

CONSEIL D'ETAT
REQUETE EN ANNULATION
Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs les membres,

POUR :

– Le **Groupe d'information et de soutien des immigré·e·s**¹ (Gisti) représenté par son Président en exercice, Stéphane Maugendre, domicilié en son siège, 3 Villa Marcès, 75011 Paris.

Demandeur

CONTRE :

Monsieur le Ministre du Redressement productif, 139, rue de Bercy, 75572 Paris Cedex 12.

Monsieur le Ministre délégué chargé du Budget, 139 rue de Bercy, 75572 Paris Cedex 12.

Défendeur

OBJET : Demande d'annulation de l'arrêté conjoint du ministre du redressement productif et du ministre délégué chargé du budget du 23 décembre 2013 modifiant l'arrêté du 2 mai 2013 fixant le montant des droits de scolarité dans les écoles nationales supérieures des mines de Paris, de Saint-Etienne, d'Alès, de Douai, de Nantes et d'Albi-Carmaux (JORF n° 0300 du 27 décembre 2013 page 21503, texte n° 48).

¹ Veuillez noter que le nom du Gisti a changé pour prendre en compte le fait que les « immigrés » sont aussi des immigré·e·s.

I. FAITS

En dehors des règles d'entrée et de séjour, le principe, ainsi que l'écrit le président Stirn (*Les libertés en question*, Montchrestien, 6^e éd.), est qu'« en matière de libertés publiques, les étrangers disposent en France des mêmes droits que les Français ». Tel est donc le cas des étudiants étrangers qui, dès lors qu'ils résident en France, disposent des mêmes droits au sein des universités que les ressortissants français ou européens et ont accès à l'enseignement supérieur dans les mêmes conditions qu'eux.

Nonobstant cette règle désormais bien établie, un arrêté conjoint du ministre du redressement productif et du ministre délégué chargé du budget, compétents, en vertu des textes réglementaires relatifs aux Écoles nationales supérieures des mines de Paris, de Saint-Etienne, d'Alès, de Douai, de Nantes et d'Albi-Carmaux (décrets n° 91-1033, 91-1034, 91-1035, 91-1036, 91-1037 du 8 octobre 1991 et décret n° 93-38 du 11 janvier 1993), pour fixer le montant des droits d'inscription et des droits de scolarité, a instauré des droits de scolarité différenciés pour l'ensemble de ces Écoles.

Cet arrêté du 23 décembre 2013 (JO du 27 décembre) a modifié l'arrêté du 2 mai 2013 fixant le montant des droits de scolarité dans les six écoles nationales supérieures des mines dans les termes suivants :

Article 1^{er}. – L'article 1^{er} de l'arrêté du 2 mai 2013 susvisé est complété ainsi qu'il suit :

« Le montant annuel des droits de scolarité en formation d'ingénieurs initiale et continue diplômante des écoles nationales supérieures des mines de Paris, de Saint-Etienne, d'Alès, de Douai, de Nantes et d'Albi-Carmaux est fixé à 1 850 euros pour les ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, commençant leur scolarité postérieurement au 30 juin 2014.

Article 2. – Après l'article 1^{er} de l'arrêté du 2 mai 2013 susvisé, sont insérés les articles 1^{er}-1 et 1^{er} 2 ainsi rédigés :

« Art. 1^{er}-1.- Le montant annuel des droits de scolarité en formation d'ingénieur sous statut d'étudiant des écoles nationales supérieures des mines de Paris, Saint-Etienne, Alès, Douai, Nantes et Albi-Carmaux est fixé à 3 850 euros pour les non-ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, commençant leur scolarité postérieurement au 30 juin 2014.

[...]

Par conséquent, à compter de la rentrée 2014-2015 :

– les étudiants ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen commençant leur scolarité postérieurement au 30 juin 2014, acquitteront des droits de scolarité d'un montant de **1 850 euros** ;

– les étudiants ressortissants d'un pays tiers commençant leur scolarité postérieurement au 30 juin 2014 acquitteront des droits de scolarité d'un montant de **3 850 euros**, soit **un supplément tarifaire de 2 000 euros** par rapport à leur condisciples français ou originaires d'un État membre.

Il sera démontré que cette décision constitue à la fois : une violation des principes constitutionnels d'égalité et de gratuité de l'enseignement public, une violation du principe de non-discrimination consacré par divers engagements internationaux de la France, et une discrimination dans l'accès au droit à l'instruction consacré par l'article 2 du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

II. DISCUSSION

A. Sur la recevabilité

1. Sur la compétence du Conseil d'État en premier et dernier ressort

La compétence du Conseil d'État ne fait aucun doute dans la mesure où l'article R.311-1 du Code de la justice administrative dispose que :

« Le Conseil d'Etat est compétent pour connaître en premier et dernier ressort :

2° Des recours dirigés contre les actes réglementaires des ministres ainsi que contre les actes des ministres qui ne peuvent être pris qu'après avis du Conseil d'Etat ; »

L'arrêté attaqué a un caractère réglementaire et relève dès lors de votre compétence.

2. Sur les délais

La présente requête a été enregistrée dans un délai de deux mois à compter de la publication de l'arrêté contesté au *Journal officiel*.

3. Sur l'intérêt à agir du Gisti

L'intérêt à agir du Gisti pour défendre les droits des étudiants étrangers a été reconnu dans plusieurs décisions du Conseil d'Etat (CE, 26 juillet 1982, *Gisti et SGEN-CFDT*, au Lebon ; CE, 14 mars 1986, *Gisti*, aux tables ; CE, 23 septembre 1992, *Gisti et MRAP*, au Lebon p. 346 ; CE, 14 décembre 2001, *Gisti et Sud-étudiants*, au Lebon).

La présente décision, en ce qu'elle institue une différence de traitement fondée exclusivement sur la nationalité s'agissant de l'accès aux écoles de l'Institut Mines-Télécom, affecte directement les droits des étudiants étrangers, ici leur droit d'accès à l'instruction universitaire.

Par ailleurs, par délibération de son bureau, le Gisti a expressément autorisé son président à introduire la présente requête en annulation contre l'arrêté attaqué.

L'association requérante justifie donc de son intérêt et de sa qualité à agir.

B. Sur la légalité de la disposition critiquée

1. Sur la légalité externe

L'arrêté a été pris par une **autorité incompétente**. En effet, en vertu de l'article 34 de la Constitution, seul le législateur pouvait instaurer un traitement différencié dans l'accès à l'enseignement supérieur en fonction de la nationalité. L'article 34 réserve à la loi le soin de fixer les règles relatives à la nationalité et aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques.

Or, le droit à l'instruction a été consacré de manière continue par la jurisprudence constitutionnelle française relative tant à la liberté de conscience (Cons. Constit., DC n° 93-329 du 13 janvier 1994, « *révision de la loi Falloux* ») qu'au principe d'égalité (Cons. Constit., DC n° 2001-450 du 11 juillet 2001, *Loi portant DDOS*) comme une liberté fondamentale applicable aux études universitaires, le conseil constitutionnel ayant interprété ce droit comme fondant une obligation de répondre aux besoins d'éducation de tous dans des conditions conformes au principe d'égalité.

L'exigence d'égal accès à l'instruction étant désormais une garantie fondamentale accordée aux citoyens pour l'exercice de leurs libertés publiques, elle relève dès lors de la compétence du législateur en vertu de l'article 34 de la constitution. Plus particulièrement, le pouvoir réglementaire ne pouvait, dans l'exercice de ses prérogatives, établir une différence de traitement fondée sur la nationalité s'agissant des modalités d'accès à l'université, plus particulièrement des modalités de tarification du service assuré par un établissement d'enseignement supérieur.

Le ministre du redressement productif et le ministre délégué chargé du Budget n'étaient donc pas compétents pour adopter la disposition critiquée.

2. Sur la légalité interne

La disposition critiquée constitue à la fois une méconnaissance du principe d'égalité (2.1.) et une discrimination directement fondée sur la nationalité prohibée par les engagements internationaux de la France (2.2). Elle va également à l'encontre du principe de gratuité de l'enseignement public (2.3).

2.1 Sur l'atteinte au principe constitutionnel d'égalité

Au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat, du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme il ne fait aucun doute que des droits d'inscription différenciés pour les

étudiants ressortissants de pays tiers dans un établissement universitaire constituent une méconnaissance du principe d'égalité garanti notamment par l'article 6 de la DDHC et 1^{er} de la Constitution.

2.1.1 La portée du principe constitutionnel d'égalité s'agissant des étrangers

D'une manière générale, les étrangers résidant régulièrement sur le territoire français bénéficient, dans les mêmes conditions que les nationaux, du principe d'égalité (CE, Ass., 1978, *Gisti*, *CGT*, *CFDT* ; Cons. Constit., décision, n° 93-325 DC du 13 août 1993, « statut constitutionnel des étrangers », cons. 3). Le principe d'égalité s'étend naturellement aux conditions d'accès à l'enseignement supérieur et ce, quel que soit le statut des établissements en question, dès lors que ceux-ci concourent au service public de l'enseignement (Cons. Constit., DC n° 2001-450 du 11 juillet 2001, *Loi portant DDOS*).

Dans sa décision du 30 juin 1989, *Ville de Paris et Bureau d'aide sociale de Paris c/ Levy* (Lebon p. 157), le Conseil d'État avait déjà censuré la délibération d'un conseil municipal créant une allocation de congé parental d'éducation et en réservant le bénéfice aux seules familles dont au moins un parent était français. Sur requête du *Gisti*, vous avez aussi censuré un décret qui instaurait une procédure particulière pour l'accès des étudiants étrangers à l'enseignement supérieur (CE, 26 juill. 1982, Lebon p. 285), un décret limitant dans des conditions particulières la durée de validité du document de circulation délivré à certains étrangers (CE, 9 févr. 1994, Lebon, tables, p. 939) ou encore, partiellement, les dispositions réservant l'attribution de la médaille de la famille française aux parents de nationalité française (CE, 17 déc. 2003, Lebon, tables, p. 636).

Dans le prolongement de ces jurisprudences et de l'arrêt *Villemain* (CE, Ass., 28 juin 2002, *Villemain*, Lebon p. 229 ; RFDA 2002, p. 723, concl. S. Boissard ; AJDA 2002, p. 586, chron. F. Donnat et D. Casas), c'est dans l'arrêt *Gisti* d'Assemblée de 2006, à propos de l'exclusion des ressortissants de pays tiers du droit de vote et d'éligibilité aux chambres de métiers et de l'artisanat que le Conseil d'État a posé le cadre de l'application du principe d'égalité aux étrangers :

« *Considérant que l'institution d'une différence de traitement entre [nationaux/UE et ressortissants de pays tiers], laquelle n'est pas la conséquence nécessaire d'une loi, implique l'existence ou de différences de situation de nature à justifier ces différences de traitement ou de nécessités d'intérêt général en rapport avec le rôle et les prérogatives [en jeu] qui auraient commandé de telles discriminations* » (CE, Ass., 31 mai 2006, n° 273638, *Gisti*, RFDA, 2006, p. 1194, concl. D. Casas).

Comme l'expliquait Didier Casas dans ses conclusions :

« *En définitive, il nous semble que lorsqu'une réglementation introduit une différence de traitement entre deux catégories de personnes, vous exercez un contrôle à double détente : un contrôle de l'erreur de droit sur la pertinence du critère discriminant (15 mai 2000, *Barroux*, Lebon p. 172) et un contrôle de proportionnalité quant à l'ampleur de la différence de traitement (Ass., 28 juin 2002, *Villemain*, Lebon p. 229 ; RFDA 2002, p. 723, concl. S. Boissard ; AJDA 2002, p. 586, chron. F. Donnat et D. Casas)* ».

Si on applique cette grille de lecture, il ne fait aucun doute que les 2000 euros de frais d'inscription supplémentaires imposés aux étudiants suisses et ressortissants de pays tiers est contraire au principe d'égalité.

2.1.2 L'absence de toute justification objective et raisonnable à la différence de frais d'inscription imposé aux ressortissants d'Etats tiers

2.1.2.1 Sur la non-pertinence du critère de nationalité s'agissant de la modulation des frais de scolarité

La décision attaquée fait usage du critère exclusif de la nationalité des étudiants étrangers pour moduler les frais d'inscription qui leur sont applicables. Or, ce critère est, au regard de votre jurisprudence, dénué de toute pertinence.

En effet, dans un arrêt rendu sur requête du *Gisti*, le Conseil d'État avait précisé l'étendue du principe d'égalité s'agissant de l'accès des étudiants étrangers (CE, 26 juill. 1982, Lebon p. 285). Avait ici été censuré un décret instaurant une procédure d'inscription dérogatoire pour les étudiants étrangers en

tant que celle-ci concernait indistinctement **les étudiants résidant d'ores et déjà en France** et les étudiants sollicitant une admission dans une université française depuis leur pays d'origine.

Ainsi, si l'objet de la procédure d'admission préalable, à savoir la vérification du niveau linguistique et du niveau d'étude des candidats, était légitime en tant qu'elle visait les étudiants résidant hors de France, elle ne l'était pas en tant qu'elle concernait également les étudiants étrangers résidant déjà sur le territoire national.

Il ressort donc de cet arrêt que si les étrangers résidant hors de France ne se trouvent pas dans la même situation que les candidats français et peuvent donc être soumis à des règles spécifiques, **il n'en va pas de même des étrangers résidant en France, qui doivent être soumis aux mêmes règles que les étudiants français ou européens.**

Or, précisément, la voie d'accès de droit commun aux écoles visées par l'arrêt est celle du concours, à savoir le concours commun des Ecoles des mines. Ces concours ayant lieu à l'issue de deux ans de scolarité au sein de classes préparatoires aux grandes écoles, cela implique que **la majorité des candidats non ressortissants de pays membres de l'Union européenne ont d'ores et déjà leur résidence en France.**

La considération de nationalité ne répond donc à aucun critère objectif de nature à justifier une différence de traitement : elle n'est pas liée à la notion de « résidence » évoquée par l'arrêt précité et elle **ne correspond pas non plus à une considération linguistique** puisque les États de provenance des étudiants étrangers correspondent en partie à des États dont le français est langue officielle.

De plus, issus de classes préparatoires aux grandes écoles dont l'enseignement se déroule en français, ces étudiants se trouvent également placés dans la même situation selon un critère linguistique. Enfin, elle n'a pas non plus pour objet ni pour effet de préjuger du **niveau académique** des candidats à l'immigration. En effet, il est connu que seuls les meilleurs élèves des classes préparatoires parviennent à entrer dans une des Ecoles des mines, le contrôle du niveau académique des étudiants étant effectué dans le cadre de procédures d'admission particulièrement sélectives.

Ainsi, les Ecoles nationales supérieures des mines ne peuvent se prévaloir du fait que les étudiants non ressortissants de l'Union européenne seraient, dans leur ensemble, dans une situation différente : le critère de nationalité n'est lié ici à aucune spécificité pédagogique de cette catégorie d'étudiants étrangers, puisqu'il s'agit majoritairement d'étudiants issus des classes préparatoires aux grandes écoles, ayant donc suivi rigoureusement le même cursus de formation initiale. De plus, nombre de ces étudiants sont titulaires du baccalauréat français.

Enfin, la différenciation tarifaire fondée sur la nationalité n'a pas non plus pour objet ou pour effet de tenir compte des ressources financières des élèves de ces écoles, l'une des rares hypothèses pour lesquelles le Conseil d'Etat a admis qu'une différenciation tarifaire puisse correspondre à un motif d'intérêt général directement en rapport avec l'objet en service (CE, 29 décembre 1997, *Commune de Gennevilliers et Commune de Nanterre*).

De ce fait, l'usage du critère de nationalité dans la détermination des frais d'inscription applicables aux différentes catégories d'étudiants ne répond à aucune différence de situation objectivement appréciable, ni à aucun intérêt en rapport avec l'intérêt du service.

2.1.2.2 Sur le caractère disproportionné du supplément de 2 000 euros des frais d'inscription applicables aux étudiants non ressortissants d'un état-membre de l'Union européenne

Instaurant une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité, l'augmentation des frais d'inscription imposée aux étudiants suisses et ressortissants de pays-tiers est en outre **manifestement disproportionnée.**

En effet, le présent arrêt a pour objet et pour effet d'imposer à ceux-ci un supplément de **2 000 euros** de frais d'inscription par rapport aux sommes que doivent acquitter les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne.

Rappelons à titre liminaire que si les établissements d'enseignement supérieur peuvent percevoir, en sus des droits d'inscription en vue de l'obtention d'un diplôme national, des rémunérations pour services rendus, cette faculté ne leur est offerte qu'à la condition que les prestations correspondantes

soient facultatives et clairement identifiées et que ces droits spécifiques n'aient pas un caractère forfaitaire et obligatoire (CE 7 juill. 1993, *Univ. Pierre Mendès-France*, req. n° 144310 : *Tables Lebon*, 810).

Cette règle n'est pas valable s'agissant des grands établissements dès lors que ceux-ci préparent à des diplômes spécifiques, ne faisant pas l'objet d'un cadrage national ; à l'inverse, les frais d'inscription demandés aux étudiants préparant au sein de l'établissement un diplôme reconnu nationalement obéissent à la règle précitée (CE 28 déc. 2005, *Univ. de Paris-Dauphine*, req. n°s 285760, 285761, 285762, 285763, 283992, 283993 et 282994: LIJ n° 103, mars 2006.9).

Or, si les Ecoles nationales supérieures des mines ont bien le statut de grand établissement, les frais d'inscription visés dans l'arrêté concernent le cursus de droit commun menant au diplôme d'ingénieur, diplôme reconnu au niveau national.

En l'espèce, les Ecoles des mines ne laissent apparaître aucune prestation complémentaire de nature à justifier une telle différence de tarification.

De plus, quand bien même une différence de tarification serait justifiée au regard des règles rappelées ci-dessus, seule l'existence d'une **prestation spécifiquement dédiée aux étudiants étrangers** pourrait justifier une différence de traitement de ce type ; encore faudrait-il que cette différence de tarification corresponde au montant desdites prestations.

Rappelons à cet égard que la discrimination tarifaire doit être proportionnée à l'éventuel objectif d'intérêt général poursuivi (CE 13 octobre 1999, *Compagnie nationale Air France c/ Aéroports de Paris*). Les droits les plus élevés ne doivent notamment pas être supérieurs au coût par usager de la prestation concernée (CE, 18 mars 1994, *Mme Dejonckee*).

Or, rien ne permet d'affirmer que les écoles susvisées aient mis en place des prestations spécifiquement dédiées aux étudiants non-ressortissants de pays tiers, ni que ces éventuelles prestations spécifiques atteignent annuellement un montant de 2000 euros.

2.2 Méconnaissance du principe de non discrimination en raison de la nationalité

La disposition critiquée porte atteinte à la fois au droit à l'égalité sans discrimination fondée sur la nationalité garanti par l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) (2.1.1) et au principe de non-discrimination garanti par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) (2.1.2.).

2.2.1. La portée autonome et la violation de l'article 26 du PIDCP

L'article 26 du PIDCP prévoit :

« Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

a) La portée autonome de cet article n'a pas été jusqu'ici reconnue par le Conseil d'État. La présente affaire pourrait fournir l'occasion d'une évolution de votre jurisprudence qui – une fois n'est pas coutume – consisterait à revenir sur une interprétation *contra legem* : la jurisprudence issue de l'**avis Doukouré de 1996** a neutralisé la portée de l'article 26 du PIDCP en dégageant *contra legem* la nécessité de rattacher cette disposition à un autre droit ou liberté garanti par ce Pacte (les dispositions de l'article 26 du PIDCP ne seraient « invocables que par les personnes qui invoquent une discrimination relative à l'un des droits civils et politiques énumérés par ce pacte » : CE, avis, 15 avr. 1996, *Doukouré*, n° 176399). Depuis 1996, le Conseil d'Etat a constamment maintenu cette jurisprudence – notamment dans une demi-douzaine d'arrêts *Gisti* - sans jamais fournir la moindre justification (v. en dernier lieu CE, 13 février 2013, *Gisti*, n° 353864, tables). L'avis lui-même a été rendu sur les conclusions contraires du commissaire du gouvernement Philippe Martin (*RFDA*. 1996, p. 808, concl. Ph. Martin).

Or l'article 26 du PIDCP pose un principe général autonome d'égalité devant la loi sans discrimination en prescrivant que « toutes les personnes sont égales devant la loi » et qu'elles ont « droit sans

discrimination à une égale protection de la loi » sans discrimination tenant « *notamment* » à l'origine nationale ou « *toute autre situation* ». Ces stipulations sont reconnues d'applicabilité directe (CE, ass., 23 nov. 1984, *Roujansky et a.*; CE, 5 mai 2008, *Koubi et Gisti*, n° 293934). Compte tenu de l'existence de l'article 2 § 1 et de la rédaction de l'article 26 du PIDCP, il ne fait aucun doute que le principe d'égalité devant la loi a un caractère autonome. Maintenir cette jurisprudence équivaut à priver de tout effet l'article 26 du PIDCP.

C'est aussi aller à l'encontre de l'interprétation constamment retenue par le Comité des droits de l'homme des Nations unies lorsqu'il indique que « *l'article 26 ne se contente pas de réitérer les garanties déjà prévues à l'article 2* » et que les principes affirmés dans cette stipulation « *revêtent une portée générale* » (CDH, Comm. n°172/1984, 9 avr. 1987, *Broeks c/ Pays-Bas* ; CDH, Comm., n°196/1985, *Ibrahima Gueye c/ France*, 3 avr. 1989 ; RUDH, 1989, p. 62 ; AFDI 1989, p. 424, note G. Cohen-Jonathan). Dans son Observation générale n°18 (1989) consacrée à la non-discrimination, le Comité confirme que l'article 26 du Pacte ne se borne pas à interdire la discrimination dans la jouissance des droits reconnus par le Pacte, mais constitue une clause indépendante, formulant un droit général à la non-discrimination dans tout domaine de la vie sociale (O. De Schutter, « Article 26 » in E. Decaux (dir), *Commentaire article par article du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Economica, 2007). La doctrine autorisée reconnaît d'ailleurs que ce sont uniquement des « *considérations d'opportunité* » qui ont « *poussé l'assemblée du contentieux [dans l'affaire Doukouré] à retenir une interprétation a minima [sic] de l'article 26 [...], pour ne pas introduire en droit interne un substitut du principe constitutionnel d'égalité* » (chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot sous CE, Sect. 23 avril 1997, *Gisti*, AJDA. 1997, p.435). En 2002 encore, le Comité des droits de l'homme a rappelé que « *l'article 26 ne reprend pas simplement la garantie déjà énoncée à l'article 2, mais prévoit par lui-même un droit autonome. L'application du principe de non-discrimination énoncé à l'article 26 n'est donc pas limitée aux droits stipulés dans le Pacte* » (CDH, comm. n°854/1999, 26 juill. 2002, *Wackenheim c/ France* ; RTDH 2003.1017, note M. Levinet).

Le contexte paraît mûr, aujourd'hui, pour faire évoluer la jurisprudence. Si l'Assemblée l'a maintenue dans l'arrêt *Bleitrach* (CE, Ass., 22 octobre 2010, *Marianne Bleitrach*, n° 301572, Lebon), c'est parce que, disent les commentateurs autorisés, « *l'issue du litige ne [dépendait] pas de ce moyen* » (chron. D. Botteghi et A. Lallet sous CE, Ass. 22 octobre 2010, *Mme Bleitrach* ; AJDA 2010 p. 2207). Ces mêmes commentateurs reconnaissent que la position défendue par le commissaire du gouvernement Philippe Martin en 1996 dans ses conclusions sur *Doukouré* a conservé toute sa « *pertinence* » et constitue une « *application orthodoxe des règles de lecture des textes* ». Ils posent donc fort justement « *la question de la pérennité de cette jurisprudence, qui maintient une position opposée aux instances internationales chargées d'appliquer le Pacte* ». Ces arguments doivent, selon eux, « *inviter, à l'avenir, à revisiter une jurisprudence dont nous pensons qu'elle porte la marque d'une époque où le contrôle de conventionnalité n'était pas encore totalement acclimaté devant le juge administratif et, surtout, où le contrôle de constitutionnalité n'avait pas atteint son développement actuel* » (*ibid.*). Il est donc temps que le Conseil d'Etat saisisse la nouvelle occasion offerte par le présent recours pour abandonner cette jurisprudence et mettre le droit français en conformité avec le droit international des droits de l'homme.

b) L'article 26 du PIDCP s'appliquant de manière autonome, il peut utilement être invoqué par les associations requérantes au soutien de leur requête à l'encontre de la disposition réglementaire critiquée. Or, il a été précédemment démontré que le tarif différencié des frais d'inscription spécifique aux ressortissants de pays tiers et aux Suisses constitue une différence de traitement fondée directement sur la nationalité et ne repose sur aucune justification objective et raisonnable (CDH, Comm., n°196/1985, *Ibrahima Gueye c/ France*, 3 avr. 1989).

Cette disposition réglementaire sera donc censurée en tant qu'elle viole le droit à l'égalité garanti par l'article 26 du PIDCP.

2.2.2 Violation de l'article 14 de la CEDH combiné avec les articles 1^{er} et 2 du premier protocole

a) La mesure entre dans le champ des articles 1^{er} et 2 du premier protocole additionnel. L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme conserve, en ce qui concerne la France qui n'a pas ratifié le protocole n° 12, un caractère accessoire : il ne peut être invoqué que conjointement avec la violation d'un droit ou d'une liberté garanti par la convention ou ses protocoles additionnels (CEDH,

plénière, 23 juill. 1968, n° 1474/62, « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » : série A, n° 6, § 9, p. 33).

– En l'espèce, l'article 14 doit être combiné avec le *droit à l'instruction* garanti par l'article 2 du premier protocole additionnel à la CEDH, qui s'applique aussi à l'enseignement supérieur : dans l'arrêt *Leyla Sahin*, la Cour déclare en effet : « *on concevrait mal que les établissements de l'enseignement supérieur existant à un moment donné échappent à l'empire de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1. Ledit article n'astreint certes pas les Etats contractants à créer des établissements d'enseignement supérieur. Néanmoins, un Etat qui a créé de tels établissements a l'obligation de veiller à ce que les personnes jouissent d'un droit d'accès effectif à ceux-ci* » (Cour EDH, G.C. 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, Req. n° 44774/98, § 137). Le supplément de frais d'inscription appliqué aux Suisses et ressortissants d'Etats tiers à l'Union Européenne entre indiscutablement dans le champ de l'article 2 du premier protocole puisqu'il institue un obstacle financier à l'accès au plus haut niveau d'enseignement, obstacle pouvant potentiellement et sans aucun doute priver un certain nombre d'étudiants ressortissants de pays tiers de la possibilité, faute de ressources suffisantes, de poursuivre leurs études au sein des écoles d'ingénieur visées par l'arrêt.

– Dans la mesure où cette augmentation concerne aussi les ressortissants de pays tiers et de la Suisse qui sont d'ores et déjà installés en France et y paient leurs impôts l'arrêt contesté entre aussi dans le champ de l'article 1^{er} du protocole n°1 qui garantit le *droit aux biens*. En effet, au travers des impôts les étrangers résidant en France contribuent de la même manière que les nationaux au financement des établissements universitaires.

b) Pour la Cour européenne des droits de l'homme une distinction a un caractère discriminatoire dès lors qu'elle n'a pas « *de justification objective et raisonnable* », c'est-à-dire si la mesure ne poursuit pas un « *but légitime* » ou s'il n'y a pas un « *rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* » (CEDH, plénière, 23 juill. 1968, no 1474/62, affaire « *relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* », préc. p. 34, § 10). La Cour estime certes que « *les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement* » (CEDH, 16 déc. 1996, n° 17371/90, *Gaygusuz c/ Autriche*). Mais, s'agissant de certains motifs de discriminations, en particulier ceux qui reposent sur l'origine ethnique ou raciale, la nationalité ou le sexe, la cour exige de « *très fortes raisons* » pour admettre ce type de justifications (CEDH, sect. 1, 9 janv. 2003, no 39392/98, *L. et V. c/ Autriche*, § 50. Pour une application par le Conseil d'Etat : CE, 30 nov. 2001, n° 212179, *Min. de la Défense c/ Diop* : RFDA 2002, p. 573, concl. J. Courtial).

Comme cela a été démontré précédemment **il n'existe à la différence de traitement contestée aucune justification objective et raisonnable**, c'est-à-dire aucun but légitime en rapport avec les conditions dans lesquelles les étudiants Suisses et ressortissants de pays tiers accèdent à l'enseignement supérieur et poursuivent leurs études supérieures.

Pour ce motif également, la disposition contestée encourt la censure.

2.3 Sur la violation du droit à l'instruction et du principe de gratuité de l'enseignement supérieur

La mesure attaquée porte atteinte aussi bien au principe d'instauration progressive de la gratuité de l'enseignement supérieur posée par le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (2.3.1), qu'au préambule de la Constitution de 1946 qui fait de la gratuité de l'enseignement public l'un des « principes particulièrement nécessaires à notre temps » (2.3.2).

2.3.1 Sur la violation de l'article 13 du Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

a) La portée de l'article 13 du PIDESC relatif à la gratuité de l'enseignement supérieur

L'article 13§2c du PIDESC dispose que « L'enseignement supérieur doit être rendu accessible à tous en pleine égalité, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés et notamment par **l'instauration progressive de la gratuité** ».

Le Comité des droits sociaux et culturels de l'ONU a interprété cet article, dans son observation générale n°13 sur le droit à l'éducation, comme signifiant que « [...] *les États doivent certes donner la priorité à la gratuité de l'enseignement primaire, mais qu'ils ont aussi l'obligation de prendre des mesures concrètes en vue d'assurer à terme la gratuité de l'enseignement secondaire et de l'enseignement supérieur.* »

Ainsi, si l'article 13 du Pacte n'oblige pas les États à instaurer de manière immédiate la gratuité de l'enseignement supérieur, elle oblige néanmoins ceux-ci à **prendre des mesures** pour tendre vers une gratuité de celui-ci.

Cette instauration de la gratuité de l'enseignement supérieur concerne également les étudiants étrangers, les droits contenus au sein du PIDESC s'appliquant à tous les ressortissants des Etats signataires de manière non discriminatoire. Or la décision contestée, en ce qu'elle augmente de 3000 euros les frais d'inscription exigibles des étudiants étrangers, va dans le sens exactement opposé à l'instauration progressive de la gratuité des études universitaires.

b) De l'invocabilité directe de l'article 13 du PIDESC.

Dans l'arrêt *Gisti* de 1997, le Conseil d'État avait jugé, sans suivre son commissaire du gouvernement, que seules sont susceptibles d'être utilement invoquées à l'appui de conclusions tendant à l'annulation d'une décision administrative, « *qu'elle soit individuelle ou réglementaire* », les stipulations de conventions internationales produisant un effet direct à l'égard des particuliers (CE sect., 23 avril 1997, *Gisti*, RFDA 1997 p. 585)

Réinterprétant les conditions d'invocabilité directe des normes internationales, l'arrêt *Gisti et Fapil* (CE, Ass., 11 avril 2012, *Gisti et Fapil*, RFDA 2012, p. 547) donne une définition à la fois claire et plus large de la notion : une stipulation est d'effet direct lorsqu'elle « *n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats* » et « ne requiert l'*intervention d'aucun acte complémentaire* pour produire des effets à l'égard des particuliers ».

L'effet direct de l'article 13 du Pacte international de droits économiques, sociaux et culturels ne fait donc ici pas de doute. En disposant que l'enseignement doit être « rendu accessible à tous en pleine égalité », il pose une norme qui n'appelle l'intervention d'aucun acte complémentaire s'agissant de l'obligation de protéger les étudiants contre des mesures restreignant leur droit à l'égalité d'accès à l'instruction. Le principal effet de cet article est d'ouvrir aux particuliers un droit à l'égalité d'accès aux établissements d'enseignement supérieur. En toute logique, les justiciables peuvent donc se prévaloir directement de cet article pour obtenir l'annulation juridictionnelle de mesures allant dans le sens contraire.

On peut rappeler au surplus qu'un protocole additionnel au PIDESC adopté le 10 décembre 2008, prévoit la possibilité pour les particuliers ou groupes de particuliers, après épuisement des voies de recours interne, de saisir le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CoDESC) s'ils sont victimes d'une violation du Pacte. La perspective de ratification de ce protocole rend d'autant plus nécessaire de développer l'invocabilité des stipulations de ce Pacte devant les juridictions internes.

c) De l'invocabilité d'exclusion de l'article 13 du PIDESC.

Si l'invocabilité directe de l'article 13 du Pacte n'était néanmoins pas retenue, il faudrait au minimum reconnaître à cette disposition **une invocabilité d'exclusion**, comme le proposait très récemment Gaëlle Dumortier dans ses conclusions sur l'arrêt *Gisti et Fapil* du 11 avril 2012 (RFDA, 2012, p. 547). Elle reprenait sur ce point la proposition de reconnaître un effet indirect aux stipulations qui ne sont pas directement invocables formulée par Ronny Abraham dans ses conclusions sur l'arrêt de Section du 23 avril 1997, *Gisti* (RFDA 1997 p. 585). Cela revenait, expliquait-il, à appliquer le régime juridique des directives communautaires aux stipulations des normes internationales dépourvues d'effet direct : à l'instar du contrôle exercé par la CJUE, ce type de dispositions devrait servir de guide pour l'interprétation des dispositions nationales (CJUE 8 mars 2011, *Lessochranarske zoskupenie VLK*, aff. C-240/09, RTD eur. 2011. 662, obs. C. Flaesch-Mouglin et I. Bosse-Platière ; ibid. 819, obs. L. Coutron).

Car, soulignait le commissaire du gouvernement Abraham, à l'image des directives, « ces stipulations obligent l'Etat à atteindre les objectifs qu'elles fixent, en mettant en vigueur les dispositions légi-

slatives et réglementaires nécessaires ». Et bien que celles-ci « laissent à l'Etat le choix de la forme et des moyens, en l'investissant d'une certaine marge de liberté pour arrêter le contenu des normes nationales d'application », elles visent néanmoins « à créer des droits au profit des particuliers », . Dès lors, ceux-ci seraient « fondés à se plaindre du caractère incorrect ou incomplet des mesures nationales de transposition, par la voie du recours en annulation ou, le cas échéant, du recours en responsabilité ».

Cette solution, s'agissant précisément de l'article 13 du PIDESC, a été retenue par la Cour constitutionnelle belge. Celle-ci l'a notamment exposée dans l'arrêt du 7 mai 1992 (n° 33/92) de la façon suivante : « *Cette disposition s'oppose [toutefois] à ce que la Belgique, après l'entrée en vigueur du Pacte à son égard - le 6 juillet 1983 -, prenne des mesures qui iraient à l'encontre de l'objectif d'une instauration progressive de l'égalité d'accès à l'enseignement supérieur, en fonction des capacités de chacun, compte tenu de la situation de finances publiques.* »

Le Conseil d'État lui-même **interprète régulièrement le droit national à la lumière des stipulations de normes internationales même dépourvues d'effet direct** (CE, 7 avril 1965, *Secrétaire d'Etat au commerce extérieur c/ Hurni* n° 57537, *Lebon* p. 226 ; CE 27 janvier 1978 association « *France Terre d'asile* », n° 01791 p. 33), admettant aussi la **possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat** en raison d'une loi contraire à des conventions internationales, même si ces stipulations sont dépourvues d'effet direct (CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n° 279522).

Ainsi, quand bien même l'article 13 du PIDESC ne serait pas reconnu d'effet direct, il doit pouvoir en tout état de cause être utilement invoqué dans le cadre d'une technique d'invocabilité d'exclusion. Dès lors que cet article crée *a minima*, à la charge de l'Etat signataire, une **obligation de moyens** s'agissant de l'instauration de la gratuité de l'enseignement supérieur, les mesures réglementaires allant **à l'encontre de cet objectif** doivent être en toute logique annulées.

2.3.2 Sur la violation du 13^e alinéa du préambule de la constitution de 1946

L'augmentation considérable du montant des droits d'inscription est également critiquable au regard du Préambule de la Constitution de 1946, qui rappelle, au titre des principes particulièrement nécessaires à notre temps, que « *l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat* ».

La ministre de l'Enseignement supérieur a rappelé ce principe récemment, comme en témoignent ses propos rapportés dans un article de presse. Évoquant la hausse des droits d'inscription contestée, elle a déclaré : « *Légitime* » ou pas, *augmenter les droits dans l'enseignement supérieur serait anti-constitutionnel [...]* *L'enseignement est gratuit en France et c'est un principe constitutionnel.* » (Benôit Floc'h, « Enseignement supérieur : qui doit payer ? », *Le Monde*, 28 janvier 2014). Et dans le bénéfice de cette gratuité le Constituant n'a fait aucune différence entre les étudiants français et les étudiants étrangers.

Or, si le Conseil d'État n'a pas fait prévaloir dans le passé le principe de gratuité des établissements d'enseignement supérieur (CE, Ass., 28 janv. 1972, *Conseil transitoire de la faculté des lettres et des sciences humaines de Paris*, req. n° 79200 : *JCP* 1973. II. 17296, *note Chevallier*), **c'était en raison de l'impossibilité pour celui-ci de contrôler la constitutionnalité d'une loi de finances prévoyant explicitement l'institution de ces frais.**

Dans les faits de l'espèce, ce sont les décrets n° 91-1033, 91-1034, 91-1035, 91-1036, 91-1037 du 8 octobre 1991 et du n° 93-38 du 11 janvier 1993 relatifs aux Écoles nationales supérieures des mines de Paris, de Saint-Etienne, d'Alès, de Douai, de Nantes et d'Albi-Carmaux qui prévoient, dans leur article 4, que les droits d'inscription sont fixés par arrêté conjoint du ministre chargé du budget, du ministre chargé de l'industrie et du ministre chargé des communications électroniques. Il n'y a donc pas d'écran législatif et rien s'oppose donc à ce que vous fassiez prévaloir, en l'espèce, le principe constitutionnel de gratuité de l'enseignement supérieur.

Dès lors que le 13^e alinéa du préambule de la Constitution de 1946 mentionne explicitement que « *L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État* », l'existence de ce principe ne fait guère de doute, d'autant plus que le Conseil Constitutionnel (Cons. Constit., DC n°2001-450 du 11 juillet 2001, *Loi portant DDOS*) a d'ores et déjà reconnu la pleine et entière application du droit constitutionnel à l'éducation aux établissements d'enseignement supérieur.

L'arrêté qui porte de 850 à 3 850 euros les frais d'inscription pour les étudiants étrangers au sein des Écoles nationales supérieures des mines va dans la **direction exactement opposée** à l'institution de la gratuité des études universitaires prévue par les textes constitutionnels. Le mécanisme d'invocabilité d'exclusion, dont le Conseil d'État a déjà fait usage s'agissant de dispositions du Préambule de 1946 à l'encontre de dispositions réglementaires (CE, Ass., 28 janvier 1972, *Fédération générale des syndicats de police CGT*, n° 75193 75223 75224, au Lebon ; CE, 9 décembre 1996, *Gisti*, n°163044), doit logiquement conduire à annuler la mesure attaquée.

*

PAR CES MOTIFS

L'association requérante demande au Conseil d'Etat :

- d'annuler **l'arrêté du 23 décembre 2013 modifiant l'arrêté du 2 mai 2013 fixant le montant des droits de scolarité dans les six Ecoles nationales supérieures des Mines**, en tant qu'il institue une différenciation tarifaire illégale fondée sur la nationalité entre les étudiants selon qu'ils sont ou non ressortissants d'Etats membres de l'Union européenne ou de l'espace économique européen.
- **de mettre à la charge de l'Etat la somme de mille euros (1 000 €)** au titre des frais engagés pour l'instance et non compris dans les dépens, par application de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

Pour le Gisti

Stéphane Maugendre,
Président du Gisti

*

Liste des pièces jointes

Pièce n° 1 : Arrêté du 23 décembre 2013 modifiant l'arrêté du 27 juillet 2004 fixant le montant des droits de scolarité dans les écoles de l'Institut Mines-Télécom

Pièce n° 2 : Extraits des délibérations du bureau du Gisti en date du 8 février 2014

Pièce n° 3 : Statuts du Gisti