletter*, 1997, n° 2, pp. 35 s. ; J.-E. de Cockborne, « La libéralisation du marché communautaire de l'électricité : les télécoms montrent-ils la voie? », *Revue de droit des affaires internationales*, 1990, pp. 851 s. ; C.M. Bender, « Effective competition in telecommunications, rail and energy market », *Intereconomics*, 2011, pp. 4-35 ; M.A. Crew & P.R. Kleindorfer, *Competition and Regulation in the Postal and Delivery Sector*, Cheltenham, Edward Elgar publishing, 2008 ; D. Popovic, *Le droit communautaire de la concurrence et les communications électroniques*, Paris, LGDJ, 2009 ; B. Geneste, « La libéralisation du marché de l'électricité », *Revue européenne des affaires*, 1997, pp. 146 s.

⁶⁸ Certaines de ces infrastructures présentent un caractère matériel ou physique. Ce sont, par exemple, celles qui comportent des fils, tuyaux ou des routes : respectivement les télécommunications, le gaz, l'électricité et les transports. D'autres reposent davantage sur un réseau constitué par des personnes – comme dans les services postaux. C'est sans doute dans cette dernière catégorie que relèverait l'enseignement avec son réseau d'enseignants – même si ce réseau requiert, comme les services postaux, des éléments matériels en vue de son fonctionnement.

tée, qui établit que, sauf cas exceptionnel, l'exercice d'une activité en monopole conduit à une efficience moindre. (« Dead weight loss »)⁶⁹. Et elle a pris place dans un vaste mouvement intellectuel visant à analyser les modalités de l'intervention publique dans l'économie.

Dans l'ensemble des marchés concernés par ce mouvement, les droits exclusifs ont été analysés comme des « barrières » empêchant l'« entrée » d'autres acteurs pouvant proposer aux destinataires des prestations tout aussi intéressantes voir peut-être davantage – au bénéfice de tous. Eventuellement justifiés à l'origine, les droits exclusifs conférés par les autorités nationales dans les secteurs concernés ont été perçus comme des « privilèges » assurant une protection à ceux qui en bénéficiaient mais dépourvus d'avantages pour la société. A ce titre, ils devaient être « abolis » – comme le furent, à la Révolution française, les privilèges dont jouissait la noblesse sous l'Ancien régime⁷⁰.

Concurrence et libre prestation des services

Il faut encore examiner le lien unissant le mouvement ainsi présenté à la jurisprudence développée dans le contexte du marché intérieur. Dans la section consacrée à la libre prestation des services, nous avons indiqué que nous reviendrions sur le hiatus existant entre les jurisprudences développées dans les deux contextes. Dans le domaine du marché intérieur, les arrêts écartant la qualification de « service » à propos de l'enseignement supérieur datent des années quatre vingt. Ils précèdent la vague de libéralisation qui a traversé l'Union européenne à partir des années nonante à la suite de la définition du concept « entreprise » comme incluant les activités consistant à vendre des biens ou fournir des « services ».

Ce terme « services » intervient ainsi dans les deux contextes – concurrence et marché intérieur. Comme elle avait été développée ensuite, on s'attendait à ce que la jurisprudence « concurrence » s'aligne sur la première. Un tel alignement aurait maintenu hors concurrence les

activités essentiellement financées par les pouvoirs publics voire même celles financées avec des revenus obtenus dans des activités plus rentables (subvention croisée). Cet alignement n'a pas eu lieu toutefois, et on peut même dire que la cour de justice a pris le contre-pied de sa jurisprudence « service » en écartant tout critère lié au mode financement et au statut juridique dans sa définition des activités à soumettre au mouvement de libéralisation.

Au terme du processus, il reste l'ambiguïté et peut-être la contradiction de trouver, dans une jurisprudence développée par la même juridiction, à propos de règles au contenu fort semblable, des positions diamétralement opposées. La situation sera-t-elle un jour clarifiée ? Nul ne peut prédire la direction que prendrait la Cour. Mais on voit mal comment elle renierait une jurisprudence qui a transformé de manière radicale le paysage économique européen au cours des vingt dernières années. D'autant que l'enseignement supérieur est proche, par ses caractères, des secteurs touchés par le mouvement qu'elle avait initié⁷¹. Et que des pistes existent pour appliquer à ce secteur la jurisprudence « concurrence » sans renier celle développée à propos du marché intérieur.⁷²

Une telle évolution n'apparaîtrait pas révolutionnaire dans le paysage juridique européen. Elle ferait écho aux modifications affectant le secteur, et qui ont été mentionnées au début de la présente étude : les « rankings » rendant possible la comparaison entre les établissements, et l'initiative de « Bologne » facilitant les changements entre et même en cours de cycle.

A cet égard, on doit noter que ces possibilités (comparaison, changement) ne concernent pas seulement les relations avec des universités étrangères : elles produisent aussi leurs effets dans les relations entre universités relevant de la Communauté française en permettant aux étudiants de passer d'un établissement à l'autre entre les cycles ou même à l'intérieur de ces derniers – en se basant, notamment, sur la position occupée par les éta-

⁶⁹ Dans cette littérature économique, on cite, comme raison expliquant ces résultats, l'absence de concurrence. Etant protégées par leur monopole, les entreprises ne sentiraient pas une pression analogue à celle imposée par la concurrence en vue d'améliorer sans cesse leurs prestations à destination des consommateurs. Voir : W.K. Viscusi, J.M. Vernon & J.E. Harrington, *Economics of regulation and antitrust*, third ed., Cambridge, MA : MIT Press, 2000, pp. 75 et s.; E. Combe, *Economie et politique de la concurrence*, 1^{ère} ed., Paris, Dalloz, 2005, pp. 30 et s.; R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 7th ed., New York, Wolters Kluwer Law & Business, 2007, pp. 279 et s.

⁷⁰ Le terme « abolition » a été utilisé dans les premières directives de libéralisation, lesquelles ont été adoptées dans le domaine des télécommunications. Voir la directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication JOCE L 131, 73, Article 2 et la directive 90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications JOCE L 192, 10, Article 2.

⁷¹ Importance du service pour la société, nécessité de le rendre accessible par des tarifs raisonnables et une relative dispersion géographique.

⁷² Comme suggéré plus haut dans le texte, l'enseignement universitaire peut être analysé comme un service fourni par les établissements aux pouvoirs publics en contrepartie du financement qui leur est accordé.



blissements respectifs dans les « rankings » internationaux.

Une dérogation est-elle possible ?

On voit mal comment l'enseignement universitaire pourrait échapper au mouvement qui vient d'être décrit. Des dérogations restent toutefois possibles. En application de l'Article 106(2) TFUE, l'application des règles européennes – notamment celles sur la concurrence – peut être suspendue pour permettre au(x) bénéficiaire(s) d'un exclusif d'accomplir la mission d'intérêt général⁷³ qui leur a été confiée.

Conditions

Cette dérogation est soumise à conditions : en substance, l'autorité doit prouver qu'en conférant un monopole,

- elle cherche à réaliser un objectif d'intérêt général compatible avec le droit européen,
- la réalisation de cet objectif a été confiée de manière spécifique, dans un acte officiel, à l'entité bénéficiant du droit exclusif,
- elle a mis en œuvre des moyens conformes au principe de proportionnalité
- et elle n'a pas entravé la concurrence dans une mesure excessive et donc inacceptable⁷⁴.

Parmi ces conditions, les deux premières suscitent rarement des difficultés. En général, l'autorité parvient à démontrer qu'elle vise une valeur d'intérêt général et que cette mission a été confiée à l'entité bénéficiant du droit exclusif. Dans le cas qui nous occupe, la première condition serait sans doute satisfaite en indiquant que les mesures envisagées dans le projet cherchent à améliorer l'accès à l'enseignement universitaire dans la population. Quant à la deuxième exigence, elle serait remplie en ren-

voyant aux décrets organisant l'enseignement universitaire.

La discussion est souvent complexe pour la troisième condition, qui concerne la proportionnalité. Conformément à la jurisprudence, l'autorité doit alors montrer que, s'agissant du droit exclusif, trois exigences sont remplies. (1) Ce droit doit être utile à la réalisation de l'objectif recherché. (2) Il doit être nécessaire. (3) Il ne peut entraver la concurrence dans une mesure excessive. Parmi ces exigences, celle relative à la nécessité s'avère en général exigeante. Pour la satisfaire, l'autorité doit établir que l'objectif recherché ne peut être atteint autrement et que, parmi l'ensemble des mesures pouvant être envisagées à cet effet, celle qui est proposée par l'autorité entrave la liberté au minimum.

Dans les pages qui suivent, nous analysons les objectifs mentionnés dans la « Note ». Pour chacun, nous examinons, sur la base des informations disponibles, dans quelle mesure les restrictions inhérentes aux propositions formulées dans ce document sont conformes au principe de proportionnalité. Comme nous l'avons indiqué, ces restrictions sont au nombre de trois.

- Restriction 1.- L'enseignement à fournir dans une zone est réservé aux acteurs qui s'y trouvent. Les autres établissements ne peuvent y exercer leurs activités. Ils sont « exclus » de la zone considérée.
- Restriction 2.- Les décisions relatives à l'enseignement sont prises en commun dans les zones. Au sein de celles-ci, la prévalence est donnée aux établissements disposant d'une implantation principale. Les établissements présents dans une zone de façon seulement secondaire ne peuvent y exercer leurs activités librement. Ils sont « soumis » aux décisions prises par les autres établissements.
- Restriction 3.- Dans les zones comportant plusieurs universités à implantation principale, on privilégie les universités les plus grandes. La liberté des établissements plus petits est entravée. Ils ne peuvent exercer

⁷³ Voir : E. Moavero Milanesi, « Les 'services d'intérêt économique général', les entreprises publiques et les privatisations », *R.D.U.E.*, 2000, pp. 117-149 ; J.V. Louis, *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006 ; L. Idot, « L'intérêt général : limite ou pierre angulaire du droit de la concurrence ? », *JDE*, 8/2007, pp. 225-232. Dans la présente section, nous examinons les conditions à satisfaire pour obtenir cette dérogation. Ces conditions sont similaires, en substance, à celles à satisfaire pour obtenir une exemption dans le cadre des dispositions relatives au marché intérieur ou dans le cadre de l'interdiction frappant les réglementations étatiques anticoncurrentielles. Les développements figurant dans la présente section peuvent être appliqués, *mutatis mutandis*, dans ces autres contextes.

⁷⁴ Dans le débat portant sur ces conditions, la charge de la preuve repose sur l'Etat (l'autorité) revendiquant le bénéfice d'une dérogation. Dans ce cadre, on ne peut exiger de l'autorité qu'elle remplisse parfaitement et à tous égards chacune de ces exigences. C'est à elle qu'il appartient toutefois de démontrer, avec une apparence suffisamment forte, que les conditions sont satisfaites. Les autres parties peuvent alors renverser cette apparence en formulant des contre arguments.

leurs activités comme ils l'entendent mais sont « soumis », aux aussi, aux décisions prise par les établissements les plus importants.

Accès à l'université – minerval

La « Note » insiste sur la nécessité de poursuivre la « démocratisation » de l'enseignement universitaire – c'est-à-dire la possibilité, pour les étudiants, de suivre cet enseignement indépendamment de leur localisation et de leur capacité de financement. A l'heure actuelle, cet objectif est atteint, notamment, en facturant à l'étudiant une partie seulement du coût représenté par les études. Les autres dépenses sont financées par les pouvoirs publics.

« Il convient de poursuivre et d'amplifier l'action en faveur de la démocratisation de l'enseignement supérieur, notamment en garantissant un enseignement supérieur de qualité ... à un coût financier relativement modeste à charge des étudiants et de leur famille ». (« Note », p. 2).

Pour examiner la proportionnalité, la question à poser est de savoir si les restrictions que comporterait la mise en œuvre de la « Note »⁷⁵ sont nécessaires ou même simplement utiles pour maintenir à un niveau réduit le droit d'inscription qui est réclamé aux étudiants.

La « Note » suggère que les mesures envisagées permettraient de concentrer la demande sur les universités présentes dans chaque zone sans la diviser entre un nombre plus important d'établissements en permettant la fourniture de services par des universités situées en dehors de la zone.

Mais on peut douter du lien qui ainsi est établi entre l'objectif et les mesures faisant l'objet de la proposition. Le niveau limité des droits d'inscription qui est réclamé aux étudiants en Communauté française résulte d'une décision politique : celle prise par les pouvoirs publics pour réaliser un objectif qui leur est cher – soumettre l'accès à l'université à des conditions qui sont raisonnables et qui demeurent identiques pour tous les citoyens indépendamment de leur localisation et des richesses de chacun.

Les universités ne sont pas responsables de cette décision. Leur tâche consiste à exercer leurs activités – s'agissant de l'enseignement, à fournir aux étudiants des prestations de qualité. Pour financer ces activités, elles peuvent recourir à des méthodes diverses. Une option consiste à facturer aux étudiants le coût des services qui leur sont fournis. Une autre, à recevoir un financement entièrement public (absence de minerval). Entre ces extrêmes, des solutions intermédiaires peuvent être imaginées – en modulant notamment la part réclamée aux étudiants et celle prise en charge par les pouvoirs publics⁷⁶.

Dans la « Note », l'autorité (pouvoirs publics) examine comment des ressources peuvent être dégagées en organisant l'offre (universités) d'une manière qui lui semble plus efficiente. Une telle façon de procéder est-elle conforme au droit européen ? Nous l'avons vu : l'apposition de la qualification « entreprises » sur des entités implique que les marchés où sont actives ces dernières soient soumis au droit de la concurrence. Ce droit requiert que, lorsqu'elles interviennent, les autorités privilégient, dans chaque décision, la mesure la moins entravante – celle qui, au regard de l'ensemble des mesures pouvant être utilisées, perturbera au minimum la liberté des acteurs.

La question est donc : cette politique de « minerval réduit », qui a été voulue par les pouvoirs publics, peut-elle être mise en œuvre par d'autres mesures entravant moins les universités ? Au regard du droit européen, la réponse est patente. Oui, une telle politique peut être maintenue. Non, il n'est pas nécessaire, à cet effet, d'exclure des universités, ou d'en soumettre certaines aux décisions prises par d'autres établissements. L'objectif peut être réalisé en fournissant, de manière systématique, aux universités, la différence entre, d'une part, le minerval payé par l'étudiant au niveau fixé par les pouvoirs publics et, d'autre part, le coût des études résultant des activités exercées par les établissements dans le contexte européen et international où ils évoluent désormais ...⁷⁷

⁷⁵ Selon le cas : « exclusion » ou « soumission » d'établissements. Voir section précédente.

⁷⁶ Ces parts respectives pourraient être fixées dans l'absolu et être identiques pour tous les étudiants (par exemple : financement pour 1/4 par l'étudiant et pour 3/4 par les pouvoirs publics). Elles pourraient aussi varier avec la fortune des uns et des autres. Par ailleurs, le financement peut être versé aux étudiants ou à l'université. Quand il est versé à l'étudiant, il pourrait prendre la forme de dons, ou de prêts – à plus ou moins long terme.

⁷⁷ La difficulté vient sans doute de ce que, dans la Communauté française de Belgique, les ressources publiques ou les choix qui sont effectués au moyen de ces dernières ne permettent pas d'augmenter la contribution au fonctionnement de l'enseignement universitaire. Cela est donné à entendre dans la « Note » aux termes de laquelle il faut chercher à utiliser mieux celles qui sont disponibles plutôt qu'à en obtenir de nouvelles. Notons toutefois que le lien établi dans la « Note » entre « ressources publiques insuffisantes » et « nécessité d'organiser

Proximité géographique

Aux termes de la « Note », les mesures qui s'y trouvent envisagées visent à assurer que l'enseignement universitaire soit accessible sur l'ensemble du territoire. En assurant une telle dissémination, on veut diminuer l'incidence négative que pourrait avoir la distance entre le domicile et l'université sur une éventuelle décision de renoncer à des études universitaires.

« Il faut rappeler que la proximité est un facteur extrêmement important dans l'accès des plus démunis aux études supérieures, notamment en raison des coûts qu'engendre le fait de suivre une formation loin du domicile familial et de l'obstacle psychologique et culturel que cela représente » (« Note », p. 3). Un « fil rouge ... est ... la proximité qui doit permettre à tous les étudiants d'avoir une offre d'enseignement de qualité partout en Fédération Wallonie-Bruxelles d'autre part » (« Note », p. 8).

Etablissements exclus

Pour atteindre cet objectif, la « Note » propose de réserver les zones aux établissements qui s'y trouvent en interdisant la fourniture de services par d'autres établissements. Cette restriction permet-elle de réaliser l'objectif recherché ? Cela n'est pas sûr. Exclure d'une zone certains établissements n'améliore pas par soi-même la dissémination de l'offre universitaire sur le territoire de la Communauté française. Au contraire : s'ils pouvaient exercer leurs activités où bon leur semble, les établissements exclus s'engageraient peut-être dans des parties non desservies, ou non adéquatement desservies, au sein des zones. Ils renforceraient ainsi la disponibilité de l'offre au bénéfice des usagers.

L'exclusion des établissements « hors zone » est-elle par ailleurs nécessaire à une meilleure dissémination ? Imaginons la situation suivante. Dans un pays donné, les universités dépendent, pour l'essentiel, en vue de leur finan-

cement, des fonds versés par l'autorité. Dans ce pays, un programme déterminé n'est pas enseigné au sein d'une zone. Sur la base des éléments ainsi fournis, on peut supposer que les universités non présentes dans une zone seraient attirées par la perspective d'y enseigner ce programme. Il est donc vraisemblable que le problème serait résolu par les établissements agissant de manière spontanée si la dissémination n'était pas entièrement satisfaisante dans certaines parties du territoire⁷⁸.

Situation à l'intérieur des zones

Par ailleurs : la « Note » prévoit que les décisions seraient prises dans les zones, en substance, par les établissements « majeurs »⁷⁹ « principaux »⁸⁰. La priorité donnée à ces établissements est-elle utile ou nécessaire pour assurer une meilleure dissémination de la formation ? A nouveau, on ne peut qu'émettre des doutes. Ces mesures régulent les processus dans lesquels les décisions sont prises au sein des zones. La prévalence accordée à certains établissements dans chaque zone n'améliore pas, en soi, la dissémination de l'offre universitaire dans la Communauté française.

La même réflexion peut être faite pour la situation à l'intérieur des zones. La constitution des zones est présentée comme une étape vers une rationalisation des enseignements. Par là, on veut dire sans doute que des enseignements disparaîtraient lorsqu'ils sont assurés par deux ou plusieurs établissements dans une même zone. La raison en est claire : des économies peuvent être dégagées quand peuvent être rassemblés en un auditoire des étudiants qui suivraient autrement des enseignements distincts.

De telles décisions auraient une incidence sur la dissémination de l'enseignement – mais pas nécessairement dans le sens déclaré utile. En effet : la suppression d'enseignements impliquerait que, à l'intérieur des zones, les jeunes qui étudiaient autrefois dans un établissement si-

l'offre autrement » peut être rencontré, en général, dans tous les secteurs organisés de façon monopolistique. Dans ces secteurs, l'autorité veut assurer l'accès de la population à des services essentiels à des conditions favorables partout sur le territoire. Elle ne peut toutefois financer le coût des services. Pour résoudre la difficulté, un monopole est créé sur un ou plusieurs marchés adjacents permettant de réaliser des bénéfices – ces derniers étant utilisés pour compenser les pertes subies dans la fourniture des services essentiels. En Europe, un terme a été mis à cette approche avec la libéralisation mise en œuvre par les institutions européennes. Dans le nouveau contexte, les activités doivent être facturées sur la base des coûts. Des mesures peuvent être prises lorsque les tarifs sont trop élevés au regard des objectifs fixés par les autorités.

⁷⁸ Si la dissémination n'était pas suffisante à la suite de l'exercice des activités en liberté, l'autorité se trouverait dans une situation où elle a la possibilité d'intervenir. Le type d'intervention qu'elle pourrait alors entreprendre se trouve examiné dans une autre section de la présente contribution, sous le titre « Interventions légitimes ».

⁷⁹ Ces établissements comptent plus d'étudiants que d'autres situés dans la même zone. A ce titre, ils pourraient influencer, aux termes de la « Note », le contenu des décisions prises dans la zone en ce qui concerne la coordination des activités.

⁸⁰ Ces établissements sont principalement implantés dans une zone considérée. Dans la « Note », ces établissements se voient accorder une primauté en ce qui concerne les décisions pour la coordination des enseignements à donner dans la zone.

tué près de leur domicile devraient se déplacer, le cas échéant, vers une autre partie de la ville où se donnerait l'enseignement en plus grand auditoire. La distance entre le domicile et l'université, que l'on voulait pourtant diminuer, se trouverait donc, dans le cas de ces étudiants, augmentée – dans une mesure variant avec la localisation des établissements et le domicile des étudiants.

La « Note » signale que certains établissements pourraient être affaiblis et disparaître si aucune mesure n'était prise dans un contexte marqué par la concurrence. Un tel affaiblissement et/ou une telle disparition pourraient avoir un effet sur la dissémination de l'offre universitaire sur le territoire.

Dans le contexte du droit européen, il n'est pas sûr que des mesures doivent être prises pour résoudre une telle difficulté. En tout cas, il n'est pas certain que les mesures envisagées à cet effet soient les moins entravantes. Supposons en effet que disparaisse un établissement. A la suite de cette disparition, les enseignements qui s'y trouvaient dispensés ne sont plus assurés dans la zone. Dans un contexte marqué par la liberté des acteurs, une zone « vacante » est censée attirer d'autres établissements soucieux de répondre à la demande laissée insatisfaite – particulièrement si les ressources accordées à chaque établissement dépendent du nombre d'étudiants qui s'y trouvent inscrits.

Quid des zones ?

Enfin, il faut souligner le caractère peu prolixe de la « Note » sur les critères utilisés par ses auteurs pour proposer les zones qui s'y trouvent envisagées. La disponibilité géographique de l'offre est pourtant présentée dans ce document comme un objectif essentiel à atteindre dans la réforme proposée.

On a dit l'importance de la dissémination pour éviter une incidence négative de la distance sur la décision de suivre un enseignement universitaire. Mais cette incidence ne semble pas avoir été étudiée. Dans la « Note », on ne trouve pas de référence à une quelconque analyse fondée sur des données statistiques et permettant d'éclairer les motifs pouvant conduire un(e) à renoncer à des études universitaires.

Par ailleurs, la « Note » ne prend pas en compte les

transports – lesquels influencent pourtant de façon considérable la perception de la distance. Pour l'exprimer au moyen d'un exemple : la présence d'une ligne de chemin de fer entre Arlon et Namur et la cadence des trains qui y circulent rendent relativement aisée l'inscription d'étudiants résidant dans la première ville dans une université établie dans la seconde. Dans un tel contexte, il n'est pas impossible à ces étudiants de demeurer chez eux pendant leurs études et de faire la navette pour les cours entre les deux villes. En revanche, la desserte de Liège à partir de la province du Luxembourg est beaucoup moins assurée. Il y a certes une autoroute – comme du reste entre les deux villes précitées. Mais l'usage d'une autoroute implique un investissement dans un véhicule – ce que tous les parents ne peuvent réaliser⁸¹. Dans ces conditions, on ne comprend pas directement pourquoi la province de Luxembourg est rattachée, dans la « Note », à celle de Liège, pour la définition des zones où les enseignements seraient réservés.

Nombre et étendue des zones

La remarque vaut pour le nombre de zones qui se trouvent envisagées et pour l'étendue géographique qu'on propose de leur donner.

En ce qui concerne le nombre de zones : la « Note » indique que plusieurs suggestions ont été formulées. Certains proposaient « trois ou quatre pôles ». D'autres, « de trois à cinq ». D'autres encore, « maximum ... cinq ». Une dernière proposition plaidait pour « un maximum de cinq pôles »⁸². Dans sa version publique, un choix semble avoir été fait, au final, pour une division en cinq pôles. Pourquoi ? Comment ? Les raisons ayant conduit ces auteurs à privilégier cette option – et à écarter les autres – ne sont pas vraiment explicitées.

Les choix réalisés en ce qui concerne l'étendue des zones ne sont pas expliqués davantage. Les différentes zones qui sont distinguées dans le document ne sont pourtant pas identiques, en ce qui concerne leur taille. Considérons la zone qui, aux termes de la « Note », devrait unir les provinces de Liège et du Luxembourg. Pourquoi associer ces deux provinces ? Ont-elles ensemble des traits communs ? Tous les villages situés dans la province de Luxembourg sont-ils plus proches de Liège que de Namur, sur le plan de la distance ? Dans le cas contraire, certains ne devraient-ils pas être intégrés

⁸¹ Rappelons que la dissémination est présentée comme étant importante, particulièrement, pour les familles moins favorisées : pour les jeunes grandissant dans ces familles, suivre l'enseignement universitaire sans dépenser beaucoup apparaît comme une priorité.

⁸² « Note », p. 7. Ces propositions émanaient de différents acteurs : Conseil interrégional de concertation, CGSP enseignement (syndicat), Table Ronde de l'enseignement supérieur.

dans la zone organisée autour de la ville de Namur ?

Autre donnée présentant un caractère géographique : certains établissements – et certaines zones – sont proches d'universités situées en dehors de la Communauté française. Cette donnée est importante si la raison sous-tendant l'approche proposée dans la « Note » est de limiter l'éloignement géographique entre la formation et le domicile. A Mons, on n'est pas loin de Lille et de son université. Une partie du territoire située en province de Luxembourg est proche de la ville de Luxembourg, qui abrite une université nouvelle. Dans la région bruxelloise, on compte des universités flamandes. Et en province de Liège, l'université établie dans cette ville n'est pas loin d'Aix-la-Chapelle, d'Hasselt et de Maastricht – toutes villes où est installée une université⁸³.

Améliorer l'usage des ressources

La « Note » laisse entendre qu'il faut maîtriser les dépenses pour assurer la persistance du système. En groupant les établissements, on rassemblerait des enseignements. Des économies d'échelle seraient ainsi dégagées.

L'approche « doit ... répondre à l'impératif du bon usage des moyens publics » (p. 8).

A cet égard, on doit relever la possibilité existant déjà, pour les universités, dans la réglementation actuelle, de se grouper en Académies. Comme on l'a dit au début de cette étude, ces dernières permettent de mutualiser certaines dépenses et de bénéficier des économies d'échelles qui en découlent⁸⁴.

Pour les auteurs de la « Note », cette possibilité n'a pas produit des résultats probants. Certains établissements ont collaboré. Mais les collaborations n'ont pas été jusqu'aux fusions permettant de dégager les économies d'échelle souhaitables. Par ailleurs, elles ne sont pas fondées sur des critères géographiques et ont donné lieu à des entités « multi-sites » : divisant leurs enseignements sur plusieurs sites géographiques.

Pour les auteurs de la « Note », de telles alliances ne sont

pas rationnelles. Vu l'incidence de la distance, les étudiants suivant un enseignement dans une zone ne pourraient être invités à suivre le même enseignement dans une autre. En contraignant des étudiants à se déplacer, on courrait le risque qu'ils renonceraient à suivre un enseignement universitaire – ce qui affaiblirait le niveau de formation dans la population.

On doit saluer la volonté manifestée par des pouvoirs publics d'organiser les enseignements de manière plus efficiente. Mais on doit aussi examiner si les mesures imaginées à cet effet sont bien conformes au droit européen. La « Note » suggère que l'efficacité viendra d'une décision, prise par les pouvoirs publics, de grouper les établissements situés dans une même zone. Elle donne aussi à entendre que, dans l'esprit de ses auteurs, cette efficacité sera renforcée par l'obligation, imposée aux établissements, de coordonner leurs activités à l'intérieur des zones – cette coordination se déroulant sur la base d'une hiérarchie établie entre les établissements par le pouvoir politique.

Cette proposition semble différente de celle qui a cours en droit européen où les règles de concurrence occupent une place majeure. Ces règles reposent sur l'idée que c'est la liberté qui conduit aux meilleures décisions. Lorsqu'une demande existe de la part de destinataires, cette liberté permet aux prestataires de proposer un nouveau service – quitte à étendre leurs activités sur le plan géographique. De tels développements peuvent se produire dans les endroits où aucun service n'est fourni. Ils peuvent l'être également dans les situations où un service identique est déjà fourni par un établissement. Dans un tel cas, les établissements se trouveront dans une situation de rivalité.

Sans qu'on doive nécessairement être d'accord avec cette proposition, l'existence d'une telle rivalité n'est pas considérée, en droit européen de la concurrence, comme constituant une difficulté. Au contraire : elle est perçue comme une opportunité. La possibilité pour plusieurs acteurs de s'adresser à de mêmes destinataires mène les acteurs, selon les idées sous-jacentes à cette partie du droit, à améliorer leurs prestations – induisant

⁸³ Si la dissémination vise à améliorer le niveau de formation existant dans la population, il faut sans doute prendre en compte les universités enseignant en langue française : Lille, Luxembourg. Les autres universités mentionnées ci-dessus proposent des enseignements dans d'autres langues. Mais ces autres langues peuvent s'avérer un atout pour les jeunes de la Communauté française. Par ailleurs une subvention pourrait être accordée à ces universités pour qu'elles programment des enseignements en langue française, dans les cas où une telle solution s'avérerait plus avantageuse sur le plan financier.

⁸⁴ Il faut nuancer l'ampleur des économies qui peuvent être obtenues dans le domaine de l'enseignement. Ce dernier implique une relation entre le prestataire et le destinataire. On ne peut fournir un enseignement universitaire de qualité à un nombre excessif d'étudiants. L'enseignement universitaire ne peut être réduit à la transmission de connaissances – si non on aurait généralisé l'enseignement à distance. Il vise la formation de jeunes hommes et de jeunes femmes, qui doivent avoir une part active dans ce processus.

ainsi une émulation qui n'est pas toujours agréable pour les prestataires mais produit des résultats bénéfiques pour les destinataires⁸⁵.

Qualité de la formation

La « Note » souligne la nécessité d'améliorer ou en tout cas maintenir la qualité de la formation universitaire. On peut toutefois s'interroger. Par elle-même, l'exclusion d'établissements peut-elle améliorer la qualité de la formation ? A priori, c'est plutôt l'inverse qui semble s'imposer. Dans la logique concurrentielle, les prestations sont rarement améliorées quand une activité est exercée en monopole. Bien au contraire : selon la littérature scientifique, la satisfaction des destinataires est peu souvent au cœur des préoccupations dans les entités monopolistiques.

Dans la logique concurrentielle, c'est la pluralité d'acteurs qui produit les meilleurs résultats dans un contexte de liberté. Cette présence n'a pas besoin d'être réelle, elle peut être potentielle. La simple possibilité qu'un acteur puisse entrer sur un marché peut conduire ceux présents sur ce dernier à améliorer leurs prestations dans l'espoir d'éviter l'installation de ce nouvel opérateur – et menace que constituerait cette installation pour leur part de marché⁸⁶.

Pour être satisfaite, la proportionnalité exige aussi que la mesure proposée entrave moins la concurrence que d'autres moyens pouvant raisonnablement être considérés comme efficaces. Or, un mécanisme est souvent uti-

lisé pour assurer la qualité dans les prestations. Il s'agit d'un mécanisme par lequel l'exigence de qualité est décomposée en objectifs faisant l'objet, alors, d'une normalisation technique (« normes de qualité »)⁸⁷. Ce mécanisme entrave moins la liberté des acteurs dans la mesure où il s'applique à tous de la même manière. On évite ainsi d'introduire des distorsions dans le secteur concerné. Ce mécanisme a fait ses preuves dans de nombreux secteurs, dont certains présentent des traits communs avec l'enseignement universitaire. Ne pourrait-il être utilisé dans le domaine de l'enseignement ?⁸⁸

Résister à la concurrence internationale

La « Note » indique encore qu'il faut grouper les établissements pour renforcer leur visibilité et mieux résister à la concurrence internationale⁸⁹.

Cet argument justifie sans doute l'insistance exprimée dans le document sur l'importance des groupements. Mais elle ne permet pas de comprendre pourquoi les groupements doivent être réalisés par zone – et, à l'intérieur de chaque zone, par la soumission d'une université à une autre. En application du droit de la concurrence, il faut privilégier les mesures moins entravantes. Or, on l'a vu, les mesures envisagées dans la « Note » imposent aux acteurs des restrictions significatives.

Peut-on résister autrement à la concurrence internationale ? La réponse s'impose d'emblée, si l'on prend en compte les principes sur lesquels est fondé le droit européen. Oui, cet objectif peut être atteint en octroyant aux

⁸⁵ La réglementation actuelle donne aux établissements la possibilité de se rassembler par zone s'ils ont le sentiment qu'une telle organisation leur permettrait de dégager des économies. De tels rapprochements fondés sur une logique géographique n'ont toutefois pas eu lieu. Pourquoi les choses se produiraient-elles différemment si le rapprochement était imposé par les pouvoirs publics ? On peut sans doute s'attendre à ce qu'apparaissent de nouvelles difficultés susceptibles de mobiliser l'énergie qui, précisément, aurait été investie, autrement, dans la recherche de plus grandes efficacités.

⁸⁶ Il faut évoquer les critères proposés dans la « Note » pour prendre les décisions dans les zones. Dans une réflexion axée vers la qualité, on préférerait qu'une priorité soit accordée aux acteurs démontrant qu'ils atteignent une plus grande qualité – quels que soient ces établissements. Ayant reçu une forme de prévalence, ils pourraient alors étendre aux autres établissements les méthodes qu'ils utilisent. Les critères présentés dans la « Note » sont sans lien, toutefois, avec une quelconque exigence de qualité. Selon la « Note », on donnerait la priorité aux établissements ayant dans la zone leur implantation principale. Puis, parmi ces derniers, à celui qui compte le plus d'étudiants.

⁸⁷ En matière d'enseignement, on pourrait imaginer des normes concernant, par exemple, le niveau de satisfaction des étudiants ; le type de syllabus mis à disposition ; le nombre maximum d'étudiants par auditoire ; le nombre d'exercices pratiques etc.

⁸⁸ A l'appui de la « Note », on pourrait toutefois indiquer que les mesures qui s'y trouvent proposées visent à mieux coordonner l'enseignement – ce qui permettrait de dégager des moyens pouvant être investis dans la recherche d'une plus grande qualité. A cet égard, il faut reconnaître que les moyens disponibles ont une incidence sur la qualité qui peut être atteinte dans les prestations. Le lien avec les mesures est toutefois indirect : on veut améliorer l'usage des ressources, pour améliorer la qualité. On renvoie donc, sur ce point, à l'objectif consistant à « Améliorer l'usage des ressources ».

⁸⁹ On remarquera que, en soulevant cet argument, la « Note » reconnaît l'existence d'une certaine concurrence, dans l'enseignement universitaire, au niveau européen, et au niveau mondial. L'existence d'une telle concurrence est parfaitement compatible avec les indications fournies plus haut dans la présente contribution à propos de la qualification « entreprise » devant vraisemblablement être reconnue aux universités. A ce propos, nous avons indiqué que deux activités seulement échappaient aux règles européennes de la concurrence : celle impliquant l'usage de la contrainte publique et les assurances sociales de base. A propos de ces dernières activités, la Cour a relevé, dans plusieurs arrêts, que l'existence d'une certaine concurrence dans le secteur considéré doit conduire à considérer que des entités constituent des entreprises. Cette jurisprudence a été développée à propos de régime d'assurances que les prestataires présentaient – sans succès – comme étant « sociales » dans le but d'échapper au droit de la concurrence.

universités des ressources plus abondantes qui leur permettront de rivaliser avec celles établies dans d'autres territoires où les ressources sont peut-être plus abondantes. Ou en leur permettant de facturer aux destinataires, comme dans d'autres pays, un minerval correspondant d'avantage au coût des services qui leur sont fournis.

On peut aussi envisager la constitution d'établissements majeurs en dehors de telles mesures. Comme dans la « Note », la formation d'entités plus importantes est conçue, en droit européen, comme un atout. Les raisons qui s'y trouvent invoquées pour justifier cette position ne sont pas différentes de celles exprimées dans la « Note ». Dans les deux cas, on estime qu'une plus grande taille permet d'organiser les activités de manière plus rationnelle.

Les deux approches diffèrent toutefois sur la méthode à utiliser en vue de permettre à la réalisation de ces plus grandes entités. Dans la « Note », on prévoit d'y parvenir par l'intermédiaire d'une intervention publique : délimitation de zones exclusives, établissement d'une hiérarchie entre les établissements sur la base de leur taille ou du caractère principal/complémentaire de leur implantation.

Pour les acteurs, la méthode envisagée par le droit européen est moins entravante. Elle consiste à laisser les prestataires fournir leurs services, et à permettre aux destinataires de choisir les établissements dont ils souhaitent suivre les enseignements.

Doit-on marquer son accord, ou son désaccord, sur cette différence d'approche, et en particulier sur elle qui est suivie au niveau européen ? Ce n'est pas la question traitée dans le présent article. Les idées inspirant l'Union européenne ont donné lieu à des règles figurant dans des traités ou des instruments adoptés par des institutions organisées également dans le cadre de ces traités. Ces règles et donc cette approche s'imposent aux choix à réaliser par les autorités établies dans les Etats membres.

Protéger certains acteurs

La « Note » laisse entendre qu'il faut protéger certains acteurs qui, à défaut, seraient affaiblis, voire menacés dans leur existence. Par là, elle renvoie sans doute aux effets pouvant être produits par la concurrence interna-

tionale. A la suite de cette forme de concurrence, les établissements les moins visibles pourraient être amenés à disparaître. Il se peut que la « Note » renvoie aussi à la concurrence existant en Communauté française, où les financements sont accordés en fonction du nombre d'étudiants.

« [S]ans un cadre global pour toute la Fédération Wallonie-Bruxelles, le risque d'isolement, de marginalisation ou de disparition pour certaines institutions et réel »⁹⁰. L'approche « doit s'inscrire ... dans la volonté d'atteindre ... une taille critique par rapport à l'échelon international »⁹¹.

D'emblée, on doit souligner que, de manière paradoxale, l'affaiblissement et la disparition d'établissements – phénomènes que souhaitent éviter les auteurs de la « Note » – pourrait servir les objectifs à poursuivre aux termes de ce document. Un tel processus pourrait en effet conduire à un regroupement des entités – les établissements moins résistants cherchant leur salut dans la collaboration et éventuellement la concentration avec ceux qui le sont davantage. Ces regroupements n'entraîneraient pas nécessairement une moins grande diffusion de la formation universitaire. Les universités restantes seraient sans doute amenées à investir dans les zones antérieurement desservies par celles se sentant affaiblies ou en voie de disparition. Les actifs des dernières pourraient même être utilisés par les premières – ce qui pourrait constituer une source d'efficience.

Maintenir la diversité

La « Note » indique que l'affaiblissement et, plus encore, la disparition d'établissements porteraient atteinte à la « diversité » qui caractérise notre paysage universitaire.

Il faut toutefois noter que la « diversité » ainsi invoquée n'est guère définie. A-t-elle une nature politique ou philosophique ? Les auteurs de la « Note » craignent-ils qu'une sensibilité particulière soit mise à mal à la suite de la concurrence que pourraient se livrer les établissements ? Si tel est le cas, on peut se demander dans quelle mesure un certain soutien à ces sensibilités menacées ne peut être apporté par des voies entravant moins la liberté des acteurs. Par exemple : faisant usage de son pouvoir régulateur, l'autorité pourrait imposer aux établissements l'obligation de consacrer des séances particulières, dans l'enseignement, à ces sensibilités, qui se-

⁹⁰ « Note », p. 2

⁹¹ « Note », p. 8.

raient autrement sous représentées. Elle pourrait exiger que les enseignants suivent des formations assurant qu'ils comprennent les différentes sensibilités dont il s'agit de protéger l'existence. Et, à nouveau, elle pourrait subventionner des activités donnant plus de relief aux sensibilités considérées dans les zones où elle estime que ces dernières ne sont pas assez représentées.

Il faut aussi relever que les mesures prévues dans la « Note » affecteront, par elles-mêmes, cette « diversité » qu'il s'agirait de protéger. Ainsi : empêcher un établissement de fournir des enseignements dans une autre zone a pour effet de rendre impossible la présence de cette sensibilité au sein de cette dernière zone. De la même manière : soumettre les enseignements fournis par un établissement « secondaire » aux décisions prises par les établissements « principaux » dans une autre conduit nécessairement à affaiblir la présence, dans la zone, de la sensibilité dont peut être porteur le premier établissement. Et encore : soumettre les décisions dans les zones aux décisions prises par les universités « principales » ne peut que conduire à un affaiblissement de la sensibilité portée par les établissements « les plus petits » au sein de la zone concernée.

De façon générale, cet affaiblissement et cette disparition présentés comme des dangers se trouvent au cœur du projet défendu dans la « Note ». Aux termes de celle-ci, les établissements seront intégrés dans l'entité chapeautant chaque zone. Une coordination devra avoir lieu entre eux. Des rationalisations seront recherchées. Les activités seront gérées ensemble – dans un contexte accordant la prévalence aux établissements « majeurs » « principaux ». Il en résultera inévitablement un affaiblissement et, à terme, une disparition, pour les entités ne jouissant pas de ce double statut.

Peut-on éliminer la concurrence ?

Aux termes de la « Note », il faut supprimer la concurrence qui oppose les universités. Cette concurrence, en effet, est « stérile » et « nuisible ». Il faut se diriger résolument vers un modèle encore plus coopératif.

« [A]u bénéfice de tous les étudiants, il s'agit ... de continuer à réduire les concurrences entre établissements d'enseignement supérieur qui poursuivent les mêmes objectifs d'intérêt général pour toute la Fédération Wallonie-Bruxelles et poursuivre la transition d'un modèle compétitif vers un modèle collaboratif » (« Note », p. 3). « Dans ce cadre, le Gouvernement veillera au respect des lignes directrices suivantes : Ces mouvements ne renforcent pas la concurrence entre établissements ... » (« Note », p. 3). « Les partenaires de la Table-Ronde ... veulent

Améliorer l'offre ... tout en réduisant la concurrence entre institutions ... » (« Note », p. 5). « C'est en réduisant strictement les concurrences stériles et en renforçant les synergies ... que ces défis majeurs pourront être relevés » (« Note », pp. 8-9). « Le modèle proposé ... a pour but ... de favoriser les collaborations entre établissements, et de réduire les situations de concurrence résultant, entre autres, du système actuel de financement et d'habilitations » (p. 9). « [E]n aucun cas, cette habilitation ne pourra être concurrentielle par rapport à des formations déjà existantes au sein du pôle » (« Note », p. 13).

Comme il ressort de ces citations, l'élimination de la concurrence constitue l'objectif le plus souvent nommé dans la « Note ». On peut en déduire que, parmi l'ensemble des objectifs qui sont poursuivis, il revêt une importance singulière.

Dans ce contexte, les mesures proposées dans la Note prennent tout leur relief. On veut supprimer toute concurrence. Cet objectif est atteint, entre les établissements situés dans des zones différentes, en interdisant la fourniture de services par les établissements situés dans une autre zone. Il est réalisé, entre les universités établies dans une même zone, au moyen des deux mécanismes concernant la prise de décision dans les zones. Lorsqu'une université est présente de manière secondaire, on donne la priorité à l'établissement ayant dans la zone une implantation principale. Si deux universités bénéficient d'une telle implantation, on donne la préférence à l'université la plus grande (comptant le plus grand nombre d'étudiants).

Remarquons que ces mesures vont plus loin que la suppression de la concurrence. Elles structurent les activités autour des universités principales. Les mesures ne se contentent donc pas d'éliminer toute possibilité d'un choix entre des établissements. Elles déterminent aussi l'établissement qui déterminera le type d'enseignement à dispenser. Ce faisant, elles accordent un avantage particulier aux établissements universitaires concernés.

« [On établirait] cinq entités décentralisées autonomes ... regroupant les établissements d'enseignement supérieur établis dans leur zone géographique ... Dans chacune de ces cinq zones géographiques, le pôle de référence sera déterminé autour de l'unique université de la zone ou de l'université la plus importante de celle-ci (celle qui y compte le plus grand nombre d'étudiants) ». (« Note », pp. 11-12).

Le modèle proposé par l'Union européenne

La discussion sur les objectifs indique que l'enseignement universitaire présente des traits similaires à ceux caractérisant d'autres secteurs ayant subi une profonde transformation au cours des vingt dernières années⁹².

- Il s'agit d'un service considéré comme étant essentiel pour la collectivité.
- Comme il est essentiel, on veut qu'il soit disponible sur l'ensemble du territoire.
- Pour la même raison, on veut qu'il soit accessible à tous – même aux citoyens moins favorisés⁹³.

Dans ces secteurs, des règles ont été adoptées par les institutions européennes. Avec l'éclairage fourni par la Commission européenne dans plusieurs analyses⁹⁴, ces règles fournissent un cadre à l'intérieur duquel les autorités nationales sont autorisées à intervenir. Ces interventions par les autorités nationales sont toutefois réglementées de manière stricte.

Quand intervenir

Avant d'agir sur un marché soumis à ces règles, elles doivent examiner si une intervention de leur part serait justifiée ou si, au regard du contexte, aucune intervention n'est autorisée. Dans le discernement qu'elles doivent effectuer sur ce point, les autorités doivent raisonner de la manière suivante.

- (1) Elles doivent établir – et annoncer – les objectifs qu'elles souhaitent voir atteints dans le secteur considéré. Dans le choix des objectifs à réaliser, elle dispose d'une marge significative d'appréciation. Bien

sûr, ces objectifs doivent être compatibles avec des valeurs protégées dans l'Union européenne.

- (2) Vient ensuite une phase d'abstention. Durant cette phase, les autorités doivent laisser les acteurs exercer leurs activités librement – étant entendu que les acteurs restent soumis aux règles concernant les comportements.
- (3) Au terme du processus, les autorités peuvent examiner les résultats auxquels a conduit l'exercice des activités en liberté. Elles peuvent comparer ces résultats avec les objectifs qu'elles avaient annoncés.

C'est sur la base de cette comparaison que peut être prise la décision d'intervenir. Supposons que la comparaison montre l'existence d'un hiatus entre les résultats et les objectifs. Imaginons aussi que ce hiatus ne puisse être réduit voire éliminé par les acteurs agissant de manière spontanée. Une intervention peut alors être justifiée. Elle devra être effectuée si les objectifs guidant l'action de l'autorité nationale ont été fixés au niveau européen. Si ces objectifs sont déterminés par elle agissant de sa propre initiative, l'autorité nationale aura alors la possibilité de déterminer dans quelle mesure elle estime qu'elle doit intervenir.

Comment intervenir

Lorsqu'une décision est prise en ce sens, il faut encore déterminer les modalités que prendra l'intervention. Aux termes du droit européen, le choix réalisé entre les mesures pouvant être envisagées doit être guidé par deux principes.

- (4) Il faut choisir l'intervention qui entrave au minimum la liberté des échanges et celle des acteurs⁹⁵. On retrouve ainsi le principe de proportionnalité, particuliè-

⁹² Dans des circonstances guère différentes, particulièrement l'internationalisation des activités.

⁹³ Dans certains Etats, l'autorité ne veut pas seulement que les conditions pour l'accès au service soient raisonnables : elle souhaite aussi que ces conditions soient identiques pour tous. Cette position est fondée sur l'idée (politique) que les citoyens sont égaux devant la loi. Etant égaux, ils doivent accéder aux services publics dans les mêmes conditions.

⁹⁴ Dernièrement : Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'Etat aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, JO C 8, p. 4. Auparavant : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général: un nouvel engagement européen » {com(2007) 724 final}, Bruxelles, le 20.11.2007, disponible sur http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/social_protection/l23013c_fr.htm. Voyez aussi, antérieurement, Communication de la Commission, "Les services d'intérêt général en Europe" (JO C 17 du 19.1.2001) et Communication de la Commission, « Les services d'intérêt général en Europe" (JO C 281 du 26.9.1996). Un Livre blanc consacré au sujet (COM(2004) 374 du 12.5.2004) et un Livre Vert ont été consacrés au sujet (COM(2003) 270 du 21.5.2003). Dans la doctrine, voy. not. J.L. Buendia Sierra (1996), Services d'intérêt général et politique communautaire de concurrence, *Competition Policy Newsletter*, n° 3, pp. 14 s. ; C. Durand, Service public européen et politique industrielle, ou la promotion de l'intérêt général et du service aux citoyens, *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1996, pp. 211 s.

⁹⁵ Cette règle ne doit pas être respectée seulement en ce qui concerne l'intervention dans son principe. Par exemple, l'autorité ne peut décider que l'ensemble d'un service devra être fourni dans des conditions dérogatoires à la concurrence parce qu'elle observe, dans des segments de

rement le test de nécessité, qui a été examiné longuement dans la section précédente.

- (5) La modalité choisie pour l'intervention doit être conforme à des règles occupant une place fondamentale dans l'ordre juridique européen. *La transparence* : l'autorité doit expliquer ce qu'elle souhaite obtenir et comment elle compte parvenir au résultat escompté. *L'objectivité* : les mesures doivent permettre la réalisation des objectifs recherchés. *L'égalité* : les acteurs doivent être traités d'une manière identique sans que l'un ou l'autre puisse être privilégié.

L'interdiction frappant les droits spéciaux

A ce stade, nous avons principalement examiné les droits exclusifs – qui entraînent l'exclusion d'établissements dans les zones où ces derniers ne sont pas situés. Le droit européen interdit toutefois une autre forme de phénomène juridique : les « droits spéciaux ». Aux termes de la jurisprudence et de la législation, ce concept désigne des prérogatives accordées à certains acteurs par des règles adoptées par des pouvoirs nationaux d'une manière enfreignant un principe européen fondamental : l'objectivité, l'égalité, la proportionnalité, la transparence.

Etablissements disposant d'une implantation principale

Dans la « Note », on prévoit que, dans les zones, une forme de prépondérance serait accordée aux établissements qui sont implantés de manière principale. Les décisions prises par ces établissements s'imposeraient aux établissements principalement établis dans une autre zone.

La primauté ainsi accordée à certains établissements peut être considérée comme un avantage. Etant octroyé par une règle, cet avantage présente un caractère réglementaire. Est-il fondé sur une base objective ? En droit européen, l'« objectivité » s'apprécie au regard des « objectifs » assignés aux politiques. Dans l'enseignement universitaire, on veut assurer, principalement, la dissémination géographique, des tarifs peu élevés et une certaine qualité. Ces objectifs sont-ils servis en préférant les établissements établis principalement dans une zone ?

Ici encore, il faut sans doute répondre par la négative. L'implantation principale d'une université dit peu sur la qualité des services qu'elle fournit. En elle-même, elle n'améliore guère la dissémination. Au contraire peut-être : on peut imaginer qu'une université implantée dans plusieurs zones fasse bénéficier chaque zone des atouts qu'elle a développés dans les autres. Qu'en est-il enfin des tarifs ? La même remarque s'impose : ce critère semble conduire à privilégier l'université présente dans plusieurs sites. Une telle université dispose sans doute de ressources plus abondantes, en raison de sa taille. Son caractère multi site lui permet sans doute d'utiliser ces ressources au mieux pour fournir un service à de meilleures conditions partout où elle est présente. A tarif constant, elle est sans doute en mesure d'utiliser mieux ses ressources pour fournir de meilleures prestations au prix fixé.

Etablissements disposant d'un plus grand nombre d'étudiants

La « Note » propose aussi d'accorder une forme de primauté aux établissements comptant plus d'étudiants dans les coordinations entre les universités présentes de manière principale dans une zone. Pour justifier cette mesure, il n'est pas impossible de recourir aux arguments introduits ci-dessus à propos des tarifs et de la qualité. On pourrait supposer qu'une université plus grande développe des procédures permettant d'atteindre une qualité supérieure et de dégager des économies pouvant être affectées aux services fournis aux étudiants.

Toutefois, l'usage de ces critères ne permet pas, apparemment, de satisfaire l'exigence de proportionnalité. Comme indiqué, celle-ci requiert qu'on privilégie les mesures moins entravantes. Existe-t-il une telle mesure pour renforcer la qualité et faire baisser les tarifs ? Assurément – et cette mesure est connue du droit européen. Aux termes de la jurisprudence, elle consiste à laisser les acteurs libres d'exercer leurs activités. Selon l'analyse généralement acceptée en droit européen, un tel contexte devrait conduire à une baisse des tarifs et une amélioration de la qualité. Des mesures pourraient être prises si ce résultat n'était pas observé. On pourrait même élaborer des normes de qualité, ou imposer des prix plafond (« price caps ») – en acceptant les conséquences découlant d'une telle mesure pour le financement des universités et la capacité de ces dernières à

ce service, que certaines parties ne sont pas fournies spontanément par les acteurs. En application du droit européen, il faut laisser à ceux-ci une liberté maximale en ce qui concerne l'organisation des activités. L'intervention est seulement justifiée dans les « items » qui sont fournis d'une manière ne permettant pas la réalisation des objectifs. Cela implique la décomposition de chaque service en « items », ou unités élémentaires, pour procéder à l'évaluation

assurer une formation satisfaisante dans un environnement où les exigences sont sans cesse renforcées en raison de la concurrence européenne et internationale.

L'interdiction, pour des entreprises, de coordonner leurs comportements

Dans le cadre du droit de la concurrence, nous avons examiné, jusqu'à présent, les règles relatives aux droits exclusifs et celles concernant les droits spéciaux. Comme la « Note » entend répartir des territoires, on doit aussi songer, pour compléter l'étude, aux partages de marchés parfois réalisés par des entreprises. Ce type de comportement est soumis à l'Article 101 TFUE qui interdit les ententes affectant la concurrence – ou ayant pour objet de l'affecter – sur le marché intérieur⁹⁶.

Accord entre entreprises ?

Supposons que des entreprises – actives par exemple dans le secteur chimique – répartissent entre elles des territoires. Au terme de la répartition ainsi effectuée, chaque participant est protégé contre la concurrence que lui livreraient autrement les autres. En droit de la concurrence, l'accord comportant une telle répartition serait analysé comme une entente horizontale – c'est-à-dire conclue entre des entités se trouvant au même niveau de la chaîne économique. Par ailleurs, on considérerait que cette entente comporte une restriction caractérisée – le partage de marché étant analysé, avec les accords visant à augmenter les prix ou à baisser les quantités, comme l'une des infractions les plus graves en droit de la concurrence. De cette double qualification résulterait une conséquence inéluctable : le comportement serait interdit et une amende – lourde⁹⁷ – serait infligée aux contrevenants⁹⁸.

Dans le cas qui nous occupe, on ne peut pas dire qu'un accord, à proprement parler, ait été conclu par les universités. Tout au plus ces dernières se sont-elles engagées dans des discussions ou des négociations dont

certaines ont eu lieu à l'initiative des pouvoirs publics. De façon générale, les universités relevant de la Communauté française sont rassemblées, au niveau de leurs recteurs, en un organe permettant à ces derniers d'échanger des idées, d'adopter des positions communes, de formuler des propositions ou des recommandations ayant réuni entre eux un consensus ou simplement une majorité⁹⁹.

En soi, l'existence d'un tel organe n'est pas considérée comme une infraction au droit de la concurrence. Dans ses missions, le CRef peut être comparé à une association réunissant les entreprises actives dans un secteur. De telles associations sont fréquentes dans le monde des entreprises. A ces associations, les membres confient en général la mission de défendre leurs intérêts collectifs dans les relations avec les pouvoirs publics. Dans le cadre de leur association, ils ont aussi la possibilité d'échanger des informations et de nouer des relations personnelles.

Discussions, négociations

Le fonctionnement de ces associations sectorielles ne peut toutefois conduire à la commission d'infractions. En droit de la concurrence, une frontière est dressée entre, d'une part, la participation aux activités générales organisées dans le cadre de ces associations et, d'autre part, l'adoption de comportements qui peuvent avoir pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence.

Jusque dans les années nonante, la participation à des discussions n'était pas considérée, en soi, comme une infraction. On pouvait y voir un indice tendant à montrer qu'un accord avait peut-être été conclu. L'existence d'un tel indice ne suffisait pas toutefois à entraîner l'application de l'interdiction et l'imposition d'une sanction. Pour parvenir à ce résultat, il fallait chercher d'autres éléments pouvant constituer ensemble un faisceau établissant la commission d'une infraction. On était particulièrement sensible, dans ce cadre, au type d'informations échangées : concernent-elles les prix qui seraient facturés aux

⁹⁶ « Tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à ... (c) répartir les marchés ... ».

⁹⁷ Pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel réalisé par chaque participant. Sur le calcul des amendes en droit de la concurrence, voir : Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n°1/2003, *J.O.*, C 210 du 1^{er} septembre 2006. Voir également : F. Puel, « Droit européen de la concurrence : « La 'nouvelle' politique de la Commission pour la fixation des amendes », *J.T.D.E.*, 2007, pp. 161-165.

⁹⁸ Sur la notion d'entente, notamment d'entente horizontale, et sur la notion de restriction caractérisée, voir : D.G. Goyder, *EC Competition Law*, third ed., Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 157 et s. ; M. Furse, *Competition Law of the EC and UK*, Fifth ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 153 et s. ; A. Capobianco, « Collusion, Agreements and Concerted Practices : An Economic and Legal Perspective », in *EC Competition Law – A critical assessment*, Oxford, Hart Publishing, 2007, pp. 25 et s.

⁹⁹ Cet organe s'appelle le « Conseil des recteurs des universités francophones de Belgique », en abrégé : « CRef ». Voir <http://www.cref.be>.

clients ? Avaient-elles trait aux quantités que les entreprises se proposaient de produire ? Ou pouvaient-elles concerner les territoires sur lesquels elles seraient actives ?

Cette jurisprudence a toutefois évolué. Aujourd'hui on considère qu'en elle-même, la participation à des discussions pouvant avoir pour objet ou pour effet une restriction à la concurrence peut suffire pour appliquer, dans toute sa sévérité, l'interdiction frappant les accords anticoncurrentiels¹⁰⁰.

Cette jurisprudence est importante dans le cas qui nous occupe. Nous avons vu qu'en application des critères retenus par la Cour, toute entité exerçant une activité économique doit être considérée comme une entreprise indépendamment de son statut ou du mode de financement. Nous en avons déduit que, fournissant un service au sens commun du terme, les universités semblent bien être visées par cette définition. Sur cette base, nous avons conclu que, pour l'application du droit européen de la concurrence, les universités doivent être traitées comme des entreprises.

Il s'ensuit qu'elles sont tenues, comme toutes les autres entités qui sont ainsi qualifiées, de respecter les règles de concurrence. En cette qualité, les universités ne peuvent s'engager dans des discussions pouvant entraîner ou concerner une restriction concurrentielle. Elles courent autrement le risque d'être jugées en infraction avec toutes les conséquences – souvent dramatiques – qui sont attachées à cela par le droit de la concurrence¹⁰¹.

On objectera que les discussions mentionnées ont lieu dans le cadre de procédures organisées par les pouvoirs publics. Toutefois, la présence d'une autorité aux côtés

d'entreprises commettant une infraction n'ôte pas à un comportement son caractère infractieux. Lorsqu'elles sont soumises au droit de la concurrence, toutes les entités qualifiées d' « entreprises » doivent vérifier, par elles-mêmes, la compatibilité de leur comportement¹⁰².

Norme obligatoire

La seule circonstance pouvant exonérer des acteurs économiques est la présence d'une règle adoptée par une autorité et imposant à ces acteurs l'adoption d'un comportement infractieux, sans que ces derniers disposent encore d'une marge de manœuvre leur permettant d'éviter ce comportement¹⁰³. Dans un tel cas, on considère que le comportement ne peut être imputé aux acteurs économiques. La responsabilité en incombe plutôt à l'autorité ayant adopté la norme en question.

A cette autorité, on peut donc appliquer le droit de la concurrence. Cette application est indirecte dans la mesure où les règles relevant de ce droit restent avant tout dirigées contre les entreprises. Mais elle n'en est pas moins réelle. Selon la jurisprudence, une autorité enfreint les règles européennes de la concurrence lorsque, dans le domaine des ententes, elle impose ou favorise la conclusion d'accords restrictifs de la concurrence ou en renforce les effets; ou encore lorsqu'elle renonce à sa propre réglementation étatique, en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique¹⁰⁴.

Cette jurisprudence reste incertaine quant à son application. A ce jour, elle a rarement conduit à écarter l'application d'une réglementation nationale¹⁰⁵. Il reste que cette jurisprudence existe et qu'elle a le mérite d'analyser, sous un angle normatif, l'objet ou l'effet anticoncurrentiel de

¹⁰⁰ Arrêt de la CJ, *T-Mobile Netherlands e.a.*, 4 juin 2009, C-8/08, par. 3. Sur cet arrêt, voir les études suivantes: L. Idot, « Ententes et échanges d'information », *Europe*, 2009, n°323, pp. 33-34 ; M. Debroux, « Chroniques – ententes », *Revue Concurrences*, 2009, n°3, pp. 79-80 ; M.J. Frese, « Tightening the Grip on the Application of Article 81 EC Treaty: The European Court of Justice Guards Its Province », *Legal Issues of Economic Integration*, 2010, pp. 87-104.

¹⁰¹ Cela n'implique pas que les universités se verront appliquer, dans les mois ou les années à venir, une amende qui viendrait déstabiliser leurs opérations. Parfois, les modalités utilisées pour calculer les amendes sont interprétées par les autorités d'une manière permettant de modaliser les sanctions en fonction du secteur et de l'attitude des participants. Par ailleurs, des dérogations sont accordées, dans des circonstances exceptionnelles, à l'application du droit de la concurrence – même si les conditions à satisfaire pour obtenir de telles dérogations sont complexes comme cela sera expliqué dans une section ultérieure au sein de la présente contribution.

¹⁰² Arrêt de la CJ, 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom c. Commission*, C-280/08 P, par. 82. Sur cet arrêt, voir les études suivantes : L. Idot, « Abus de position dominante, secteur régulé et ciseau tarifaire », *Europe*, 2010, n°12, pp. 31-32 ; N. Dunne, « Margin squeeze : From broken regulation to legal uncertainty », *The Cambridge Law Journal*, 2012, pp. 34-37 ; M. Bay et G. De Stefano, « ECJ rules on margin squeeze appeal », *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, pp. 128-130.

¹⁰³ Voir l'arrêt cité à la note précédente, par. 80, et les références qui y sont fournies.

¹⁰⁴ CJ, 1 octobre 1987, *Vlaamse Reishurens c/ Sociale Dienst*, 311/85, Rec. p. 3828 ; CJ, 3 décembre 1987, *BNIC c/ Yves Aubert*, 136/86, Rec. p. 4789 ; CJ, 21 septembre 1988, *Van Eycke c/ Société Anonyme ASPA*, 267/86, Rec. p. 4769 ; CJ, 11 avril 1989, *Abmed Saeed Flugreisen c/ Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs eV*, 66/86, Rec. p. 803.

¹⁰⁵ Cela est dû, sans doute, à deux phénomènes. Tout d'abord, les règles affectent souvent, par nature, la position concurrentielle des uns et des autres. Il n'est pas toujours facile de faire la part entre cet effet « naturel » des règles et l'effet inacceptable qui serait produit par une réglementation étatique anticoncurrentielle. Ensuite, les règles sont rarement adoptées, en démocratie, sans consulter les destinataires. Or,

mesures adoptées par des autorités. On ne peut donc en exclure l'application dans le cas qui nous occupe.

Logiques divergentes

L'examen révèle l'existence d'une divergence entre la logique inspirant la « Note » et celle guidant les interventions européennes. Cette divergence ne concerne pas les objectifs. En Europe comme en Communauté française, on comprend l'importance d'assurer l'accessibilité de services présentant un intérêt particulier pour la collectivité. La divergence a trait, plutôt, aux moyens qui sont envisagés pour réaliser ces objectifs.

Ainsi : les deux approches divergent sur ce qu'il convient de réguler – l'objet de la régulation. Pour les auteurs de la « Note », il appartient aux pouvoirs publics d'organiser le secteur universitaire. Par exemple c'est à elle qu'il revient de décider qui doit s'allier avec qui.¹⁰⁶ Ou de décider qui doit l'emporter sur qui¹⁰⁷. L'orientation est différente en droit européen. Dans ce contexte, c'est plutôt les comportements qu'on cherche à réguler¹⁰⁸.

Par ailleurs : aux termes du droit européen, les choix et les décisions appartiennent aux acteurs – en ce qui concerne les activités économiques. Les destinataires doivent avoir la possibilité de choisir les prestations qui leur conviennent. De leur côté, les prestataires doivent réagir aux défis surgissant dans le contexte où ils exercent leurs activités¹⁰⁹. Appliqué à l'enseignement, cela signifie que les choix doivent être effectués par les étu-

dants et que les universités doivent être libres de déterminer les stratégies qui leur conviennent dans l'exercice de leurs activités.

Cette conception n'est pas celle qui se trouve à la base de la « Note ». Pour les auteurs de ce dernier document, ces choix, et ces décisions, appartiennent, apparemment, dans une mesure substantielle, aux pouvoirs publics. C'est à eux, selon ce document, qu'il appartient, vraisemblablement, de dessiner le paysage universitaire leur paraissant idéal. Ce faisant, c'est à eux qu'il appartient de déterminer l'offre qui sera présentée aux étudiants – ces derniers étant alors amenés à suivre la voie qui leur est indiquée par l'autorité¹¹⁰.

L'Union européenne propose de transformer en concurrence économique la rivalité opposant les acteurs. Dans ce contexte, tous peuvent s'adresser à chacun – les destinataires ayant la possibilité d'arbitrer les prétentions contradictoires. Dans le contexte universitaire, cette concurrence se joue, par exemple, dans le type de programme qui est proposé, le projet pédagogique qui est mis en œuvre, l'accueil qui est réservé aux étudiants.

Pour les auteurs de la « Note », il faut éviter que cette rivalité puisse jouer un rôle dans l'exercice des activités. Elle doit être gérée antérieurement, au cours du processus politique. De ce processus doivent sortir des normes permettant d'éviter la concurrence. Aux termes de la « Note », il faut empêcher les établissements situés hors zone d'y fournir leurs services. Alternativement, ce processus peut conduire à l'adoption de normes rendant la

il n'est pas aisé de distinguer une consultation démocratique et une coordination dont le résultat est consacré par une norme. Ainsi : la consultation des universités dans le cadre d'une Table-Ronde n'est-elle pas un préalable utile avant d'adopter des règles ayant une incidence sur ces acteurs ? Après tout, ce sont les universités qui connaissent le mieux le contexte dans lequel elles exercent leurs activités. Les consulter avant d'adopter une mesure les concernant semble relever de la bonne gouvernance – un objectif recommandé par l'Union européenne.

¹⁰⁶ La Note propose de diviser le territoire en zones où l'enseignement devrait être coordonné entre les établissements s'y trouvant. Les établissements situés en dehors d'une zone ne pourraient y exercer des activités. Ils auraient la possibilité de fusionner avec un établissement de la zone. Mais cette possibilité resterait théorique. Une telle fusion entraînerait un changement dans le statut de l'établissement situé dans la zone. S'il y disposait d'une implantation principale, l'établissement deviendrait « secondaire ». A ce titre, il serait soumis aux décisions prises dans la zone par l'établissement principal.

¹⁰⁷ La Note prévoit que, dans les zones, les positions adoptées par les établissements « majeurs » « principaux » l'emporteraient.

¹⁰⁸ Cette approche « comportementale » est dictée par les contraintes entourant l'intégration européenne. Celle-ci implique la création d'un ensemble nouveau dépassant les frontières. Pour atteindre cet objectif, une voie pourrait être, en ce qui concerne les universités, la définition d'une politique universitaire, au niveau européen avec octroi, par l'autorité européenne, aux universités, des subventions nécessaires pour les financer. Cette voie est toutefois impraticable en raison de l'opposition manifestée par plusieurs Etats membres à toute idée d'intégration fédérale ou quasi fédérale. Il faut alors songer à une autre voie, qui consiste à faire réaliser l'Europe par les acteurs : en permettant à ces derniers d'exercer librement leurs activités où bon leur semble. L'usage de cette voie implique que soient mises de côté les organisations et les règles qui ont été élaborées au niveau national ou régional dans la mesure où elles sont de nature à empêcher, fût-ce virtuellement, le libre exercice des activités.

¹⁰⁹ Par exemple : c'est aux prestataires qu'il appartient d'imaginer des manières de baisser les tarifs si ces derniers sont trop élevés au regard de ceux que facturent les autres établissements.

¹¹⁰ Les étudiants conservent une certaine marge de choix dans le modèle proposé par la Note. Par exemple : un étudiant résidant dans la région namuroise pourrait suivre un enseignement universitaire à Bruxelles. Ce choix serait toutefois encadré de manière assez stricte. La plupart des étudiants choisissent en effet une université proche de leur domicile. Dans ce contexte, la détermination géographique de l'offre par les pouvoirs publics apparaît comme une limitation imposée aux choix dont peuvent disposer les étudiants.

concurrence ineffective : selon ce qui est prévu dans « Note », les activités doivent faire l'objet d'une coordination entre les établissements situés à l'intérieur d'une même zone. A cet effet, un pouvoir particulier est assigné » à chacun dans le cadre des négociations – un pouvoir qui, en l'espèce, dépend du caractère principal ou non de l'implantation, et/ou du nombre d'étudiants inscrits dans les établissements concernés.

Dans ce contexte dessiné par la « Note », la position de chacun est déterminée par l'attitude adoptée par le pouvoir politique. Ce n'est pas l'enseignement lui-même (ses modalités, sa qualité) qui sert de base à l'arbitrage dé partageant les rivaux. Au contraire : c'est la capacité respective des rivaux à influencer en sa faveur le processus débouchant sur l'adoption des normes qui détermine la situation dans laquelle chacun se trouvera à l'avenir.

La différence n'est pas moindre. Dans un cas, la décision appartient à l'acteur emportant l'adhésion du plus grand nombre de destinataires – dans le cas présent, les étudiants¹¹¹. Dans l'autre, elle revient à l'entité parvenant à convaincre¹¹² la force politique la plus étendue.

Conclusion

En Europe, l'enseignement universitaire se trouve aujourd'hui à la croisée des chemins. Il a changé avec la possibilité accrue conférée aux étudiants par les autorités publiques de changer d'établissement s'ils considèrent qu'il est plus approprié, pour eux, de mener leurs études ailleurs. Cette possibilité leur permet de se mouvoir au sein de l'Union et, plus généralement, de choisir plus librement leur prestataire de services – dans les différents Etats membres mais aussi sur le territoire national. Cette liberté de choix a été accentuée par l'initiative prise, cette fois, par des opérateurs privés, de comparer les performances des universités – une telle comparaison permettant aux destinataires de services de choisir l'établissement qui leur semble le meilleur au regard de leurs propres possibilités.

Ce changement affectant l'enseignement universitaire donne lieu à des réponses variées en fonction des Etats ou des collectivités politiques. Dans la Communauté française de Belgique, il est envisagé, en réaction à cette

transformation, de renforcer les établissements en limitant la liberté des universités et en établissant entre elles une forme de hiérarchie qui permettrait d'éviter la concurrence qui, autrement, s'en trouverait renforcée.

Les initiatives en ce sens peuvent être appréciées à partir d'une diversité de perspectives. Ainsi : on peut discuter du bien fondé politique de ces idées. On peut aussi se demander quelle serait la position de chaque université dans le nouveau paysage – et voir si la réforme envisagée avantagerait les uns ou les autres. Dans la présente étude, nous avons adopté une perspective différente – exclusivement fondée sur une discussion juridique.

Car on a parfois tendance à l'oublier : la signature des traités européens a changé nos règles. En signant les traités européens qui se sont succédés au fil des cinquante dernières années, les autorités politiques, dans les Etats membres, se sont engagées dans une voie où elles ne disposent plus des pouvoirs qu'elles avaient antérieurement, où elles ne peuvent choisir librement les objectifs qu'elles veulent mettre en œuvre et où elles sont guidées par les règles européennes dans le choix des moyens à mettre en œuvre.

Ce mouvement conduisant à une intégration européenne s'est manifesté, notamment, dans le projet consistant à réaliser le marché intérieur. Il s'est renforcé avec l'ouverture, à d'autres acteurs, de secteurs organisés autrefois sous la forme de monopoles publics nationaux.

Dans le contexte européen, il ne serait pas légitime, à notre sens, d'associer ces deux étapes à une idéologie politique particulière. Pour nous, la réalisation du marché intérieur et l'ouverture des monopoles ne doivent pas être interprétées comme la manifestation d'une tendance consistant à tout permettre aux marchés. Dans notre interprétation, elles constituent autant de moments-clés sur un chemin conduisant à une intégration plus poussée. Comment l'Europe pourrait-elle être construite sans permettre aux acteurs relevant d'autres Etats membres de s'engager sur des marchés qui avaient été structurés, pour des raisons historiques, sur des bases nationales (monopoles publics) ?¹¹³

Pour ceux qui croient en l'intégration européenne, il fallait – et il faut encore – prendre chaque jour les mesures

¹¹¹ Pour des raisons qui peuvent être diverses.

¹¹² Pour des motifs qui peuvent être variés également.

¹¹³ Voir Paul Nihoul, « Karel Van Miert : Homme politique socialiste, politique économique libérale ? », *Revue belge de droit de la concurrence*, 2010, pp. 63-78 ; même auteur, « La place de la concurrence dans une démocratie sociale », in Fr. Verdon & al., *Marché et concurrence : Histoires et institutions*, Ministère français de l'Economie et des Finances, Paris, à paraître.



permettant aux peuples concernés d'unir leurs destinées – ce qui ne peut se faire sans transformer progressivement les structures administratives qui constituent les Etats.

Pour effectuer ce travail d' « union », on peut souhaiter que soit établie, au niveau européen, une structure fédérale assurant à la population les services qu'offrent aujourd'hui les autorités nationales.

Pour des raisons historiques, cette option tarde toutefois à voir le jour. Elle se heurte de manière répétée au refus exprimé par plusieurs Etats de toute idée qui pourrait engager l'Europe dans une voie ouvertement fédérale.

Dans ce contexte, la voie choisie par nos dirigeants nationaux et européens a été de réaliser l'Europe par les acteurs. C'était la voie envisagée par Jean Monnet : elle reste utilisée de nos jours. Cette voie implique que chaque personne et chaque groupe puisse vivre, travailler et se développer ailleurs dans l'Union – comme le font les nationaux dans l'Etat dont ils relèvent.

Avec une conséquence inévitable : dans un tel contexte, les activités, ressources, organisations et personnes sont appelées à s'émanciper des structures actuellement éta-

blies dans les collectivités politiques nationales – notamment les structures mises en place dans le domaine de l'enseignement universitaire.

Note sur les auteurs

Chloé Binet est Aspirante au Fonds National de la Recherche Scientifique (FNRS). Elle exerce ses fonctions à l'Université catholique de Louvain, Belgique. Ses activités portent sur le droit européen de la concurrence, particulièrement le pouvoir de marché et la position dominante.

Paul Nihoul est Professeur dans la même université où il a dirigé, pendant une dizaine d'années, le Centre de droit de la consommation. Ses activités portent sur la construction européenne, la protection des consommateurs et l'organisation concurrentielle des marchés. Auparavant, il a exercé d'autres fonctions – notamment : avocat ; référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne ; Professeur à la Rijksuniversiteit Groningen, Pays-Bas (droit européen). Il dirige le « Journal de droit européen » (Larcier) ; le « European Journal of Consumer Law » (Larcier); et, avec Thomas Lübbig, le « Journal of European Competition Law and Practice » (Oxford University Press).