

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le droit de l'Union en matières administratives devant les juridictions nationales

Nihoul, Marc

Published in:

Droit de l'Union et contentieux devant les juridictions nationales

Publication date:

2024

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Nihoul, M 2024, Le droit de l'Union en matières administratives devant les juridictions nationales: Retour d'expérience en matière d'enseignement. dans P Nihoul (ed.), *Droit de l'Union et contentieux devant les juridictions nationales*. 2024 edn, Commission Université-Palais, Anthemis, Limal, pp. 29-45.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

2

LE DROIT DE L'UNION EN MATIÈRES ADMINISTRATIVES DEVANT LES JURIDICTIONS NATIONALES : RETOUR D'EXPÉRIENCE EN MATIÈRE D'ENSEIGNEMENT

Marc NIHOUL

professeur ordinaire à l'UNamur
avocat au barreau du Brabant wallon

1. Le droit administratif belge est aujourd'hui substantiellement européen. Il s'agit là d'une évidence déjà constatée depuis longtemps en doctrine¹. Mais force est de constater en pratique que la part de droit européen est très variable selon les matières concernées. Elle est évidemment très grande en matière de marchés publics ou d'environnement, par exemple. Elle est nettement plus petite dans d'autres matières comme le droit de la fonction publique interne ou le droit de l'enseignement. Cela dépend, bien entendu, du titre de compétence de l'Union européenne en la matière et de sa place dans les Traités. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne constitue à cet égard un nouveau socle important, probablement appelé à se développer. En matière de droit à l'éducation, pour mémoire, l'article 14 de la Charte stipule que :

- « 1. Toute personne a droit à l'éducation, ainsi qu'à l'accès à la formation professionnelle et continue.
2. Ce droit comporte la faculté de suivre gratuitement l'enseignement obligatoire.
3. La liberté de créer des établissements d'enseignement dans le respect des principes démocratiques, ainsi que le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses, philosophiques et pédagogiques, sont respectés selon les lois nationales qui en régissent l'exercice ».

Il ne faut pas non plus sous-estimer la portée du droit de l'Union européenne sur le droit administratif général et les mécanismes de base de la technique administrative. L'on songe, en particulier, au retrait d'un acte administratif et à la nouvelle condition imposée par le droit de l'Union européenne selon laquelle le retrait d'un acte fut-il illégal ne peut porter atteinte au principe d'effectivité du droit européen. L'on touche ici à un principe essentiel pour la construction européenne, une véritable arme de construction massive entre les mains des juges, européens et nationaux, pour imposer substantiellement le droit de l'Union européenne. Un principe qui nous semble conforme, en définitive, dans un État de droit, au « principe de droit plus général selon lequel le juge ne peut appliquer une décision, à savoir une norme, violant une disposition supérieure »², dont l'article 159 de la Constitution et le principe de primauté du droit international³ constituent des applications.

Dans certaines situations, ce principe peut s'avérer salvateur. Nous le découvrirons tout à l'heure.

¹ Par exemple, J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « À propos de la notion de droit administratif européen. Introduction à l'ouvrage *Droit administratif européen* », *Revue française d'administration publique*, 2007/3, pp. 373 à 385.

² Cass., 8 avril 2003, *Pas.*, 2003, p. 761.

³ Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886, *J. T.*, 1971, pp. 460-474, concl. conf. proc. gén. W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

2. Il est vraisemblable que le réflexe du droit européen⁴ ne soit pas encore inné ni même acquis par les administrativistes belges. Mais il ne faut pas généraliser. Dans leur défense des intérêts privés⁵, certains plaideurs scrutent la moindre faille qui pourrait être exploitée ou le moindre récif auquel se rattacher. Parfois en pure perte, mais parfois non. Le droit à la santé, par exemple, est souvent invoqué en droit interne sans grand résultat jusqu'ici.

Régulièrement, le droit européen vient au secours du service public ou de l'intérêt général.

Dans un contentieux portant sur la suppression d'une ligne ferroviaire traversant un terrain privé mais reliant un port fluvial, par exemple, une action a été intentée et gagnée en recourant à l'interprétation d'une directive par la Cour de justice de l'Union européenne selon laquelle :

« L'article 15, paragraphe 1, du règlement (UE) n° 1315/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2013, sur les orientations de l'Union pour le développement du réseau transeuropéen de transport et abrogeant la décision n° 661/2010/UE, doit être interprété en ce sens que, lorsqu'un port intérieur qui relève du réseau global, au sens de l'article 6, paragraphes 1 et 2, de ce règlement, dispose de liaisons tant à des infrastructures de transport routier qu'à des infrastructures de transport ferroviaire, il s'oppose, sauf circonstances exceptionnelles, à la suppression de l'un de ces deux types de liaisons. Le défaut d'entretien de la liaison en cause, résultant de la méconnaissance de cette disposition, ou la valorisation économique des terrains occupés par ces infrastructures ne constituent pas de telles circonstances »⁶.

Cette interprétation n'était pourtant vraiment pas gagnée d'avance. En effet, l'article 15 précité porte en son premier point, au titre des exigences applicables aux infrastructures de transport, que « [l]es États membres veillent à ce que les ports intérieurs soient reliés aux infrastructures routières *ou* ferroviaires », le « ou » permettant les deux options. Dans un jugement du 20 décembre 2019⁷, le tribunal de première instance de Bruxelles avait d'ailleurs jugé qu'à supposer qu'il faille voir dans ce « ou » une conjonction inclusive, la disposition :

« ne précise pas comment cette liaison doit être réalisée. En d'autres termes, même si l'on suit l'interprétation défendue par la partie demanderesse, le règlement précité laisse la manière dont le Port de Bruxelles doit être

⁴ Par le passé, Francis Delpérée évoquait la nécessité d'un tel réflexe s'agissant du droit constitutionnel, dans la foulée de la création de la Cour d'arbitrage, devenue Cour constitutionnelle mais restant à compétences limitées.

⁵ Sous réserve de ce que des sociétés privées sont parfois investies d'un service public, comme les opérateurs de télécommunications.

⁶ C.J.U.E., 16 juin 2022, *Port de Bruxelles S.A. et Région de Bruxelles-Capitale c. Infrabel S.A.*, C-229/21, EU:C:2022:471.

⁷ Civ. Bruxelles, 4^e ch., 20 décembre 2019, R.G. n° 18/6492/A.

connecté au réseau ferroviaire d'Infrabel à l'entière appréciation des pouvoirs publics concernés. Aucune compétence liée ne peut donc être constatée à cet égard dans leur chef.

Au demeurant, le pouvoir d'appréciation précité doit s'exercer dans le respect du principe de légalité et donc dans le respect du droit de propriété d'autrui. Ce dernier est une balise essentielle de l'action publique, tant en droit belge qu'en droit européen. Le Règlement (UE) n° 1315/2013, comme toute norme de droit dérivé d'ailleurs, doit s'interpréter en conformité avec le droit primaire, qui comprend la protection du droit de propriété. Or, aucune disposition du Règlement (UE) n° 1315/2013 ne confère au Port (ou à la Région) le droit d'exiger le maintien d'une connexion ferroviaire déterminée, sans respecter la propriété des tiers concernés (en l'occurrence, INFRABEL et le FIF).

En définitive, contrairement à ce qu'affirme le Port de Bruxelles, le Règlement (UE) n° 1315/2013 ne prévoit aucun "droit à une desserte ferroviaire" ».

La cour d'appel de Bruxelles avait, quant à elle, estimé nécessaire d'interroger la Cour de justice sur l'interprétation à donner à cette disposition, la version néerlandophone du texte utilisant la conjonction « et » et non « ou », le texte pris dans son contexte étant susceptible des deux interprétations, selon elle, et la question étant d'intérêt général pour l'application uniforme du droit de l'Union⁸.

Il semble qu'elle ait eu raison de le faire puisque la Cour de justice a privilégié une interprétation différente, voire inverse par rapport à celle du tribunal de première instance.

Bref, le droit européen peut être d'un secours inattendu en matière administrative, y compris en faveur des acteurs du service public, et il ne faut jamais se fier aux apparences s'agissant d'un droit en permanente expansion.

3. Dans les lignes qui suivent, nous souhaiterions vous partager une expérience⁹ du même ordre concernant le rôle du droit européen en matière administrative devant les juridictions nationales *et européenne*. Cette expérience concerne le droit de l'enseignement et cette épineuse question de la libre circulation des étudiants sur le territoire européen pour les « États membres

⁸ Bruxelles, 23 mars 2021, R.G. n° 2020/AR/603 et 2020/AR/812, n° 49 : « Lorsqu'un port intérieur – qui relève du réseau central – est déjà relié à la route et au réseau ferroviaire, l'article 15 du Règlement UE 1315/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 sur les orientations de l'Union pour le développement du réseau transeuropéen de transport et abrogeant la décision n° 661/2010/UE, lu seul ou en combinaison avec d'autres dispositions de ce Règlement, impose-t-il l'obligation de maintenir et d'entretenir ces deux liaisons ou celle de s'abstenir d'en supprimer une, fût-ce par un défaut d'entretien ? »

⁹ Il n'est pas coutume de commenter la jurisprudence que l'on a soi-même obtenue. L'exercice demandé dans le cadre présent réclamait de déroger à la règle, d'autant qu'en l'espèce, il y a en quelque sorte prescription.

importateurs d'étudiants ». Sont désignés par cette expression les États dont les établissements d'enseignement attirent de nombreux étudiants européens n'y résidant pas au motif que ce service public est plus accessible que dans leur pays, généralement par les conditions d'accès ou le prix, tout en étant parfois plus réputé.

La question reste d'actualité, comme en témoigne le programme politique des Engagés lequel estime à 74 % la « part des étudiants non-résidents provenant de France, dont la proportion augmente depuis les réformes du secteur de la Santé et de Parcoursup ». La majorité des étudiants retournent dans leur pays d'origine aux termes des études ». Avec cette sempiternelle proposition qui revient régulièrement sur la table à cet égard. « Afin d'assurer un financement plus équitable des étudiants non-résidents européens, un fonds de compensation européen sera créé. À défaut, des alternatives au niveau national seront envisagées ».

La déclaration de politique communautaire 2024-2029 du 11 juillet 2024 « Avoir le courage de changer pour que l'avenir s'éclaire » intègre cette proposition de deux manières au chapitre de l'enseignement supérieur. En ce qui concerne un refinancement renforcé et diversifié, « une contribution plus juste des étudiants non-résidents, tout en veillant à maintenir notre attractivité au niveau international et dans le respect des règles européennes » est identifiée comme source potentielle (page 31). Dans les filières spécifiques médicales et paramédicales, le gouvernement « prendra les mesures nécessaires au contingentement du nombre des non-résidents lorsqu'elles s'avèrent indispensables en vue de maintenir la qualité de l'enseignement et de renforcer la protection de la santé publique » (page 35).

4. Le respect des règles européennes aura été au cœur des différentes initiatives prises par le passé en la matière.

Mais quelles règles européennes au juste ?

Dans les années 1970, la compétence de « l'Union européenne » en matière d'enseignement était tout sauf évidente, la politique commune de formation professionnelle évoquée par l'article 128 du traité CEE étant seulement en train de s'établir progressivement. C'était cependant sans compter avec l'inclinaison de la Cour à construire plus rapidement une véritable politique européenne en la matière¹⁰, quitte à bousculer les acteurs. L'indice le plus clair en est l'absence de rétroactivité décrétée au départ par la Cour à l'interprétation donnée aux textes européens sollicités dans ce cadre pour fonder les demandes de remboursement des minerval complémentaires perçus pour des raisons de prévisibilité évidentes, sauf pour ce qui concerne les étudiants qui, avant la date de l'arrêt, ont introduit un recours en justice ou introduit une réclamation équivalente¹¹...

¹⁰ P. NIHOUL, « Le minerval réclamé aux étudiants communautaires en Belgique », *J.T.*, 1994, pp. 705-712.

¹¹ Par exemple C.J.C.E., 2 février 1988, *Blaizot*, C-24/86.

À partir de cette date, en revanche et *a contrario*, l'effet direct de l'article 7 du traité CEE – lequel contenait à l'époque l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité – pouvait être invoqué dans le cadre de l'enseignement universitaire qualifié de « formation professionnelle » au sens du droit européen.

Aujourd'hui, cette compétence est plus évidente et elle l'était déjà au moment de l'arrêt relaté dans les lignes qui suivent, en 2010, les questions pré-judicielles visant les articles 12, premier alinéa, du traité CE et 18, § 1, du traité CE, lus en combinaison avec l'article 149, §§ 1 et 2, deuxième tiret, du traité CE et avec l'article 150, § 2, troisième tiret, toujours du même traité. La Cour fondera sa réponse sur les articles 18 et 21 du T.F.U.E. consacrant ensemble le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire d'un État membre, tel que le Royaume de Belgique, sans subir de discriminations directes ou indirectes en raison de leur nationalité.

5. Ce fondement légal européen s'est en réalité construit sur la base et autour des *mesures prises successivement* pour endiguer l'afflux d'étudiants européens¹² et plutôt même pour les amener à contribuer davantage au financement public en Belgique, mais aussi par l'interprétation du champ d'application de plusieurs éléments liés au régime de l'élève ou étudiant en droit belge ou en droit de la Communauté française puisque l'enseignement est une matière « communautaire ».

L'on peut résumer ces mesures comme suit, de manière très synthétique, sachant que le tout procède d'une dialectique heureuse et particulièrement riche au départ des expériences menées aussi dans d'autres États membres, donnant lieu à une jurisprudence particulièrement complexe et casuelle justifiant, pour les États, de construire leurs dispositifs avec prudence et, pour la Cour, de veiller à l'application uniforme du droit de l'Union.

La première mesure adoptée était la plus simple, en réalité. Elle consistait à faire payer plus cher l'étudiant européen non belge, à l'instar des étudiants non européens et pour tous les cursus de l'enseignement supérieur, par le biais d'un « minerval complémentaire ». Ce minerval a été jugé contraire au droit européen car il portait atteinte à la libre circulation des étudiants de façon discriminatoire, le critère de distinction étant fondé en l'espèce sur la nationalité de l'étudiant dont l'accès est rendu plus difficile par rapport aux étudiants nationaux¹³.

Évidemment, il en a été de même de la seconde mesure visant à autoriser les recteurs à refuser l'inscription des étudiants non belges au-delà de 2 pour

¹² En pratique, l'enseignement supérieur francophone a été pris d'assaut, dans certains cursus, par des étudiants venant d'autres pays de l'Union européenne, progressivement depuis les années 1970. Parmi ces étudiants figurent un nombre impressionnant d'étudiants venant de France, attirés par le faible coût des études, la facilité d'accès, le plus souvent en l'absence d'examen ou de concours à l'entrée, la proximité géographique et, bien entendu, la langue de l'enseignement.

¹³ C.J.C.E., 13 février 1985, *Gravier*, C-293/83; C.J.C.E., 2 février 1988, *Blaziot*, C-24/86.

cent du nombre d'étudiants belges, le minerval ordinaire, à défaut, étant seulement acquis à l'université au titre de financement¹⁴. Interdire l'accès est assurément une mesure plus grave que de rendre celui-ci plus cher dans une mesure acceptable.

La jurisprudence européenne rendue à l'égard de ces deux mesures a conduit à remettre en cause l'interprétation selon laquelle certains avantages pouvaient être réservés aux nationaux, ce à quoi une parade a été trouvée au Royaume-Uni avec la notion d'Européens « non-résidents ».

C'est en fin de compte cette notion de « non-résidents » qui a donné l'idée de limiter l'accès au nombre d'étudiants européens non-résidents *dans certains cursus* en Communauté française et de plaider la cause devant la Cour de justice de l'Union européenne avec cette idée très simple mais efficace et néanmoins paradoxale selon laquelle l'effectivité du droit européen lui-même peut dépendre de la tolérance d'une entorse à la liberté de circulation *dans certaines circonstances*... Le comble du droit européen en quelque sorte...

Telle est en somme la morale de l'arrêt *Bressol* rendu le 13 avril 2010 par la grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁵ sur les questions préjudicielles posées par la Cour constitutionnelle de Belgique dans le cadre d'un recours en annulation introduit contre le décret à l'origine du contingentement contesté, communément appelé le « décret non-résidents »¹⁶. Il s'agit à l'évidence d'un arrêt de principe en matière administrative au sujet de la restriction de la libre circulation des étudiants dans les matières liées à la santé.

6. L'affaire n'était pourtant pas gagnée d'avance.

La Cour constitutionnelle avait d'ailleurs jugé utile de poser ses trois questions préjudicielles et l'avocat général Eleanor Sharpston était résolument d'avis que le droit communautaire s'oppose « à des mesures comme celles contenues dans le décret régulant le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur, adopté par la Communauté française de Belgique » (point 155). Rappelons que dans la plupart des cas, l'avis de l'avocat général est suivi par la Cour...

Le combat semblait même perdu d'avance à en croire les agents du SPF Affaires étrangères du gouvernement belge qui assistent le conseil de l'entité fédérée dans un tel contentieux, ou encore les spécialistes approchés pour la

¹⁴ C.J.C.E., 27 septembre 1988, *Commission c. Belgique*, C-42/87 : « la législation en cause, en ce qu'elle limite, de la manière décrite ci-dessus, le financement des établissements d'enseignement professionnel supérieur, a pour effet direct d'exclure, en pratique, les étudiants ressortissant d'autres États membres dudit enseignement professionnel, une fois le quota limite de 2 % atteint, alors qu'une telle restriction n'est pas prévue pour les étudiants belges ».

¹⁵ C.J.U.E., Gde Ch., 13 avril 2010, *Bressol e.a. et Chaverot e.a. c. Gouvernement de la Communauté française*, C-73/08.

¹⁶ Décret de la Communauté française du 16 juin 2006 « régulant le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur ».

cause. À leurs yeux aussi, interdire l'accès est une mesure plus grave que de rendre celui-ci plus cher dans une mesure acceptable...

7. La mesure établie par le décret contesté était la suivante. Il s'agissait, comme l'intitulé du décret l'indique, de réguler le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur dits à caractère médical ou paramédical (accoucheuse, ergothérapie, logopédie, podologie-podothérapie, kinésithérapie, audiologie, accompagnement psychoéducatif). Plus concrètement, mais sans entrer dans des considérations techniques qui n'apporteraient rien au propos, tous les étudiants européens souhaitant s'inscrire pour la première fois dans un établissement d'enseignement supérieur relevant de la Communauté française pouvaient le faire librement sauf dans certains cursus dans lesquels le nombre d'étudiants européens non-résidents était à l'époque limité à trente pour cent du nombre d'étudiants inscrits dans ledit cursus, lesdits étudiants étant tirés au sort selon une procédure bien précise.

Plusieurs étudiants ont dès lors décidé d'introduire un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle.

8. Devant la Cour constitutionnelle, il s'est agi d'abord et avant tout de sensibiliser les juges au problème inextricable rencontré par la Communauté française sans aucune aide du côté des institutions européennes ou françaises. Mais il convenait aussi, ensuite et surtout d'établir que la solution nouvelle, sans précédent, établie pour gérer le problème de service public rencontré en matière d'enseignement, tenait juridiquement la route du point de vue du droit européen et du droit belge car elle était construite à partir de la jurisprudence européenne. Certes, la légalité du dispositif était contestée de part requérante, mais elle n'était pas totalement invraisemblable au regard de plusieurs arrêts rendus par la Cour.

Ces deux lignes de force se retrouvent dans l'arrêt n° 12/2008 du 14 février 2008, lequel est fidèle aux débats qui ont eu lieu devant elle. Après avoir constaté comme il se doit que les principes d'égalité et de non-discrimination invoqués ont une portée analogue en droit européen et belge, que les conditions d'accès à la formation professionnelle relèvent bien du domaine d'application du Traité et que la différence de traitement établie par la mesure est une discrimination indirecte en raison de la nationalité puisqu'en pratique elle aboutit au même résultat par application du critère de résidence tel que conçu dans la mesure où les citoyens de l'Union européenne qui n'ont pas la nationalité belge sont susceptibles d'être affectés davantage que ceux qui ont cette nationalité, les premiers pouvant plus difficilement être qualifiés d'étudiants résidents (B.11.6.2), la Cour constitutionnelle fait écho au raisonnement juridique contesté qui a fondé le dispositif.

À la suite des arrêts rendus à propos du minerval et de la faculté d'exclusion, la Cour européenne avait été confrontée à deux dispositifs attaqués devant elle. D'abord, une interdiction d'accès mise en place par l'Autriche à l'égard des

étudiants ayant obtenu leur diplôme d'accès secondaire dans un autre État membre s'ils ne sont pas en mesure de prouver qu'ils remplissent les conditions d'accès aux études supérieures ou universitaires dans l'État d'obtention de leur diplôme, telles que notamment la réussite d'un examen d'entrée ou l'obtention d'un niveau suffisant pour être inclus dans le *numerus clausus*. Ensuite, une limitation du bénéfice des aides aux étudiants résidant depuis trois ans sur le territoire britannique.

Dans les deux cas, ce sont les motifs qui sous-tendent le dispositif de l'arrêt qui auront été précieux pour la réflexion de la Communauté française et non le dispositif lui-même, négatif dans les deux cas.

Dans le second cas, la matière de l'enseignement n'était pas seulement concernée mais également celle de l'aide sociale aux personnes. Étaient visées des aides couvrant les frais d'entretien des étudiants et non les frais scolaires. Il reste que les aides visaient des étudiants.

Par son arrêt *Bidar* du 15 mars 2005¹⁷, la Cour a en quelque sorte introduit en matière d'enseignement les critères de charge raisonnable et surtout d'intégration permettant de restreindre les droits que le citoyen peut faire valoir dans le cadre de la liberté de circulation. La solidarité financière avec les ressortissants d'autres États membres a en effet des limites qui permettent :

« 56. [...] à tout État membre de veiller à ce que l'octroi d'aides visant à couvrir les frais d'entretien d'étudiants provenant d'autres États membres ne devienne pas une charge déraisonnable qui pourrait avoir des conséquences sur le niveau global de l'aide pouvant être octroyée par cet État ».

57. S'agissant d'une aide couvrant les frais d'entretien des étudiants, il est ainsi légitime pour un État membre de n'octroyer une telle aide qu'aux étudiants ayant démontré un certain degré d'intégration dans la société de cet État.

[...]

59. [...] l'existence d'un certain degré d'intégration peut être considérée comme établie par la constatation selon laquelle l'étudiant en cause a, pendant une certaine période, séjourné dans l'État membre d'accueil ».

Là où le bât blessait, s'agissant de la législation britannique, c'est que la condition de résidence antérieure était libellée de manière à exclure toute possibilité pour un ressortissant d'un autre État membre d'obtenir, en tant qu'étudiant, le statut de personne établie, quel que soit son degré d'intégration réelle dans la société de l'État membre d'accueil, en l'espèce concernant un étudiant ayant séjourné légalement et effectué une partie importante de ses études secondaires dans l'État en manière telle qu'il a effectivement établi un lien réel avec la société de cet État.

¹⁷ C.J.C.E., 15 mars 2005, *Bidar*, C-209/03.

Dans le cas de l'Autriche, pourtant, soumise à l'afflux d'étudiants allemands, la Cour avait qualifié la condition fixée comme une « restriction similaire » à celle établie par la Belgique, jugée incompatible avec le Traité en présence de solutions alternatives non discriminatoires comme la mise en place d'un examen d'entrée ou l'exigence d'un niveau minimal¹⁸. La solution autrichienne était pourtant plus nuancée que la mesure belge et pouvait faire sens.

Mais dans son arrêt du 7 juillet 2005 prononcé sur recours en manquement, la Cour avait aussi souligné que le dossier autrichien était vide de données concrètes permettant d'évaluer concrètement la situation dans le cursus concerné par rapport aux autres cursus et d'étayer l'information donnée à l'audience selon laquelle le nombre d'inscriptions dans la filière médecine pourrait excéder jusqu'à cinq fois le nombre de places disponibles alors que la menace de l'équilibre financier et donc de l'existence du système d'enseignement supérieur autrichien dans son ensemble était invoquée...

Selon la Cour (point 63), « il appartient aux autorités nationales qui invoquent une dérogation au principe fondamental de libre circulation des personnes de prouver, dans chaque cas d'espèce, que leurs réglementations sont nécessaires et proportionnées au regard de l'objectif poursuivi. Les raisons justificatives susceptibles d'être invoquées par un État membre doivent être accompagnées d'une analyse de l'aptitude et de la proportionnalité de la mesure restrictive adoptée par cet État, ainsi que des éléments précis permettant d'étayer son argumentation (voir, en ce sens, arrêts du 13 novembre 2003, *Lindman*, C-42/02, *Rec.* p. I-13519, point 25, et du 18 mars 2004, *Leichtle*, C-8/02, *Rec.* p. I-2641, point 45) » (point 63).

Non seulement l'État membre ne pouvait être considéré comme apportant cette preuve mais il avait reconnu ne pas disposer de chiffres précis et admis « le caractère essentiellement préventif de la disposition nationale en cause » (point 65).

Écrire cela revenait à reconnaître qu'en présence d'éléments précis et de chiffres, une issue différente était possible... ce à quoi la Communauté française s'est précisément employée et qu'il convenait de consolider en évitant les excès de la défense autrichienne. Ce n'est pas tant l'ensemble du système d'enseignement qui était en péril mais bien la qualité de l'enseignement dans certaines filières véritablement prises d'assaut et la solution alternative préconisée essayée dans certaines de ces filières avait fait pire que mieux en excluant non pas des étudiants européens non-résidents mais bien des étudiants européens résidents en manière telle que la santé publique elle-même, pourtant au cœur des politiques européennes, était compromise.

Sur la base de ces deux arrêts, la Communauté française n'a eu de cesse de justifier, dans les travaux préparatoires et les écrits de procédure, en recourant

¹⁸ C.J.C.E., 7 juillet 2005, *Commission c. Autriche*, C-147/03, points 61 et 62.

aux données disponibles et aux recherches en cours, que le problème rencontré n'était pas seulement budgétaire mais aussi de qualité de l'enseignement et de santé publique.

Un autre objectif européen de haute qualité de la formation dans l'Union européenne était également invoqué dans les travaux préparatoires, à titre principal, mais il n'était pas aussi décisif que celui de la santé dans lequel les règles européennes sont nombreuses et contraignantes, notamment en matière vétérinaire.

La Cour constitutionnelle a visiblement bien compris la situation en épingleant expressément dans son arrêt de renvoi les éléments suivants :

- Le choix politique de financer l'enseignement par les deniers publics et de garantir un large accès à l'enseignement supérieur ne peut être remis en cause par les conséquences des choix politiques d'un grand pays voisin de restreindre l'accès aux études visées (concours en sciences vétérinaires, quota en kinésithérapie) sans limiter l'accès aux professions correspondantes ou encore par l'absence d'harmonisation européenne des conditions d'accès aux études visées et des conditions d'accès aux professions. Un problème de loyauté se pose, en quelque sorte.
- Les impératifs de santé publique requièrent une formation professionnelle et pratique de qualité nécessitant des ressources humaines ou matérielles par définition limitées à proximité des établissements d'enseignement dans les professions liées à la santé (soin d'animaux vivants, accouchements, stages).
- Le nombre d'étudiants primo-inscrits augmente sans cesse et excède les capacités de formation de manière disproportionnée, principalement par l'inscription d'étudiants français retournant professer en France sans aucune difficulté. La démarche est donc curative et non préventive.
- D'autant que la Communauté française a essayé de remédier à la situation par un concours dont le résultat a été l'inscription finale d'un nombre infime de lauréats détenteurs d'un diplôme de l'enseignement secondaire délivré en Communauté française, notamment parce que ceux-ci – moins nombreux dans un pays de petite taille – entrent en concurrence majoritairement avec des étudiants issus d'un grand pays qui ont effectué une ou plusieurs années d'études post-secondaires dans leur pays d'origine et qui ont été exclus des études de leur choix lors d'une sélection réservée exclusivement aux étudiants qui ont suivi une telle formation post-secondaire, alors que ces étudiants n'ont pas l'intention d'exercer leur métier en Communauté française et n'ont pas un lien particulier avec la société belge avant leur inscription.
- L'éviction des résidents a pour effet en pratique de mener à terme à une pénurie dans les secteurs professionnels concernés et donc, dans le domaine des études paramédicales ou vétérinaires, à mettre en danger la qualité des soins et la santé publique, ce qui serait le cas aussi en cas de contingentement drastique comme en France.

Deux éléments externes auront pesé dans le choix de la Cour constitutionnelle de se référer à la Cour de justice. Au-delà de la divergence de vues entre les parties sur la portée des deux arrêts précités, était intervenu un communiqué de la Commission des Communautés européennes du 28 novembre 2007 suspendant la procédure de manquement engagée dans lequel celle-ci reconnaissait, sur la base des informations fournies, que la Communauté française de Belgique courait le risque de ne pas être « en mesure de maintenir des niveaux suffisants de couverture territoriale et de qualité dans son système de santé publique » si des mesures de sauvegarde appropriées ne sont pas adoptées. Un délai de suspension de cinq ans était ainsi donné à la Communauté française « pour permettre aux autorités belges de fournir des données supplémentaires étayant l'argument selon lequel les mesures de restriction imposées sont à la fois nécessaires et proportionnées » (B.13.3). C'est que derrière cette affaire il y avait un enjeu statistique qui requerrait l'identification en amont d'indicateurs respectueux de la vie privée des étudiants, ce qui n'avait pas été possible cinq ans plus tôt à l'époque.

Par ailleurs, les démarches faites à l'égard de la France et de la Commission européenne pour trouver une solution avaient été vaines.

9. Le moins que l'on puisse dire est que l'avocat général Eleanor Sharpston était totalement opposée à reconnaître la pertinence et la proportionnalité du contingentement qu'elle concevait même comme une discrimination directe alors que tel n'était pas le cas dans l'arrêt *Bidar*... Tout au plus s'est-elle fendue d'une remarque finale invitant le législateur communautaire et les États membres à s'emparer du problème dans le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité en vue d'agir en faveur d'une liberté de circulation des étudiants basée sur l'égalité jugée essentielle pour le développement de l'Union (après avoir observé dans son analyse que l'absence de réglementation au niveau européen ne pouvait justifier une restriction discriminatoire) et les États français et belge à « négocier activement une solution qui soit conforme au traité », conformément à l'obligation mutuelle de coopération loyale et de solidarité entre États membres, en présence de facteurs linguistiques et de différences de politique nationale en matière d'accès à l'enseignement supérieur générant un volume particulièrement élevé de mobilité étudiante (points 151-154).

Pour le reste, à titre subsidiaire, elle avait estimé que la jurisprudence *Bidar* n'était pas transposable à l'accès en tant que tel aux études, lequel touche à l'essence même de la libre circulation et qu'aucun des motifs invoqués pour justifier la nécessité et la proportionnalité de la discrimination indirecte n'est acceptable en l'espèce :

- la charge excessive pour les finances publiques est peut-être pertinente en matière de sécurité sociale mais pas en matière d'enseignement, d'autant que l'étudiant contribue indirectement aux budgets nationaux par les impôts indirects et qu'en l'espèce l'enveloppe de financement est fermée ;

- les risques pour la qualité de l'enseignement qui ne serait pas mise en péril par l'excès de non-résidents (insuffisamment établie au regard des informations fournies) mais bien par l'excès d'étudiants dans un système qui garantit l'accès illimité aux nationaux... alors que d'autres systèmes de sélection existent et que la Belgique et l'Autriche ne sont pas dans une situation exceptionnelle ;
- les risques pour la qualité du système de santé publique ne sont pas établis au terme d'une évaluation approfondie vérifiable dans tous les cursus visés, la préparation durant les études secondaires pouvant par ailleurs être renforcée ou une année préparatoire organisée et le retour des étudiants non-résidents dans leur État étant présumé mais non établi et pourrait être rencontré par des conditions d'établissement plus attractives.

10. L'audience en Grande Chambre fut impressionnante par le nombre de juges qui encerclent littéralement le plaideur, longue par la richesse des débats et éprouvante par le nombre de questions précises et concrètes posées quasi exclusivement à celui chargé de la défense de la restriction litigieuse¹⁹... Il a fallu par exemple rencontrer la réflexion d'un juge très libéral selon lequel le problème rencontré en matière de santé serait nécessairement passager, appelé à être remédié par la libre circulation des professionnels formés dans d'autres États membres... au risque de déplacer la pénurie !

Trois questions étaient posées à la Cour mais le format de la présente contribution impose de se limiter à la question centrale.

L'arrêt de la Cour est remarquable dans son principe de subsidiarité, ce qui lui a pourtant valu d'être critiqué²⁰. Il pose en effet les jalons de ce qui est admissible en droit européen, à charge pour le juge national d'en vérifier le respect *in concreto*.

Après avoir qualifié la mesure de discrimination indirecte conformément à la jurisprudence habituelle, il admet tout au plus la possibilité d'une telle restriction en n'indiquant pas d'emblée que les articles 18 et 21 du T.F.U.E. ne s'opposeraient pas à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui limite le nombre d'étudiants non considérés comme résidents en Belgique pouvant s'inscrire pour la première fois dans les cursus médicaux et

¹⁹ Même si la présence des conseils de la République d'Autriche sur les bancs de la défense fut appréciée, les deux États membres étant solidaires dans leur difficulté face à l'afflux d'étudiants d'un État voisin.

²⁰ X. DELGRANGE, « L'arrêt "Bressol" relatif à la libre circulation des étudiants : la Cour de justice entre mutisme et soliloque », *J.D.E.*, 2010, pp. 214-215. Voy. aussi X. DELGRANGE et L. DETROUX, « Les menaces sur le service public de l'enseignement », in H. Dumont et al. (dir.), *Le service public : passé, présent et avenir*, Bruxelles, la Charte, 2009, pp. 230-296 ; X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Les droits en matière d'enseignement », in M. Verdussen et N. Bonbled (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 1258-1262 ; X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI (coll. L. DETROUX), « La Communauté française ne peut pas accueillir tous les étudiants d'Europe, mais elle doit en prendre fidèlement plus que sa part », in B. Biemar (dir.), *L'enseignement et le droit*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 39-68.

paramédicaux d'établissements de l'enseignement supérieur, lorsque cet État est confronté à un afflux d'étudiants en provenance d'un État membre voisin à la suite d'une politique restrictive menée par ce dernier État et lorsque cette situation a pour effet que trop peu d'étudiants résidant dans ce premier État membre obtiennent leur diplôme dans lesdits cursus. Au contraire, ces dispositions fondamentales s'y opposent mais les autorités compétentes peuvent présenter les éléments pertinents qui justifieraient une telle limitation au regard de l'objectif de protection de la santé publique, à charge pour la juridiction de renvoi de les apprécier. Ce faisant, la Cour n'endosse nullement le rôle de Ponce Pilate car, dans son arrêt, elle fixe des limites très précises non sans s'inspirer de la jurisprudence en matière d'enseignement et de santé publique.

Premièrement, seul l'objectif de protection de la santé publique a été retenu, à l'exclusion des autres objectifs invoqués en l'espèce, à savoir éviter des charges excessives pour le financement de l'enseignement supérieur (en raison de l'enveloppe fermée) ou sauvegarder l'homogénéité du système de l'enseignement supérieur (au motif cependant que les éléments de justification coïncident avec ceux liés à la protection de la santé publique puisque tous les cursus concernés relevant de ce domaine : limites inhérentes à la capacité d'accueil des établissements d'enseignement et à la disponibilité de leur personnel, politique visant à assurer un accès large et démocratique, pour la population de la Communauté française, à un enseignement supérieur de qualité). La Cour n'écarte pas l'éventualité que de tels motifs – visant potentiellement tous les cursus de l'enseignement – puissent être invoqués avec succès. Mais la question principale, en l'espèce, n'est pas celle-là et surtout pas celle sur laquelle la Cour souhaite porter le fer et à l'occasion de laquelle elle reconnaîtra d'ailleurs formellement « qu'une pénurie de professionnels de la santé poserait de graves problèmes pour la protection de la santé publique et que la prévention de ce risque exige qu'un nombre suffisant de diplômés s'installent sur ledit territoire pour y exercer l'une des professions médicales ou paramédicales concernées par le décret en cause au principal » (point 68).

Deuxièmement, l'objectif de protection de la santé publique consistant, en particulier, à assurer la qualité et la pérennité des soins médicaux et paramédicaux au sein de la Communauté française²¹ par la qualité de la formation clinique et pratique et la lutte contre l'installation progressive d'une pénurie de personnel médical qualifié sur l'ensemble du territoire peut justifier une inégalité de traitement entre certains étudiants (en l'espèce étudiants résidents et étudiants non-résidents comme la limitation du nombre de ces derniers). Encore faut-il montrer patte blanche au juge de renvoi pour ce faire en démontrant que la mesure est adéquate et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif sur la base d'indications très précises apportées par la Cour sur la base du dossier et des observations écrites et orales soumises.

²¹ Plus précisément maintenir un service médical de qualité, équilibré et accessible à tous.

D'abord, il convient de vérifier l'existence de véritables risques pour la santé publique d'une simple limitation du nombre total d'étudiants dans les cursus concernés pour garantir la qualité de la formation (comme en France) si elle a pour effet de diminuer le nombre de diplômés qui sont disposés à assurer, à terme, la disponibilité du service de santé sur le territoire concerné. La Cour reconnaît que la question est complexe car elle impose de tenir compte de la situation actuelle mais aussi de procéder à une analyse prospective par définition aléatoire et incertaine en tenant compte de l'évolution future de la santé publique et en même temps de ne pas attendre que la pénurie s'installe. La « preuve » doit être apportée par l'État membre à l'origine de la mesure et consiste dans une « analyse objective, circonstanciée et chiffrée [qui] soit en mesure de démontrer, à l'aide de données sérieuses, convergentes et de nature probante, qu'il existe effectivement des risques pour la santé publique » (point 71). L'analyse doit être approfondie et inclure notamment, par cursus visé, le nombre maximal d'étudiants pouvant être formés de manière qualitative et le nombre de professionnels requis par spécialité pour assurer une offre suffisante de santé publique. Elle ne peut se limiter à des extrapolations au départ d'une expérience unique.

En cas de réponse positive, ensuite, la juridiction de renvoi doit vérifier si la mesure est adéquate c'est-à-dire, en l'espèce, si « une limitation du nombre d'étudiants non-résidents est véritablement de nature à augmenter le nombre de diplômés prêts à assurer, à terme, la disponibilité du service de santé au sein de la Communauté française » (point 76).

En cas de réponse positive une nouvelle fois, la juridiction de renvoi doit encore vérifier si une mesure moins restrictive ne ferait pas l'affaire, par exemple une mesure visant à encourager l'installation de tous les étudiants inscrits à s'installer au terme de leur formation en Communauté française ou à inciter les professionnels formés ailleurs à faire de même ou, à défaut, une mesure identique mais moins limitative à l'essence même du principe de la libre circulation des étudiants en assurant un accès suffisamment large des étudiants non-résidents aux études supérieures²².

11. Toute la difficulté, devant la Cour constitutionnelle, aura consisté à répondre à ces exigences dans le cadre juridique imposé par l'Union européenne, notamment en matière de données personnelles qui ne facilitent nullement la tenue de statistiques fiables. Comme indiqué lors de l'audience, la traçabilité professionnelle des étudiants formés, que l'on connaît par exemple en matière d'agriculture bovine (sciences vétérinaires obligent!), relève en réalité d'une mission impossible.

²² La Cour va jusqu'à conseiller un mode de sélection du nombre d'étudiants non-résidents qui porte davantage sur les capacités, connaissances et expériences que sur le hasard avec le tirage au sort.

12. S'il fallait conclure ce partage d'expérience, lequel dispense de faire le point sur l'évolution actuelle de la jurisprudence en la matière depuis l'arrêt *Bressol*, puisque tel n'est pas le sujet, je le ferais en trois points.

Premièrement, le droit européen est en construction et en expansion, on l'a dit. Lorsqu'il est confronté à une difficulté comme l'afflux d'étudiants dans certains cursus, l'acteur public du droit administratif ne doit pas hésiter à faire part de celui-ci aux « instances d'influence » disponibles et à s'inspirer de la jurisprudence pour identifier des cas similaires ou apparentés pour construire un dispositif sur mesure et la justification qui doit nécessairement l'accompagner aujourd'hui (que ce soit en droit national ou européen par ailleurs). C'est en procédant par essais que la jurisprudence se construit progressivement et c'est en alertant sur les difficultés concrètes rencontrées que la Cour de justice de l'Union européenne peut être progressivement sensibilisée. Enfin, ce n'est pas parce que des mesures directes ne peuvent pas être prises qu'il ne faut pas réfléchir à des mesures indirectes emportant une différence de traitement plus adéquate et proportionnée. L'avocat peut être d'une grande aide, notamment de veille, à cet égard. Le meilleur argument qui puisse être invoqué dans ce cadre est probablement d'établir que l'effectivité du droit européen lui-même dépend d'une restriction limitée au droit européen...

Car, deuxièmement, l'une des principales difficultés de l'administrativiste est de se tenir informé des évolutions du droit européen – comme du droit comparé ou des droits et libertés fondamentaux – en matières administratives dès lors que celles-ci évoluent déjà fortement en droit interne et à vive allure et que ces évolutions portent généralement sur le droit d'autres États membres. Intégrer systématiquement la dimension européenne dans les formations continues et dans les revues juridiques constitue à la fois un défi et un véritable enjeu à cet égard. Dans la nouvelle revue *PubliAdmin*, à paraître prochainement aux éditions La Chartre, des chroniques sont prévues dans ce sens.

Troisièmement, il ne faut pas nécessairement être un habitué du plateau de Kirchberg pour obtenir de bons résultats devant la Cour de justice de l'Union européenne à condition bien entendu de bien s'informer, se préparer et s'entourer de conseils avisés. La Cour a mis à la disposition des plaideurs de précieux outils à cet égard²³.

Il reste que l'on peut regretter le manque de collaboration entre États membres ou de la Commission européenne pour anticiper des difficultés qui vont pourtant grandissantes dans un secteur public aussi important que la formation professionnelle, laquelle est évidemment de nature à augmenter le niveau d'expertise et de service dans l'ensemble de l'Union européenne. Certes, l'Union se crée progressivement au fil des actes juridiques parmi lesquels figure

²³ Par exemple https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_12354/conseils-aux-plaideurs; [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020Q0214\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020Q0214(01)).

la jurisprudence peut-être davantage qu'ailleurs en Europe, mais fondamentalement la jurisprudence européenne reste un pis-aller par rapport aux autres instruments juridiques, par ailleurs coûteux pour toutes les institutions européennes, nationales et internes. Les tensions et contentieux en la matière mériteraient d'être anticipés autrement pour servir davantage la cause européenne et la construction d'une identité commune voire d'une citoyenneté communautaire, par exemple en matière d'enseignement avec la création d'un fonds de compensation européen. À défaut, l'État membre n'aura d'autre choix que de songer à des alternatives moins positives, portant atteinte fût-ce indirectement à l'essence même du principe de la libre circulation des étudiants.

LEXNOW