

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LA XI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 239.739 du 31 octobre 2017

A. 223.394/XI-21.816

En cause : **BOURS** Mathieu,
ayant élu domicile chez
M^{es} Pierre PICHAULT et Anne WERDING, avocats,
rue Louvrex 55/57
4000 Liège,

contre :

- 1. la Communauté française,**
représentée par son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
M^e Philippe LEVERT, avocat,
rue Defacqz 78-80
1060 Bruxelles,
- 2. l'A.R.E.S. (Académie de Recherche et
d'Enseignement supérieur),**
ayant élu domicile chez
M^{es} Joëlle SAUTOIS et Patricia MINSIER, avocats,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles,
- 3. l'Université de Liège,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Nathalie VAN DAMME, Judith MERODIO
et Florence NATALIS, avocats,
place des Nations Unies 7
4020 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite par courrier recommandé le 20 septembre 2017, Mathieu BOURS, demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision « du jury de l'examen d'entrée et d'accès du 11 septembre 2017, selon laquelle Mathieu BOURS a échoué à l'examen d'entrée et d'accès en sciences médicales et dentaires qui s'est déroulé le 8 septembre 2017, n'a pas obtenu d'attestation de réussite et se voit donc refuser l'inscription, l'accès pour l'année académique 2017-2018 au Bloc 1 du Bachelier en médecine à l'Université de Liège ou à toute autre université de la Communauté française ».

Par la même requête, la partie requérante sollicite que soient ordonnées des mesures provisoires.

Par un courrier recommandé du 10 octobre 2017, la partie requérante a également introduit « une requête ampliative ».

II. Procédure

La partie requérante s'est acquittée des droits de rôle le 10 octobre 2017.

Le dossier administratif et des notes d'observations ont été déposés.

Par une ordonnance du 5 octobre 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 20 octobre 2017 à 9 heures 30.

M. Luc CAMBIER, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^{es} Pierre PICHAULT et Anne WERDING, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Me Philippe LEVERT, avocat, comparaissant pour la première partie adverse, M^e Joëlle SAUTOIS, avocat, comparaissant pour la deuxième partie adverse et M^e Judith MERODIO, avocat, comparaissant pour la troisième partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Florence PIRET, auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits utiles à l'examen de la cause

En juin 2016, la partie requérante a terminé avec fruit ses études secondaires supérieures. Durant l'année scolaire 2016-2017, la partie requérante a poursuivi une année d'études secondaires aux États-Unis.

Elle a présenté, le 8 septembre 2017, l'examen d'entrée prévu par le décret de la Communauté française du 29 mars 2017 relatif aux sciences médicales et dentaires.

Elle a obtenu, à l'issue de la délibération du 11 septembre 2017, la moyenne de 16,56/20 pour la partie 1 et de 13,56/20 pour la partie 2 avec une note inférieure à 8/20 en empathie (6,67/20).

Compte tenu de son échec en empathie, le jury d'examen a décidé que la partie requérante n'avait pas réussi l'examen d'entrée en sciences médicales et dentaires.

Cette décision a été publiée sur le site de l'ARES le 14 septembre 2017. Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Mise hors cause

Thèse des deuxième et troisième parties adverses

Les deuxième et troisième parties adverses sollicitent leur mise hors de cause dès lors qu'elles ne sont pas les auteurs de l'acte attaqué.

Décision du Conseil d'État

Aux termes de l'article 4, § 1^{er}, du décret du 29 mars 2017 précité, l'ARES est chargée de la gestion et de l'organisation matérielle et administrative de l'examen d'entrée, conformément à la mission lui confiée par l'article 21, 5°, du décret du 7 novembre 2013 définissant le paysage de l'enseignement supérieur et l'organisation académique des études, qui dispose qu'elle a notamment pour mission « de prendre en charge l'organisation matérielle des tests, épreuves ou examens d'admission communs ».

La deuxième partie adverse, qui n'a en effet participé ni directement, ni indirectement, à l'élaboration de l'acte attaqué doit être mise hors cause.

La troisième partie adverse, fût-elle l'université auprès de laquelle la partie requérante a fait le choix de suivre les cours, n'a participé ni directement, ni indirectement, à l'élaboration de l'acte attaqué. Elle doit également être mise hors cause.

V. La requête ampliative

La partie requérante expose que la requête ampliative a été introduite à la suite de la prise de connaissance, postérieurement à l'introduction de son recours, du dossier administratif ainsi que de son épreuve d'examen et du corrigé de celle-ci.

Dans la mesure où la requête ampliative tend à compléter l'argumentation initialement soulevée à la suite de la prise de connaissance de pièces nouvelles, il y a lieu de la déclarer recevable.

VI. Examen des moyens

VI.1. Le premier moyen

Thèse de la partie requérante

La partie requérante prend un premier moyen de la violation de l'article 24, § 3, de la Constitution, de l'article 2 du Premier Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 13, § 2, c), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, de la violation du droit au libre choix d'une activité professionnelle consacré par l'article 23 de la Constitution et par l'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, et de la violation du principe de *standstill* consacré par les articles 23 de la Constitution et 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

Se référant à l'avis de la section de législation du Conseil d'État (n° 60.452) rendu sur l'avant-projet de décret, elle soutient, en substance, que l'examen d'entrée instauré par le décret du 29 mars 2017 précité porte une atteinte inadmissible au droit d'accès à l'enseignement, dès lors qu'il ne repose sur aucune justification objective et raisonnable au regard des « besoins et possibilités de la communauté et de l'individu ». Elle affirme que le législateur communautaire ne peut justifier une mesure attentatoire à un droit fondamental que sur la base de considérations qui ressortent de l'exercice de ses propres compétences. Elle fait aussi valoir que la mise en place d'un examen d'entrée constitue une limitation inadmissible à la liberté d'exercer l'activité professionnelle de son choix et au principe de *standstill* « dès lors qu'elle concrétise un recul significatif dans la protection du droit à l'instruction, par rapport à celui qui existait au moment de l'entrée en vigueur des dispositions internationales et constitutionnelles qui consacrent ce principe ».

Elle ajoute que le législateur communautaire ne justifie pas valablement le choix d'instaurer un examen d'entrée, alors qu'il admet que la solution d'un concours à l'issue des 60 premiers crédits du programme d'études de premier cycle est moins attentatoire aux droits fondamentaux en cause. Elle considère que le recours à un examen d'entrée n'est pas une mesure permettant d'atteindre l'objectif de garantir la délivrance des numéros INAMI, puisque l'examen ne permet pas de sélectionner un nombre prédéterminé d'étudiants. Selon elle, la mesure choisie risque d'aggraver la

pénurie de médecins constatée dans certaines parties du pays et donc de nuire à la santé publique, dès lors que le quota fédéral risque de ne pas être rencontré. Elle met aussi en cause la nécessité de limiter le nombre d'attestations INAMI, compte tenu de la pénurie « actuellement révélée à plusieurs égards » et ajoute que « les autorités compétentes ont, par leur inertie à adopter des quotas (années 2016-2017 et 2022) et leur incapacité à justifier ces quotas par le passé, démontré l'absence de nécessité et de proportionnalité de ces mesures de contingentement ».

En conclusion, la requérante demande d'interroger la Cour constitutionnelle sur la compatibilité des articles 1 à 10 du décret avec les dispositions visées au moyen.

Décision du Conseil d'État

Le moyen remet en cause le principe même de l'instauration d'un examen d'entrée et d'accès en sciences médicales et dentaires et sa constitutionnalité. La partie requérante sollicite du Conseil d'État qu'il suspende l'exécution de l'acte attaqué après avoir posé des questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle. L'article 26, § 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle est rédigé comme suit:

« Sauf s'il existe un doute sérieux quant à la compatibilité d'une loi, d'un décret ou d'une règle visée à l'article 134 de la Constitution avec une des règles ou un des articles de la Constitution visés au § 1^{er} et qu'il n'y a pas de demande ou de recours ayant le même objet qui soit pendant devant la Cour, une juridiction n'est pas tenue de poser une question préjudicielle ni lorsque la demande est urgente et que le prononcé au sujet de cette demande n'a qu'un caractère provisoire, ni au cours d'une procédure d'appréciation du maintien de la détention préventive ».

Il appartient donc au Conseil d'État d'examiner le caractère sérieux du moyen au regard des critiques émises à l'encontre du décret.

La section de législation, dans son avis n° 60.542 rendu le 21 décembre 2016 sur l'avant-projet de décret appelé à devenir le décret du 29 mars 2017 précité, a indiqué ce qui suit :

« En ce que l'avant-projet de décret tend à limiter l'accès aux études de sciences médicales et de sciences dentaires, il y a lieu de vérifier sa compatibilité avec l'article 24, § 3, de la Constitution, l'article 2 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 13, § 2, c), du Pacte international 'relatif aux droits économiques, sociaux et culturels'.

L'article 24, § 3, de la Constitution dispose notamment que "chacun a droit à l'enseignement dans le respect des libertés et droits fondamentaux". Selon la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle, "cette disposition ne fait pas obstacle à une réglementation de l'accès à l'enseignement, en particulier

celui qui est dispensé au-delà du temps de scolarité obligatoire, en fonction des besoins et des possibilités de la communauté et de l'individu".

L'article 2 du Premier Protocole, selon lequel "nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction", a une portée similaire. Quant à l'article 13, § 2, c), du Pacte, il "ne fait [...] pas naître un droit à l'accès à l'enseignement supérieur. Il s'oppose toutefois à ce que le Royaume de Belgique, après l'entrée en vigueur du Pacte à son égard – le 21 juillet 1983 –, prenne des mesures qui iraient à l'encontre de l'objectif de l'accès en pleine égalité à l'enseignement supérieur en fonction des capacités de chacun. Cette disposition n'empêche pas que l'accès à l'enseignement supérieur soit soumis à des conditions relatives à la capacité des étudiants, pour autant que ces conditions soient conformes au principe d'égalité et de non-discrimination".

C'est sur la base des principes ainsi rappelés que la Cour constitutionnelle a admis, dans son arrêt n° 47/97 du 14 juillet 1997, que la Communauté flamande instaure un examen d'entrée pour les mêmes études. C'est également sur la base des mêmes principes qu'elle a admis dans son arrêt n° 2/2014 du 21 février 2014 que les étudiants admis à poursuivre leur cursus en sciences médicales et en sciences dentaires puissent être sélectionnés par un concours organisé à l'issue de leur première année d'étude. Cette admissibilité de principe a été confirmée par la section de législation du Conseil d'État dans son avis 57.513/2 donné le 10 juin 2015 à propos du dispositif actuellement contenu dans les articles 110/1 et suivants du décret du 7 novembre 2013 'définissant le paysage de l'enseignement supérieur et l'organisation académique des études'.

Il en ressort que, tout comme une sélection par concours, un examen d'entrée, qui consiste à limiter l'accès à l'enseignement en fonction des capacités des étudiants, n'est pas, en son principe même, incompatible avec l'égalité d'accès à l'enseignement supérieur en fonction des capacités de chacun. Il convient toutefois encore d'examiner si cette limitation à l'accès à l'enseignement supérieur est bien raisonnablement justifiée par "les besoins et les possibilités de la communauté et de l'individu" ».

Elle a ensuite considéré que les explications données par l'auteur du projet pour justifier le choix d'imposer un examen d'entrée n'étaient pas juridiquement admissibles et a invité le législateur communautaire à en revoir la justification.

Il ressort de la réponse donnée à cet égard dans l'exposé des motifs du décret du 29 mars 2017 précité que l'auteur du décret n'est pas opposé au principe, ni même à la nécessité d'un contingentement fédéral, pour autant que celui-ci se base sur des prévisions objectives des besoins de professionnels de la santé pour les années à venir. L'auteur du projet considère également que le contingentement fédéral justifie l'adoption de mécanismes de limitation à l'accès des études en sciences médicales/dentaires, en indiquant qu'il a toujours privilégié un système de concours à l'issue de la première année d'études plutôt que l'instauration d'un examen à l'entrée de celles-ci.

Comme l'a incidemment relevé la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 103/2017 du 1^{er} septembre 2017, « [i]l ressort des travaux préparatoires du décret que l'objectif du législateur est le suivant : "le présent décret, sans traduire l'adhésion du

Gouvernement de la Fédération Wallonie-Bruxelles au mécanisme de l'examen d'entrée, instaure un tel mécanisme dans l'objectif de garantir la délivrance d'une attestation INAMI, par l'État fédéral, aux étudiants diplômés de deuxième cycle en sciences médicales et dentaires. Le présent dispositif met donc également en place un examen d'entrée, organisé de manière centralisée pour l'année académique 2017-2018 par l'ARES et dont la réussite est une condition d'accès au cycle d'études" (*Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 2016-2017, n° 410/1, p. 4) » (considérant B.2.).

La Cour constitutionnelle a déjà admis que des mécanismes de sélection à l'entrée des études ou à l'issue d'une première année d'études puissent être fondés sur des objectifs liés au contingentement fédéral. Dans l'arrêt n° 2/2014 du 16 janvier 2014, elle a jugé que la limitation de l'accès des étudiants à une deuxième année d'études du bachelier en médecine est raisonnablement proportionnée à l'objectif légitime « d'éviter que nombre d'étudiants ne soient contraints de constater à l'issue de longues et coûteuses études achevées avec succès, qu'il n'auraient pu exercer la profession pour laquelle ils s'étaient formés, en raison des limites fixées par la réglementation fédérale [...] et, par conséquent, de réserver les diplômes requis à ceux qui étaient les plus aptes à l'exercice de ces professions » (considéran^ts B.9.2. et B.11). Dans l'arrêt n° 47/97 du 14 juillet 1997, la Cour a également admis que l'instauration d'un examen à l'entrée des études de médecine n'était pas disproportionnée à l'objectif poursuivi de limiter le nombre de diplômés en vue du contingentement fédéral. La garantie de la délivrance d'attestations INAMI aux étudiants diplômés constitue une justification admissible, fondée sur « les besoins et les possibilités de la communauté et des individus », le législateur précisant, à cet égard, avoir « fait le choix de protéger l'octroi de ces attestations (notamment considérant les pénuries et les besoins futurs) ».

Quant au choix d'un examen d'entrée, le législateur communautaire avance deux motifs. Le premier d'entre eux paraît, certes, non admissible, dès lors qu'il fait état de pressions exercées par le Gouvernement fédéral. Le second motif paraît cependant constituer une justification exacte, pertinente et raisonnable à l'instauration d'un examen d'entrée. Le législateur communautaire expose faire le choix d'une telle mesure, parce qu'il ne dispose pas de « chiffres précis, fiables et respectés relativement à la prochaine planification fédérale ».

Dans son arrêt n° 47/97 du 14 juillet 1997, la Cour constitutionnelle a jugé que « l'instauration d'un examen d'entrée interuniversitaire [en Communauté flamande], qui n'implique pas un *numerus fixus*, pour les formations en médecine et en dentisterie et non, jusqu'à présent, pour les autres formations médicales ou paramédicales qui seraient confrontées à une pléthore de diplômés n'est pas

déraisonnable, compte tenu notamment du fait que l'article 35^{nonies} de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice de l'art de guérir, de l'art infirmier, des professions paramédicales et aux commissions médicales se borne jusqu'à présent à autoriser le Roi à limiter l'accès aux professions de médecin et de dentiste, et ne peut en soi être considérée comme contraire à l'article 24, § 3, de la Constitution. La mesure n'apparaît pas non plus disproportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur communautaire qui consiste à limiter le nombre de diplômés dans les orientations précitées sans faire correspondre totalement le nombre de diplômés de ces orientations d'études avec les chiffres fédéraux de contingentement » (considérant B.3.3).

Tel est également l'objectif poursuivi par l'auteur du décret critiqué : il expose qu'en l'absence de données précises et fiables produites par le Gouvernement fédéral, il considère qu'un examen d'entrée qui « ne préten[d] pas filtrer un nombre prédéfini de lauréats, semble aujourd'hui la forme la plus stable à proposer ». Par ailleurs, il n'est nullement établi que l'instauration d'un concours serait moins attentatoire aux droits fondamentaux visés au moyen. Au contraire, un système de *numerus clausus* ne sélectionne pas uniquement les étudiants en fonction de leurs capacités, à la différence d'un examen capacitaire, puisque, lors d'un concours, l'étudiant doit non seulement réussir les épreuves mais encore être classé en ordre utile.

Quant à l'obligation de *standstill*, il faut constater que même dans l'hypothèse où l'instauration d'un examen d'entrée constituerait un recul significatif dans la protection des droits fondamentaux invoqués, la mesure entreprise paraît *prima facie* justifiée par l'intérêt général, pour les raisons qui viennent d'être exposées.

Le moyen ne revêt pas, au regard des éléments qui précèdent, le caractère sérieux requis et il n'y a pas lieu de poser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suggérée par la partie requérante.

VI.2. *Le deuxième moyen*

Thèse de la partie requérante

La partie requérante prend un deuxième moyen de la violation du droit à l'instruction consacré par les articles 2 du Premier Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 23 et 24 de la Constitution et 13, § 2, c), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, de la violation du droit au libre choix d'une activité professionnelle consacré par les articles 23 de la Constitution et 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, des articles 10 et

11 de la Constitution et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et d'une délégation excessive de pouvoir. Elle conteste l'inclusion de la matière de l'empathie dans l'examen d'entrée et d'accès. Elle estime que l'évaluation de l'empathie ne poursuit pas de but légitime ou, à tout le moins, ne permet pas d'atteindre le but légitime qui serait poursuivi et constitue une atteinte disproportionnée au droit à l'instruction et au droit au libre choix d'une activité professionnelle. Elle expose longuement qu'une épreuve écrite, standardisée, imposée avant le début des études, alors que le jeune de 17-18-19 ans est en plein développement de sa personnalité, ne permet pas d'évaluer l'empathie dont il sera capable lorsqu'il sera médecin. Elle affirme que l'empathie n'est pas une capacité et que, tout en ayant échoué à cette épreuve, elle est tout à fait capable de réussir des études en sciences médicales. Elle relève que la matière de l'empathie ne figure pas dans le programme du cours de bachelier en médecine/dentisterie et rappelle qu'une limitation de l'accès à l'enseignement supérieur n'est autorisée que si elle est établie, de manière égale pour tous, en fonction des capacités de chacun.

La partie requérante soutient encore qu'il appartenait au seul législateur de déterminer le programme détaillé de l'examen « dès lors qu'il touche à l'adéquation et la proportionnalité de la mesure au regard des droits fondamentaux auxquels il est porté atteinte ». Elle en déduit que le législateur ne pouvait déléguer cette matière au Gouvernement et que l'habilitation décrétable est excessive.

Elle suggère d'interroger la Cour constitutionnelle sur la compatibilité de l'article 3 du décret du 29 mars 2017 avec les dispositions visées au moyen en ce que cette disposition inclut comme matière d'examen « l'empathie » et empêche un étudiant qui n'obtient pas la note de 8/20 au moins pour l'épreuve d'accéder aux études de premier cycle en sciences médicales et sciences dentaires.

Décision du Conseil d'État

L'article 3, alinéa 1^{er}, du décret du 29 mars 2017 prévoit que « L'examen d'entrée et d'accès en sciences médicales et/ou dentaires est organisé sous forme d'épreuve écrite comportant deux parties » et que la deuxième partie intitulée « Communication et analyse critique de l'information » a notamment pour objet l'« [é]valuation de la capacité à faire preuve d'empathie, de compassion, d'équité et de respect ». L'article 3, alinéa 2, habilite le Gouvernement à arrêter le programme détaillé de l'examen sur proposition du jury de l'examen d'entrée et d'accès.

Le législateur indique, dans l'exposé des motifs, en quoi il estime que les matières de l'examen sont adéquates avec l'objectif poursuivi. Quant à la deuxième partie de l'examen, il expose ce qui suit :

« La deuxième partie de l'examen évalue les aspects de communication et l'analyse critique de l'information considérés comme importants pour l'exercice d'une profession des soins de santé, en particulier celle de médecin ou de dentiste. Elle mesure dès lors des compétences personnelles et des savoirs-être qui démontrent des qualités intrinsèques du candidat » (exposé des motifs, p. 6).

Il est précisé, plus loin, que « L'examen de ces matières d'empathie est organisé dans différents pays. L'ensemble des matières correspond soit à des savoirs de base qui doivent pouvoir être mobilisés par les étudiants à l'entame de leur formation de premier cycle, soit à des compétences humaines d'analyse critique et d'empathie » (p. 13).

L'objectif poursuivi par le législateur consiste donc, pour la deuxième partie de l'examen, à évaluer la capacité des candidats à faire preuve du niveau d'empathie nécessaire pour entamer des études en sciences médicales et exercer, par la suite, la profession de médecin ou de dentiste. L'objectif poursuivi paraît légitime.

Par ailleurs, un test d'empathie qui identifie les prérequis nécessaires à l'entame des études en sciences médicales/dentaires permet *prima facie* d'atteindre cet objectif.

Quant à l'habilitation faite au gouvernement, elle ne paraît pas excessive dans la mesure où le législateur a fixé, à l'article 3 du décret, les matières qui composent les deux parties de l'examen d'entrée et d'accès. Le législateur a donc fixé les éléments essentiels du programme de l'examen d'entrée et d'accès et laissé au Gouvernement le soin de définir le détail de ce programme.

Dès lors qu'il n'existe pas de doute sérieux quant à la compatibilité du décret avec les normes constitutionnelles de référence invoquées dans la question préjudicielle que les requérants suggèrent de poser, il n'y a pas lieu d'interroger la Cour constitutionnelle au state du référé d'extrême urgence.

Le moyen n'est pas sérieux.

VI.3. Le troisième moyen de la requête initiale et le septième moyen de la requête ampliative

Thèse de la partie requérante

Dans sa requête initiale, la partie requérante prend un troisième moyen de la violation de l'article 3 du décret du 29 mars 2017 relatif aux études de sciences médicales et dentaires, de la violation du droit à l'instruction garanti par l'article 2 du Premier Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les articles 23 et 24 de la Constitution et

l'article 13, § 2, c), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, de la violation du droit au libre choix d'une activité professionnelle consacré par les articles 23 de la Constitution et 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, de la violation des principes du raisonnable et de proportionnalité, des principes de l'information préalable, de prévisibilité, de sécurité juridique et de légitime confiance, de l'égalité de traitement et de la non-discrimination, de l'interdiction de l'arbitraire, du défaut de motivation adéquate, pertinente et suffisante et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle soutient qu'il est impossible d'évaluer l'empathie d'un étudiant sur la base d'un questionnaire à choix multiple constitué de 10 items et qu'un tel test n'a pas pu être scientifiquement validé. Elle ajoute que ce test était inadapté à des jeunes de 17-18-19 ans – toujours en pleine construction de leur personnalité et pour qui il est impossible de se projeter dans la situation d'un professionnel de la santé aguerri. Selon elle, le test aurait dû se limiter à identifier les prérequis en empathie qui tiennent compte de l'âge des candidats (comme c'est le cas du test imposé en Flandre). N'ayant pas encore eu accès à sa copie au moment du dépôt des requêtes, la partie requérante reprend certaines des questions qui auraient été posées, en dénonçant le manque d'information sur le contexte des mises en situation proposées aux candidats. Elle affirme qu'il y a plusieurs réponses potentiellement correctes et que l'ARES aurait dû la prévenir qu'elle devait choisir, parmi les réponses correctes, la meilleure réponse possible. Elle en déduit que les étudiants ont été induits en erreur (violation des principes de sécurité juridique et de légitime confiance).

Dans sa requête ampliative, la partie requérante produit une « expertise du volet "empathie" de l'examen d'entrée en sciences médicales et dentaires » réalisée par le Professeur Reginald BURTON, psychométricien, ainsi que l'avis rédigé par le Docteur Claudia HERRERA, psychiatre-psychothérapeute, tendant à établir le caractère inadéquat de cinq questions posées à l'épreuve d'empathie, soit que ces questions n'évaluent pas l'empathie, soit que plusieurs des réponses proposées sont correctes. Elle ajoute que ce sont justement ces cinq questions (n°47, 48, 49, 53 et 54) qui lui ont posé problème.

Toujours dans sa requête ampliative, la partie requérante prend un septième moyen de la violation du principe de prévisibilité et de sécurité juridique, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, de l'interdiction de l'arbitraire, de la violation du droit à l'instruction garanti par l'article 2 du Premier Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les articles 23 et 24 de la Constitution et l'article 13, § 2, c), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et de l'erreur manifeste d'appréciation. Elle soutient qu'il ressort de la liste que lui a communiquée la partie adverse que le

groupe d'experts pour la matière « empathie » n'était pas valablement composé, en violation de l'article 7 du Règlement d'ordre intérieur. La partie requérante précise qu'il manquait un inspecteur de l'enseignement secondaire ainsi qu'un expert de l'Université de Mons. Elle émet par ailleurs, des doutes sur la qualité d'expert en « empathie » de madame Michèle GUILLAUME, qui est Professeur au Département de Santé publique de la Faculté de médecine de l'ULG et « ne semble pas, par définition, avoir développé une expertise professionnelle particulière portant sur des questions d'empathie ». Elle ajoute que même si le groupe d'experts pour la matière « empathie » est majoritairement constitué de psychologues – qui disposent de certaines connaissances par rapport au concept d'empathie –, cela ne signifie pas qu'ils sont compétents pour élaborer un questionnaire destiné à évaluer l'empathie d'un jeune. Elle dénonce encore l'absence de procès-verbal qui aurait permis d'établir que le groupe d'experts aurait mené un travail de qualité et considère que le contenu du compte rendu du groupe d'experts « empathie » – établi pour les besoins de la cause – ne témoigne pas d'une approche scientifique et valide.

Décision du Conseil d'État

Si le législateur (article 2, § 3, du décret du 29 mars 2017) et le jury de l'examen (article 7 du Règlement d'ordre intérieur) ont prévu la présence d'experts pour assister le jury dans ses travaux lors de l'élaboration des questions et de la délibération des résultats, c'est pour garantir la validité scientifique des épreuves de la deuxième partie de l'examen.

Pour la deuxième partie de l'examen, l'article 7 du Règlement d'ordre intérieur ne prévoit pas la présence d'un inspecteur de l'enseignement général, puisque, comme il est précisé dans l'annexe à l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 19 avril 2017 arrêtant le programme détaillé de l'examen, « la deuxième partie de l'examen [peut] être passée sans préparation spécifique », ce qui est conforme à la volonté du législateur.

Par ailleurs, si l'article 7 du Règlement d'ordre intérieur prévoit la constitution de groupes d'experts par matière, composés, outre le membre du jury, d'un expert par institution, l'absence de l'un ou l'autre expert n'implique pas la nullité des questions élaborées par le groupe de la matière considérée. En l'occurrence, l'absence de deux experts en « empathie » s'explique par le fait que l'Université de Mons n'a pas pu désigner un expert spécifiquement affecté à la matière « empathie » et que l'expert désigné par l'ULB a dû se retirer, en raison d'un conflit d'intérêt, sans que l'institution n'ait proposé quelqu'un d'autre pour le poste.

Quoi qu'il en soit, la partie requérante ne conteste pas la qualité d'experts en « empathie » d'au moins deux membres du groupe de travail concerné (à savoir, Monsieur Martin Desseilles et Madame Moïra Mikolajszak). Par ailleurs, il est établi que le jury de l'examen s'est entouré, tant lors de l'élaboration des questions que pour la délibération des résultats, de docimologues, qui disposent d'une expertise pour garantir la qualité et la validité des questionnaires de l'examen.

La présence d'experts en « empathie » et de docimologues et leur participation effective aux travaux du jury sont suffisamment établies par les pièces du dossier (désignation par le jury d'experts « empathie », invitation de ces experts à la réunion introductive, compte-rendu établi par le membre du groupe matière « empathie », délibérations du jury de l'examen des 11 et 21 septembre 2017).

Si l'expertise du Professeur BURTON et l'avis du docteur HERRERA émettent un « doute certain » sur la validité du test d'empathie (pour reprendre l'expression du Professeur BURTON en conclusion de son expertise), il n'est permis au Conseil d'État, juge de la légalité objective, que de sanctionner les erreurs manifestes d'appréciation. Un « doute », même qualifié de « certain », ne permet pas au Conseil d'État de constater l'existence d'une telle erreur, alors qu'il est établi que les membres du jury se sont effectivement entourés des garanties prévues par le législateur pour assurer la validité du test d'empathie.

Les troisième et septième moyens ne sont pas sérieux.

VI.4. Le quatrième moyen

Thèse de la partie requérante

La partie requérante prend un quatrième moyen de la violation du droit à l'instruction garanti par l'article 2 du Premier Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les articles 23 et 24 de la Constitution et l'article 13, § 2, c), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et de la violation du droit au libre choix d'une activité professionnelle consacré par les articles 23 de la Constitution et 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Elle soutient que le seuil de réussite fixé par l'article 3 du décret du 29 mars 2017 à 8/20 pour chaque matière évaluée porte une atteinte injustifiée aux droits fondamentaux visés au moyen. Elle affirme que lui refuser l'accès aux études en sciences médicales pour la seule et unique raison d'avoir une note inférieure à 8/20 dans une seule matière de la deuxième partie ne tient pas compte de ses capacités globales, alors qu'en Communauté flamande les capacités des étudiants sont, lors de l'examen d'entrée,

évaluées dans leur ensemble et que « les méthodes de sélection à travers le monde n'évaluent jamais l'empathie de manière isolée ce qu'omet de préciser le législateur dans son décret ». La partie requérante sollicite d'interroger la Cour constitutionnelle sur la compatibilité du décret du 29 mars 2017 avec les dispositions visées au moyen en ce qu'il requiert au moins une note équivalente à 8/20 pour chaque matière évaluée et n'évalue pas les capacités de l'étudiant dans leur globalité.

Décision du Conseil d'État

La fixation d'un seuil de réussite est inhérente à l'organisation d'une session d'examen. Le seuil de 8/20 fixé par le législateur communautaire pour chaque matière évaluée ne paraît pas déraisonnable. Par ailleurs, les capacités des candidats sont évaluées dans leur globalité, puisqu'une moyenne d'un minimum de 10/20 est exigée pour chacune des deux parties de l'examen.

Dès lors qu'il n'existe pas de doute sérieux quant à compatibilité du décret avec les normes constitutionnelles de référence invoquées dans la question préjudicielle que la partie requérante suggère de poser, il n'y a pas lieu d'interroger la Cour constitutionnelle au stade du référé d'extrême urgence.

Le moyen n'est pas sérieux.

VI.5. Le cinquième moyen

Thèse de la partie requérante

La partie requérante prend un cinquième moyen de la violation du droit à l'instruction garanti par l'article 2 du Premier Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les articles 23 et 24 de la Constitution et l'article 13, § 2, c), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, de la violation du droit au libre choix d'une activité professionnelle consacré par les articles 23 de la Constitution et 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution et de l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et d'une délégation excessive de pouvoir. Elle conteste les justifications données par le législateur pour l'organisation unique de l'examen d'entrée pour l'année académique 2017-2018 et affirme que ces justifications sont contredites par la possibilité prévue par le décret d'organiser deux sessions à partir de l'année académique 2018-2019. Elle ajoute qu'il y a une discrimination par rapport aux futurs candidats qui auront éventuellement la

possibilité de présenter deux fois l'examen d'entrée la même année académique. Elle fait également valoir que le législateur ne pouvait déléguer au Gouvernement le choix d'une ou de deux sessions (délégation excessive). Elle demande d'interroger la Cour constitutionnelle sur la compatibilité de l'article 1^{er} du décret du 29 mars 2017 avec les dispositions visées au moyen, en ce que cette disposition limite l'examen d'entrée et d'accès à une seule session pour l'année académique 2017-2018 mais prévoit la possibilité d'organiser deux sessions pour les années académiques à venir.

Décision du Conseil d'État

Le grief d'inconstitutionnalité tiré de l'absence de deux sessions pour l'année académique 2017-2018 comme les critiques qui sont dirigées contre l'habilitation accordée au Gouvernement d'organiser dans le futur deux sessions ne sont pas de nature à affecter la légalité de la décision d'échec qui constitue l'objet du présent recours.

En tout état de cause, l'organisation d'une session unique est justifiée, dans les travaux préparatoires, par au moins deux motifs qui semblent *prima facie* pertinents, exacts et admissibles :

- il fallait laisser le temps aux étudiants qui ont passé le concours à la fin du mois de juin 2017 et n'ont pas été classés en ordre utile de se préparer convenablement pour l'examen d'entrée, lequel porte sur des matières sensiblement différentes. Il n'aurait pas été admissible que ces étudiants bénéficient d'une seule chance alors que tous les autres auraient pu présenter deux fois l'examen.
- Des contraintes organisationnelles rendaient impossible l'organisation d'une épreuve en juin 2017. Celles-ci sont confirmées par l'avis rendu le 13 décembre 2016 par l'ARES sur l'avant-projet de décret. L'ARES précise qu'elle ne dispose pas du personnel et de l'expérience pour mettre sur pied un tel examen et qu'elle devra recourir, par le biais de marchés publics, à de nombreux prestataires privés et externes. L'ARES en déduit, pour prévenir tout problème et s'assurer que tout puisse être prêt dans les délais, qu'en 2017, une seule session doit être organisée en septembre mais qu'il pourrait y en avoir deux dès l'année suivante.

La différence de traitement dénoncée paraît donc reposer sur une justification raisonnable.

Le moyen n'est dès lors pas sérieux.

VI.6. Le sixième moyen

Thèse de la partie requérante

La partie requérante prend un sixième moyen de la violation du principe de prévisibilité et de sécurité juridique, de l'interdiction de l'arbitraire, de la violation de l'égalité de traitement et de la non-discrimination, de la violation du droit à l'instruction garanti par l'article 2 du Premier Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les articles 23 et 24 de la Constitution et l'article 13, § 2, c), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, et de l'erreur manifeste d'appréciation. Elle soupçonne le jury d'avoir fait application de l'article 12 du Règlement d'ordre intérieur en modifiant, de manière arbitraire et discriminatoire, les résultats de l'examen, tout en précisant ne pas disposer, au jour du dépôt de sa requête, des procès-verbaux des délibérations du jury. Dans sa requête ampliative, elle expose, sur la base d'une formule mathématique tirée de la littérature scientifique, que, vu le nombre de questions posées – 10 items – pour le test d'empathie, la valeur repère – en-deçà de laquelle le r.bis indique que la question pose problème – est égale à 0,316. Se référant au « détail des coefficients r.bis corrigés » communiqué par l'ARES, elle constate que, pour la matière de l'empathie, « trois (au minimum une) questions se trouvent en-dessous de ce seuil et auraient dû être analysées en profondeur et faire l'objet d'une délibération » (questions n° 50, 54 et 55), ce qui n'a pas été le cas. Selon elle, en négligeant d'examiner ces questions alors qu'il a accepté de le faire pour l'ensemble des autres matières, le jury de l'examen l'a discriminée et n'a pas fondé sa décision « sur des données factuelles et juridiques pertinentes et précises, dont l'existence permet d'écarter tout arbitraire dans son chef ».

Décision du Conseil d'État

À la suite des pièces communiquées par la partie adverse, la partie requérante ne reproche plus au jury de l'examen d'avoir fait application du coefficient r.bis, mais bien de ne pas en avoir fait usage pour le test d'empathie alors qu'il l'a fait pour les autres matières.

Dans les procès-verbaux des délibérations des 11 et 21 septembre 2017, le jury de l'examen renseigne très précisément les cas dans lesquels il a été fait usage des prérogatives accordées par l'article 12 du Règlement d'ordre intérieur, à chaque fois,

à l'avantage des étudiants, en donnant un point à tous les candidats pour la question neutralisée.

La partie requérante reconnaît, elle même, que même à fixer la valeur repère du coefficient r.bis des bonnes réponses à 0,316, une seule question du test d'empathie peut vraiment apparaître comme problématique, à savoir la question n° 10 avec un coefficient de 0,25. Le caractère problématique de cette question est cependant démenti par le taux de réussite de 95,16% obtenu pour cette question. Le moyen ne peut être tenu pour sérieux.

Les conditions requises par l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État pour que soit accueillie une demande de suspension ne sont pas réunies. En conséquence, la demande de mesures provisoires doit également être rejetée.

VII. L'indemnité de procédure

Les parties adverses sollicitent chacune la condamnation de la partie requérante à une indemnité de procédure, fixant le montant de celle-ci au taux de base de 700 euros.

L'ARES ainsi que l'Université de Liège sont mises hors de cause par le présent arrêt, en sorte qu'elles ne peuvent plus être qualifiées de parties à la procédure. Il en résulte qu'elles n'ont pas droit à une indemnité de procédure.

Pour le surplus, il y a lieu de relever qu'en l'espèce, la nature même du litige introduit par une jeune partie requérante étudiante, par hypothèse sans ressources sauf exception non établie en l'espèce, démontre une « capacité financière » minimale voire nulle dans son chef. Il y a donc lieu de faire droit à la demande d'indemnité de procédure formulée par la première partie adverse mais de réduire celle-ci au montant de 140 euros, conformément à l'article 30/1 des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

L'Académie de Recherche et d'Enseignement supérieur et l'Université de Liège sont mises hors cause.

Article 2.

Les demandes de suspension et de mesures provisoires, introduites selon la procédure d'extrême urgence, sont rejetées.

Article 3.

Une indemnité de procédure de 140 euros est accordée à la première partie adverse, à charge de la partie requérante.

Les autres dépens, liquidés à 200 euros, sont également mis à charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XI^e chambre siégeant en référé, le trente et un octobre deux mille dix-sept par :

M ^{me} Colette DEBROUX,	président de chambre,
M. Luc CAMBIER,	conseiller d'État,
M. Yves HOUYET,	conseiller d'État,
M. Samy DJERBOU,	greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président,

Samy DJERBOU

Colette DEBROUX