Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MICHAL BOBEK
présentées le 15 novembre 2018 [1]

**Affaire C-393/17**

**Openbaar Ministerie**
**contre**
**Freddy Lucien Magdalena Kirschstein**
**Thierry Frans Adeline Kirschstein**
en présence de
**Vlaamse Gemeenschap**

[demande de décision préjudicielle formée par le hof van beroep te Antwerpen (cour d'appel d'Anvers, Belgique)]

« Renvoi préjudiciel – Marché intérieur – Directive 2006/123/CE – Champ d'application – Définition des services en droit de l'Union – Services d'intérêt général non économiques – Enseignement supérieur financé par des fonds privés – Pratiques commerciales déloyales – Interdiction faite aux établissements non agréés de délivrer des diplômes conférant le grade de master – Sanctions pénales »

## I. Introduction

1. En vertu de la législation de la Vlaamse Gemeenschap (Communauté flamande), seuls les établissements d'enseignement supérieur ayant obtenu un agrément peuvent délivrer certains diplômes. Délivrer ces diplômes sans agrément est passible de poursuites pénales et peut donner lieu à une peine de prison et/ou à une amende.

2. MM. Freddy et Thierry Kirschstein (ci-après les « intimés ») dirigent United International Business Schools of Belgium BVBA (ci-après « UIBS Belgium »), une société établie en Belgique qui fournit des services d'enseignement supérieur. Ils sont poursuivis en justice par les autorités flamandes pour avoir délivré des certificats conférant le grade de « master » à deux reprises au moins, entre 2006 et 2010, sans avoir obtenu l'agrément nécessaire.

1 Langue originale : l'anglais.

3. Les questions qui sont déférées à la Cour dans le contexte factuel spécifique de cette affaire paraissent assez simples : l'interdiction de délivrer des diplômes de master (et les sanctions pénales en cas de non-respect de cette interdiction) imposée en vertu du droit national aux établissements d'enseignement supérieur non agréés est-elle compatible avec la directive 2006/123/CE [2] (ci-après la « directive "services" ») et avec la directive 2005/29/CE [3] relative aux pratiques commerciales déloyales (ci-après la « directive PCD ») ?

4. Cette affaire soulève toutefois une question préalable relative au champ d'application matériel des deux législations invoquées par la juridiction de renvoi, question à laquelle il est sans doute plus difficile de répondre : les programmes d'enseignement supérieur constituent-ils des services au regard du droit de l'Union ? Et dans l'affirmative, de quels services s'agit-il ? Peuvent-ils relever de la catégorie des *services d'intérêt général non économiques* que prévoit la directive « services » ?

## II. Le cadre juridique

### *A. Le droit de l'Union*

#### *1. La directive « services »*

5. Le considérant 34 de la directive « services » indique ce qui suit : « Selon la jurisprudence de la Cour de justice, pour déterminer si certaines activités, notamment celles qui sont financées par les pouvoirs publics ou fournies par des entités publiques, constituent un "service", il convient de les examiner au cas par cas et de tenir compte de toutes leurs caractéristiques, notamment la manière dont elles sont fournies, organisées et financées dans l'État membre concerné. La Cour de justice a estimé que la caractéristique essentielle de la rémunération réside dans le fait que celle-ci constitue la contrepartie économique des services en cause et que cette caractéristique est absente dans le cas des activités qui sont accomplies, sans contrepartie économique, par l'État ou pour le compte de l'État, dans le cadre de ses missions dans les domaines social, culturel, éducatif et judiciaire, tels que les cours dispensés au sein du système d'éducation nationale ou encore la gestion des régimes de sécurité sociale qui n'ont aucune activité de nature économique. Les montants versés par les destinataires à titre de participation aux frais de fonctionnement d'un système, par exemple les frais d'inscription ou de scolarité payés par les étudiants, ne constituent pas en eux-mêmes une rémunération dans la mesure où le service est toujours essentiellement financé par des fonds publics. Ces activités ne sont donc pas couvertes par la définition de "service" à l'article 50 du traité et n'entrent donc pas dans le champ d'application de la présente directive. »

6. L'article 1er de la directive « services » dispose :

« 1. La présente directive établit les dispositions générales permettant de faciliter l'exercice de la liberté d'établissement des prestataires ainsi que la libre circulation des services, tout en garantissant un niveau de qualité élevé pour les services.

2. La présente directive ne traite pas de la libéralisation des services d'intérêt économique général, réservés à des organismes publics ou privés, ni de la privatisation d'organismes publics prestataires de services.

2 Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur (JO 2006, L 376, p. 36).

3 Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) nº 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales ») (JO 2005, L 149, p. 22).

3. […]

La présente directive ne porte pas atteinte à la faculté des États membres de définir, conformément au droit [de l'Union], ce qu'ils entendent par services d'intérêt économique général, la manière dont ces services devraient être organisés et financés conformément aux règles relatives aux aides d'État ou les obligations spécifiques auxquelles ils doivent être soumis.

[…]

5. La présente directive n'affecte pas les règles de droit pénal des États membres. Toutefois, les États membres ne peuvent restreindre la libre prestation des services en appliquant des dispositions pénales qui réglementent ou affectent de façon particulière l'accès à une activité de service ou l'exercice d'une telle activité à l'effet de contourner les règles énoncées dans la présente directive.

[...] »

7. Conformément à l'article 2 de la directive « services » :

« 1. La présente directive s'applique aux services fournis par les prestataires ayant leur établissement dans un État membre.

2. La présente directive ne s'applique pas aux activités suivantes :

a) les services d'intérêt général non économiques ;

[…]

i) les activités participant à l'exercice de l'autorité publique conformément à l'article 45 du traité

[...] »

8. L'article 4, point 1, définit le « service » comme « toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération, visée à l'article 50 du traité ».

9. Selon l'article 4, point 6, de la directive « services », les termes « régime d'autorisation » désignent « toute procédure qui a pour effet d'obliger un prestataire ou un destinataire à faire une démarche auprès d'une autorité compétente en vue d'obtenir un acte formel ou une décision implicite relative à l'accès à une activité de service ou à son exercice ».

10. L'article 9 de la directive « services », qui figure au chapitre III relatif à la liberté d'établissement des prestataires, est consacré aux régimes d'autorisation. Il dispose :

« 1. Les États membres ne peuvent subordonner l'accès à une activité de service et son exercice à un régime d'autorisation que si les conditions suivantes sont réunies :

a) le régime d'autorisation n'est pas discriminatoire à l'égard du prestataire visé ;

b) la nécessité d'un régime d'autorisation est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général ;

c) l'objectif poursuivi ne peut pas être réalisé par une mesure moins contraignante, notamment parce qu'un contrôle a posteriori interviendrait trop tardivement pour avoir une efficacité réelle.

[…] »

11. En vertu de l'article 13, paragraphe 1, de la directive « services », « [l]es procédures et formalités d'autorisation doivent être claires, rendues publiques à l'avance et propres à garantir aux parties concernées que leur demande sera traitée avec objectivité et impartialité ».

*2. La directive PCD*

12. L'article 1er de la directive PCD dispose que « [l]'objectif de la présente directive est de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs en rapprochant les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte aux intérêts économiques des consommateurs ».

13. L'article 2 de la directive PCD énonce les définitions pertinentes :

« Aux fins de la présente directive, on entend par :

a) "consommateur" : toute personne physique qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ;

b) "professionnel" : toute personne physique ou morale qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel ;

c) "produit" : tout bien ou service, y compris les biens immobiliers, les droits et les obligations ;

d) "pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs" (ci-après également dénommées "pratiques commerciales") : toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs ;

e) "altération substantielle du comportement économique des consommateurs" : l'utilisation d'une pratique commerciale compromettant sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et l'amenant par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ;

[…] »

14. L'article 3 définit le champ d'application de la directive PCD :

« 1. La présente directive s'applique aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, telles que définies à l'article 5, avant, pendant et après une transaction commerciale portant sur un produit.

[…]

8. La présente directive s'applique sans préjudice des conditions d'établissement ou des régimes d'autorisation ou des codes de déontologie ou de toute autre disposition spécifique régissant les professions réglementées que les États membres peuvent imposer aux professionnels, conformément à la législation [de l'Union], pour garantir que ceux-ci répondent à un niveau élevé d'intégrité.

[...] »

15. En vertu de l'article 5 de la directive PCD :

« 1. Les pratiques commerciales déloyales sont interdites.

2. Une pratique commerciale est déloyale si :

a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle,

et

b) elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs.

[…]

5. L'annexe I contient la liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances. Cette liste unique s'applique dans tous les États membres et ne peut être modifiée qu'au travers d'une révision de la présente directive. »

16. Selon le point 2 de l'annexe I de la directive PCD, « [a]fficher un certificat, un label de qualité ou un équivalent sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire » constitue en toutes circonstances une pratique commerciale réputée déloyale. Le point 4 inclut en outre parmi ces pratiques celle qui consiste à « [a]ffirmer qu'un professionnel […] ou qu'un produit a été agréé, approuvé ou autorisé par un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas […] »

17. Conformément à l'article 6, paragraphe 1, de la directive PCD :

« Une pratique commerciale est réputée trompeuse si elle contient des informations fausses, et qu'elle est donc mensongère ou que, d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, elle induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen, même si les informations présentées sont factuellement correctes, en ce qui concerne un ou plusieurs des aspects ci-après et que, dans un cas comme dans l'autre, elle l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement :

a) l'existence ou la nature du produit ;

b) les caractéristiques principales du produit, telles que […] les résultats qui peuvent être attendus de son utilisation […] ;

[...] ».

### *B. Le droit belge*

18. Conformément à l'article 127, paragraphe 1, point 2, de la Constitution belge, il appartient aux Communautés de réglementer l'éducation, à l'exception de la fixation du début et de la fin de l'obligation scolaire, des conditions minimales pour la délivrance des diplômes et du régime des pensions. Aux termes de l'article 24, paragraphe 5, de la Constitution, l'organisation, la reconnaissance ou le subventionnement de l'enseignement par la Communauté sont réglés par la loi ou le décret.

19. En Flandre, l'enseignement supérieur était régi par le Decreet van 4 April 2003 betreffende de herstructurering van het hoger onderwijs in Vlaanderen (décret du 4 avril 2003 relatif à la restructuration de l'enseignement supérieur en Flandre, ci-après le « décret du 4 avril 2003 »). Son article 25, paragraphe 7, prévoyait que « [c]elui qui confère les grades de bachelor ou master avec ou sans spécification ou de docteur (doctor of philosophy en abrégé PhD ou Dr) ou les grades et titres visés aux paragraphes 2, 3, 4, 5 et 5 bis sans y être habilité, sera puni d'une peine d'emprisonnement de huit jours à trois mois et d'une amende de 125 à 500 euros ou de l'une de ces deux peines seulement.» [4]

20. Ce décret du 4 avril 2003 a été abrogé et intégré dans le Codex Hoger Onderwijs (codification des dispositions décrétales relatives à l'enseignement supérieur, ci-après le « code de l'enseignement supérieur ») adopté par le gouvernement flamand le 11 octobre 2013 [5]. Le texte de l'article 25, paragraphe 7, du décret du 4 avril 2003 a été repris à l'article II.75, paragraphe 6, de ce code.

## III. Les faits, la procédure au principal et les questions préjudicielles

21. UIBS Belgium est un établissement d'enseignement supérieur qui n'est pas agréé par les autorités flamandes compétentes. Il est lié à la société suisse Global Education Services Switzerland AG (ci-après « GES Switzerland ») ainsi qu'à la société espagnole Global Education Services Spain SA (ci-après « GES Spain »). Selon la décision de renvoi, UIBS Belgium a exercé une fonction d'appui pour ces deux dernières sociétés en assurant, entre autres, un soutien pédagogique local des formations coordonnées par GES Switzerland au niveau mondial. Diverses formations sont proposées sur les campus d'UIBS Belgium, notamment à Anvers et à Gand. Lorsqu'ils achèvent avec succès ces formations, les étudiants reçoivent un diplôme dont l'intitulé comporte le terme « master ».

22. Les « intimés » sont tous deux actifs au sein d'UIBS Belgium. Le 14 décembre 2015, le rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen (tribunal de première instance d'Anvers, Belgique) les a condamnés à une amende (pénale) de 300 euros chacun pour avoir, en infraction à l'article 25, paragraphe 7, du décret du 4 avril 2003, conféré, sans y être habilités, des diplômes de master aux étudiants de l'établissement anversois d'UIBS Belgium à deux reprises au moins entre 2006 et 2010. Ils ont également été condamnés à payer à la partie civile, la Communauté flamande, la somme de 1 euro à titre de dommages et intérêts, ainsi qu'à supporter les dépens de l'instance.

23. Le 29 décembre 2015, les intimés ont interjeté appel du jugement du rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen (tribunal de première instance d'Anvers). Le même jour, l'Openbaar Ministerie (ministère public, Belgique) a formé un appel incident portant uniquement sur les dispositions pénales du jugement.

24. En appel, le litige s'est cristallisé sur la question de savoir si un établissement d'enseignement supérieur qui propose des programmes d'études peut conférer, en Flandre, le grade de master dans les diplômes qu'il délivre alors qu'il n'a pas été agréé à cette fin par la Communauté flamande. Cette dernière considère qu'il s'agit d'une question d'ordre public et qu'une disposition pénale est donc appropriée pour protéger cet intérêt. Elle soutient qu'empêcher les établissements non agréés de conférer un grade de master, bachelor ou le titre de docteur constitue une mesure adéquate pour garantir la protection de la qualité de ces titres. La Communauté flamande invoque également le fait que les pratiques des intimés aboutissent à une concurrence déloyale sur le marché du travail en ce que les diplômes et les grades correspondants délivrés confèrent un laissez-passer pour accéder au marché du travail sans possibilité de garantir que ces étudiants ont atteint un certain niveau d'éducation.

4 *Moniteur belge* du 14 août 2003.

5 *Moniteur belge* du 27 février 2014.

25. C'est dans ce contexte factuel et juridique que le hof van beroep te Antwerpen (cour d'appel d'Anvers, Belgique) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) La [directive PCD] doit-elle être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à l'article II.75, paragraphe 6, du code de l'enseignement supérieur du 11 octobre 2013, qui impose aux établissements d'enseignement non agréés une interdiction générale d'intituler "master" les diplômes qu'ils délivrent, si cette disposition entend protéger le motif d'intérêt général qu'est la nécessité de garantir un niveau élevé d'enseignement de sorte que le respect des exigences de qualité imposées doit pouvoir être contrôlé ?

2) La [directive « services »] doit-elle être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à l'article II.75, paragraphe 6, du code de l'enseignement supérieur du 11 octobre 2013, qui impose aux établissements d'enseignement non agréés une interdiction générale d'intituler "master" les diplômes qu'ils délivrent, si cette disposition entend sauvegarder un motif d'intérêt général, à savoir la protection des destinataires de services ?

3) La disposition pénale applicable aux établissements d'enseignement non agréés par l'administration flamande qui délivrent des diplômes de "master" est-elle conforme à la condition de proportionnalité énoncée à l'article 9, paragraphe 1, sous c), et à l'article 10, paragraphe 2, sous c), de la [directive « services »] »

26. Les intimés, la Communauté flamande, les gouvernements belge, allemand, italien, néerlandais, polonais, suédois et norvégien ainsi que la Commission européenne ont présenté des observations écrites. Les intimés, la Communauté flamande, les gouvernements belge, suédois et norvégien ainsi que la Commission ont présenté des observations orales lors de l'audience qui s'est déroulée le 11 juillet 2018.

## IV. Appréciation

27. Les présentes conclusions sont structurées de la manière suivante. Je commencerai par formuler quelques remarques liminaires sur les faits de l'espèce et les dispositions nationales applicables (titre A). J'examinerai ensuite si, et dans quelle mesure, des programmes d'enseignement supérieur peuvent être considérés comme des « services » au sens du droit de l'Union (titre B). Tout en gardant ces précisions à l'esprit, je me pencherai alors sur les questions de la juridiction de renvoi : j'examinerai tout d'abord la question de la conformité de la législation nationale avec la directive « services », en analysant conjointement les deuxième et troisième questions (titre C) avant d'aborder l'appréciation de la première question qui concerne la directive PCD (titre D).

### *A. Précisions liminaires*

#### *1. Sur le contexte factuel de la procédure au principal*

28. La décision de renvoi comporte quelques imprécisions factuelles qui pourraient avoir une incidence sur l'analyse juridique de l'affaire. C'est pourquoi la Cour a demandé à la juridiction de renvoi des éclaircissements (au sens de l'article 101 de son règlement de procédure) sur i) l'entité qui a formellement délivré les diplômes en question, et ii) les fonctions des intimés (au sein d'UIBS Belgium), c'est-à-dire la qualité en laquelle ils sont poursuivis.

29. La juridiction de renvoi a répondu qu'elle n'est pas en mesure de préciser quelle est l'entité qui a formellement délivré les diplômes de master, parce que cet élément de fait est contesté dans la procédure au principal. Elle a dès lors rappelé les positions des parties : l'appelant, l'Openbaar Ministerie (ministère public), soutient que les diplômes de master ont été délivrés par UIBS Belgium (qui est établie en Belgique). Les intimés considèrent que ce sont les sociétés GES Switzerland (établie en Suisse) et GES Spain (établie en Espagne) qui les ont délivrés. La juridiction de renvoi ajoute que ces deux entités sont liées à UIBS Belgium puisque cette dernière a toujours exercé une fonction d'appui par rapport à GES Switzerland et GES Spain.

30. En réponse à la seconde demande, la juridiction de renvoi a indiqué que, au moment des faits, Thierry Kirschstein était le gérant de la société UIBS Belgium, dont Freddy Kirschstein était actionnaire. En vertu de l'article 66 du Strafwetboek (code pénal belge), ils sont donc considérés comme les auteurs ou les coauteurs du délit en question.

31. Sur la base des informations transmises par la juridiction de renvoi et compte tenu des déclarations des parties lors de l'audience, je partirai des hypothèses suivantes, tout en gardant à l'esprit qu'il appartient en définitive au juge national d'établir les faits.

32. En premier lieu, la structure d'entreprises dans laquelle s'intègrent UIBS Belgium, GES Switzerland et GES Spain apparaît complexe. Les intimés ont affirmé lors de l'audience que les trois sociétés sont liées. Ces sociétés semblent avoir des actionnaires communs. En ce qui concerne leurs activités respectives, il semblerait qu'UIBS Belgium assurait et gérait localement les activités d'*enseignement* (y compris l'engagement du personnel, les locaux et le fonctionnement quotidien du programme) tandis que GES Spain, dans un premier temps, et ensuite GES Switzerland délivraient les *diplômes*.

33. En deuxième lieu, il est constant que ces trois sociétés n'ont jamais obtenu, pour leurs programmes d'enseignement, d'agrément d'une autorité publique compétente en Flandre ni dans aucun des pays où elles sont actives.

34. En troisième lieu, le programme d'études en question est entièrement financé par des fonds privés. Il a été confirmé lors de l'audience qu'aucune entité publique ne le finançait.

*2. Sur les dispositions nationales applicables*

35. Il convient d'apporter deux précisions supplémentaires sur le champ d'application temporel des dispositions en question ainsi que sur leur champ d'application matériel.

36. Tout d'abord, la juridiction de renvoi a formulé les deux premières questions en se référant à l'article II.75, paragraphe 6, du code de l'enseignement supérieur. La troisième question renvoie à « [l]a disposition pénale applicable aux établissements d'enseignement non agréés par l'administration flamande qui délivrent des diplômes de "master" » sans apporter plus de précisions quant à la nature exacte ni à la source de cette disposition. On peut néanmoins considérer que cela fait également référence à l'article II.75, paragraphe 6, du code de l'enseignement supérieur.

37. Toutefois, tels qu'ils sont présentés dans la décision de renvoi, les faits suggèrent que, en l'espèce, la disposition nationale applicable est l'article 25, paragraphe 7, du décret du 4 avril 2003 et non l'article II.75, paragraphe 6, du code de l'enseignement supérieur.

38. L'article II.75, paragraphe 6, du code de l'enseignement supérieur n'était pas applicable au moment où les faits en cause se sont déroulés. Les intimés sont poursuivis pour avoir illégalement délivré des diplômes de master à deux reprises au moins en 2009 et 2010 et, en tout état de cause, avant 2010[6]. Or, l'article II.75, paragraphe 6, du code de l'enseignement supérieur n'est entré en vigueur qu'en 2013. Auparavant, comme il est indiqué dans l'arrêt de renvoi de la kamer van inbeschuldigingstelling te Antwerpen (chambre des mises en accusation, Anvers, Belgique)[7] (auquel la décision de la juridiction de renvoi fait référence), la disposition applicable était l'article 25, paragraphe 7, du décret du 4 avril 2003. C'est sur le fondement de cette dernière disposition que les intimés ont été poursuivis.

39. Pour autant que je sache, le fait que le contenu de ces deux dispositions soit réputé identique[8] ne rend pas l'article II.75, paragraphe 6, du code de l'enseignement supérieur applicable en l'espèce.

40. C'est pourquoi je suggérerai à la Cour de répondre au juge national en se fondant sur l'article 25, paragraphe 7, du décret du 4 avril 2003.

41. Ensuite, indépendamment du fait que la disposition pertinente soit l'article II.75, paragraphe 6, du code de l'enseignement supérieur ou l'article 25, paragraphe 7, du décret du 4 avril 2003, la juridiction de renvoi met l'accent sur la « disposition pénale » qui sanctionne la délivrance illégale de certains diplômes. Cette disposition, qui constitue le fondement légal des poursuites pénales, se trouve au centre de la troisième question. Les deux premières questions ont toutefois une portée plus large. Elles ne se limitent pas à la problématique des éventuelles sanctions pénales mais abordent plus largement et en amont la question de la compatibilité avec le droit de l'Union d'une législation nationale interdisant aux établissements non agréés de délivrer des diplômes (de master).

42. Comme les deux directives pertinentes ont des champs d'application différents, cette double possibilité quant aux règles invoquées a suscité quelques discussions au cours de la procédure sur le point de savoir quel devrait être l'objet précis du renvoi préjudiciel. D'une part, il a été suggéré que la Cour ne devrait pas examiner la question des sanctions (la troisième question), parce qu'il s'agit d'une question de droit pénal qui ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union. D'autre part, il a également été suggéré que la Cour ne peut se pencher que sur la question des sanctions mais qu'elle ne peut pas examiner la procédure d'agrément sous-jacente (les première et deuxième questions) puisque ces questions, et l'affaire, ne portent que sur une disposition nationale prévoyant des sanctions.

43. Certes, le plaisir de manger du salami suppose (d'ordinaire) que l'on soit libre de choisir de quel côté l'entamer. Toutefois, aux fins de la présente affaire, j'aimerais suggérer que l'on s'en tienne aux questions posées par la juridiction nationale, tout en respectant la logique inhérente aux dispositions en cause. Les questions portent en effet principalement sur les sanctions de la méconnaissance d'une règle de conduite. Ces deux éléments font cependant partie de la même norme de droit : *si* on délivre un diplôme sans y être habilité (hypothèse), *alors* cela entraîne une conséquence donnée (sanction). La procédure d'agrément relève donc simplement du postulat de la norme de droit applicable sur laquelle repose la présente affaire. Elle s'inscrit dans le même ensemble. Il serait très artificiel (ou il faudrait entamer le salami des deux côtés) de considérer qu'un élément de l'hypothèse (agrément) ou la sanction (amende et/ou emprisonnement) ne relève pas de la norme de droit ni, dès lors, du champ de la présente affaire.

6 La décision de renvoi indique que les intimés ont réalisé l'activité présumée illégale à diverses reprises, entre le 19 octobre 2006 et le 3 juillet 2010, à des dates qui, mis à part le 30 juin 2009 et le 2 juillet 2010, ne peuvent être déterminées avec plus de précision.

7 5 janvier 2015.

8 Bien que le contenu de l'article 25, paragraphe 7, et celui de l'article II.75, paragraphe 6, semblent identiques, tel n'est apparemment pas le cas de la totalité de ces articles (l'article 25 et l'article II.75) ni des listes de diplômes qu'ils comportent, sans parler des liens systémiques entre ces dispositions et d'autres dispositions de ces législations qui sont nécessairement différents et qui peuvent avoir une incidence sur la portée de chacune de ces dispositions.

44. Même si la compatibilité de la procédure d'agrément de l'enseignement supérieur national avec le droit de l'Union ne constitue pas en soi l'objet de la présente affaire, ces règles seront donc inévitablement évoquées *indirectement* au moment de répondre aux questions que la juridiction de renvoi a posées à propos des sanctions de leur non-respect.

### *B. Les programmes d'enseignement supérieur sont-ils des « services » au regard du droit de l'Union ?*

#### *1. La nature du « service » : le diplôme ou l'éducation ?*

45. Une partie du débat qui s'est ouvert au cours de la procédure écrite comme à l'audience visait à identifier le cœur de l'activité susceptible de constituer un « service » dans la présente affaire : s'agit-il du diplôme conférant le grade de master *ou* de l'activité d'enseignement qui mène à ce diplôme ? Cette discussion approfondie n'a pas porté seulement sur le champ d'application *matériel* de la directive « services » mais également sur son champ *territorial*. Les diverses entités susceptibles de délivrer les diplômes en question sont établies dans différents États, y compris un État qui n'est pas membre de l'Union européenne [9].

46. La Communauté flamande et le gouvernement belge estiment que la directive « services » n'est pas applicable. En sa qualité d'entité délivrant le diplôme, GES Switzerland se situe en dehors du champ d'application territorial de cette directive. Pour cette raison, les questions 2 et 3 sont irrecevables.

47. Le gouvernement allemand considère également que la délivrance de diplômes universitaires constitue l'élément essentiel, notamment parce qu'elle donne accès à une profession. Selon lui, l'admission de candidats à une profession exigeant des connaissances particulières est une activité de puissance publique. Ces activités sont toutefois exclues du champ d'application de la directive « services » en vertu de son article 2, paragraphe 2, sous i). Le gouvernement allemand considère dès lors que la délivrance de diplômes d'enseignement supérieur n'est pas un service au regard du droit de l'Union.

48. En revanche, le gouvernement suédois et la Commission s'attachent à l'activité d'enseignement exercée par UIBS Belgium plutôt qu'au diplôme décerné par GES Switzerland. Ils estiment que la délivrance des diplômes ne constitue pas un service autonome mais doit être comprise comme un service accessoire au service d'enseignement dispensé par UIBS Belgium.

49. Quelle est l'activité essentielle en matière d'enseignement supérieur ? Cela peut être : i) la délivrance d'un diplôme conférant le grade de master (dont l'activité d'enseignement constitue un accessoire), ou ii) l'activité d'enseignement (la délivrance d'un diplôme en étant un accessoire). Pour décider laquelle de ces deux options il convient de retenir, il faudra déterminer l'*élément clef* de l'ensemble afin d'identifier le service éventuel [10].

50. Vu sous cet angle, je partage la position du gouvernement suédois et de la Commission. Sans vouloir paraître trop idéaliste, j'ose espérer que l'élément essentiel de l'enseignement (supérieur) est l'activité d'enseigner et d'éduquer et non celle consistant (seulement) à délivrer des diplômes. Un diplôme atteste formellement l'acquisition d'un certain niveau de connaissances ou de compétences. Il constitue la reconnaissance officielle du fait que tous les cours nécessaires ont bien été suivis et que

9 Voir points 21, 29 et 32 des présentes conclusions.

10 La Cour s'appuie sur une approche similaire pour déterminer la liberté de circulation applicable (biens ou services). Voir, par exemple, arrêts du 24 mars 1994, Schindler (C-275/92, EU:C:1994:119, point 22), et du 22 janvier 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, EU:C:2002:34, point 31).

tous les examens prévus ont été réussis, et atteste donc du risque que le diplômé puisse effectivement avoir acquis quelques connaissances. Mais il est difficile de considérer qu'en soi, le diplôme constitue l'élément essentiel et déterminant de l'activité exercée dans le cadre de programmes d'études supérieures [11].

51. Dès lors, je suggérerais que, en matière de programmes d'enseignement supérieur, ce sont les cours dispensés (apparemment par UIBS Belgium), et non le diplôme délivré (vraisemblablement par GES Switzerland), qui constituent l'activité principale.

*2. Les programmes d'enseignement supérieur – des « services » au regard du droit de l'Union ?*

*a) L'éducation en tant que « service » au regard du droit de l'Union*

52. Il est constant que le droit de l'Union ne porte pas atteinte à la compétence des États membres en ce qui concerne, d'une part, le contenu de l'enseignement et l'organisation du système éducatif ainsi que leur diversité culturelle et linguistique et, d'autre part, le contenu et l'organisation de la formation professionnelle. Toutefois, il est également évident que, dans l'exercice de cette compétence, les États membres doivent respecter le droit de l'Union, notamment les dispositions relatives à la libre prestation des services [12].

53. En vertu de l'article 57 TFUE, une activité est considérée comme un « service » lorsqu'elle est « fournie […] normalement contre rémunération ». Il est de jurisprudence constante que la caractéristique essentielle de la rémunération réside dans le fait que celle-ci constitue la contrepartie économique de la prestation en cause, contrepartie qui est normalement définie entre le prestataire et le destinataire du service [13].

54. Dans le contexte particulier de l'enseignement, afin de déterminer s'il existe un service au sens des traités, la Cour a établi une distinction supplémentaire en fonction de l'entité dispensant l'enseignement et de son mode de financement. Ce critère a été formulé pour la première fois dans l'arrêt Humbel et Edel [14], je m'y référerai donc comme au « critère Humbel ».

55. Cette affaire portait sur une redevance (appelée « minerval ») qu'un étudiant français souhaitant suivre un enseignement secondaire en Belgique devait acquitter. Ce minerval n'était demandé qu'aux (parents de) ressortissants étrangers. Les étudiants de nationalité belge ne devaient pas le payer. Il a été demandé à la Cour si l'enseignement secondaire dispensé dans le cadre du système d'éducation nationale pouvait être qualifié de « prestation de services », ce qui aurait permis aux parents de l'étudiant français de s'appuyer sur les dispositions du traité interdisant la discrimination en raison de la nationalité en matière d'accès aux services [15].

11 Si tel était le cas, pour les établissements d'enseignement supérieur (principalement) financés par des fonds privés, même agréés et d'une qualité indéniable, cela signifierait que, du point de vue du droit de l'Union, leurs services consistent à délivrer des diplômes en échange d'une rémunération (financière).

12 Voir arrêt du 11 septembre 2007, Commission/Allemagne (C-318/05, EU:C:2007:495, point 86). Voir également, à cet égard, arrêt du 13 février 1985, Gravier (293/83, EU:C:1985:69, point 19).

13 Voir, notamment, arrêts du 27 septembre 1988, Humbel et Edel (263/86, EU:C:1988:451, point 17) ; du 22 mai 2003, Freskot (C-355/00, EU:C:2003:298, point 55) ; du 11 septembre 2007, Schwarz et Gootjes-Schwarz (C-76/05, EU:C:2007:492, point 38), ainsi que du 27 juin 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, point 47).

14 Arrêt du 27 septembre 1988, Humbel et Edel (263/86, EU:C:1988:451).

15 Arrêt du 27 septembre 1988, Humbel et Edel (263/86, EU:C:1988:451, points 4 et 14).

56. La Cour a jugé que, en l'espèce, on ne pouvait pas se fonder sur la libre prestation des services étant donné qu'aucune rémunération, au sens de contrepartie des services, n'était due. La Cour a indiqué que cette « caractéristique fait défaut dans le cas de cours dispensés dans le cadre du système d'éducation nationale. D'une part, en établissant et en maintenant un tel système, l'État n'entend pas s'engager dans des activités rémunérées, mais accomplit sa mission dans les domaines social, culturel et éducatif envers sa population. D'autre part, le système en cause est, en règle générale, financé par le budget public et non par les élèves ou leurs parents» [16].

57. Bien que l'arrêt du 27 septembre 1988, Humbel et Edel (263/86, EU:C:1988:451), concerne l'enseignement secondaire, cette approche a été progressivement étendue à d'autres formes d'enseignement, y compris à l'enseignement supérieur [17].

58. Lorsqu'elle l'a confirmée de manière générale plus récemment, la Cour a souligné l'absence de rémunération et, partant, de « service » au sens du droit de l'Union dans le cas de cours dispensés par certains établissements qui font partie d'un système d'*enseignement public* et qui sont financés, entièrement ou principalement, par des *fonds publics*, *même si des droits d'inscription ou de scolarité sont parfois dus afin de contribuer aux frais de fonctionnement du système* [18]. En revanche, les cours dispensés par des établissements d'enseignement financés, pour l'essentiel, par des fonds privés, notamment par les étudiants et leurs parents, constituent des services au sens du droit de l'Union, le but poursuivi par ces établissements consistant, en effet, à offrir un service contre rémunération [19].

59. La distinction entre enseignement financé par des fonds publics et enseignement financé par des fonds privés semble reposer sur une double motivation. La première est liée à la « mission sociale et culturelle » : en établissant et en maintenant un système d'enseignement public financé pour l'essentiel par des fonds publics, l'État n'entend pas s'engager dans des activités rémunérées, mais accomplit sa mission dans les domaines social, culturel et éducatif envers sa population [20]. La seconde, qui est abordée tantôt conjointement à la première, tantôt séparément, tient à l'« absence de but lucratif » : les établissements (publics) d'enseignement sont financés, pour l'essentiel, par des fonds publics afin d'exercer des activités non économiques d'intérêt général consistant à diffuser des connaissances et à émanciper les citoyens. En ce sens, il ne s'agit pas d'une activité économique [21].

*b) La directive « services » et les services d'intérêt général non économiques*

60. La directive « services » a rendu ce tableau (fondé sur le traité) un peu plus complexe. D'une part, son article 4, point 1, indique explicitement que la définition du service que donne le traité est maintenue. Un service au sens du traité comme au sens de la directive « services » doit dès lors être compris comme toute activité économique non salariée, fournie normalement contre rémunération par un prestataire établi dans un État membre [22].

16 Arrêt du 27 septembre 1988, Humbel et Edel (263/86, EU:C:1988:451, point 18).

17 Voir arrêts du 7 décembre 1993, Wirth (C-109/92, EU:C:1993:916, point 16), et du 20 mai 2010, Zanotti (C-56/09, EU:C:2010:288, points 30 à 35).

18 Arrêt du 27 juin 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, point 50, et jurisprudence citée).

19 Arrêt du 11 septembre 2007, Schwarz et Gootjes-Schwarz (C-76/05, EU:C:2007:492, point 40).

20 Voir arrêts du 27 septembre 1988, Humbel et Edel (263/86, EU:C:1988:451, point 18), et du 27 juin 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, point 50).

21 Voir conclusions de l'avocat général Slynn dans l'affaire Humbel et Edel (263/86, EU:C:1988:151, p. 5379 à 5380).

22 Voir, notamment, arrêts du 11 juillet 2013, Femarbel (C-57/12, EU:C:2013:517, point 32), et du 23 février 2016, Commission/Hongrie (C-179/14, EU:C:2016:108, point 113).

61. Toutefois, l'article 2, paragraphe 2, énumère un certain nombre d'activités *spécifiques* auxquelles la directive « services » ne s'applique pas, telles que les services de soins de santé ou les services sociaux. Cette disposition comporte également deux catégories *abstraites* de services exclus du champ d'application de la directive, à savoir les *services d'intérêt général non économiques*[23] et les activités participant à l'*exercice de l'autorité publique*[24].

62. En ce qui concerne cette dernière exception, et en particulier l'argument soulevé par le gouvernement allemand selon lequel la délivrance de diplômes universitaires relève de l'exercice de l'autorité publique, qui est exclu du champ d'application de la directive, on ne peut que rappeler que l'élément essentiel et déterminant de tout enseignement n'est pas la délivrance du diplôme mais l'activité d'enseignement[25]. Dans le cadre de la présente affaire, il n'est donc pas nécessaire de rechercher dans quelle mesure la délivrance d'un diplôme pourrait relever de l'exercice de la puissance publique. Il suffit de souligner que, selon une jurisprudence constante, les activités civiles d'enseignement (à l'université) ne participent pas de l'exercice de l'autorité publique[26].

63. La notion de *services d'intérêt général non économiques* est quant à elle plus difficile à cerner, notamment parce que la directive « services » indique clairement qu'elle appréhende la notion de base de « service » de la même manière que le traité. Conformément à l'article 57 TFUE, les « services » sont considérés comme des « services » au sens des traités lorsqu'ils sont « fourni[s] normalement contre rémunération ». Ce libellé peut prêter à confusion dans la mesure où il emploie le même terme (service) pour désigner, d'une part, l'activité effective de prestation de services (soit la catégorie *factuelle* des services) et, d'autre part, la catégorie *juridique* des services relevant du champ d'application des traités (et, par extension, de la directive « services »).

64. Cette dualité signifie qu'une activité de service (factuelle) n'est pas toujours un service (au regard du droit de l'Union). Pour être qualifiée de « service » au sens du traité, l'activité de service examinée doit avoir une dimension économique dont témoigne en priorité l'existence d'une rémunération ou d'une contrepartie financière, mais aussi – bien que pas nécessairement – la recherche d'un bénéfice et/ou un financement réalisé principalement par des fonds privés[27]. En d'autres termes, la présence d'un « élément économique » est nécessaire pour qu'il soit question d'un service *au sens juridique*.

65. Dans ce contexte, je suis obligé de reconnaître que je ne sais pas très bien comment comprendre la signification logique, *juridique*, de la catégorie des « services d'intérêt général non économiques ». Si la catégorie juridique des services au sens du droit de l'Union est définie par sa dimension économique, comment un service *non économique*, qu'il soit ou non d'intérêt général, pourrait-il effectivement être un service au regard du droit de l'Union ? Ou, pour le dire autrement, peut-il vraiment exister des « activités économiques d'intérêt général non économiques » ?

23 Article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive « services ».

24 Article 2, paragraphe 2, sous i), de la directive « services ».

25 Voir point 50 des présentes conclusions.

26 Voir arrêt du 18 décembre 2007, Jundt (C-281/06, EU:C:2007:816, point 38 et jurisprudence citée).

27 À cet égard, voir notamment arrêt du 18 décembre 2007, Jundt (C-281/06, EU:C:2007:816, points 32 et 33).

66. L'explication la plus rationnelle que je peux avancer pour de telles questions de terminologie serait qu'il faudrait considérer que, en créant cette nouvelle catégorie, le législateur de l'Union a essentiellement voulu exclure les *activités* d'intérêt général non économiques du champ d'application de la directive « services» [28]. Si cela est vrai, l'exemption prévue à l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive « services » est (juridiquement) superflue puisque ces activités ne constituant pas des services (au sens du traité) seraient déjà exclues [29]. Les « services d'intérêt général non économiques » semblent donc n'être qu'une subdivision de « non-services » au regard du droit de l'Union.

67. Après cette précision de terminologie, reste à savoir si l'enseignement supérieur relève ou non de l'exclusion des *services d'intérêt général non économiques* au sens de la directive « services » comme le suggère notamment le gouvernement belge.

68. Je ne pense pas que ce soit le cas.

69. Tout d'abord, l'article 2, paragraphe 2, de la directive « services » exclut, expressément et en bloc, un certain nombre d'activités spécifiques, telles que les soins de santé ou les services sociaux, du champ d'application de la directive. Ce n'est manifestement pas le cas pour l(es services d)'enseignement. On ne saurait dès lors considérer que ces services sont exclus en tant que tels du champ d'application matériel de cette directive.

70. Ensuite, en l'absence de toute *exclusion en bloc* d'un type d'activité donné, chaque activité prise isolément – soit, dans le cadre de l'enseignement, le programme d'études en question – doit être appréciée *de manière individuelle* compte tenu de la jurisprudence constante de la Cour concernant le point de savoir si les conditions qu'elle prévoit sont remplies. Dès lors, contrairement à ce que soutient le gouvernement belge, en tant que tel, l'enseignement ne relève pas, *dans son ensemble*, de la catégorie des services d'intérêt général non économiques. Comme l'indique également le considérant 34 de la directive « services », qui se réfère à la jurisprudence de la Cour, il convient de procéder à un examen au cas par cas [30]. Il est dès lors important de déterminer si l'activité effective d'enseignement dispensée ou le programme d'études suivi peut être qualifié de service, c'est-à-dire s'ils sont conduits principalement par des établissements non publics et financés par des fonds privés [31].

71. En résumé, des programmes d'enseignement supérieur peuvent être qualifiés de services et relever du champ d'application de la directive « services » sauf si le programme d'études spécifique concerné relève de l'exception Humbel. Si tel est le cas, cette activité devient un « non-service » au sens du traité et elle devrait également être exclue du champ d'application de la directive « services » en tant *service d'intérêt général non économique*.

28 Comme le confirme également la description de ce que recouvre cette notion qui figure dans le *Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive « services »* [Commission européenne (direction générale Marché intérieur et services), Office des publications officielles des Communautés européennes, 2007, p. 11]. Voir également la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur, préparée par la Commission [COM(2004) 2 final, p. 20].

29 Dans le même sens, voir également conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'affaire Hiebler (C-293/14, EU:C:2015:472, point 37) : « son article 2, paragraphe 2, sous a), souligne que la directive ne s'applique pas aux services d'intérêt général *non économiques*, observation superflue puisque, selon la définition donnée, un service est fourni contre rémunération ».

30 Voir également le *Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive « services »*, p. 10 et 11, qui confirme que l'enseignement ne saurait être traité comme un ensemble unique au regard de l'Union et qui suggère toutefois une plus grande généralisation pour ce qui concerne l'enseignement primaire et secondaire national, plus susceptible de relever de la catégorie des services d'intérêt général non économiques. Toutefois, selon le *Manuel*, les États membres ne sauraient considérer que *tous les services* dans le domaine spécifique de l'enseignement constituent des services d'intérêt général non économiques.

31 Logiquement, cette approche casuistique peut également avoir pour conséquence que, dans des circonstances spécifiques, une activité d'enseignement exercée dans une université financée par des fonds publics peut également être un service au sens du droit de l'Union. À cet égard, voir arrêt du 18 décembre 2007, Jundt (C-281/06, EU:C:2007:816, points 31 à 34).

*c) Le critère Humbel et les programmes d'enseignement supérieur*

72. Cela étant dit, on ne saurait toutefois nier que, examinée de plus près, la mise en œuvre de l'exception Humbel à l'enseignement supérieur soulève un certain nombre de questions.

73. En premier lieu, au niveau pratique, que signifie le fait de *faire partie d'un système d'enseignement public et d'être financé, entièrement ou principalement, par des fonds publics* dans un monde où les universités publiques obtiennent des financements privés et des donations et où les établissements privés se font concurrence pour obtenir des financements publics institutionnels et des subventions de recherche ? Qu'est-ce qui est *public* dans un monde où (même) les universités publiques ouvrent des campus dans d'autres États membres, participent à des coentreprises avec d'autres entités et/ou constituent des sociétés dérivées pour enseigner et faire de la recherche ?

74. Toutefois, et peut-être plus fondamentalement, on peut se demander si les termes « partie d'un système d'enseignement public » requièrent nécessairement l'adoption d'une certaine forme juridique et d'un statut (comme un établissement « public » par opposition à un établissement « privé ») ? Depuis l'arrêt du 27 septembre 1988, Humbel et Edel (263/86, EU:C:1988:451), et comme il a plus récemment été confirmé dans l'arrêt du 27 juin 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496), deux exigences ont été mentionnées : i) *faire partie d'un système d'enseignement public*, et ii) *être financé, entièrement ou principalement, par des fonds publics*. La jurisprudence porte toutefois le plus souvent sur la question du financement, et laisse inexplorée la première exigence, à savoir « faire partie d'un système d'enseignement public ».

75. À cette distinction ambiguë vient s'ajouter la question du *financement principalement* par des fonds publics. Que signifie *principalement* ? Quelle est la relation entre le financement spécifique d'un programme d'études et le financement institutionnel et les frais généraux [32] ? En sciences sociales et humaines particulièrement, le salaire du personnel enseignant représentera la majeure partie des frais de fonctionnement d'un programme d'études. Que faire lorsque ceux-ci sont financés pour leur plus grande part par différentes sources de financement institutionnel [33] ? Il est également difficile de déterminer s'il faut examiner le budget de l'établissement dans son ensemble ou les lignes budgétaires correspondant aux programmes d'études spécifiques, sans oublier que, en raison des règles comptables, il peut être impossible de déterminer la structure de financement exacte de chaque programme d'études [34].

76. De plus, dans un certain nombre d'États membres, des établissements d'enseignement supérieurs agréés, indépendamment de leur forme juridique publique ou privée, reçoivent un financement de l'État pour chaque étudiant inscrit à un programme d'études agréé. Même si, en termes économiques, il est susceptible de ne pas couvrir la plupart des coûts réels d'éducation de chaque étudiant, ce financement fait-il de ce programme d'études un programme faisant partie d'un système d'enseignement public, financé principalement par des fonds publics, s'il est proposé par un établissement qui, pour le reste, est privé et est financé par des fonds privés ?

32 Il convient d'observer que la qualification de service au regard du droit de l'Union ne requiert pas que l'activité en question soit payée par ceux qui en bénéficient. Voir, notamment, arrêts du 26 avril 1988, Bond van Adverteerders e.a. (352/85, EU:C:1988:196, point 16), et du 12 juillet 2001, Smits et Peerbooms (C-157/99, EU:C:2001:404, point 57). En ce qui concerne plus spécifiquement l'enseignement, voir arrêt du 27 juin 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, point 49) : « Il n'est pas nécessaire que ce financement privé soit assuré principalement par les élèves ou leurs parents, dans la mesure où le caractère économique d'une activité ne dépend pas du fait que le service soit payé par ceux qui en bénéficient ».

33 Dans l'arrêt du 27 juin 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, point 51), la Cour a suggéré qu'un établissement d'enseignement exerçant plusieurs activités tienne « une comptabilité séparée en ce qui concerne les différents financements reçus, de manière à exclure tout risque de subvention "croisée" de ses activités économiques au moyen de fonds publics dont elle bénéficie au titre de ses activités non économiques ».

34 Il faut également observer que les arrêts du 18 décembre 2007, Jundt (C-281/06, EU:C:2007:816, points 31 à 34), et du 27 juin 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, point 63), suggèrent effectivement qu'il y a lieu de déterminer pour chaque programme d'études s'il s'agit d'un service au regard du droit de l'Union.

77. En deuxième lieu, ce niveau pratique repose sur un niveau idéologique sous-jacent et plus profond. L'arrêt du 27 septembre 1988, Humbel et Edel (263/86, EU:C:1988:451), a mis en place une vision globalement binaire de l'éducation : les établissements publics (ou seulement ceux qui sont financés par des fonds publics ?) ne recherchent pas le profit, ils poursuivent le noble objectif de diffuser les connaissances et accomplissent leur mission dans les domaines social, culturel et éducatif envers la population. En revanche, les établissements privés (ou seulement ceux qui sont financés principalement par des fonds privés ?) fournissent des services, puisque leurs objectifs sont apparemment différents.

78. Cette vision aurait *peut-être* pu être correcte dans les *années 80* pour ce qui est de l'enseignement *secondaire*. L'appliquer *aujourd'hui* à l'enseignement *supérieur* soulève toutefois des interrogations.

79. Il est indéniable que les établissements d'enseignement supérieur remplissent un certain nombre de missions, dont la plupart ne sont pas axées sur le profit. Ce qui pose question, c'est la généralisation qui n'établit pas de distinction entre les nombreuses activités que les universités, même les plus anciennes et les plus vénérables, exercent aujourd'hui : de la recherche fondamentale et de la formation de doctorants (qui a besoin de subventions), en passant par l'enseignement de premier cycle dans la langue nationale (avec des droits d'inscription standards) et l'enseignement de second cycle dans une langue étrangère (avec des droits d'inscription bien plus élevés), jusqu'aux week-ends de formation sur mesure pour les cadres ou les interprètes et/ou à la commercialisation pure et simple du résultat des recherches (à des prix extrêmement élevés dans ces deux cas).

80. En troisième lieu, l'absence de différenciation interne est liée à l'absence, déjà mentionnée, de différenciation en fonction du *niveau*. Les constatations de la Cour dans l'arrêt du 27 septembre 1988, Humbel et Edel (263/86, EU:C:1988:451), concernaient l'enseignement secondaire. Comme souvent dans la jurisprudence de la Cour, cette approche a progressivement été étendue à d'autres types d'enseignement, y compris l'enseignement supérieur, sans toutefois que les hypothèses sous-jacentes à sa première expression soient réexaminées de manière critique dans le nouveau contexte (de l'enseignement supérieur).

81. Le partage et la diffusion des connaissances au sens le plus large et la réalisation par l'État de sa mission dans les domaines social et éducatif constituent assurément des objectifs importants. Cependant, ces intérêts publics n'ont peut-être pas le même poids pour tous les niveaux d'enseignement. L'intérêt de l'État est en effet impératif au niveau de l'enseignement primaire [35]. On pourrait dire qu'aujourd'hui il est également assez important en ce qui concerne l'enseignement secondaire, bien qu'il aille de pair avec certains intérêts privés de l'étudiant. L'équilibre se modifie au niveau de l'enseignement supérieur, où l'intérêt individuel de l'étudiant à obtenir des qualifications supplémentaires et à accroître sa « valeur » sur le marché de l'emploi devient prédominant.

82. En termes de coordination des intérêts en matière d'enseignement, et donc de définition de ce que pourrait être un service d'intérêt *général* non économique dans ce cadre, il existe un rapport inversement proportionnel. Plus le niveau de l'enseignement est élevé, moins le besoin et l'intérêt général public pour cette forme d'enseignement sont importants, et plus l'intérêt privé à compléter ses qualifications est fort. En d'autres termes, la mission culturelle et sociale impérative de l'État, qui se trouvait à l'origine de l'exception Humbel [36], s'affaiblit.

35 Il trouve son expression dans l'obligation légale de suivre un certain nombre d'années d'enseignement primaire.

36 Voir point 59 des présentes conclusions.

83. J'aimerais insister sur le fait que l'*existence* d'établissements d'enseignement supérieur relève clairement de l'intérêt général public. Mais cela ne signifie toutefois pas qu'il existe un intérêt général à ce que tout un chacun aille à l'université. Le fait qu'une personne choisisse de s'inscrire dans un établissement d'enseignement supérieur est donc vraisemblablement dans une large mesure l'expression de son intérêt personnel.

84. S'il en allait autrement, il faudrait suivre la logique défendue principalement par le gouvernement belge dans la présente affaire. L'exception prévue pour les *services d'intérêt général non économiques* par la directive « services » reviendrait effectivement à ajouter un autre bloc d'exonération dans cette directive. Elle serait définie par le type d'activité, pour tout type d'enseignement (supérieur), quel que soit le mode de financement. Cela s'explique par l'intérêt de l'État à ce que sa population soit le plus éduquée possible, de telle sorte que tout enseignement sera toujours dispensé dans l'intérêt *général* : toutes les activités d'enseignement sont dès lors exclues de la directive « services » en tant que *services d'intérêt général* non économiques [37].

85. En quatrième et dernier lieu, une autre raison pour laquelle la jurisprudence issue de l'arrêt du 27 septembre 1988, Humbel et Edel (263/86, EU:C:1988:451), devrait peut-être être envisagée avec prudence tient non seulement au fait qu'elle s'écarte considérablement de l'approche générale de la définition des services, mais également au fait qu'elle se démarque nettement d'autres régimes spéciaux pour certains types de services, notamment les soins de santé.

86. Les soins de santé constituent sans conteste une activité d'intérêt public, très réglementée, pour laquelle le patient ne paie généralement pas directement l'intégralité du prix mais où un tiers (une entreprise d'assurances ou un régime d'assurance publique) rembourse les frais (réglementés) au dispensateur des soins. La Cour a toutefois explicitement refusé d'appliquer l'approche Humbel aux soins hospitaliers dispensés en nature ou gratuitement aux patients, c'est-à-dire alors qu'il était évident qu'aucun profit n'était réalisé. Elle a considéré que « les paiements effectués par les caisses de maladie […], fussent-ils forfaitaires, constituent bien la contrepartie économique des prestations hospitalières et présentent indubitablement un caractère rémunératoire dans le chef de l'établissement hospitalier qui en bénéficie et qui est engagé dans une activité de type économique» [38].

87. Cette position est d'autant plus surprenante que les soins de santé présentent de nombreuses similitudes avec l'enseignement [39]. Dans les deux cas, il revient en priorité aux États membres de les réglementer. Ils impliquent tous deux des choix politiques et reflètent les valeurs sociales dans la manière dont les services sont dispensés. En outre, bien qu'il existe des variations d'un pays à l'autre, le financement des soins de santé n'est pas très différent du financement de l'enseignement par des fonds publics. Les soins de santé sont en effet payés par les fonds d'assurance maladie qui, en Europe, sont généralement financés par des organismes émanant de l'État même si les patients en financent une partie. Il est peu probable que les contributions de sécurité sociale payées par les patients soient proportionnelles au coût réel du service dont ces derniers bénéficient.

88. C'est également vrai, et ce l'est même plus, si l'on compare la conception de l'activité économique et de la rémunération retenue dans l'arrêt du 27 septembre 1988, Humbel et Edel (263/86, EU:C:1988:451), avec la notion d'« économie » dans d'autres domaines du droit de l'Union. En droit des aides d'État ou de la concurrence, la Cour a traditionnellement retenu une conception large de

37 En incluant logiquement aussi (et donc en les excluant du champ d'application de la directive « services ») les formations destinées aux cadres précédemment citées (au point 79) ou toute autre activité qui serait clairement axée sur le profit mais qui participerait également à la diffusion de connaissances.

38 Arrêt du 12 juillet 2001, Smits et Peerbooms (C-157/99, EU:C:2001:404, point 58). Il faut également souligner que l'article 2, paragraphe 2, sous f), de la directive « services » exclut désormais du champ d'application de la directive « les services de soins de santé, qu'ils soient ou non assurés dans le cadre d'établissements de soins et *indépendamment de la manière dont ils sont organisés et financés au niveau national* ou de leur nature publique ou privée » (mise en italique par mes soins).

39 Dans ses conclusions dans l'affaire Humbel et Edel, l'avocat général Slynn déjà cité (voir note 21 des présentes conclusions) a souligné à diverses reprises l'analogie naturelle entre l'enseignement secondaire et les soins de santé.

l'« activité économique » en tant qu'élément décisif de la notion d'entreprise. Selon la Cour, « la notion d'"entreprise" comprend, dans le contexte du droit de l'Union de la concurrence, toute entité exerçant une activité économique, *indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* […]. Constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné […]. La circonstance que l'offre de biens ou de services soit faite sans but lucratif ne fait pas obstacle à ce que l'entité qui effectue ces opérations sur le marché doive être considérée comme une entreprise, dès lors que cette offre se trouve en concurrence avec celle d'autres opérateurs qui poursuivent un but lucratif» [40].

*d) Conclusion intermédiaire*

89. Dans la présente affaire, bien que certaines des questions que je viens d'évoquer aient été soulevées dans les observations écrites et durant l'audience, il ne semble pas contesté qu'UIBS Belgium, la société chargée des activités d'enseignement, est une entité privée, financée uniquement par des fonds privés. Dès lors, sur la base du critère Humbel, dans sa forme actuelle, l'activité d'enseignement d'UIBS Belgium est dispensée en échange d'une rémunération et les cours que propose cette société sont des « services » au sens du traité.

90. Selon moi, ces activités constituent également des services aux fins de la directive « services ». Puisque aucune exclusion spécifique du champ d'application de cette dernière ne s'applique et que les programmes d'études ne sauraient relever de la notion de services d'intérêt général non économiques, la directive « services » est également (matériellement) applicable.

91. Au-delà de cette conclusion, relativement évidente, je suggérerai également, plus largement, que, contrairement à certains arguments avancés au cours de la présente procédure, l'exception Humbel ne s'applique pas universellement à l'enseignement supérieur, et qu'elle ne saurait créer un autre bloc d'exonération pour toutes les activités exercées par les établissements d'enseignement supérieur financés principalement par des fonds publics. Trois points méritent d'être soulignés à cet égard.

92. Premièrement, il convient d'examiner chaque type d'activité (et particulièrement le *programme d'études individuel*) afin de déterminer s'il s'agit d'une activité à caractère *économique*.

93. Deuxièmement, je suggérerais d'accorder moins d'attention aux détails des lignes budgétaires (à l'origine exacte de chaque somme, au montant et à la question de savoir s'il n'y aurait pas quelque financement mixte privé-public) lors de l'appréciation de la nature économique d'un programme d'études donné. Il faudrait plutôt se concentrer sur le *niveau d'études* et sur l'*équilibre* corrélatif *des intérêts* concernés. L'enseignement sera d'autant plus « non économique », et dès lors social, que l'on descend dans les niveaux d'enseignement (enseignement primaire et secondaire). Cela justifierait en effet pleinement qu'il soit exclu de la notion de services, particulièrement lorsqu'il est dispensé gratuitement et qu'il est obligatoire pour tous.

94. Troisièmement, enfin, il faut examiner le paiement pour le programme d'études et la question de la contrepartie. Toutefois, cette appréciation ne devrait pas être effectuée du point de vue isolé d'un prestataire individuel mais replacée dans son contexte, dans la ligne de la jurisprudence générale relative à la notion de rémunération normale en matière de services et en tenant compte de la nature de l'activité et du marché pertinent.

40 Arrêt du 27 juin 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, points 41, 45 et 46 et jurisprudence citée). Mise en italique par mes soins.

95. Cela implique, *d'une part*, que le coût (économique total) ne doit pas être supporté (uniquement et directement) par le client. Tout comme dans la jurisprudence relative aux soins de santé ou aux services en général [41], l'important n'est pas qu'il y ait un paiement direct mais plutôt de savoir s'il y a ou non une contrepartie économique fournie pour chaque participant individuel, même payée partiellement indirectement, et si elle correspond (au moins quelque peu) au montant ou au nombre de services fournis.

96. *D'autre part*, dans cette appréciation, il faut également prendre en considération le caractère plus large du « marché » et pas uniquement l'organisation institutionnelle particulière d'un unique prestataire de services. Dès lors, si, pour un programme d'études donné, il existe un marché dynamique au niveau national, européen ou même global, proposant différents programmes d'études concurrents, il est difficile de suggérer qu'en fournissant quelque chose qui est déjà proposé dans des dizaines d'autres établissements, un établissement d'enseignement supérieur, qu'il relève ou non d'un système public d'éducation nationale, remplit une mission sociale et culturelle spéciale et unique.

97. Cela étant dit, deux dernières remarques s'imposent.

98. Premièrement, il est évident que le fait que certains programmes d'enseignement supérieur puissent constituer des services au regard du droit de l'Union n'entraîne pas la perte immédiate et irréversible de la spécificité de l'éducation, comme certains pourraient l'évoquer de manière caricaturale. Le droit de l'Union ne transformera certainement pas les professeurs en fournisseurs ni les étudiants en clients. L'éducation n'est bien évidemment pas un service comme les autres. Dès lors, comme pour les autres catégories spéciales de services, telles que les soins de santé, des spécificités peuvent et devraient être maintenues.

99. Deuxièmement, au-delà du point de vue idéologique qui, par définition, refuserait que l'enseignement supérieur puisse jamais constituer un service, d'un point de vue plus pratique, dans certains cas, la fourniture de services ne génère pas seulement des obligations du côté des prestataires de services, mais elle leur confère également des droits et leur assure une protection. La libre prestation des services s'applique dans les deux sens. Cela peut présenter une importance particulière pour la libre circulation et la concurrence dans le cadre de l'enseignement supérieur dans l'Union. En principe, les établissements d'un État membre devraient pouvoir, s'ils le souhaitent, exercer des activités sur le territoire d'autres États membres, indépendamment de leur statut juridique national et de leur mode de financement, qui est susceptible d'être différent et d'une moindre pertinence dans l'autre État membre.

### *C. Sur les deuxième et troisième questions*

100. Dans les deuxième et troisième questions, la juridiction de renvoi s'enquiert de la compatibilité avec la directive « services » de la législation nationale qui interdit aux établissements d'enseignement supérieur non agréés de délivrer des diplômes de master et permet de sanctionner pénalement toute violation de cette interdiction.

#### *1. Sur l'applicabilité*

101. La directive « services » s'applique-t-elle aux enseignements dispensés par UIBS Belgium ? La Communauté flamande et le gouvernement belge, qui mettent l'accent sur la délivrance du diplôme, sont d'avis que la directive n'est pas applicable ratione loci puisque l'entité qui délivre le diplôme, GES Switzerland, est établie dans un pays tiers et ne peut donc pas se prévaloir de la libre circulation en

41 Voir point 86 des présentes conclusions.

vertu du droit de l'Union. Le gouvernement polonais, pour sa part, se concentre sur UIBS Belgium et considère que la directive n'est pas applicable du fait de l'absence d'élément transfrontière, l'ensemble des faits pertinents se cantonnant dans un seul État membre, à savoir la Belgique (situation purement nationale).

102. Selon moi, la directive « services » *est* applicable dans la présente affaire.

103. Les arguments avancés par la Communauté flamande et le gouvernement belge ont déjà été examinés [42] : en l'espèce, l'activité décisive est l'enseignement qui est dispensé par UIBS Belgium et non la délivrance formelle de diplômes conférant des grades, apparemment organisée par GES Switzerland. La directive « services » est applicable ratione loci puisque UIBS Belgium est établie dans un État membre [43].

104. Pour ce qui concerne les observations du gouvernement polonais, la Cour a considéré, d'une part, que l'organisation, contre rémunération, des cours de formation supérieure est une activité économique qui relève du chapitre du traité relatif au droit d'établissement lorsqu'elle est effectuée par le ressortissant d'un État membre dans un autre État membre, d'une façon stable et continue, à partir d'un établissement principal ou secondaire dans ce dernier État membre [44]. D'autre part, la Cour a également récemment affirmé que les dispositions du chapitre III de la directive « services », relatif à la liberté d'établissement des prestataires, s'appliquent également à une situation dont tous les éléments pertinents se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre [45].

105. En l'espèce, il a été précisé que les cours sont dispensés par une société belge dans ses établissements d'Anvers et de Gand qui engagent chacun leur propre personnel. Il semble donc, sous réserve des vérifications nécessaires par la juridiction nationale, que le prestataire de services, UIBS Belgium, exerce une activité permanente et stable et qu'il dispose donc d'un « établissement » en Belgique [46].

106. Il en résulte que le chapitre III de la directive « services » est applicable, que la situation en cause soit ou non purement nationale. La discussion relative à l'applicabilité de la directive « services » à la présente affaire pourrait s'arrêter là puisque, sur la base de l'arrêt du 30 janvier 2018, X et Visser (C-360/15 et C-31/16, EU:C:2018:44), la présence d'un élément transfrontalier n'est plus nécessaire pour que les dispositions de la directive « services » relatives à la liberté d'établissement s'appliquent.

107. Toutefois, par souci d'exhaustivité, il faut également remarquer qu'en l'espèce la situation semble ne pas être purement nationale. Elle présente quelques éléments transfrontaliers qui pourraient, en fait, rendre la directive « services » applicable. Le premier élément tient au fait que certains bénéficiaires des services viennent d'autres États membres : les étudiants qui suivent les cours dispensés par UIBS

42 Ci-dessus, points 46 à 51.

43 Puisque la directive « services » est applicable, il n'est pas nécessaire d'examiner en détail l'argument du gouvernement suédois, relatif à la possible application de l'accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (JO 2002, L 114, p. 6). En tout état de cause, le gouvernement suédois a également justement fait observer que la portée de la liberté de fournir des services transfrontaliers en vertu de cet accord se limite au droit de fournir des services pendant 90 jours par an au maximum mais qu'elle n'octroie pas aux personnes morales un droit d'établissement.

44 Arrêt du 13 novembre 2003, Neri (C-153/02, EU:C:2003:614, point 39).

45 Arrêt du 30 janvier 2018, X et Visser (C-360/15 et C-31/16, EU:C:2018:44, point 110). Il n'en va pas de même pour la libre circulation de services (point 102).

46 L'article 4, point 5, de la directive « services » définit l'« établissement » comme « l'exercice effectif d'une activité économique visée à l'article 43 du traité par le prestataire pour une durée indéterminée et au moyen d'une infrastructure stable à partir de laquelle la fourniture de services est réellement assurée ».

Belgium peuvent venir de toute l'Union [47]. Le second élément est lié à la structure de la société. Il ressort des observations écrites présentées par les intimés qu'UIBS Belgium a une société mère et/ou des sociétés sœurs établies sous forme de campus dans d'autres États membres et qu'elle est étroitement liée à GES Spain.

*2. Sur le fond*

108. Les intimés soutiennent qu'en exigeant qu'un établissement d'enseignement soit agréé par le gouvernement flamand pour qu'il puisse délivrer des diplômes de « master », la Communauté flamande viole les articles 9 et 10 de la directive « services ». La procédure d'agrément prévue par le décret pour autoriser la délivrance de diplômes de master ne satisfait pas à l'ensemble des critères énoncés aux articles 9 et 10 de la directive « services ».

109. Je ne suis pas d'accord.

110. Conformément à l'article 9, paragraphe 1, de la directive « services » et à la jurisprudence de la Cour [48], les États membres ne peuvent subordonner l'accès à une activité de service et son exercice à un régime d'autorisation que si ce régime n'est pas discriminatoire, s'il est justifié par une raison impérieuse d'intérêt général, et s'il est proportionné.

111. Comme le soutient la Commission, en l'espèce, la procédure d'agrément peut être qualifiée de régime d'autorisation au sens de l'article 4, point 6, de la directive « services » puisque l'exercice de l'activité d'enseignement est subordonné à l'obtention de l'agrément délivré par les autorités compétentes.

112. Même si cette procédure ne fait pas obstacle à ce qu'un établissement d'enseignement supérieur, tel qu'UIBS Belgium, propose des programmes d'études sur le marché, elle apporte une restriction à *la manière dont cet établissement exerce cette activité* en exigeant l'obtention d'un agrément pour que des diplômes de master puissent être délivrés. La procédure d'agrément restreint donc la liberté d'établissement. Pour les étudiants, il est moins intéressant de suivre ces cours puisqu'ils ne leur permettront pas d'obtenir un diplôme spécifique tel qu'un grade de master [49], ce qui entrave l'exercice de l'activité du prestataire de services. Il est difficile de nier l'importance que revêt de nos jours l'obtention d'une qualification formelle, telle qu'un diplôme de master, pour pouvoir accéder à un large éventail de professions.

113. Bien qu'elle constitue une restriction à la liberté d'établissement, la procédure d'agrément semble néanmoins être pleinement justifiée et compatible avec le droit de l'Union.

114. En premier lieu, aucune des parties n'a soutenu que les conditions d'agrément étaient discriminatoires. Ces conditions semblent s'appliquer de la même manière à tout établissement d'enseignement supérieur qui souhaite proposer des programmes d'études et délivrer des diplômes de master. La nationalité, en particulier, ne semble jouer aucun rôle. En l'espèce, c'est une société *belge* (UIBS Belgium) qui n'a pas obtenu l'agrément des autorités *belges* compétentes.

47 Voir arrêts du 31 janvier 1984, Luisi et Carbone (286/82 et 26/83, EU:C:1984:35, point 16) ; du 2 février 1989, Cowan (186/87, EU:C:1989:47, point 15), ainsi que du 20 mai 2010, Zanotti (C-56/09, EU:C:2010:288, point 26).

48 Voir, notamment, arrêts du 6 novembre 2003, Gambelli e.a. (C-243/01, EU:C:2003:597, point 65), et du 6 mars 2007, Placanica e.a. (C-338/04, C-359/04 et C-360/04, EU:C:2007:133, point 49).

49 À cet égard, voir, dans un autre domaine, arrêt du 22 janvier 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, EU:C:2002:34, point 29).

115. En deuxième lieu, la procédure d'agrément est manifestement justifiée par l'objectif d'assurer un haut niveau d'enseignement universitaire, ce qui constitue un objectif d'intérêt public légitime [50]. Il est en effet légitime de soumettre la délivrance de *certains* diplômes, en particulier ceux qui sont considérés comme des diplômes *standardisés au niveau international* pour un certain nombre de professions, à des exigences de qualité et à un contrôle de cette dernière, afin de garantir la confiance dans la qualité des diplômes décernés tant aux étudiants qu'aux employés potentiels.

116. Cette même raison légitime a une dimension supplémentaire, extérieure : un niveau élevé de confiance (réciproque) est d'autant plus important pour la libre circulation et la création d'un espace européen de l'enseignement supérieur. Les diplômes de bachelier, de master et de doctorat sont censés être des diplômes « standardisés » au sein de l'Europe grâce au système ECTS (système européen de transfert et d'accumulation de crédits) [51]. De plus, comme les diplômes sont supposés refléter l'acquisition de qualifications spécifiques, la confiance en ces diplômes est essentielle pour assurer le bon fonctionnement de la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles dans l'Union [52].

117. En troisième et dernier lieu, la procédure d'agrément apparaît nécessaire et appropriée pour réaliser les objectifs susmentionnés. Sauf à envisager des approches assez singulières [53], je ne vois guère d'autres mesures moins restrictives pour garantir la qualité de certains diplômes que l'interdiction de délivrer des diplômes qui est faite aux établissements non agréés qui n'ont pas été évalués et dont la qualité de l'enseignement n'a pas pu être vérifiée [54].

118. C'est pourquoi, même si en définitive il appartient bien entendu à la juridiction de renvoi de l'apprécier en pleine connaissance de l'ensemble des faits pertinents, la procédure d'agrément en question – et son extension logique à l'interdiction de délivrer des diplômes sans agrément –, semble compatible avec les conditions énoncées à l'article 9, paragraphe 1, de la directive « services ».

119. Il découle des considérations qui précèdent qu'il convient de répondre comme suit à la deuxième question : la directive « services » doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à une disposition nationale qui impose aux établissements d'enseignement non agréés une interdiction générale d'intituler « master » les diplômes qu'ils délivrent, pour autant que la procédure d'agrément remplisse les conditions énoncées à l'article 9, paragraphe 1, de cette même directive.

### *3. Sur la disposition pénale nationale*

120. La troisième question concerne spécifiquement une disposition pénale qui sanctionne le non-respect de l'interdiction faite aux établissements non agréés de délivrer des diplômes de master. Les intimés soutiennent que cette disposition ne répond pas à la condition de proportionnalité.

50 Voir arrêts du 13 novembre 2003, Neri (C-153/02, EU:C:2003:614, point 46), et du 12 décembre 2013, Dirextra Alta Formazione (C-523/12, EU:C:2013:831, point 25).

51 Voir notamment la déclaration de Bologne du 19 juin 1999 – déclaration commune des ministres européens de l'Éducation, élargie ultérieurement par la Conférence des ministres européens chargés de l'enseignement supérieur, Bergen, 19 au 20 mai 2005, dans le Cadre global des qualifications pour l'Espace européen de l'enseignement supérieur.

52 Voir en particulier article 53, paragraphe 1, TFUE et directive 2005/36/UE du Parlement européen et du Conseil, du 7 septembre 2005, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (JO 2005, L 255, p. 22).

53 Bien que ce soit souvent invoqué par analogie avec la jurisprudence relative à la libre circulation des marchandises, je ne pense pas que l'approche consistant à coller une étiquette avec quelques informations et à laisser le consommateur décider puisse être d'un grand secours dans le domaine des services, en particulier pour des services spécifiques tels que l'éducation.

54 Voir également, à cet égard, arrêt du 12 décembre 2013, Dirextra Alta Formazione (C-523/12, EU:C:2013:831, points 28 et 29). Pour un exemple de mesure disproportionnée, voir arrêt du 13 novembre 2003, Neri (C-153/02, EU:C:2003:614).

121. Selon la Communauté flamande et le gouvernement belge, cette question, que la juridiction de renvoi a soulevée au regard de l'article 9, paragraphe 1, sous c), et de l'article 10, paragraphe 2, sous c), de la directive « services », est irrecevable parce que ces dispositions concernent le régime d'autorisation en tant que tel, par opposition aux sanctions attachées à l'absence d'autorisation ou au non-respect de ce régime.

122. Pour les raisons que j'ai exposées dans les précisions liminaires [55], je suis d'avis que la question est recevable. L'interdiction pour les établissements non agréés de délivrer des diplômes et, au travers de cette disposition, la procédure d'agrément elle-même et les éventuelles sanctions du non-respect de cette interdiction sont toutes des éléments de la norme de droit applicable. Il faut donc conclure que la troisième question est recevable.

123. J'estime que la directive « services » ne s'oppose pas à la disposition pénale en cause.

124. Il ressort de l'article 1er, paragraphe 5, de la directive « services » et de la jurisprudence constante [56] que, bien que la directive n'affecte pas les règles de droit pénal des États membres, ces derniers ne peuvent pas restreindre la libre prestation des services en appliquant des dispositions pénales qui régissent spécifiquement l'accès à ou l'exercice d'une activité de services, ou qui y portent atteinte, en contournant les règles énoncés par cette directive. En particulier, lorsqu'une disposition nationale prévoit des sanctions, ces dernières doivent être nécessaires et proportionnées à la gravité de l'infraction [57].

125. Il a été suggéré précédemment que la procédure d'agrément est compatible avec la directive « services ». Un État membre peut dès lors sanctionner (pénalement) le non-respect du régime d'autorisation.

126. L'autre question qui se pose est celle du caractère proportionné de ces sanctions en elles-mêmes. À nouveau, cette appréciation appartient en définitive à la juridiction de renvoi. Toutefois, pour ma part, il me semble très difficile de considérer comme disproportionnées les sanctions générales prévues par le droit belge pour sanctionner ce qui constitue la délivrance illégale de diplômes (au maximum, une peine d'emprisonnement de trois mois et une amende de 500 euros), par la suite adaptées ou réduites compte tenu des circonstances propres à chaque cas, comme cela semble avoir été le cas en l'espèce.

127. Pour ces raisons, je suggérerais de répondre à la troisième question de la manière suivante : la directive « services » ne s'oppose pas à la mise en œuvre d'une disposition pénale, telle que celle en cause dans la procédure au principal, qui a été instaurée pour sanctionner la délivrance de diplômes par des établissements non agréés, pour autant que les sanctions soient proportionnées.

### *D. Sur la première question*

128. Par sa première question, la juridiction de renvoi s'enquiert de la compatibilité de l'interdiction faite par la législation nationale aux établissements d'enseignement supérieur non agréés de délivrer des diplômes avec la directive PCD.

55 Voir points 42 à 44 des présentes conclusions.

56 Voir, notamment, dans le cadre du traité, arrêts du 19 janvier 1999, Calfa (C-348/96, EU:C:1999:6, point 17) ; du 6 mars 2007, Placanica e.a. (C-338/04, C-359/04 et C-360/04, EU:C:2007:133, point 68), ainsi que du 15 septembre 2011, Dickinger et Ömer (C-347/09, EU:C:2011:582, point 31).

57 Voir arrêt du 11 novembre 1981, Casati (203/80, EU:C:1981:261, point 27).

129. Je commencerai par examiner la question du champ d'application de cette directive avant d'aborder le fond de cette question. Selon moi, la directive PCD *est* applicable en l'espèce. Toutefois, ses dispositions pourraient permettre de *justifier* plutôt que de contester les mesures adoptées par les autorités nationales.

*1. Sur le champ d'application*

130. Selon le gouvernement belge, la directive PCD ne peut s'appliquer à l'enseignement. La protection de la qualité des diplômes n'est pas une « pratique commerciale », parce que la Communauté flamande n'est pas un « professionnel » au sens de cette directive. On ne saurait donc s'en prévaloir afin de protéger la liberté d'entreprise des interventions d'un État membre mais elle pourrait plutôt être invoquée contre les propres pratiques commerciales des intimés.

131. Le gouvernement norvégien et la Commission soutiennent également que la directive PCD n'est pas applicable en l'espèce, mais pour une raison différente. L'article 1er de cette directive indique que cette dernière couvre les règles nationales qui tendent principalement à protéger les intérêts économiques des consommateurs. En l'espèce, puisque les règles nationales pertinentes tendent généralement à réaliser un objectif de politique publique, à savoir la protection du niveau de l'enseignement supérieur et le maintien de la confiance dans le niveau de qualité élevé de certains diplômes, elles ne relèvent pas du champ d'application de la directive PCD. Le gouvernement norvégien soutient plus particulièrement que même lorsque ces règles poursuivent un objectif supplémentaire de protection des intérêts économiques des étudiants, elles ne sont pas couvertes par ladite directive.

132. Je comprends (et je partage partiellement) l'inconfort intellectuel qui semble avoir mené, bien que pour des raisons différentes, le gouvernement belge, le gouvernement norvégien et la Commission à rejeter l'applicabilité de la directive PCD dans la présente affaire. Il peut en effet paraître curieux, à première vue, de considérer qu'une mesure nationale en matière d'enseignement qui peut, en principe, être perçue comme poursuivant un objectif d'intérêt public (à savoir la qualité de l'enseignement au moyen d'une procédure d'agrément) relève du champ d'application de la directive PCD.

133. Toutefois, compte tenu du champ d'application étendu de la directive PCD, qui ressort clairement de ses dispositions lues à la lumière de la jurisprudence existante de la Cour, il est impossible d'arriver à une conclusion différente.

134. En premier lieu, en réponse au gouvernement belge, comme il a déjà été indiqué précédemment [58], les programmes d'enseignement supérieur peuvent constituer un service au regard du droit de l'Union. Si l'enseignement peut avoir une dimension économique dans le cadre de la liberté d'établissement ou de la libre prestation de services, on peut difficilement conclure que ce n'est soudainement plus le cas pour ce qui concerne l'application d'un autre acte de droit dérivé (qui plus est, dans le cadre du même programme d'études et dans la même affaire). Il serait assez incohérent de soutenir simultanément que la directive « services » est applicable et que la directive PCD, qui repose sur des postulats similaires, ne l'est pas [59].

58 Voir points 68 à 88 des présentes conclusions.

59 Voir également, par analogie, arrêt du 17 mai 2018, Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen (C-147/16, EU:C:2018:320, points 56 à 58), dans lequel la Cour a appliqué la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (JO 1993, L 95, p. 29), à une prestation fournie, à titre complémentaire et accessoire de son activité d'enseignement et consistant à offrir, au moyen d'un contrat, un apurement sans intérêts de sommes qui lui sont dues par une étudiante, par un établissement d'enseignement supérieur dont le financement était assuré, pour l'essentiel, par des fonds publics.

135. En deuxième lieu, il est de jurisprudence constante que les professionnels peuvent se prévaloir de la directive PCD à l'encontre des États membres. La Cour a en effet adopté une approche large du champ d'application de cette directive. Cette dernière, qui tend à contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur [60], peut en effet être invoquée par des professionnels *contre une règle nationale* qui interdit ou restreint certaines pratiques commerciales [61].

136. En troisième lieu, pour répondre aux arguments développés par le gouvernement norvégien et par la Commission, ce qui constitue (supposément) l'objectif *primaire* de la législation nationale, par opposition à des intérêts secondaires ou à tout autre intérêt, n'est pas réellement pertinent pour déterminer si la directive PCD est applicable. Il est de jurisprudence constante que cette directive s'applique également lorsque la règle en question n'a pas seulement, ou principalement, pour objectif de protéger les consommateurs mais qu'elle poursuit également d'autres intérêts [62]. La directive est en effet applicable aussi longtemps que la législation nationale en cause tend à protéger les consommateurs, par opposition aux seuls intérêts de concurrents [63], même si la protection des consommateurs n'est pas son objectif principal.

137. Pour le dire plus simplement, ce qui compte c'est que la législation nationale régisse, quel que soit son objectif, les relations entre professionnels et consommateurs. Dans ce contexte, il est sans importance que l'objectif primaire poursuivi par le législateur en adoptant la législation ait un caractère « public » ou « privé ». Ce qui importe, c'est que la réglementation porte atteinte aux relations entre professionnels et consommateurs en limitant certaines pratiques commerciales telles que les définit la directive PCD.

138. Ce doit être le cas pour deux raisons supplémentaires. Premièrement, il est difficile de définir avec précision les objectifs d'une réglementation et facile de les reformuler. Une éducation de grande qualité constitue évidemment une question d'intérêt public. Toutefois, en tant que consommateurs de services d'éducation, les étudiants ont, eux aussi, un intérêt à ce que cette qualité soit élevée, c'est-à-dire qu'il en va également de leur intérêt privé, tout comme de l'intérêt des employeurs et du marché de l'emploi au sens large. Tous ces intérêts sont également susceptibles de justifier une interdiction de délivrer des diplômes de master sans agrément. Cela m'amène à la seconde raison : en définitive, il reviendrait toujours à l'État membre lui-même d'indiquer lequel de ces éventuels intérêts il souhaite protéger (en premier lieu) en adoptant la réglementation en question, une approche qui n'a pas les faveurs de la Cour dans d'autres domaines du droit de l'Union. C'est donc l'incidence réelle et objective de la règle qui compte et non l'intention historique et subjective du législateur [64].

139. Je suis donc d'avis que la loi nationale en question régit, bien qu'incidemment, la manière dont les entreprises privées proposant des services d'éducation peuvent promouvoir et commercialiser leurs services auprès des consommateurs potentiels. Cette situation relève dès lors du champ d'application de la directive PCD.

60 Voir article 1er de la directive PCD.

61 Voir, par exemple, arrêts du 9 novembre 2010, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, EU:C:2010:660), et du 17 octobre 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669).

62 Voir, par exemple, arrêts du 9 novembre 2010, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, EU:C:2010:660, points 26 à 28), et du 17 octobre 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, points 31 à 34), qui concernent, respectivement, le maintien du pluralisme de la presse et son indépendance.

63 Voir, par exemple, arrêt du 17 janvier 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, point 30) : « Ne sont exclues du champ d'application de la directive […] que les législations nationales relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte "uniquement" aux intérêts économiques de concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels ».

64 Dans ces quelques domaines où les intentions des législateurs des États membres sont (considérées au travers de la législation) pertinentes, les problèmes de preuve que cela suscite montrent clairement pourquoi cela pourrait ne pas être la meilleure voie à suivre. Pour un exemple d'une discussion récente à propos du moment où une règle « vise spécifiquement » les services de la société de l'information et où elle devient donc une règle technique qui doit être notifiée en vertu de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques (JO 1998, L 204, p. 37), modifiée, voir mes conclusions dans l'affaire Falbert e.a. (C-255/16, EU:C:2017:608, points 58 à 87).

*2. Sur le fond*

140. Conformément à l'article 5 de la directive PCD et à la lumière des définitions figurant à l'article 2 de cette même directive, les pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs sont interdites. Cette interdiction vise toute communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, qui émane d'un professionnel, qui présente un lien direct avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs et qui altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique des consommateurs [65]. Il est de jurisprudence constante que les pratiques visées par cette directive doivent être, d'une part, de nature commerciale, c'est-à-dire émaner de professionnels, et, d'autre part, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture de leurs produits aux consommateurs [66].

141. Dans la présente affaire, la question de savoir quelle est la « pratique commerciale » concernée semble susciter une certaine confusion. Les intimés soutiennent que leur choix d'intituler « master » le diplôme délivré s'inscrit dans le cadre de la stratégie commerciale de leurs sociétés, ce qui suffit à la qualifier de pratique commerciale, avec pour conséquence que la directive PCD s'applique. Ils considèrent en outre que la délivrance de diplômes de master par un établissement d'enseignement non agréé ne figure pas dans la liste de pratiques que le législateur national peut spécifiquement interdire. De plus, ils soulignent qu'ils ne sont pas poursuivis pour avoir enfreint l'interdiction des pratiques commerciales déloyales. Pour sa part, le gouvernement belge examine la protection que la législation flamande confère à l'intitulé de « master » pour un enseignement ou un diplôme. Il considère qu'il ne s'agit pas d'une « pratique commerciale » au sens de la directive PCD parce que le champ d'application de la législation nationale ne correspond pas à celui de la directive.

142. Selon moi, dans la présente affaire, la « pratique commerciale » consiste, pour les intimés (en qualité de professionnels), à promouvoir et à vendre des cours dans le cadre de leur activité commerciale en mettant en avant la possibilité d'obtenir un diplôme ou un certificat dénommé « master » lorsque le programme d'études est achevé avec succès. Une telle pratique est soumise à l'interdiction, édictée par le parlement flamand, de délivrer des diplômes de master qui est imposée aux établissements non agréés [67].

143. Le parlement flamand agit donc dans le cadre d'une mission d'autorité réglementaire publique et certainement pas en tant que professionnel au sens de la directive PCD. C'est le régulateur public (le parlement flamand) qui intervient sur le marché et interdit certains types de pratiques commerciales (proposer des enseignements de master sans avoir l'autorisation adéquate) dans les relations entre des professionnels (UIBS Belgium) et des consommateurs (les étudiants potentiels).

144. Cela étant dit, je ne vois pas en quoi l'interdiction de cette pratique commerciale enfreindrait de quelque manière que ce soit les dispositions de la directive PCD. Au contraire : elle semble faire précisément ce que requiert la directive. L'interdiction vise en effet à protéger les étudiants (les consommateurs) de ce qui constitue une pratique commerciale (déloyale) des entreprises vis-à-vis des consommateurs en leur faisant croire qu'ils peuvent obtenir un diplôme de master après avoir achevé avec succès les études organisées par les intimés.

145. Dès lors, c'est plutôt la pratique commerciale des intimés qui est susceptible d'être considérée comme déloyale dans les circonstances de l'espèce. Comme les gouvernements suédois et norvégien l'ont souligné avec justesse, une telle pratique pourrait être considérée comme déloyale « en toutes circonstances », conformément à l'annexe I de la directive PCD.

65 Sur la portée particulièrement large de la définition des pratiques commerciales, voir, par exemple, arrêts du 9 novembre 2010, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, EU:C:2010:660, point 21), et du 25 juillet 2018, Dyson (C-632/16, EU:C:2018:599, point 30).

66 Voir, par exemple, arrêt du 17 octobre 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, point 37).

67 Par analogie, voir, par exemple, arrêt du 4 mai 2017, Vanderborght (C-339/15, EU:C:2017:335, points 21 à 25), à propos d'une législation nationale interdisant toute publicité pour la fourniture de services de soins buccaux et dentaires.

146. Il est de jurisprudence constante que l'annexe I de la directive PCD établit une liste *exhaustive* de 31 pratiques commerciales qui, conformément à l'article 5, paragraphe 5, sont réputées déloyales « en toutes circonstances ». Ces pratiques sont les seules pratiques commerciales qui peuvent être considérées comme déloyales sans faire l'objet d'une évaluation au cas par cas au titre des dispositions des articles 5 à 9 de la directive [68].

147. Le point 2 de l'annexe I inclut parmi les pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances le fait d'« [a]fficher un certificat, un label de qualité ou un équivalent sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire ». Le point 4 inclut parmi ces mêmes pratiques le fait d'« [a]ffirmer qu'un professionnel […] ou qu'un produit a été agréé, approuvé ou autorisé par un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas […] ».

148. Contrairement à ce que soutiennent les intimés, dans ce contexte, une liste *exhaustive* est une liste fermée de situations génériques et généralisées, exprimées avec un niveau d'abstraction raisonnablement et logiquement adéquat. Il serait en effet assez absurde de suggérer que, parce que la liste de l'annexe I ne comporte pas de « point 32 » indiquant « proposer des programmes d'enseignement supérieur menant à un titre de master même sans avoir été agréé à cet effet par les autorités nationales compétentes », l'interdiction de cette pratique commerciale qui pourrait clairement relever des autres catégories (formulées de manière abstraite) est incompatible avec la directive PCD.

149. On pourrait ajouter que, dans le passé, la Cour a également fait preuve de souplesse (raisonnable et nécessaire) dans son interprétation des catégories figurant à l'annexe I. En effet, elle ne se contente pas d'une analyse littérale mais examine également le contexte plus large et les objectifs de la directive PCD afin de déterminer si une pratique commerciale spécifique est réputée déloyale en toutes circonstances [69].

150. Dans la présente affaire, les pratiques commerciales des intimés peuvent aisément relever des points 2 et 4 de l'annexe I. Un diplôme de master, qui présente certaines qualités et connotations professionnelles, peut certainement être considéré comme l'*équivalent* d'un label de qualité. Pour sa part, le point 4, tel qu'il est interprété par la Cour « vise […] les cas spécifiques dans lesquels […] la réglementation applicable établit certaines exigences notamment quant à la *qualité* d'un professionnel ou de ses produits et *prévoit à cet égard un régime de l'agrément, de l'approbation ou de l'autorisation*» [70]. La pratique commerciale des intimés rentre facilement dans ces deux catégories. Elle ne nécessite donc pas d'analyse au cas par cas et peut être considérée comme déloyale en toutes circonstances.

151. Je suggère dès lors de répondre à la première question de la manière suivante : la directive PCD doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à une disposition nationale qui impose aux établissements d'enseignement non agréés une interdiction générale d'intituler « master » les diplômes qu'ils délivrent et les cours qu'ils dispensent afin de garantir un niveau élevé d'éducation.

68 Voir, par exemple, arrêts du 23 avril 2009, VTB-VAB et Galatea (C-261/07 et C-299/07, EU:C:2009:244, point 56), et du 19 septembre 2013, CHS Tour Services (C-435/11, EU:C:2013:574, point 38).

69 Voir, par exemple, arrêt du 18 octobre 2012, Purely Creative e.a. (C-428/11, EU:C:2012:651).

70 Arrêt du 17 janvier 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, point 39). Mise en italique par mes soins.

## V. Conclusion

152. Au vu des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions du hof van beroep te Antwerpen (cour d'appel d'Anvers, Belgique) de la manière suivante :

– La directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) nº 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à une disposition nationale qui, afin de garantir un niveau élevé d'enseignement, impose aux établissements d'enseignement non agréés une interdiction générale d'intituler « master » les diplômes qu'ils délivrent et les cours qu'ils dispensent.

– La directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à une disposition nationale qui impose aux établissements d'enseignement non agréés une interdiction générale d'intituler « master » les diplômes qu'ils délivrent, pour autant que la procédure d'agrément remplisse les conditions énoncées à l'article 9, paragraphe 1, de cette même directive. Elle ne s'oppose pas non plus à la mise en œuvre d'une disposition pénale, telle que celle en cause dans la procédure au principal, qui a été instaurée pour sanctionner la délivrance de diplômes par des établissements non agréés, pour autant que les sanctions soient proportionnées.