

CONCLUSIONS

M. Raphaël Chambon, rapporteur public

Dans sa version antérieure à la réforme dont nous allons vous entretenir dans un instant, issue de la loi n° 2009-833 du 7 juillet 2009 ayant créé une première année commune aux études de santé (PACES), l'article L. 631-1 du code de l'éducation disposait que le nombre d'étudiants qui, au terme de cette première année, étaient admis à passer en deuxième ou troisième année du premier cycle des formations de santé (de médecine, d'odontologie, de pharmacie ou de maïeutique), était déterminé par voie réglementaire : c'était le *numerus clausus*, créé par la loi du 12 juillet 1971¹ et déterminé chaque année, pour chaque université, par un arrêté commun des ministres chargés de la santé et de l'enseignement supérieur, en tenant compte des besoins de la population, de la nécessité de remédier aux inégalités géographiques et des capacités de formation des établissements concernés (tant s'agissant de la formation académique qu'en stage dans les hôpitaux). L'arrêté du 28 octobre 2009 déterminait notamment les modalités d'admission des étudiants dans chacune des quatre filières de la PACES à son issue, fondées sur l'organisation d'épreuves classantes portant sur les enseignements de tronc commun et les unités d'enseignements spécifiques à la ou aux filières choisies. Il prévoyait la possibilité de redoubler la PACES, voire de la tripler sur dérogation accordée par le président de l'université².

Après avoir fortement baissé jusqu'au milieu des années 1990, non sans conséquences sur la démographie médicale actuelle alors que la génération du baby-boom prend massivement sa retraite, le *numerus clausus* a été très nettement relevé depuis le début des années 2000. L'échec restait cependant massif en première année et le système était critiqué pour laisser sur le carreau des milliers d'étudiants chaque année, contraints, le plus souvent après deux échecs, de se réorienter dans une autre filière en première année, sans valoriser en rien leurs deux années de formation. Pour l'année universitaire 2017-2018, alors que 57 791 étudiants étaient inscrits en PACES, le nombre d'étudiants autorisés à poursuivre leurs études

¹ Article 15 de la loi n°71-557 aménageant certaines dispositions de la loi n° 68-978 du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur.

² Ces dérogations ne pouvant excéder chaque année 8 % du nombre de places attribuées réglementairement à l'établissement en vue de l'admission en deuxième année.

dans les filières médicales à la suite de cette année universitaire s'élevait ainsi à 13 323 soit 23%, les redoublants représentant près de deux tiers des admis en deuxième année³.

La loi n°2019-774 du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé, le décret n°2019-1125 du 4 novembre 2019 et un arrêté du même jour pris pour son application ont profondément modifié ce système⁴.

La PACES est supprimée et remplacée par deux voies principales d'accès en deuxième année. Aux termes des nouveaux articles R. 631-1 et R. 631-1-1 du code de l'éducation, l'admission en deuxième ou troisième année du premier cycle est accessible aux étudiants ayant validé un certain nombre de crédits ECTS dans l'une des trois formations suivantes :

- le parcours « accès santé » spécifique dit « PASS », qui peut uniquement être suivi dans les universités disposant d'une UFR de santé est une année de licence spécifique comprenant majoritairement des enseignements en santé, complétée par une « mineure » d'un autre domaine que celui de la santé (droit, biologie, mathématiques, lettres...) ;
- la licence « accès santé » dite « L.AS » est une année de licence comprenant majoritairement des enseignements correspondant à la discipline choisie (économie, philosophie, STAPS...), complétés d'une « mineure santé » correspondant à au moins 10 crédits ECTS et apportant les compétences nécessaires à la poursuite d'études en santé.
- Une formation conduisant à un titre ou diplôme d'Etat d'auxiliaire médical d'une durée de trois ans minimum (formations paramédicales).

À l'issue de la première année, un étudiant de PASS ou de L.AS qui a validé son année universitaire en obtenant 60 crédits ECTS peut candidater aux études de santé qui l'intéressent (médecine, maïeutique, odontologie, pharmacie). Si ses résultats au premier groupe d'épreuves, constitués en tout ou partie des épreuves participant à la validation de sa première année, sont supérieurs à un certain seuil, l'étudiant de PASS ou de L.AS est admis directement en deuxième année⁵. Si ses résultats sont inférieurs à ce seuil mais supérieurs à un seuil minimal, l'étudiant peut participer au second groupe d'épreuves, organisées cette fois spécifiquement pour l'accès en deuxième année des études de santé.

S'il n'est pas admis, il accède en deuxième année de licence ou « L.AS 2 » correspondant, pour l'étudiant de PASS, à la mineure qu'il avait suivie en première année, pour l'étudiant de L.AS 1, à la discipline de sa licence première année. La L.AS 2 comporte, comme la L.AS 1, une mineure santé. L'étudiant peut tenter une seconde fois l'intégration en

³ Etude d'impact sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la transformation du système de santé, p. 14 et 17-18.

⁴ En s'inspirant notamment des expérimentations mises en œuvre sur le fondement de l'article 39 de la loi n° 2013-660 du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche.

⁵ Donc, s'agissant d'un étudiant en L.AS, des épreuves portant majoritairement sur des enseignements hors santé.

deuxième année d'études de santé à la fin de sa L.AS 2 ou à la fin de sa L.AS 3. Il n'existe donc pas de redoublement à proprement parler, mais une « seconde chance » d'accéder à la deuxième année d'études de santé, que l'étudiant peut choisir d'utiliser en fin de deuxième ou de troisième année de licence.

En revanche, l'étudiant de PASS ou de L.AS qui n'a pas validé sa première année universitaire, ne peut candidater à la deuxième année d'études de santé. L'étudiant de PASS n'a pas la possibilité de redoubler son année et doit, pour poursuivre vers d'autres études supérieures, se réorienter via Parcoursup selon l'arrêté du 4 novembre 2019, aucun texte n'interdisant en principe que cette réorientation intervienne en première année de L.AS⁶. L'étudiant de L.AS, lui, peut redoubler sa première année ou se réorienter via Parcoursup.

La réforme substitue au *numerus clausus* un *numerus apertus* : le nombre d'étudiants admis en deuxième ou troisième année est désormais fonction des capacités d'accueil déterminées annuellement par les universités en prenant en compte les objectifs pluriannuels d'admission en première année du deuxième cycle. Ces objectifs pluriannuels, qui prennent en compte les capacités de formation de l'université et les besoins en santé du territoire, sont déterminés par chaque université sur avis conforme de l'ARS, au regard d'objectifs nationaux pluriannuels établis par l'Etat, ayant notamment pour objectif de répondre aux besoins du système de santé et de réduire les inégalités territoriales d'accès aux soins.

Pour chaque filière MMOP, le nombre de places ouvertes en deuxième année du premier cycle est réparti entre les nouvelles voies d'accès de telle façon qu'aucune d'elles ne puisse représenter plus de 50 % du nombre de places proposées. Pour répondre à l'objectif de diversification des profils, cette répartition doit en outre assurer qu'au moins 30 % des places sont réservées à des étudiants ayant validé au plus 60 crédits ECTS (soit à la fin de leur première année de PASS ou de L.AS) et qu'au moins 30 % des places sont réservées à des étudiants ayant validé au moins 120 crédits ECTS (soit à la fin de leur deuxième ou de leur troisième année de licence). Au moins 5 % du total des places ouvertes est également réservé aux diplômés de professions paramédicales.

Le législateur et le pouvoir réglementaire ont également prévu des dispositions transitoires qui sont à l'origine du présent litige et, au-delà, d'une émotion certaine dans les facultés de médecine.

Le dispositif PASS et L.AS étant mis en œuvre pour la première fois durant l'année universitaire qui s'achève, 2020-2021, les étudiants inscrits en PACES durant l'année universitaire précédente, 2019-2020, qui auraient été autorisés à redoubler en 2020-2021 et donc à tenter de nouveau leur chance au concours, ont été autorisés à s'inscrire de nouveau dans une PACES maintenue à leur seule intention. Le III de l'article 6 du décret du 4

⁶ Même s'il semble que de nombreuses universités excluent cette hypothèse.

novembre 2019 prévoit la fixation par arrêté ministériel, pour chaque université, du nombre de places réservées en deuxième année à ces étudiants en PACES.

Le nœud du litige réside dans la répartition entre le nombre de places réservées via ce numerus clausus aux redoublants de PACES et les capacités d'accueil appliquées aux étudiants inscrits dans le nouveau dispositif, en PASS ou en L.AS, les effectifs d'étudiants admis à la rentrée universitaire 2021 en deuxième ou troisième année des formations de médecine, pharmacie, odontologie et maïeutique étant constitués selon le II de l'article 18 de l'arrêté du 4 novembre 2019 de l'addition de ces deux cohortes.

Un arrêté du 25 janvier 2021 a fixé pour chaque université le nombre d'étudiants de PACES admis à poursuivre leurs études. Considérant que ce numerus clausus fixé à 6 482 au total pour les quatre filières MMOP allait *de facto* réduire les capacités d'accueil réservées aux étudiants de PASS et L.AS et, compte tenu de son niveau trop élevé, leur laisser un trop faible nombre de places accessibles en deuxième année d'études de santé, certains étudiants en PASS vous ont demandé d'annuler cet arrêté en accompagnant leur requête d'une demande de suspension. Votre juge des référés a fait droit à cette dernière demande par une ordonnance du 28 avril 2021 (*Mme Ben Youssef et autres*, n° 451563), en regardant comme de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de cet arrêté le moyen tiré de ce que les ministres de la santé et de l'enseignement supérieur ont entaché l'arrêté contesté d'erreur manifeste d'appréciation en se fondant uniquement sur des taux de réussite constatés par le passé pour fixer le nombre des étudiants en PACES autorisés à poursuivre leurs études en médecine, odontologie, pharmacie et maïeutique lors de l'année universitaire 2021-2022, sans prendre en considération les places disponibles en deuxième année de premier cycle dans chacune de ces filières pour l'année universitaire 2021-2022 ni, par suite, le sort des étudiants ayant suivi en 2020-2021 le nouveau parcours « accès santé » spécifique ou une année de licence avec une option « accès santé ».

L'arrêté du 25 janvier 2021 a été abrogé et un nouvel arrêté a été pris le 5 mai 2021. Ce dernier mentionne explicitement, à son article 1^{er}, la prise en compte des capacités d'accueil en deuxième année des universités, mais ne change pas⁷ le nombre d'étudiants PACES admis à poursuivre en 2^{ème} année, fixé par son article 2.

Des étudiants en PASS et en LAS, regroupés en quinze associations locales, vous en demandent l'annulation. Ils vous en ont également demandé d'en suspendre l'exécution mais leur demande a été rejetée par une ordonnance du 1^{er} juin dernier⁸ pour défaut d'urgence, eu égard à l'intérêt public s'attachant à l'aboutissement des procédures d'admission à cette période de l'année universitaire et à la circonstance que vous vous apprêtiez à statuer au fond sur la requête en annulation.

⁷ Sauf très marginalement en augmentant de 4 places le numerus clausus pour l'inscription en deuxième année de médecine à l'université de Besançon.

⁸ n° 452732.

Votre compétence pour connaître de cette requête en premier et dernier ressort n'a rien de l'évidence.

En effet, l'arrêté en tant qu'il fixe le *numerus clausus* pour les étudiants en PACES revient à fixer un nombre de places à un concours. Or vous jugez qu'une telle décision est une décision d'espèce, par suite dénuée de caractère réglementaire et ne relevant pas de votre compétence en premier et dernier ressort. Voyez, pour la fixation du nombre de places ouvertes à un concours de la fonction publique : CE, 17 juin 1991, *Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public*, n° 112866 (JCP 1991, IV, p. 369). Vous avez certes déjà statué sur des requêtes contestant la légalité d'arrêtés fixant le nombre d'étudiants pouvant être admis en première année d'études préparatoires au diplôme d'Etat de masseur-kinésithérapeute⁹ mais c'était avant le décret du 22 février 2010¹⁰ qui a supprimé votre compétence en premier et dernier ressort pour connaître des actes dont le champ d'application s'étend au-delà du ressort d'un seul TA.

Mais contrairement à l'arrêté du 25 janvier, qui se bornait à fixer le *numerus clausus* pour chacune des quatre filières, l'arrêté du 5 mai comporte également un article 1^{er} déterminant les critères au regard desquels ce *numerus clausus* est fixé ainsi qu'un article 3 prévoyant la possibilité de majorer le *numerus clausus*, dans la limite de 5%, lorsque des étudiants étrangers non communautaires se trouvent classés en rang utile.

Ces dispositions fixant une norme générale et impersonnelle, il nous semble que vous pourrez statuer sur la requête dirigée contre l'arrêté dans son ensemble. Même si vous portiez une appréciation en distinguant les conclusions de la requête dirigées contre les différents articles de l'arrêté contesté, vous pourriez retenir la connexité, ce qui est plus qu'opportun au regard de l'intérêt s'attachant à ce que vous tranchiez définitivement ce litige.

L'arrêté attaqué nous semble susceptible de recours. Certes en matière de concours de recrutement de la fonction publique, l'arrêté fixant la répartition par groupes de discipline et par établissements des postes ouverts aux concours a le caractère d'un acte préparatoire et n'est pas justiciable (4/1 SSR, 22 septembre 1997, *L...*, n° 150236, aux Tables). Mais en matière de *numerus clausus*, vous admettez la recevabilité du recours dirigé contre l'acte le fixant, sans attendre la fin du processus.

La ministre de l'enseignement supérieur oppose en défense une fin de non-recevoir tirée, d'une part, de ce que les associations requérantes, de création récente, n'établiraient pas leur capacité d'ester en justice, faute de production de leur déclaration en

⁹ 1/4 SSR, 15 octobre 1999, *Syndicat national des directeurs d'école de masso-kinésithérapie et autres*, n° 207390, au Recueil sur un autre point ; ½ SSR, 27 novembre 2000, *Centre d'enseignement pratique de massothérapie et de pédicurie-podologie et autres*, n° 221448, aux Tables sur un autre point ; 1/2 SSR, 3 avril 2002, *Bouvet et autres*, n°238237).

¹⁰ Décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives.

préfecture et, d'autre part, de ce qu'elles ne justifieraient pas de leur intérêt à agir faute d'établir que leurs membres seraient affectés par l'arrêté querellé.

Mais, d'une part, l'absence de déclaration en préfecture ne fait pas obstacle à ce que, par la voie du recours pour excès, toutes les associations légalement constituées aient qualité pour contester la légalité des actes administratifs faisant grief aux intérêts qu'elles ont pour mission de défendre (Assemblée, 31 octobre 1969, *Syndicat de défense des canaux de la Durance et Sieur B...*, n° 61310, p. 461 ; 6/1 SSR, 27 juillet 2009, *Commune de Bono*, n° 306946, aux Tables). D'autre part, l'intérêt pour agir des associations s'apprécie au regard de leur objet statutaire et les associations requérantes, qui ont toutes pour objet de représenter les intérêts des étudiants inscrits en cursus PASS et L.AS afin qu'ils puissent bénéficier d'un juste accès aux études de santé dans l'université de leur ressort, au titre de l'année 2021-2022 et des suivantes, soit un objet suffisamment précis et en rapport avec les conclusions de leur requête, justifient d'un intérêt suffisant pour contester l'acte qu'elles attaquent.

Il nous semble que cet intérêt pour agir vaut, pour chacune des associations locales, pour contester l'arrêté dans son ensemble et non seulement en tant qu'il fixe le numerus clausus pour l'université qui les concerne. D'une part, comme l'indiquait la présidente Fombeur dans ses conclusions sur votre décision *Bouvet* du 3 avril 2002 (1/2 SSR, n° 238237), vous jugez généralement que les actes répartissant un contingent présentent un caractère indivisible¹¹ et, d'autre part, les dispositions réglementaires de l'arrêté nous semblent indivisibles de ses dispositions d'espèce, dès lors que l'annulation des premières entrainerait nécessairement l'annulation des secondes.

Il est grand temps d'aborder les moyens soulevés par les associations requérantes.

Si le détournement de pouvoir invoqué en premier lieu n'est pas établi, les **moyens tirés par voie d'exception de l'illégalité du III de l'article 6 du décret du 4 novembre 2019**, qui sont opérants dès lors que ces dispositions du décret constituent la base légale de l'arrêté attaqué¹², posent des questions délicates.

Il est d'abord soutenu que ces dispositions, aux termes desquelles « *les étudiants ayant suivi une PACES au cours de l'année universitaire précédant celle de l'application des dispositions du présent décret, [soit l'année 2019-2020 dès lors que le décret s'applique à compter de l'année 2020-2021], et qui sont autorisés à redoubler cette première année commune, (...) peuvent s'inscrire une nouvelle et dernière fois en PACES que les universités qui la proposaient sont tenues de maintenir au cours de la première année universitaire pendant laquelle elles mettent en œuvre les dispositions du présent décret* », soit en 2020-2021, méconnaissent le VII de l'article 1^{er} de la loi du 24 juillet 2019.

¹¹ Voir : Assemblée, 8 juin 1979, *Société anonyme des planteurs de canne associés et COSURMA*, n° 02170, au Recueil.

¹² Section, 11 juillet 2011, *Sodemel*, n° 320735 et 320854, au Recueil.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

En effet, ces dispositions législatives ont prévu que conservent la possibilité de présenter leur candidature à l'accès en deuxième année des études de santé les étudiants ayant suivi une PACES avant la publication de la loi, soit, dès lors que la loi a été publiée le 26 juillet 2019, durant l'année universitaire 2018-2019. En toute rigueur, le moyen apparaît fondé, la contradiction entre le décret et la loi étant flagrante. Mais l'examen des travaux préparatoires à la loi, notamment de l'étude d'impact du projet de loi, montre que le législateur songeait à l'évidence à l'année suivante. La loi n'aurait sinon aucun sens : pourquoi prévoir des dispositions transitoires pour les doublants PACES en 2019-2020 alors que le nouveau dispositif ne s'appliquait qu'à compter de la rentrée 2020 et que des bacheliers s'inscrivaient encore en PACES à la rentrée 2019 ? **Nous vous proposons donc de neutraliser cette malfaçon législative**, le législateur ayant retenu le terme de publication de la loi au lieu de viser son application.

Les requérantes soutiennent ensuite que le décret est illégal en ce qu'il autorise les doublants PACES de l'année 2019-2020 à tripler au cours de l'année 2020-2021.

Le VII de l'article 1er de la loi dispose clairement que ce sont les étudiants en PACES « *qui auraient eu, en application des dispositions antérieures à la présente loi, la possibilité de présenter pour la première ou la seconde fois leur candidature à l'accès en deuxième année* » des études de santé qui conservent cette possibilité. Le III de l'article 6 du décret prévoit pour sa part que les étudiants ayant suivi une PACES en 2019-2020 et qui sont autorisés à la redoubler peuvent s'inscrire une nouvelle et dernière fois en PACES en 2020-2021, et le ministère de l'enseignement supérieur, dans ses échanges avec les universités, interprète ces dispositions comme autorisant des doublants de l'année 2019-2020 à tripler leur PACES en 2020-2021.

On comprend bien, là encore, l'origine du problème. Le triplement de la PACES n'étant en principe pas autorisé, mais pouvant seulement être accordé sur dérogation par le président de l'université, ce qui est fait en pratique de façon marginale pour des doublants très proches du dernier admis au concours¹³, il est aisé de comprendre pourquoi ni la loi ni le décret n'ont expressément prévu le cas des triplants. **Il nous semble possible de faire l'effort de lire la loi comme autorisant tous les étudiants inscrits en PACES en 2019-2020 et ayant échoué au concours à se réinscrire en PACES en 2020-2021 et ainsi, d'écarter le moyen.**

Il est en outre soutenu que le pouvoir réglementaire n'était pas compétent pour décider que les modalités de présentation d'une seconde candidature pour les doublants PACES consisteraient en un concours et pour décider du maintien de l'existence du *numerus clausus*.

¹³ Selon l'étude d'impact, pour l'année universitaire 2017-2018, 59753 étudiants étaient inscrits en PACES, dont 41056 étaient pour la première fois, 18367 redoublants et 330 triplants, soit à peine 0,5% des étudiants inscrits.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Aux termes de l'article 34 de la Constitution, « *la loi détermine les principes fondamentaux (...) de l'enseignement* ». Il en résulte que, la liberté d'accès à l'enseignement constituant l'un des principes fondamentaux de l'enseignement, la limitation *a priori* du nombre des étudiants pouvant avoir accès aux études de santé (c'est-à-dire le principe d'un *numerus clausus*) ainsi que l'institution d'un concours de recrutement ressortissent du domaine de la loi (Conseil constitutionnel, décision n°91-167 L du 19 décembre 1991).

La question est donc de savoir si c'est le décret qui a maintenu le concours de fin d'année pour les PACES et le *numerus clausus*, ou si ce maintien était, au moins implicitement, prévu par la loi du 24 juillet 2019.

Le deuxième alinéa du VII de l'article 1er de la loi du 24 juillet 2019 dispose que les étudiants en PACES « *qui auraient eu, en application des dispositions antérieures à la présente loi, la possibilité de présenter pour la première ou la seconde fois leur candidature à l'accès en deuxième année (...) conservent cette possibilité selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État* ». L'étude d'impact n'apporte aucune précision sur ce point.

En toute rigueur, la rédaction de la loi aurait en effet pu autoriser le pouvoir réglementaire à prévoir que les étudiants de PACES en 2019-2020 ayant échoué au concours s'inscrivent en 2020-2021 en PASS ou en L.AS, la loi n'imposant pas expressément que ces étudiants se réinscrivent en PACES et passent le même concours que celui organisé les années antérieures. D'ailleurs, une petite minorité des étudiants de PACES de 2019-2020, ont fait le choix de s'inscrire en L.AS en 2020-2021.

Les travaux parlementaires nous semblent néanmoins permettre de considérer que le législateur a bien entendu prévoir le maintien en 2020-2021 de la PACES et du *numerus clausus* pour les doublants de PACES. Le rapporteur de la commission des affaires sociales du Sénat fait en effet clairement état de l'intention, précisée par le Gouvernement en réponse à ses interrogations, de proposer à ces étudiants une réinscription en PACES avec passage du concours dans les mêmes conditions qu'antérieurement¹⁴. Ainsi éclairée par ses travaux préparatoires, la loi nous semble pouvoir être interprétée comme ayant entendu prévoir le maintien de la PACES et du *numerus clausus* pour les doublants. **Le pouvoir réglementaire n'a par suite pas méconnu l'article 34 de la Constitution.**

Dès lors, le moyen suivant, tiré de ce que le décret ne pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité, prévoir des modalités d'admission en deuxième année différentes pour les doublants de PACES et les étudiants inscrits en PASS ou en L.AS est inopérant : cette différence de traitement trouve en effet sa source dans la loi et le moyen ne peut être utilement invoqué à l'encontre du décret, ce qui vous évitera de vous prononcer sur le point de savoir si

¹⁴ Alain Milon, rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la transformation du système de santé, p. 48.

ladite différence de traitement est justifiée par la différence de situation entre les deux catégories d'étudiants.

Nous pouvons en venir aux **moyens mettant cette fois directement en cause le contenu de l'arrêté querellé**.

Les associations requérantes soutiennent que les chiffres du *numerus clausus* déterminés par l'arrêté attaqué sont entachés d'illégalité, dès lors qu'ils ont été fixés en tenant compte des capacités d'accueil en deuxième année du premier cycle des études de santé déterminées par les universités pour l'année universitaire 2021-2022, qui sont elles-mêmes entachées d'illégalité.

Le caractère opérant de ce moyen n'est pas évident. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une exception d'illégalité, qui ne pourrait être utilement invoquée dès lors que les délibérations des universités ne sont pas la base légale de l'arrêté et que celui-ci n'est pas pris pour leur application au sens de la jurisprudence *Sodemel* et que les délibérations des universités et l'arrêté attaqué, théoriquement indépendant les uns de l'autre, ne forment pas une opération complexe, l'existence d'une telle opération n'étant reconnue par votre jurisprudence, selon le résumé qu'en a donné le professeur Chapus, que lorsqu'une décision finale ne peut être prise qu'après intervention d'une ou de plusieurs décisions successives, spécialement prévues pour permettre la réalisation de l'opération dont la décision finale sera l'aboutissement¹⁵. Les moyens tirés de ce que les capacités d'accueil n'ont pas été fixées conformément aux dispositions législatives et réglementaires dès lors que les objectifs nationaux pluriannuels de formation n'ont pas été préalablement définis par les universités et que leurs délibérations n'ont pas été prises sur avis préalable des ARS ne peuvent donc à nos yeux être utilement invoqués. En revanche, dès lors que l'arrêté indique lui-même que la détermination du *numerus clausus* a tenu compte des capacités d'accueil définies par les universités, le moyen tiré de ce que l'erreur manifeste entachant la définition des capacités d'accueil rejaillirait sur l'arrêté contesté qui serait lui-même entaché d'erreur manifeste nous semble opérant.

Avant d'aborder le cœur de leur argumentation, il nous faut préciser que la procédure longue et complexe prévue pour la détermination des capacités d'accueil n'a pu être mise en œuvre pour les capacités d'accueil 2021-2022 en raison de la crise sanitaire. Ce n'est ainsi qu'en mars 2021 que la conférence nationale a formulé ses propositions pour la détermination des objectifs nationaux pluriannuels de professionnels de santé à former, qui n'a toujours pas été arrêtée à ce jour par les ministres. En pratique il semble qu'un dialogue informel ait malgré tout eu lieu entre les ARS et les universités pour que ces dernières prennent en compte les besoins de santé dans leur décision, qui est intervenue entre décembre 2020 et le 30 avril

¹⁵ René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13 éd., n° 780. Voir également sur ce point les conclusions de Guillaume Odinet sur votre décision *Ministre de l'intérieur c/ Société Marseille Aménagement* du 12 octobre 2018 (2/7 CHR, n° 417016, aux Tables).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

2021 selon les établissements (soit bien après la date butoir fixée par l'arrêté du 4 novembre 2019 au 31 mars 2020).

L'essentiel de l'argumentation des requérantes, sur le terrain de la méconnaissance du principe d'égalité et de l'erreur manifeste d'appréciation, porte cependant sur le sort injuste fait selon elles aux étudiants inscrits cette année en PASS et L.AS 1.

Elles reprochent aux ministres d'avoir fixé un *numerus clausus* pour les doublants PACES à un niveau visant à leur garantir un taux de réussite équivalent au taux de réussite moyen des doublants PACES les trois années précédentes, ce *numerus clausus* élevé s'imputant *de facto* sur les capacités d'accueil des universités en deuxième année, qui auraient été fixées à un niveau trop faible, au détriment des étudiants en PASS / L.AS 1. Elles font valoir à cet égard que l'année universitaire 2020-2021 constituant une année de transition entre les anciennes études de santé et les nouvelles, conduisant à la coexistence temporaire d'étudiants relevant de régimes d'études différents, ces capacités d'accueil auraient dû être significativement accrues, de façon à ce que les chances de réussite des étudiants en PASS / L.AS ne soient pas significativement amoindries au regard de ce qu'étaient celles des étudiants en PACES l'année passée et de ce que seront celles des étudiants en PASS / L.AS l'année prochaine. Faute qu'une telle augmentation ait eu lieu, leur cohorte serait une « génération sacrifiée ».

Il n'est pas contesté que l'objectif de garantir aux doublants PACES un taux de réussite équivalent à celui des doublants des années précédentes a été poursuivi, et les chiffres le confirment. Alors que 14365 étudiants se sont inscrits en PACES à la rentrée 2020, 6484 places leur ont été réservées, leur assurant un taux de réussite de 45 %. Les requérantes comparent ce taux à celui réservé aux étudiants en PASS / L.AS au regard des capacités d'accueil arrêtées par les universités : pour plus de 33 000 étudiants inscrits, seules 7000 places sont prévues, soit un taux de réussite de 21 % en moyenne. Alors qu'ils représentent 30 % des étudiants se préparant à l'admission en deuxième année, les doublants PACES se voient ainsi réserver 48 % des places.

Les requérantes soutiennent qu'au lieu de rechercher à assurer l'équité entre les doublants PACES de cette année et ceux des années précédentes, il aurait fallu rechercher l'équité entre l'ensemble des candidats à l'admission en deuxième année en 2020-2021, ce qui supposait de fixer les nombres de places en proportion des candidats de chacune des deux catégories (doublants PACES d'une part, PASS / L.AS d'autre part).

Les requérantes se prévalent de votre décision *Quignon* du 13 décembre 2005 (4/5 SSR, n° 274927), par laquelle vous avez écarté un moyen tiré du principe d'égalité entre des candidats au troisième cycle d'études de médecine dans une configuration similaire, celle d'une année transitoire lors de laquelle coexistait la dernière édition du concours de l'internat et la première édition des nouvelles épreuves nationales classantes s'y substituant, après avoir relevé que le rapport du nombre de postes offerts au nombre d'inscrits dans les deux voies

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

d'accès était similaire. Mais une disposition décréte prévoyait une telle similarité, si bien que ce précédent, au demeurant non fiché, ne nous semble pas déterminant dans notre affaire. Les ministres n'étaient pas tenus d'assurer un taux de réussite identique aux doublants PACES et aux PASS / L.AS.

L'injustice dénoncée est-elle avérée ?

La ministre de l'enseignement supérieur fait valoir que les capacités d'accueil fixées par les universités concernées par les dispositions transitoires ont été déterminées en considération de leurs capacités de formation et des besoins de santé et en veillant à assurer aux étudiants en PASS et en L.AS un taux de réussite au moins équivalent à celui antérieurement constaté, en moyenne, pour les primants issus des PACES – en moyenne celui-ci est même significativement supérieur (21% contre 12%). Elle souligne, et cela ressort en effet des pièces du dossier, notamment des réponses apportées tant par les parties que par les universités concernées à la mesure supplémentaire d'instruction que votre 4^{ème} chambre a diligentée, que les places offertes en deuxième année pour les étudiants en PACES, PASS ou LAS ont, en moyenne, été accrues de 18 % par rapport aux chiffres résultant du *numerus clausus* en vigueur l'année dernière. Soit un chiffre guère inférieur à celui qu'évoquait l'étude d'impact du projet de loi, qui mentionnait la nécessité de prévoir une augmentation ponctuelle du nombre de places en deuxième année d'environ 20 % pour tenir compte de la coexistence entre les deux cohortes d'étudiants durant l'année de transition et garantir l'égalité des chances entre elles.

Les requérantes soulignent que la situation des étudiants en PASS / L.AS ne peut être comparée à celle des primants PACES dans l'ancien système car les étudiants en PASS ne pourront pas redoubler, si bien que ce serait justice qu'ils bénéficient d'un taux de réussite bien plus élevé que celui observé chez les primants PACES. C'est incontestable mais plusieurs considérations permettent de relativiser l'injustice vécue par la génération supposément sacrifiée.

D'une part, les étudiants de PASS et de L.AS ayant validé leur année pourront s'inscrire en deuxième année de L.AS. Si les requérantes font état de craintes à cet égard et si l'arrêté du 4 novembre 2019 fait une référence aux capacités d'accueil en L.AS 2, relevons que l'article R. 631-1 du code de l'éducation prévoit qu'il s'agit là d'un droit, dès lors qu'il dispose que les universités proposent aux candidats ayant validé leur année de PASS mais ne poursuivant pas en deuxième année d'études de santé « *une poursuite d'études dans un ou plusieurs parcours de L.AS* ». Ces étudiants pourront tenter une deuxième fois d'intégrer la deuxième année des études de santé, soit en fin de L.AS 2, soit en fin de L.AS 3. Et comme nous vous l'avons déjà indiqué, un quota de places leur sera réservé, représentant au moins 30% des places proposées. S'il est malaisé d'estimer le nombre des étudiants qui seront inscrits en L.AS 2 l'an prochain, au regard du taux d'abandon ou de réorientation observé chez les primants PACES jusqu'alors (seule la moitié de ceux ayant échoué au concours se réinscrivant alors en PACES¹⁶), il est permis de penser que ce nombre restera raisonnable si

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

bien que le taux de réussite garanti aux candidats en L.AS 2 sera vraisemblablement assez élevé (certes sans doute moins élevé que celui des doublants PACES jusqu'alors, mais les étudiants en PASS L.AS 1 bénéficient en revanche d'un taux de réussite plus important que les anciens primants PACES). Cela relativise fortement la différence de traitement avec les étudiants de PACES dans l'ancien système, supposément avantagés. Certes, les requérantes font valoir que ce n'est pas la même chose de s'inscrire en L.AS 2, dont la majorité des enseignements ne porteront pas sur la santé mais sur une discipline que les étudiants n'ont pas toujours pleinement choisie lorsqu'ils l'ont prise en mineure en PASS, que de redoubler sa PACES en suivant les mêmes enseignements. C'est vrai et les étudiants en question devront valider leur L.AS 2 pour pouvoir prétendre tenter une seconde fois l'admission en deuxième année d'études de santé. Mais dès lors qu'un quota de places d'au moins 30 % des places en deuxième année d'études de santé leur sera garanti, ce n'est pas vraiment dirimant, en tout cas du point de vue de la chance d'accéder aux études de santé, d'autant que cet inconvénient est le corollaire de l'avantage constitué par le fait d'être inscrit en deuxième année de licence et donc de capitaliser la première année d'étude n'ayant pas permis à l'étudiant d'intégrer la deuxième année d'études de santé.

D'autre part, l'idée que les étudiants de PASS / L.AS 1 en 2020-2021 seraient nettement désavantagés par rapport à ceux qui seront inscrits dans les mêmes parcours de formation l'année prochaine, dès lors que ceux-ci n'auront plus à partager le « gâteau » des places en deuxième année avec les doublants PACES, doit également être nuancée. En effet, l'année prochaine au moins 30% des places seront réservées à des étudiants en deuxième ou troisième année de licence, ce qui n'est pas le cas cette année, ce quota ne s'appliquant pas pour l'année de transition¹⁷, le nombre d'inscrits en L.AS 2 cette année étant tout à fait marginal. Le taux de réussite des PASS / L.AS 1 sera sans doute un peu plus élevé l'an prochain mais pas nécessairement dans des proportions considérables.

Il faut en outre relever que, pour saisir une erreur manifeste d'appréciation à avoir fixé les capacités d'accueil à un niveau trop bas, il faut mettre en balance le sort fait aux étudiants en matière de taux de réussite et les critères au regard desquelles les capacités d'accueil doivent être fixées, à savoir les capacités de formation en premier, deuxième et troisième cycle des études de santé, tant académiques dans les universités que cliniques dans les hôpitaux, et les besoins de santé. De ce point de vue, une augmentation ponctuelle très forte des capacités d'accueil, bien supérieure à l'augmentation préconisée par la conférence nationale du 26 mars dernier dont il est prévu qu'elle s'étale sur cinq ans¹⁸, poserait indéniablement certaines difficultés, ainsi que le fait valoir le ministre de la santé en défense.

¹⁶ Etude d'impact du projet de loi, p. 18.

¹⁷ En vertu du second alinéa du V de l'article 18 de l'arrêté du 4 novembre 2019.

¹⁸ Une augmentation de 14% est préconisée sur 2021-2025 par rapport à la moyenne des années 2016-2020, dont +18% pour la filière médecine (rapport de la conférence nationale du 26 mars 2021 : Objectifs nationaux pluriannuels de professionnels de santé à former 2021-2025).

Il nous semble délicat dans ces conditions de censurer une erreur manifeste d'appréciation dans la détermination des capacités d'accueil et par suite des chiffres du *numerus clausus*. Considérer que les étudiants inscrits en PASS / L.AS cette année auraient pu être mieux traités est une chose, déceler une erreur manifeste d'appréciation en est une autre. Nous comprenons bien sûr leurs inquiétudes, surtout dans cette année si particulière marquée par la pandémie, l'enseignement à distance et des difficultés matérielles accrues pour nombre d'étudiants, leur dépit d'être la génération essuyant les plâtres d'une réforme qui est loin d'avoir été accueillie favorablement dans toutes les UFR de médecine et dont la mise en œuvre a pu être inégale voire chaotique et leur sentiment d'injustice face à une répartition des places disponibles en deuxième année qui leur apparaît trop favorable aux doublants PACES sans que leur propre sort ait été suffisamment pris en compte, le tout s'ajoutant à la difficulté intrinsèque de la première année de médecine. Mais dès lors qu'il n'est pas soutenu et qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que les capacités d'accueil fixées par les universités ne tiendraient pas compte de leurs capacités de formation et des besoins de santé, il faudrait pour censurer les capacités qu'elles ont définies qu'elles traduisent un choix à l'évidence déraisonnable, un arbitrage que tout observateur de bonne foi trouverait aberrant. En conscience il ne nous semble pas que cela soit le cas.

On pourrait certes être tenté de considérer que les capacités d'accueil de certaines universités seulement sont excessivement basses et que l'arrêté fixant le *numerus clausus* serait entaché par ricochet d'erreur manifeste dans cette mesure. En reportant à la fin de l'été la prise d'effet de l'annulation de l'arrêté fixant le *numerus clausus* que vous prononceriez, vous laisseriez le temps aux universités concernées de relever leurs capacités d'accueil dans les prochaines semaines et ainsi d'admettre en deuxième année des étudiants de PASS / L.AS qui ne l'avaient pas été à quelques places près.

Mais cette voie nous semble difficilement praticable. Comment déterminer les universités dont la délibération est manifestement erronée ?

Vous pourriez vouloir censurer celles qui n'ont pas augmenté sensiblement leur nombre de places en deuxième année pour cette année de transition. Sur trente-et-une universités, six l'ont ainsi accru de moins de 10%, vingt-quatre de moins de 20%. Vous pourriez ainsi censurer celles l'ayant accru de moins de 20%, à condition que l'augmentation nécessaire pour atteindre ce taux nécessite la création, par exemple, d'au moins dix places supplémentaires, seuil en deçà duquel il ne serait pas raisonnable de censurer une erreur manifeste. Mais cet indicateur n'est pas nécessairement pertinent pour déceler une erreur manifeste car il ne traduit par construction qu'une évolution par rapport à des situations antérieures très diverses et ne révèle pas forcément les cas dans lesquels l'inéquité dénoncée par les requérantes peut paraître la plus flagrante. Certaines des six universités ayant le plus faiblement augmenté le nombre de places disponibles offrent néanmoins un taux de réussite des PASS / LAS relativement élevé et en nette augmentation par rapport à celui des primants PACES (ainsi Rouen : 24% contre 14%). Inversement, certaines des universités offrant un taux de réussite le plus bas aux PASS / L.AS ont pourtant fortement augmenté le nombre de

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

places disponibles en deuxième année et se trouveraient ainsi épargnées par votre censure (ainsi Grenoble : taux de réussite de 15 % seulement, pour une augmentation de 34%). Vous pourriez aussi être tentés de retenir un critère fondé sur la part des places réservées en deuxième année aux doublants PACES, mais ce critère fait fi du nombre d'étudiants inscrits. En regardant comme manifestement inadéquat le cas des douze universités dans laquelle plus de la moitié des places est réservée aux doublants PACES, la liste des universités concernées par votre censure serait encore très différente... Cela démontre à nos yeux la difficulté à déterminer les cas réellement problématiques qui devraient faire l'objet d'une censure.

L'erreur manifeste nous semble donc devoir être écartée. Le terrain du principe d'égalité ne nous semble pas davantage pouvoir prospérer : dès lors que le choix avait été fait de permettre aux étudiants en PACES en 2019-2020 de redoubler leur PACES et non de les fonder dans les mêmes parcours de formation que les étudiants inscrits en PASS / L.AS, soumis à des enseignements et des épreuves différents, ils étaient placés dans une situation différente et la différence de traitement en rapport avec cette différence de situation n'apparaît pas disproportionnée.

PCMNC au rejet de la requête.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.