Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCATE GÉNÉRALE
M[ME] JULIANE KOKOTT
présentées le 5 mars 2020 [1]

Affaire C-66/18

Commission européenne
contre

Hongrie

« Manquement d'État – Article 258 TFUE – Compétence de la Cour – Violation par un État membre des obligations découlant de l'accord général sur le commerce des services (AGCS) – Libre prestation de services – Directive 2006/123/CE – Article 16 – Article 56 TFUE – Liberté d'établissement – Article 49 TFUE – Services d'enseignement – Enseignement supérieur – Prestataire de services originaire d'un État tiers – Conditions légales pour la fourniture de services d'enseignement dans un État membre – Exigence d'une convention internationale avec l'État d'origine – Exigence d'une activité d'enseignement effective dans l'État d'origine – Applicabilité de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Article 13 – Liberté des sciences – Article 14, paragraphe 3 – Liberté de créer des établissements d'enseignement »

I. Introduction

1. La présente procédure en manquement a pour objet deux modifications apportées en 2017 à la loi hongroise relative à l'enseignement supérieur. En vertu de cette loi, les établissements d'enseignement supérieur d'États en dehors de l'Espace économique européen (EEE) doivent démontrer, pour lancer ou poursuivre leur activité en Hongrie, la conclusion d'une convention internationale entre la Hongrie et leur État d'origine, cette convention devant, dans le cas d'États fédéraux, nécessairement avoir été conclue par le gouvernement central. L'activité de tous les établissements d'enseignement supérieur étrangers est en outre soumise à la condition qu'un enseignement supérieur doit être également offert dans l'État d'origine concerné.

2. Selon ses détracteurs, le gouvernement hongrois poursuit avec cette loi un unique objectif : empêcher la Central European University (CEU) d'exercer son activité en Hongrie. Par conséquent, la loi est parfois qualifiée de « lex CEU » dans le débat public.

3. La CEU a été fondée en 1991 par une initiative dont l'objectif déclaré est d'encourager des échanges critiques dans le cadre de la formation des futurs décideurs des États d'Europe centrale et orientale dans lesquels le pluralisme était auparavant exclu. La CEU est une université fondée en vertu du droit de l'État de New York (États-Unis) et elle dispose d'une autorisation d'exploitation (« Absolute

1 Langue originale : l'allemand.

Charter ») délivrée par cet État. Ses principaux soutiens sont les fondations « Open Society » de l'homme d'affaires américain d'origine hongroise, Georges Soros, controversé dans certains milieux [2]. En raison de son objectif particulier, la CEU n'a à aucun moment développé d'activité d'enseignement ou de recherche aux États-Unis.

4. Parmi les six établissements d'enseignement supérieur étrangers qui au moment de la modification de la loi sur l'enseignement supérieur exerçaient en Hongrie une activité nécessitant une autorisation, la CEU était la seule qui en raison de son modèle particulier ne pouvait pas satisfaire aux nouvelles exigences. Elle a par conséquent cessé ses activités en Hongrie ; au mois de novembre 2019, elle a ouvert un nouveau campus à Vienne (Autriche).

5. Dans ces circonstances, la Commission européenne voit dans la nouvelle réglementation non seulement une restriction de la libre prestation de services, mais aussi et en particulier une violation de la liberté des sciences consacrée par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »).

6. En outre, dans la mesure où l'une des deux nouvelles exigences ne s'applique qu'aux établissements d'enseignement supérieur provenant d'États hors EEE, la procédure revêt une dimension particulière supplémentaire. En effet, la Commission reproche à la Hongrie une violation du droit de l'organisation mondiale du commerce (OMC), plus précisément de l'accord général sur le commerce des services. La Cour devra donc dans la présente procédure également juger dans quelle mesure la procédure en manquement peut servir d'instrument pour faire respecter et renforcer l'effectivité du droit du commerce international.

II. Le cadre juridique

A. Le droit de l'Union

1. La décision du Conseil relative à la conclusion des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay

7. Par sa décision 94/800/CE du 22 décembre 1994, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994) [3], le Conseil de l'Union européenne a autorisé l'accord créant l'OMC ainsi que les accords dans les annexes 1 à 3 de cet accord dont notamment l'accord général sur le commerce des services (AGCS).

8. L'article I[er] de l'AGCS dispose :

« 1. Le présent accord s'applique aux mesures des Membres qui affectent le commerce des services.

2. Aux fins du présent accord, le commerce des services est défini comme étant la fourniture d'un service :

a) en provenance du territoire d'un Membre et à destination du territoire de tout autre Membre ;

2 Ses fondations sont visées par une réglementation hongroise adoptée en parallèle, la loi n° LXXVI de 2017 sur la transparence des organisations soutenues de l'étranger qui impose aux organisations de la société civile qui perçoivent un soutien financier de l'étranger certaines obligations d'enregistrement, de déclaration, et de divulgation sous peine de sanctions. Cette loi fait l'objet de la procédure en manquement dans l'affaire C-78/18, Commission/Hongrie (transparence associative).

3 JO 1994, L 336, p. 1.

b) sur le territoire d'un Membre à l'intention d'un consommateur de services de tout autre Membre ;

c) par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à une présence commerciale sur le territoire de tout autre Membre ;

d) par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à la présence de personnes physiques d'un Membre sur le territoire de tout autre Membre.

[…] »

9. L'article XIV de l'AGCS prévoit sous l'intitulé « Exceptions générales » ce qui suit :

« Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services, aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par tout Membre de mesures :

a) nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public [4] ;

[…] ;

c) nécessaires pour assurer le respect des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent chapitre, y compris celles qui se rapportent :

i) à la prévention des pratiques de nature à induire en erreur et frauduleuses ou aux moyens de remédier aux effets d'un manquement à des contrats de services ;

[…]

iii) à la sécurité ;

[…] »

10. L'article XVI de l'AGCS se trouve dans la partie III de cet accord sur les « engagements spécifiques ». Sous le titre « Accès aux marchés », cette disposition prévoit :

« 1. En ce qui concerne l'accès aux marchés […], chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qui est prévu en application des modalités, limitations et conditions convenues et spécifiées dans sa Liste […].

2. Dans les secteurs où des engagements en matière d'accès aux marchés seront contractés, les mesures qu'un Membre ne maintiendra pas, ni n'adoptera, […] se définissent comme suit :

a) limitations concernant le nombre de fournisseurs de services, que ce soit sous forme de contingents numériques, de monopoles, de fournisseurs exclusifs de services ou de l'exigence d'un examen des besoins économiques ;

b) limitations concernant la valeur totale des transactions ou avoirs en rapport avec les services, sous forme de contingents numériques ou de l'exigence d'un examen des besoins économiques ;

4 « L'exception concernant l'ordre public ne peut être invoquée que dans les cas où une menace véritable et suffisamment grave pèse sur l'un des intérêts fondamentaux de la société. » (note en bas de page dans l'original)

c) limitations concernant le nombre total d'opérations de services ou la quantité totale de services produits, exprimées en unités numériques déterminées, sous forme de contingents ou de l'exigence d'un examen des besoins économiques […] ;

d) limitations concernant le nombre total de personnes physiques qui peuvent être employées dans un secteur de services particulier, ou qu'un fournisseur de services peut employer et qui sont nécessaires pour la fourniture d'un service spécifique, et s'en occupent directement, sous forme de contingents numériques ou de l'exigence d'un examen des besoins économiques ;

e) mesures qui restreignent ou prescrivent des types spécifiques d'entité juridique ou de coentreprise par l'intermédiaire desquels un fournisseur de services peut fournir un service ; et

f) limitations concernant la participation de capital étranger, exprimées sous forme d'une limite maximale en pourcentage de la détention d'actions par des étrangers, ou concernant la valeur totale d'investissements étrangers particuliers ou des investissements étrangers globaux. »

11. Aux termes de l'article XVII de l'AGCS, sous le titre « Traitement national » :

« 1. Dans les secteurs inscrits dans sa Liste, et compte tenu des conditions et restrictions qui y sont indiquées, chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre, en ce qui concerne toutes les mesures affectant la fourniture de services, un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires […].

[…]

3. Un traitement formellement identique ou formellement différent sera considéré comme étant moins favorable s'il modifie les conditions de concurrence en faveur des services ou fournisseurs de services du Membre par rapport aux services similaires ou aux fournisseurs de services similaires de tout autre Membre. »

12. L'article XX de l'AGCS stipule :

« 1. Chaque Membre indiquera dans une liste les engagements spécifiques qu'il contracte au titre de la Partie III du présent accord. En ce qui concerne les secteurs pour lesquels ces engagements sont contractés, chaque Liste précisera :

a) les modalités, limitations et conditions concernant l'accès aux marchés ;

b) les conditions et restrictions concernant le traitement national ;

[…]

2. Les mesures incompatibles à la fois avec les articles XVI et XVII seront inscrites dans la colonne relative à l'article XVI. Dans ce cas, l'inscription sera considérée comme introduisant une condition ou une restriction concernant également l'article XVII.

3. Les listes d'engagements spécifiques seront annexées au présent accord et feront partie intégrante de cet accord. »

2. La décision (UE) 2019/485 du Conseil relative à la conclusion des accords au titre de l'article XXI de l'AGCS

13. Par sa décision (UE) 2019/485 du 5 mars 2019 relative à la conclusion des accords au titre de l'article XXI de l'[AGCS] avec l'Argentine, l'Australie, le Brésil, le Canada, la Chine, le territoire douanier distinct de Taïwan, Penghu, Kinmen et Matsu (Taipei chinois), la Colombie, Cuba, l'Équateur, Hong Kong (Chine), l'Inde, le Japon, la Corée, la Nouvelle-Zélande, les Philippines, la Suisse et les États-Unis concernant les ajustements compensatoires nécessaires à la suite de l'adhésion de la Tchéquie, de l'Estonie, de Chypre, de la Lettonie, de la Lituanie, de la Hongrie, de Malte, de l'Autriche, de la Pologne, de la Slovénie, de la Slovaquie, de la Finlande et de la Suède à l'Union européenne [5], le Conseil a autorisé les accords désignés dans l'intitulé et qui étaient la condition de l'entrée en vigueur de la liste dite « consolidée des engagements de l'AGCS pour l'EU-25 ». La liste consolidée est entrée en vigueur le 15 mars 2019. Elle reprend sans modification [6] les engagements de la Hongrie contenus dans la liste des engagements spécifiques [7].

14. La liste des engagements spécifiques de la Hongrie est composée de deux parties, la première contenant les réserves relatives aux engagements horizontaux et la deuxième concernant les réserves quant à certains engagements verticaux (spécifiques à certains secteurs).

15. La partie II de la liste reprend les secteurs dans lesquels des engagements spécifiques au titre de l'article XVI (accès aux marchés) ou de l'article XVII (traitement national) de l'AGCS sont pris. Pour les services d'enseignement supérieur (« Higher Education Services ») [8], il est indiqué en ce qui concerne l'accès aux marchés pour la troisième forme de fourniture, ici pertinente (« présence commerciale ») : « Establishment of schools is subject to licences from the central authorities » (la création d'écoles est subordonnée à la délivrance d'autorisations des autorités centrales). Dans la colonne concernant le traitement national, aucune réserve n'a été inscrite (« None »).

3. La Charte

16. L'article 13 de la Charte [9] dispose sous l'intitulé « Liberté des arts et des sciences » :

« Les arts et la recherche scientifique sont libres. La liberté académique est respectée. »

17. L'article 14, paragraphe 3, de la Charte est libellé comme suit :

« La liberté de créer des établissements d'enseignement dans le respect des principes démocratiques, ainsi que le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses, philosophiques et pédagogiques, sont respectés selon les lois nationales qui en régissent l'exercice. »

18. En vertu de l'article 16 de la Charte :

« La liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales. »

5 JO 2019, L 87, p. 1.

6 Document OMC S/C/W/273, p. 166 et 167. Voir, au sujet de l'entrée en vigueur, communication de l'Union européenne du 7 mars 2019 aux membres de l'OMC.

7 Liste des engagements spécifiques de la Hongrie, document OMC GATS/SC/40 du 15 avril 1994.

8 Liste des engagements spécifiques de la Hongrie, document OMC GATS/SC/40 du 15 avril 1994, p. 19 (point 5.C).

9 JO 2007, C 364, p. 1.

4. La directive 2006/123/CE

19. En vertu de son article 2, paragraphe 1, la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur (ci-après la « directive services ») [10] s'applique « aux services fournis par les prestataires ayant leur établissement dans un État membre ».

20. L'article 4, point 1, de cette directive définit la notion de « service » comme « toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération, visée à l'article [57 TFUE] ».

21. Aux termes de l'article 16 de la directive services :

« 1. Les États membres respectent le droit des prestataires de fournir des services dans un État membre autre que celui dans lequel ils sont établis.

L'État membre dans lequel le service est fourni garantit le libre accès à l'activité de service ainsi que son libre exercice sur son territoire.Les États membres ne peuvent pas subordonner l'accès à une activité de service ou son exercice sur leur territoire à des exigences qui ne satisfont pas aux principes suivants :

a) la non-discrimination : l'exigence ne peut être directement ou indirectement discriminatoire en raison de la nationalité ou, dans le cas de personnes morales, en raison de l'État membre dans lequel elles sont établies ;

b) la nécessité : l'exigence doit être justifiée par des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement ;

c) la proportionnalité : l'exigence doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.[…]

3. Les présentes dispositions n'empêchent pas l'État membre dans lequel le prestataire se déplace pour fournir son service d'imposer des exigences concernant la prestation de l'activité de service lorsque ces exigences sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement et conformément au paragraphe 1. […]

[…] »

B. Le droit national

22. Le droit hongrois relatif à l'enseignement supérieur est régi par le Nemzeti felsőoktatásról szóló 2011. évi CCIV. törvény (loi n° CCIV de 2011 sur l'enseignement supérieur national). Cette loi a été modifié en 2017 par le Nemzeti felsőoktatásról szóló 2011. évi CCIV. törvény módosításáról szóló 2017. évi XXV. törvény (loi n° XXV de 2017) (ci-après la « loi sur l'enseignement supérieur »).

23. En vertu de l'article 76, paragraphe 1, sous a), de la loi sur l'enseignement supérieur, un établissement d'enseignement supérieur étranger ne peut exercer une activité d'enseignement diplômante sur le territoire hongrois que si « le gouvernement hongrois et le gouvernement de l'État où se situe le siège de l'établissement d'enseignement supérieur étranger ont consenti à être liés par

10 JO 2006, L 376, p. 36.

une convention relative au soutien de principe accordé à l'établissement en vue d'exercer une activité en Hongrie, convention qui, dans le cas d'un État fédéral, repose sur un accord préalable conclu avec le gouvernement central lorsque celui-ci n'est pas compétent pour consentir à être lié par une convention internationale ».

24. D'après l'article 77, paragraphe 2, de la loi sur l'enseignement supérieur, cette exigence s'applique aux établissements d'enseignement supérieur étrangers dont le siège se situe dans un État en dehors de l'EEE.

25. En vertu de l'article 76, paragraphe 1, sous b), de la loi sur l'enseignement supérieur, un établissement d'enseignement supérieur étranger ne peut exercer une activité d'enseignement diplômante sur le territoire hongrois que « s'il est reconnu dans l'État compétent en raison de son siège comme un établissement d'enseignement supérieur agréé par l'État et y exerce effectivement une activité d'enseignement supérieur ».

26. Aux termes de l'article 77, paragraphe 3, cette exigence s'applique également aux établissements d'enseignement supérieur étrangers dont le siège se situe dans un État de l'EEE.

27. L'article 115, paragraphe 7, de la loi sur l'enseignement supérieur prévoyait dans sa version en vigueur au moment du dépôt de l'avis motivé de la Commission que l'exigence de l'article 76, paragraphe 1, sous a), de cette loi devait être satisfaite avant le 1er janvier 2018. Dans le cas des États fédéraux, la convention avec le gouvernement central devait être conclue dans un délai de six mois à compter de la publication de la loi nº XXV de 2017. L'article 115, paragraphe 7, précise en outre que les établissements d'enseignement supérieur étrangers qui ne satisfont pas aux exigences légales au moment de l'expiration du délai perdent leur autorisation. Dans ce cas, ils ne peuvent plus admettre de nouveaux étudiants en première année à partir du 1er janvier 2018 pour un cursus en Hongrie, les cursus déjà en cours à cette date devant être achevés au plus tard au cours de l'année académique 2020/2021 dans des conditions inchangées.

28. Le 18 octobre 2017, la Hongrie a informé la Commission que la loi sur l'enseignement supérieur avait été de nouveau modifiée par la loi nº CXXVII de 2017. Le délai pour satisfaire aux exigences de l'article 76, paragraphe 1, de la loi sur l'enseignement supérieur avait été repoussé au 1er janvier 2019 et les autres délais au titre de l'article 115, paragraphes 7 et 8, également repoussés d'une année.

III. Les antécédents du litige et la procédure précontentieuse

29. Le 28 mars 2017, le gouvernement hongrois a présenté à l'Assemblée nationale un projet de loi visant à modifier la loi nº CCIV de 2011. Le projet a été adopté en tant que loi nº XXV de 2017 dans le cadre d'une procédure législative accélérée quelques jours plus tard, à savoir le 4 avril 2017.

30. Par lettre du 27 avril 2017, la Commission a communiqué à la Hongrie qu'elle estimait qu'en adoptant la loi nº XXV de 2017, celle-ci avait violé les articles 9, 10, 13, l'article 14, paragraphe 3, et l'article 16 de la directive services, à titre subsidiaire les articles 49 et 56 TFUE, l'article XVII de l'AGCS, ainsi que l'article 13, l'article 14, paragraphe 3, et l'article 16 de la Charte ; elle l'a invitée à présenter ses observations. La Hongrie a répondu par une lettre du 25 mai 2017 dans laquelle elle a contesté les manquements cités.

31. Le 14 juillet 2017, la Commission a émis un avis motivé dans lequel elle a réitéré sa position. Après que la Commission a rejeté une demande de la Hongrie en vue d'une prolongation du délai de réponse, la Hongrie a répondu par lettres des 14 août et 11 septembre 2017 dans lesquelles le gouvernement hongrois a nié l'existence des manquements allégués.

32. Le 5 octobre 2017, la Commission a émis un avis motivé complémentaire. Le 6 octobre 2017, la Hongrie a soumis un supplément d'informations aux lettres des 14 août et 11 septembre de cette même année.

33. La Hongrie a répondu le 18 octobre 2017 à l'avis motivé complémentaire et a fourni par lettre du 13 novembre 2017 des informations complémentaires supplémentaires.

IV. Les conclusions des parties et la procédure devant la Cour

34. Par le présent recours en manquement parvenu à la Cour le 1er février 2018, la Commission conclut à ce qu'il plaise à la Cour :

– constater que la Hongrie a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu

  – de l'article XVII de l'AGCS en imposant à l'article 76, paragraphe 1, sous a), de la loi modifiée nº CCIV de 2011 aux établissements d'enseignement supérieur étrangers hors EEE la conclusion d'une convention internationale entre la Hongrie et l'État d'origine comme condition pour pouvoir fournir des services d'enseignement ;

  – de l'article 16 de la directive 2006/123 et en tout cas des articles 49 et 56 TFUE ainsi que de l'article XVII de l'AGCS parce qu'à l'article 76, paragraphe 1, sous b), de la loi modifiée nº CCIV de 2011 elle impose aux établissements d'enseignement supérieur étrangers de dispenser dans leur État d'origine un enseignement supérieur ;

  – de l'article 13, de l'article 14, paragraphe 3, et de l'article 16 de la Charte, en conjonction avec les restrictions susmentionnées ;

– condamner la Hongrie aux dépens.

35. La Hongrie conclut à ce qu'il plaise à la Cour :

– rejeter le recours de la Commission pour irrecevabilité ;

à titre subsidiaire :

– rejeter le recours de la Commission comme étant dénué de fondement ;

– condamner la Commission aux dépens.

36. Lors de l'audience du 24 juin 2019, la Commission et la Hongrie ont été entendues en leurs plaidoiries.

V. Appréciation en droit

37. Il convient d'examiner dans le cadre de la présente procédure en manquement si deux conditions que la loi hongroise sur l'enseignement supérieur, dans sa version modifiée, impose aux établissements d'enseignement supérieur étrangers pour l'exercice sur le territoire national d'une activité d'enseignement sont compatibles avec le droit de l'Union. Il s'agit à cet égard, d'une part, de l'exigence de la conclusion d'une convention internationale entre la Hongrie et l'État d'origine de l'établissement d'enseignement supérieur. D'autre part, l'établissement d'enseignement supérieur étranger doit désormais effectivement exercer une activité d'enseignement dans son État d'origine.

38. Dans la mesure où la première des réglementations citées ne s'applique qu'aux établissements d'enseignement supérieur dont le siège se situe dans des États tiers en dehors de l'EEE, la Commission soulève le grief d'une violation du principe de traitement national en vertu de l'article XVII de l'AGCS. Il y a lieu d'examiner tout d'abord au sujet de ce grief la question de la compétence de la Cour en vertu de l'article 258 TFUE (section A). Il faut ensuite examiner la recevabilité (section B) et le bien-fondé (section C) du recours en manquement. Outre des violations des dispositions de l'AGCS, la Commission voit dans les conditions décrites des violations de la directive services, des libertés fondamentales et de la Charte.

A. La compétence de la Cour en ce qui concerne le grief de la violation de l'AGCS

39. La compétence de la Cour pour connaître d'un litige est une condition procédurale indispensable qui doit être examinée d'office [11].

1. L'AGCS en tant que partie intégrante du droit de l'Union

40. En vertu de la jurisprudence relative à l'article 258, premier alinéa, TFUE, le recours en manquement ne peut avoir pour objet que le non-respect d'obligations découlant du droit de l'Union [12]. Selon la Hongrie, l'éventuelle obligation découlant de l'article XVII de l'AGCS lu en combinaison avec l'engagement spécifique dans le domaine de l'enseignement n'est cependant pas une obligation relevant du droit de l'Union, mais au contraire une obligation propre de cet État membre en vertu du droit international.

41. Les manquements des États membres à certaines obligations de droit international ont déjà fait l'objet de procédures en manquement [13]. En effet, selon la jurisprudence constante de la Cour, les conventions internationales conclues par l'Union font partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union à compter de leur entrée en vigueur [14]. Elles lient par conséquent en vertu de l'article 216, paragraphe 2, TFUE les institutions de l'Union ainsi que ses États membres.

42. Selon la jurisprudence, cet effet contraignant vaut en tout cas pour les accords mixtes s'agissant des dispositions qui relèvent de la compétence externe de l'Union [15].

43. La Cour a déjà jugé au sujet de l'article 133 CE, que le commerce des services, et notamment ceux qui concernent des secteurs particulièrement sensibles comme le secteur de la santé ou de l'enseignement, relève de la compétence externe de l'Union [16]. L'article 207 TFUE, qui avec le traité de Lisbonne est venu remplacer l'article 133 CE, a encore étendu la compétence externe de l'Union pour le commerce des services ; il relève désormais de sa compétence exclusive dans le cadre de la politique commerciale commune (ci-après la « PCC »).

11 Arrêt du 12 novembre 2015, Elitaliana/Eulex Kosovo (C-439/13 P, EU:C:2015:753, point 37).

12 Arrêt du 19 mars 2002, Commission/Irlande (C-13/00, EU:C:2002:184, point 13).

13 Arrêts du 25 février 1988, Commission/Grèce (194/85 et 241/85, EU:C:1988:95), du 10 septembre 1996, Commission/Allemagne (C-61/94, EU:C:1996:313), du 19 mars 2002, Commission/Irlande (C-13/00, EU:C:2002:184), du 7 octobre 2004, Commission/France (C-239/03, EU:C:2004:598), et du 21 juin 2007, Commission/Italie (C-173/05, EU:C:2007:362).

14 Arrêts du 30 avril 1974, Haegeman (181/73, EU:C:1974:41, points 2 à 6), du 30 septembre 1987, Demirel (12/86, EU:C:1987:400, point 7), et du 8 mars 2011, Lesoochranárske zoskupenie (C-240/09, EU:C:2011:125, point 30).

15 Arrêts du 7 octobre 2004, Commission/France (C-239/03, EU:C:2004:598, point 25), du 16 novembre 2004, Anheuser-Busch (C-245/02, EU:C:2004:717, point 41), du 11 septembre 2007, Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos (C-431/05, EU:C:2007:496, points 33 et suivants), et du 8 mars 2011, Lesoochranárske zoskupenie (C-240/09, EU:C:2011:125, points 31 et suivants).

16 À cette époque, l'Union partageait encore cette compétence externe avec ses États membres, voir avis 1/08 (Accords modifiant les listes d'engagements spécifiques au titre de l'AGCS), du 30 novembre 2009 (EU:C:2009:739, point 135).

44. Il en va ainsi sans préjudice du maintien d'une large compétence interne des États membres dans le domaine de l'enseignement et à laquelle la Hongrie fait référence. Cette circonstance est prise en compte à l'article 207, paragraphe 4, troisième alinéa, sous b), TFUE [17]. En vertu de cette disposition, le Conseil ne peut conclure des accords internationaux sur le commerce de services d'enseignement qu'à l'unanimité si ces accords peuvent gravement troubler l'organisation nationale de ces services et porter atteinte à la responsabilité des États membres pour la fourniture de ces services. Cette unanimité est nécessaire, car la responsabilité de la mise en œuvre au niveau interne des engagements pris appartient nécessairement aux États membres. L'Union n'a en effet, conformément à l'article 6, sous e), TFUE, qu'une compétence de coordination dans le domaine de l'enseignement.

45. L'article 207, paragraphe 6, TFUE prévoit en outre que l'exercice des compétences transférées par l'article 207, paragraphe 1, TFUE ne conduit pas à une harmonisation des dispositions juridiques des États membres dans la mesure où une telle harmonisation est exclue dans les traités. En ce qui concerne le secteur de l'enseignement, l'article 166, paragraphe 4, TFUE contient une interdiction correspondante de toute harmonisation. Cela ne remet cependant nullement en cause l'existence d'une compétence externe de l'Union en tant que telle.

46. Les accords avec les États tiers nécessaires pour l'entrée en vigueur de la liste consolidée des engagements de l'AGCS pour l'EU-25 ont ainsi été autorisés par l'Union sans participation des États membres [18]. La liste reprend à cet égard, sans modification, les engagements de la Hongrie en ce qui concerne l'enseignement supérieur.

47. Ainsi, l'engagement au titre de l'AGCS, initialement assumé par la Hongrie, a été transféré à l'Union au plus tard avec le traité de Lisbonne, et il constitue par conséquent un engagement au titre du droit de l'Union dont la violation peut faire l'objet d'une procédure en manquement [19].

2. La responsabilité internationale de l'Union pour les violations par ses États membres de l'AGCS

48. Plaide par ailleurs, en ce sens que la Cour est compétente pour constater dans le cadre d'une procédure en manquement des violations de l'AGCS par les États membres, le fait que l'Union peut être attraite par un État tiers devant les instances de règlement des différends de l'OMC [20] en raison d'un tel manquement.

49. Cela découle, premièrement, du fait que l'Union est pleinement liée par l'AGCS dans ses relations extérieures. Certes, l'accord de l'Union au titre de l'article 1er, paragraphe 1, de la décision 94/800 ne devrait concerner que la partie de l'accord de l'OMC et ses annexes qui relèvent de sa compétence. Toutefois – contrairement à ce qui est le cas pour d'autres accords mixtes [21] – la répartition des compétences n'a pas été divulguée et elle ne conduit donc à aucune restriction de l'effet contraignant. L'article 46, paragraphe 1, de la convention de Vienne sur le droit des traités précise dans ce contexte

17 Voir, à ce sujet, nos conclusions dans l'affaire Commission/Conseil (C-13/07, EU:C:2009:190, point 124).

18 Voir décision 2019/485. Avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la Cour avait décidé dans l'avis 1/08 (Accords modifiant les listes d'engagements spécifiques au titre de l'AGCS), du 30 novembre 2009 (EU:C:2009:739), que cette modification relevait de la compétence partagée de l'Union et de ses États membres et qu'une participation des États membres était nécessaire.

19 Voir avis 2/15 (Accord de libre-échange avec Singapour), du 16 mai 2017 (EU:C:2017:376, point 248).

20 La procédure de règlement des différends de l'OMC est réglée dans un mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (« Understanding on Rules and Procedures governing the Settlement of Disputes », en abrégé « DSU ») dans l'annexe 2 de l'accord de l'OMC. Elle prévoit tout d'abord l'intervention d'un « panel » pour le règlement de certains différends qui rapportent à l'instance de règlement des différends (« Dispute Settlement Body », en abrégé : « DSB »). Celle-ci établit sur cette base un rapport final qui lie les parties s'il n'y est pas fait objection dans les 60 jours devant l'instance de recours (« Appellate Body », en abrégé « AB »).

21 Voir, notamment, article 6.1 de l'annexe IX de la convention des Nations unies sur le droit de la mer conclue le 10 décembre 1982 à Montego Bay (*United Nations Treaty Series*, vol. 1833, 1834 et 1835, p. 3).

que « [l]e fait que le consentement d'un État à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet État comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale » [22].

50. En tout état de cause, l'Union dispose, au plus tard depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne d'une compétence étendue dans le domaine de la PCC.

51. Deuxièmement, les actes des États membres dans le champ d'application de l'AGCS peuvent être imputés à l'Union. L'Union ne peut certes pas directement influencer les actions des États membres dans tous les domaines couverts par l'AGCS dans la mesure où le respect des engagements de l'Union au titre de l'accord de l'OMC dépend de la manière dont les États membres exercent leurs propres compétences réglementaires. L'Union s'est néanmoins pleinement liée à cet accord envers les tiers. Elle doit donc se voir imputer le comportement de ses États membres.

52. En conséquence, l'Union assume aussi en pratique, même pour ce qui est des mesures des États membres, les négociations avec les autres membres de l'OMC et la défense desdites mesures dans le cadre des procédures de règlement des différends [23].

53. Il ressort ainsi de la jurisprudence de la Cour que, lorsqu'ils mettent en œuvre au plan interne un accord international, les États membres remplissent une obligation envers l'Union, qui a assumé, dans ses relations avec l'extérieur, la responsabilité de la bonne exécution de l'accord [24].

54. Cet engagement est l'expression de l'obligation de coopération loyale découlant de l'article 4, paragraphe 3, TUE, qui constitue à cet égard une limite à l'exercice des compétences. La Hongrie demeure ainsi libre d'exercer sa compétence interne pour réglementer l'enseignement supérieur, mais uniquement dans la mesure où les règles en cause ne violent aucune obligation découlant de l'accord de l'OMC. Cela entraînerait en effet non seulement la responsabilité internationale de l'Union, mais exposerait en outre les autres États membres au risque de mesures de rétorsion. Ce risque est illustré de manière particulièrement claire par les développements récents dans le conflit au sujet des subventions accordées à Airbus par la République fédérale d'Allemagne, la République d'Espagne, la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord : les tarifs douaniers américains qui ont été autorisés par l'OMC en tant que contre-mesure affectent notamment le parmesan en provenance d'Italie.

55. Le respect de cette obligation de coopération loyale peut lui aussi être imposé dans le cadre de la procédure en manquement.

3. Le rapport entre procédure en manquement et procédure de règlement des différends de l'OMC

56. Les autres objections de la Hongrie ne font pas non plus obstacle à cette conclusion.

22 L'article 46, paragraphe 2, de la convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales prévoit – mutatis mutandis – la même chose en ce qui concerne la répartition interne des compétences d'une organisation internationale.

23 Exemples tirés de la pratique des instances de règlement des différends de l'OMC : WTO Appellate Body Report du 5 juin 1998, adopté par le DSB le 1er juillet 1998, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R et WT/DS68/AB/R, European Communities – Computer Equipment, concernant certaines mesures irlandaises et britanniques ; WTO Appellate Body Report du 12 mars 2001, adopté par le DSB le 5 avril 2001, WT/DS135/AB/R, European Communities – Amiante, concernant un règlement français ; dernièrement WTO Appellate Body Report du 15 mai 2018, WT/DS316/AB/RW, European Union – Large Civil Aircrafts.

24 Arrêts du 26 octobre 1982, Kupferberg (104/81, EU:C:1982:362, points 11 et 13), du 30 septembre 1987, Demirel (12/86, EU:C:1987:400, point 11), du 19 mars 2002, Commission/Irlande (C-13/00, EU:C:2002:184, point 15), et du 7 octobre 2004, Commission/France (C-239/03, EU:C:2004:598, point 26).

57. Dans ce contexte, la Hongrie souligne notamment le caractère spécifique de la procédure de règlement des différends de l'OMC et le rôle particulier que jouent les instances de règlement des différends de l'OMC.

58. Il convient cependant d'y opposer, premièrement, qu'un arrêt de la Cour sur un recours en manquement ne remet nullement en cause la compétence exclusive des instances de règlement des différends de l'OMC pour constater des violations de cet accord dans une procédure entre deux membres de l'organisation [25]. La procédure en manquement est en effet un instrument réglementaire purement interne. L'arrêt n'est donc contraignant que dans les rapports entre l'Union et l'État membre et n'empêche pas les instances de l'OMC de constater, sur demande d'un État tiers, une violation de l'accord de l'OMC, et ce même si la Cour a déjà auparavant nié une telle violation.

59. En pratique, des décisions contradictoires peuvent être évitées en suspendant la procédure en manquement et en attendant la décision des instances de l'OMC si une procédure parallèle est pendante devant l'OMC. Il peut par ailleurs être envisagé de restreindre l'étendue du contrôle de la Cour aux violations manifestes afin de tenir compte de la compétence en dernier ressort des instances de règlement des différends de l'OMC pour les questions particulièrement controversées [26].

60. Deuxièmement, il est certes vrai que la Cour, invoquant la signification particulière des négociations dans le cadre de l'OMC, a rejeté dans une jurisprudence constante l'applicabilité directe du droit de l'OMC [27]. Cependant, cela signifie uniquement que les États membres dans le cadre d'un recours en annulation ou les parties dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité ne peuvent pas invoquer l'incompatibilité d'un acte du droit de l'Union avec l'accord de l'OMC [28].

61. À cet égard, les particularités du mécanisme de règlement des différends au sein de l'OMC sont le point de départ de la réflexion. Dans le cadre d'une telle procédure, il est envisageable que l'Union marque son accord dans les négociations avec des États tiers pour retirer une mesure ou un acte juridique en particulier si l'État tiers prend en contrepartie d'autres engagements. Si un recours en annulation d'un État membre ou un renvoi préjudiciel en appréciation de validité courant en parallèle pouvait être appuyé directement sur une violation du droit de l'OMC, la position de négociation de l'Union s'en trouverait affaiblie. Une telle procédure pourrait en effet conduire à l'annulation de l'acte de l'Union en question [29]. L'action de l'Union serait ainsi sapée unilatéralement par un État membre, voire même par une partie dans la procédure de décision préjudicielle.

62. Cependant, il en découle uniquement que le droit de l'OMC ne peut pas en principe être le critère d'appréciation des *actes juridiques de l'Union* dans les procédures devant les juridictions de l'Union. Il faut distinguer de cela la question de savoir si les juridictions de l'Union peuvent contrôler les *mesures nationales* à l'aune du droit de l'OMC.

63. La Cour l'a déjà admis dans l'affaire Commission/Allemagne relative aux quotas laitiers et a apprécié la légalité d'une mesure nationale à l'aune d'un accord conclu dans le cadre de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) [30]. Ce faisant, elle n'a pas suivi les conclusions de l'avocat général Tesauro, qui avait suggéré de ne pas faire de distinction en ce qui concerne la question du critère de contrôle entre les mesures nationales et les mesures de l'Union [31].

25 Voir article 23, paragraphe 1, du DSU.

26 Voir, à ce sujet, point 90 des présentes conclusions.

27 Arrêts du 12 décembre 1972, International Fruit Company e.a. (21/72 à 24/72, EU:C:1972:115), du 23 novembre 1999, Portugal/Conseil (C-149/96, EU:C:1999:574), et du 9 janvier 2003, Petrotub et Republica (C-76/00 P, EU:C:2003:4).

28 Arrêt du 5 octobre 1994, Allemagne/Conseil (C-280/93, EU:C:1994:367, point 109).

29 Voir article 264, paragraphe 1, TFUE.

30 Arrêt du 10 septembre 1996, Commission/Allemagne (C-61/94, EU:C:1996:313, point 16).

31 Conclusions de l'avocat général Tesauro dans l'affaire Commission/Allemagne (C-61/94, EU:C:1996:194, points 23 et 24).

64. Dans cet arrêt, la Cour est partie du principe, selon nous à juste titre, que les considérations en vertu desquelles un contrôle des actes juridiques de l'Union à l'aune de l'accord de l'OMC est exclu ne pouvaient pas être transposées aux violations du droit de l'OMC par les États membres. La possibilité d'engager une procédure en manquement contre un État membre n'est en effet pas contraire aux objectifs et au caractère particulier du règlement des différends au sein de l'OMC.

65. Tout d'abord, la possibilité d'engager une procédure en manquement pour violation du droit de l'OMC peut garantir la mise en œuvre effective d'une éventuelle condamnation par les instances de règlement des différends de l'OMC. Si l'Union ne pouvait pas mener de procédure en manquement contre les États membres dans de tels cas, la mise en œuvre interne du droit du commerce international serait même gravement menacée. Elle est pourtant tout particulièrement importante compte tenu du risque de sanctions pour les États membres non concernés et l'Union.

66. Ensuite, la procédure en manquement peut revêtir une importance particulière dans le cadre des négociations avec les États tiers dans la procédure de règlement des différends. En effet, en raison de sa compétence étendue dans le domaine de la PCC, l'Union assure aussi les négociations avec les États tiers pour les mesures des États membres [32]. Si, pour des considérations juridiques, politiques ou autres, elle défend une mesure d'un État membre, elle n'engagera pas d'elle-même une procédure en manquement contre l'État membre en question [33]. À l'égard des États tiers, la procédure en manquement lui offre cependant un instrument qui renforce sa position de négociation. À travers cet instrument, elle démontre en effet à ses partenaires commerciaux qu'elle peut le cas échéant veiller sur le plan interne à ce qu'il soit mis un terme aux violations de l'accord de l'OMC. Cela renforce donc sa crédibilité et il est tenu compte de la nécessité d'agir de manière unie et rapide au regard de l'extérieur.

67. Enfin, il peut y avoir des cas, comme dans la présente affaire, où l'Union est elle-même convaincue de l'illégalité d'une mesure d'un État membre. En engageant dans de tels cas une procédure en manquement contre l'État membre en cause, elle accorde du poids à sa décision de s'engager en faveur du respect de l'accord de l'OMC. À cet égard, si l'Union « a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC ou dans le cas où l'acte de l'Union renvoie expressément à des dispositions précises des accords de l'OMC », il appartient à la Cour en vertu de la jurisprudence constante de contrôler la légalité même d'actes de l'Union à l'aune des règles de l'OMC [34]. Il doit en aller a fortiori ainsi pour les mesures d'un État membre.

68. Partant, ni le caractère spécifique de la procédure de règlement des différends de l'OMC, ni le rôle particulier des instances de règlement des différends de l'OMC ne font obstacle à la présente procédure en manquement.

4. Conclusion

69. Partant, le premier moyen relève de la compétence de la Cour.

B. Sur la recevabilité du recours en manquement

70. Il convient d'examiner à présent les objections du gouvernement hongrois quant à la recevabilité du recours.

32 Voir, à ce sujet précédemment, points 49 à 52 des présentes conclusions.

33 On peut citer de nouveau le cas d'Airbus comme exemple d'envergure et actuel.

34 Voir, à ce sujet, arrêts du 22 juin 1989, Fediol/Commission (70/87, EU:C:1989:254, points 19 à 22), du 7 mai 1991, Nakajima/Conseil (C-69/89, EU:C:1991:186, point 31), du 23 novembre 1999, Portugal/Conseil (C-149/96, EU:C:1999:574, point 49), du 30 septembre 2003, Biret International/Conseil (C-93/02 P, EU:C:2003:517, point 53), et du 1er mars 2005, Van Parys (C-377/02, EU:C:2005:121, point 40).

71. La Hongrie fait valoir, d'une part, que la Commission lui aurait accordé durant la procédure précontentieuse des délais trop courts et aurait ainsi porté atteinte à ses droits de la défense. D'autre part, elle reproche à la Commission d'avoir violé son obligation d'indépendance et d'impartialité ; elle conduirait la procédure pour des motifs purement politiques en tenant compte de manière partiale d'intérêts particuliers.

1. Sur la fixation des délais dans la procédure précontentieuse

72. La procédure précontentieuse a pour but de donner à l'État membre concerné l'occasion de se conformer à ses obligations découlant du droit l'Union ou de faire utilement valoir ses moyens de défense à l'encontre des griefs formulés par la Commission [35]. La Commission doit donc accorder aux États membres un délai raisonnable pour répondre à la lettre de mise en demeure et se conformer à un avis motivé ou, le cas échéant, pour préparer leur défense. Si le délai était si court que le droit de l'État membre à une défense effective en a été affecté sans justification suffisante, cela a pour conséquence que la procédure précontentieuse n'a pas été menée correctement et le recours de la Commission devrait être rejeté pour irrecevabilité [36].

73. La Commission en tant que « maître » de la procédure jouit d'un large pouvoir d'appréciation dans la fixation des délais [37]. Pour apprécier le caractère raisonnable du délai fixé, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. Selon la jurisprudence de la Cour, des délais très courts peuvent être en particulier justifiés lorsqu'il y a urgence à remédier à un manquement ou lorsque l'État membre concerné a pleinement conscience du point de vue de la Commission bien avant l'engagement de la procédure précontentieuse [38].

74. En l'occurrence, la Commission a fixé un délai d'un mois tant dans la lettre de mise en demeure que dans l'avis motivé. Certes, la Commission fixe régulièrement des délais de deux mois dans le cadre de la procédure précontentieuse. Un délai d'un mois n'est cependant pas encore un délai « très court » au sens de la jurisprudence citée au point 73 des présentes conclusions [39]. Il convient aussi de souligner que, entre la lettre de mise en demeure du 27 avril 2017 et l'expiration du deuxième délai d'un mois à la mi-août de la même année, près de trois mois et demi s'étaient écoulés au cours desquels le gouvernement hongrois avait connaissance du point de vue de la Commission et avait ainsi le temps d'évaluer ses possibilités de défense et de préparer sa réponse.

75. En outre, en l'espèce, la Commission invoque à juste titre l'urgence de l'affaire. Elle n'a certes pas exposé de manière explicite au gouvernement hongrois les motifs de cette appréciation. Ils découlent cependant clairement des circonstances, et notamment du fait que d'après la version initiale de l'article 115, paragraphe 7, de la loi sur l'enseignement supérieur, les établissements d'enseignement supérieur ne remplissant pas les conditions de l'article 76, paragraphe 1, de cette loi devaient se voir retirer l'autorisation et refuser l'admission de nouveaux étudiants dès le 1er janvier 2018.

35 Arrêts du 5 novembre 2002, Commission/Autriche (C-475/98, EU:C:2002:630, point 35), et du 18 juillet 2007, Commission/Allemagne (C-490/04, EU:C:2007:430, point 25).

36 Arrêt du 2 février 1988, Commission/Belgique (293/85, EU:C:1988:40, point 20).

37 Voir, à ce sujet, conclusions de l'avocat Mischo dans l'affaire Commission/France (C-1/00, EU:C:2001:467, point 57). En ce sens également, arrêt du 10 juillet 1985, Commission/Pays-Bas (16/84, EU:C:1985:309, point 10).

38 Arrêts du 2 février 1988, Commission/Belgique (293/85, EU:C:1988:40, points 13 et 14), du 2 juillet 1996, Commission/Luxembourg (C-473/93, EU:C:1996:263, points 19 et 20), du 28 octobre 1999, Commission/Autriche (C-328/96, EU:C:1999:526, point 51), et du 13 décembre 2001, Commission/France (C-1/00, EU:C:2001:687, points 64 et 65).

39 Dans l'affaire dans laquelle l'arrêt du 2 février 1988, Commission/Belgique (293/85, EU:C:1988:40), a été rendu, les délais étaient de 8 et 14 jours ; dans l'affaire Commission/France (C-1/00, EU:C:2001:687), les délais étaient de 15 et de 5 jours ; dans l'affaire Commission/Autriche (C-328/96, EU:C:1999:526), les délais étaient d'une semaine et de quinze jours ; dans l'affaire dans laquelle l'arrêt du 31 janvier 1984, Commission/Irlande (74/82, EU:C:1984:34), a été rendu, un délai de 5 jours était critiqué.

76. La Hongrie n'a communiqué la prolongation d'un an de ce délai que le 18 octobre 2017, c'est-à-dire après la fixation des délais pertinents pour la procédure précontentieuse. Ainsi, et contrairement à ce qu'estime le gouvernement hongrois, le fait que la Commission n'a introduit le recours en manquement qu'au mois de février 2018, ne saurait réfuter l'admission de l'urgence lors de la fixation des délais.

77. Il faut enfin, en vertu de la jurisprudence, examiner si la possibilité pour l'État membre de se défendre contre les griefs de la Commission a en définitive été restreinte [40]. En effet, même un délai « trop court » ne conduit pas à l'irrecevabilité du recours si la Commission tient compte d'un moyen de défense présenté ainsi tardivement, et l'État membre pouvait donc se défendre de manière suffisante contre les griefs de la Commission [41].

78. En l'espèce, le gouvernement hongrois a soumis, en plus de ses lettres des 14 août 2017 et 18 octobre 2017, trois lettres supplémentaires par lesquelles il répondait à l'avis motivé initial et à l'avis motivé complémentaire. La Commission a soigneusement examiné toutes ces écritures et les a intégrées dans sa décision sur l'introduction du recours.

79. Pour cette dernière raison, il est également sans importance que la Commission ait fixé un délai d'un mois dans deux autres procédures en manquement introduites parallèlement contre la Hongrie. Il ne saurait certes être exclu qu'un cumul de plusieurs procédures avec des délais courts pèse sur un État membre au point qu'il ne puisse plus exercer effectivement ses droits de la défense. La Commission doit également tenir compte de cette possibilité lors de la fixation des délais. Toutefois, tant que les motifs nécessaires justifiant les délais courts sont réunis et que les droits de la défense de l'État membre ne sont en définitive pas affectés – argument pour lequel la Hongrie ne présente en l'espèce aucun indice –, cette circonstance ne peut pas en elle-même conduire à l'irrecevabilité des différents délais fixés.

2. Quant au grief de la motivation politique

80. La Hongrie est en outre d'avis que la Commission aurait engagé la procédure en manquement pour des raisons purement politiques et en violation de son obligation d'impartialité. La procédure servirait en effet uniquement à satisfaire les intérêts de la CEU à Budapest (Hongrie).

81. En ce qui concerne ce grief, il est tout d'abord douteux que l'on puisse tirer de l'occurrence unique de la CEU dans la lettre de mise en demeure la conclusion que la procédure sert exclusivement les intérêts de cette université. Il ne fait en effet pas de doute que l'on ne saurait interdire à la Commission de prendre certaines institutions concernées comme exemple et de les citer.

82. En tout état de cause, les considérations qui ont amené la Commission à engager la procédure en manquement ne peuvent pas, à elles seules, remettre en cause la mise en œuvre correcte de la procédure précontentieuse et elles ne peuvent donc pas avoir la moindre influence sur la recevabilité du recours au titre de l'article 258 TFUE [42]. La Commission doit certes justifier les raisons pour lesquelles elle part de l'hypothèse d'une violation du droit de l'Union, mais, au-delà de cela, elle n'a pas à exposer les motifs qui l'ont amenée à introduire un recours en manquement [43].

83. Pour les motifs cités, les griefs du gouvernement hongrois tirés de l'irrecevabilité doivent être rejetés dans leur entièreté.

40 Arrêt du 10 juillet 1985, Commission/Pays-Bas (16/84, EU:C:1985:309, point 10).

41 Arrêt du 31 janvier 1984, Commission/Irlande (74/82, EU:C:1984:34, point 13).

42 Arrêt du 3 mars 2016, Commission/Malte (C-12/14, EU:C:2016:135, point 24).

43 Arrêt du 3 mars 2016, Commission/Malte (C-12/14, EU:C:2016:135, point 26).

C. Sur le bien-fondé du recours en manquement

84. Nous allons désormais examiner les griefs de la Commission concernant l'exigence de la conclusion d'une convention internationale entre la Hongrie et l'État d'origine (sous 1) et ensuite ceux concernant l'exigence d'une activité d'enseignement effective dans l'État d'origine (sous 2).

1. Sur l'exigence de la conclusion d'une convention internationale – article 76, paragraphe 1, sous a), de la loi sur l'enseignement supérieur

85. En ce qui concerne la condition contenue à l'article 76, paragraphe 1, sous a), de la loi sur l'enseignement supérieur qu'une convention internationale soit conclue entre la Hongrie et l'État d'origine d'un établissement d'enseignement supérieur étranger pour la fourniture de services d'enseignement par des établissements d'enseignement supérieur ayant leur siège en dehors de l'EEE, la Commission soulève le grief d'une violation de l'article XVII de l'AGCS lu en combinaison avec l'engagement spécifique pour le secteur de l'enseignement supérieur et d'une violation de l'article 13, de l'article 14, paragraphe 3, et de l'article 16 de la Charte.

a) Sur la violation de l'article XVII de l'AGCS lu en combinaison avec l'article 216, paragraphe 2, TFUE

86. Une violation de l'article XVII, paragraphe 1, de l'AGCS lu en combinaison avec l'engagement spécifique de la Hongrie pour le secteur de l'enseignement supérieur constituerait dans le même temps une violation de l'obligation de cet État membre au titre de l'article 216, paragraphe 2, TFUE [44].

1) Sur l'étendue du contrôle

87. En ce qui concerne les violations du droit international coutumier, la Cour a dans le passé admis que son contrôle était limité à la constatation de violations manifestes [45]. Elle l'a en principe rejeté pour le contrôle des accords internationaux de l'Union [46].

88. Dans la présente affaire, une restriction de l'étendue du contrôle de la Cour aux violations manifestes de l'AGCS pourrait néanmoins être prise en considération, compte tenu de deux arguments que la Hongrie a avancés au sujet de la compétence de la Cour.

89. Premièrement, la transposition concrète des obligations découlant de l'AGCS est opérée en l'espèce sur la base de la compétence interne propre des États membres dans le domaine de l'enseignement. Dans des domaines aussi sensibles, les États membres devraient pouvoir retenir une certaine liberté d'organisation qui peut être prise en compte par une limitation de l'étendue du contrôle.

90. Deuxièmement, le caractère particulier de la procédure de règlement des différends au sein de l'OMC et la compétence en dernier ressort des instances de règlement des différends de l'OMC pour la constatation contraignante de violations de l'accord de l'OMC plaident en ce sens qu'il conviendrait de laisser à cette instance spécialisée le soin de clarifier les questions particulièrement controversées et difficiles et de limiter le contrôle de l'AGCS pour les « besoins internes » aux violations manifestes [47].

44 La Cour constate dans un tel cas non seulement une violation du traité international en cause, mais également de l'article 216, paragraphe 2, TFUE (auparavant article 300, paragraphe 7, CE) ; voir arrêts du 19 mars 2002, Commission/Irlande (C-13/00, EU:C:2002:184), et du 7 octobre 2004, Commission/France (C-239/03, EU:C:2004:598).

45 Arrêts du 25 janvier 1979, Racke (98/78, EU:C:1979:14, point 52), et du 21 décembre 2011, Air Transport Association of America e.a. (C-366/10, EU:C:2011:864, point 110).

46 Arrêt du 21 décembre 2011, Air Transport Association of America e.a. (C-366/10, EU:C:2011:864, point 110).

47 Voir, à ce sujet précédemment, point 59 des présentes conclusions.

91. Nous sommes néanmoins d'avis pour ce qui est de la présente affaire qu'il y a violation manifeste de l'AGCS. Nous nous proposons de l'examiner dans les présentes conclusions.

2) Sur l'activité d'enseignement comme service au sens de l'AGCS

92. La Hongrie fait valoir que la CEU, dans le seul intérêt de laquelle la procédure en manquement serait en réalité menée, serait une organisation sans but lucratif et dont l'activité ne relèverait donc pas de l'AGCS. Il convient d'admettre que l'article I, paragraphe 3, sous b), de l'AGCS exclut du champ d'application de cet accord les services qui ne sont pas fournis à des fins commerciales et en concurrence avec d'autres services.

93. La Commission ne conteste cependant pas le traitement concret de la CEU, mais plutôt l'article 76, paragraphe 1, sous a), de la loi sur l'enseignement supérieur [48].

94. En l'occurrence, le gouvernement hongrois souligne à cet égard lui-même que l'article 76, paragraphe 1, sous a), de la loi sur l'enseignement supérieur est applicable à tous les établissements d'enseignement supérieur sans contester à cette occasion que son champ d'application recouvre également les établissements qui offrent des services contre rémunération et exercent donc indubitablement une activité économique.

3) Sur le contenu des engagements spécifiques de la Hongrie pour le secteur de l'enseignement

95. Étant donné que les conditions inscrites à l'article 76, paragraphe 1, sous a), de la loi sur l'enseignement supérieur ne valent que pour les prestataires de services étrangers, elles pourraient violer le principe de traitement national.

96. En vertu de l'article XVII, paragraphe 1, de l'AGCS, l'obligation de tout État membre de l'OMC d'accorder aux prestataires de services d'un autre membre un traitement non moins favorable à celui qu'il offre à ses propres fournisseurs de services similaires est néanmoins soumise à des réserves et des conditions qui sont énumérées dans la liste des engagements (« Schedule of Commitments ») pour le secteur en cause.

97. En d'autres termes, l'engagement d'appliquer le traitement national en vertu de l'AGCS est un engagement spécifique qu'un membre doit avoir assumé concrètement et dans une mesure déterminée – à la différence par exemple du GATT, où l'obligation découle directement de son article III. Les listes d'engagements de chaque membre constituent en vertu de l'article XX, paragraphe 3, de l'AGCS des annexes à celui-ci et sont une partie substantielle de l'accord.

98. Pour ce qui est des engagements spécifiques pour la Hongrie [49], la condition « Establishment of schools is subject to licence from the central authorities » (la création d'écoles est subordonnée à la délivrance d'une autorisation par les autorités centrales) est inscrite dans la colonne concernant l'accès au marché pour les services d'enseignement supérieur du troisième mode de prestation (« présence commerciale ») ; aucune restriction n'a été fixée en ce qui concerne le traitement national (« None »).

99. Les parties s'opposent ici sur le point de savoir si, et le cas échéant dans quelle mesure, l'obligation à première vue inconditionnelle de la Hongrie d'accorder le traitement national est limitée par la condition d'autorisation inscrite au sujet de l'accès au marché.

48 Voir, en ce sens, arrêt du 15 novembre 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, point 49).

49 Liste des engagements spécifiques de la Hongrie, document OMC GATS/SC/40 du 15 avril 1994, p. 19 (point 5.C). Voir, désormais, liste des engagements consolidés de l'Union et de ses États membres du 15 mars 2019, document OMC S/C/W/273, p. 166 et 167 (point 5.C).

100. Il découle de l'article XX, paragraphe 2, de l'AGCS que l'inscription « None » dans la colonne concernant le traitement national ne fonde pas nécessairement une obligation de traitement national plein et entier. En effet, d'après cette disposition, les « mesures incompatibles à la fois avec [l'article XVI sur l'accès au marché] et [l'article XVII sur le traitement national] seront inscrites dans la colonne relative à l'article XVI. Dans ce cas, l'inscription sera considérée comme introduisant une condition ou une restriction concernant également l'article XVII. »

101. Il ressort de la jurisprudence des instances de règlement des différends de l'OMC que l'article XX, paragraphe 2, de l'AGCS est une réglementation de simplification [50]. Il suffit ainsi pour les mesures qui sont incompatibles *tant* avec l'obligation d'accorder l'accès au marché *qu*'avec l'obligation de traitement national, d'inscrire la réserve uniquement pour l'accès au marché. Cette dernière couvre alors également une inégalité de traitement entraînée par la mesure concernée entre prestataires de services nationaux et étrangers [51].

102. Il faut retenir dans ce contexte que l'article XVI de l'AGCS n'interdit pas toutes les mesures imaginables qui touchent à l'accès au marché. En fait, seules six catégories de restrictions définies avec précision sont incompatibles avec l'article XVI de l'AGCS. Elles sont énumérées à l'article XVI, paragraphe 2, de l'AGCS et sont avant tout de nature quantitative [52]. Ce n'est que si l'une de ces catégories est concernée qu'une condition inscrite dans la colonne de l'« accès au marché » qualifie aussi l'obligation d'accorder le traitement national.

103. En revanche, pour ce qui est des mesures qui ne sont pas incompatibles avec l'article XVI, paragraphe 2, de l'AGCS, il découle en l'espèce de l'inscription « None » dans la colonne relative au traitement national que l'État membre concerné est pleinement lié par l'obligation de traitement national [53].

104. Il peut bien entendu y avoir des conditions d'autorisation qui sont de nature quantitative et qui relèvent donc de l'une des catégories de l'article XVI, paragraphe 2, de l'AGCS. La délivrance d'une autorisation peut, par exemple, être soumise à la condition d'un examen des besoins. Compte tenu de la réserve inscrite au sujet de l'accès au marché, la Hongrie peut maintenir et introduire de telles mesures. Du fait de l'article XX, paragraphe 2, de l'AGCS, de telles mesures peuvent en outre être même discriminatoires. D'après cette disposition, la réserve inscrite pour l'accès au marché vaut en effet aussi pour l'obligation de traitement national.

50 WTO Panel Report du 16 juillet 2012, adopté par le DSB le 31 août 2012, WT/DS413/R, China – Electronic Payment Services, point 7.658 : « [T]he special rule in Article XX :2 provides a simpler requirement : a Member need only make a single inscription of the measure under the market access column, which then provides an implicit limitation under national treatment. »

51 WTO Panel Report du 16 juillet 2012, adopté par le DSB le 31 août 2012, WT/DS413/R, China – Electronic Payment Services, point 7.661 : « Article XX :2 provides […] that the measure inscribed in the market access column encompasses aspects inconsistent with both market access and national treatment obligations. [This thus permits] China to maintain measures that are inconsistent with both Articles XVI and XVII. With an inscription of "Unbound" for subsector (d) in mode 1 under Article XVI, and a corresponding "None" for Article XVII, China has indicated that it is free to maintain the full range of limitations expressed in the six categories of Article XVI :2, whether discriminatory or not. »

52 WTO Panel Report du 16 juillet 2012, adopté par le DSB le 31 août 2012, WT/DS413/R, China – Electronic Payment Services, point 7.652 : « Unlike Article XVII, however, the scope of the market access obligation does not extend generally to "all measures affecting the supply of services". Instead, it applies to six carefully defined categories of measures of a mainly quantitative nature. The issue thus arises whether the scope of these measures, and thus the extent of China's absence of obligation with respect thereto, extends to discriminatory measures in the sense of Article XVII. »

53 WTO Panel Report du 16 juillet 2012, adopté par le DSB le 31 août 2012, WT/DS413/R, China – Electronic Payment Services, point 7.663 : « Due to the inscription of "None", China must grant national treatment with respect to any of the measures at issue that are not inconsistent with Article XVI :2 » (mise en italique par nos soins).

105. Une condition d'autorisation peut cependant également être de nature qualitative, par exemple lorsque la délivrance de l'autorisation est liée à la satisfaction de certains critères matériels. Une telle mesure n'est pas interdite d'emblée à l'article XVI de l'AGCS. C'est aussi la raison pour laquelle l'article XX, paragraphe 2, de l'AGCS ne s'y applique pas. Les conditions d'autorisation qualitatives doivent donc (aussi) être inscrites dans la colonne relative aux conditions du traitement national. Dans le cas contraire, de telles mesures demeurent soumises à l'obligation pleine et entière de traitement national qui découle de l'inscription « None » [54].

106. En ce qui concerne la mesure litigieuse en l'espèce, il y a lieu de noter que l'exigence de conclusion d'une convention internationale, comme d'ailleurs l'exigence d'une activité d'enseignement dans l'État d'origine, ne vise pas une restriction quantitative. Elle ne constitue pas non plus une exigence de forme juridique [voir article XVI, paragraphe 2, sous e), de l'AGCS]. Les mesures en cause ne sont donc pas des mesures relevant de l'article XVI, paragraphe 2, de l'AGCS. L'article XX, paragraphe 2, de l'AGCS ne leur est par conséquent pas non plus applicable.

107. Il s'ensuit que la Hongrie est certes libre, du point de vue de l'accès au marché, d'introduire de telles exigences. Il n'en va cependant ainsi que dans la mesure où ces exigences s'appliquent indistinctement. La Hongrie s'est en effet pleinement engagée avec l'inscription « None » à offrir le traitement national.

108. D'après le système de « opt-in » de l'AGCS, la Hongrie aurait été tout à fait autorisée à inscrire une réserve correspondante en ce qui concerne le traitement national. Elle n'a cependant pas fait usage de cette possibilité.

109. Il y a donc lieu de constater qu'en ce qui concerne les mesures litigieuses, la Hongrie est pleinement liée par l'obligation de traitement national.

110. Eu égard à la jurisprudence des instances de règlement des différends de l'OMC, cette conclusion doit être également considérée comme manifeste au sens du critère de contrôle exposé dans les présentes conclusions [55].

4) Sur l'existence d'une inégalité de traitement

111. L'exigence de conclusion d'une convention internationale pour les établissements d'enseignement supérieur d'États tiers conduit à une inégalité de traitement entre les établissements d'enseignement supérieur établis en Hongrie, d'une part, et les établissements d'enseignement supérieur établis dans des États tiers, d'autre part. Il en va par ailleurs de même pour l'exigence d'offrir des enseignements dans l'État d'origine.

112. Cette conclusion n'est pas remise en cause par le fait que les prestataires de services nationaux ne peuvent, par nature, pas satisfaire à cette exigence. En vertu de l'article XVII, paragraphe 3, de l'AGCS un traitement moins favorable présuppose uniquement une modification des conditions de la concurrence sur le marché national au profit des services et fournisseurs de services nationaux. L'imposition de conditions supplémentaires modifie pourtant la concurrence au détriment des établissements d'enseignement supérieur d'États tiers concernés.

5) Sur l'exception au titre de l'article XIV de l'AGCS

113. Il faut enfin examiner si une exception au titre de l'article XIV de l'AGCS peut s'appliquer pour l'exigence de conclusion d'une convention internationale.

54 Voir, mutatis mutandis, note 53.

55 Voir points 88 et 90 des présentes conclusions.

114. Le gouvernement hongrois fait valoir qu'il s'agit là d'une mesure qui serait nécessaire pour garantir l'ordre public et la sécurité publique ainsi que pour prévenir les pratiques commerciales trompeuses et frauduleuses. Ces objectifs sont explicitement cités à l'article XIV, sous a) et sous c), point i, de l'AGCS.

115. En vertu de l'article 76, paragraphe 1, sous a), de la loi sur l'enseignement supérieur, une convention doit être conclue avec l'État compétent, dans le cas des États fédéraux où le gouvernement central n'est pas compétent pour l'autorisation des établissements d'enseignement supérieur, un accord devant au préalable être conclu avec le gouvernement central. Sur le fond, la convention doit concerner le soutien de principe de l'activité de l'établissement en cause en Hongrie par le gouvernement de l'État d'origine.

116. La conclusion de conventions internationales, en particulier pour la reconnaissance de diplômes, est un instrument classique de la coopération intergouvernementale dans le domaine de l'enseignement supérieur. En ce qui concerne la prévention des pratiques commerciales frauduleuses, un traité qui concerne l'approbation par le gouvernement de l'État d'origine de l'activité d'un établissement d'enseignement particulier dans l'État hôte peut en principe endosser une sorte de fonction de garantie. Il devient ainsi apparent pour l'État hôte que l'État d'origine considère l'établissement comme étant digne de confiance et qu'il soutient son activité.

117. L'article XIV de l'AGCS prévoit cependant que les exceptions ne sauraient être « appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services ».

118. Dans ces circonstances et examinée de plus près, l'exigence de la conclusion d'une convention internationale ne peut pas être considérée comme une exception admissible. Elle semble en effet constituer dans sa forme concrète un moyen d'opérer une discrimination arbitraire au sens de l'article XVI de l'AGCS.

119. La Commission souligne tout d'abord, à juste titre, que la conclusion d'une convention internationale est nécessairement liée à l'exercice d'un pouvoir d'appréciation politique qui ne peut pas être pleinement contrôlé par le juge. L'article 76, paragraphe 1, sous a), de la loi sur l'enseignement supérieur fait ainsi dépendre la délivrance d'une autorisation d'exploitation pour les établissements d'enseignement supérieur établis dans des États tiers d'une condition dont la satisfaction dépend *in fine* exclusivement de la Hongrie. Cela conduirait en définitive à une condition « subject to licence ». La Hongrie n'a cependant précisément pas soumis à une telle condition son engagement assumé d'accorder le traitement national [56]. Le gouvernement hongrois peut en tout cas retarder à sa convenance la conclusion de la convention ce qui, compte tenu du délai court au titre de l'article 115, paragraphe 7, de la loi sur l'enseignement supérieur, peut déjà en soi conduire au refus d'accorder une autorisation d'exploitation à un établissement d'enseignement supérieur.

120. Étant donné que, conformément à l'article 76, paragraphe 1, sous a), de la loi sur l'enseignement supérieur, la convention nécessaire ne concerne que le soutien de principe de l'activité de l'établissement d'enseignement supérieur concerné en Hongrie, on ne saurait discerner pourquoi cette exigence ne pourrait pas être également satisfaite par une déclaration unilatérale du gouvernement de l'État d'origine.

121. L'article 76, paragraphe 1, sous a), de la loi sur l'enseignement supérieur précise en outre les exigences posées aux conventions internationales conclues avec des États fédéraux en ce sens qu'un accord préalable avec le gouvernement central est nécessaire lorsque celui-ci n'est pas compétent pour consentir à être lié par une convention internationale. Cette exigence particulière constitue une

56 Voir points 107 à 109 des présentes conclusions.

condition qui ne peut éventuellement pas être satisfaite – et donc en définitive une condition arbitraire. Il n'est en effet pas certain que l'ordre constitutionnel de l'État fédéral concerné autorise l'accord exigé avec le gouvernement central si l'enseignement supérieur fait partie des compétences des États fédérés [57].

122. Enfin, le fait que la condition litigieuse est également imposée aux établissements d'enseignement supérieur exerçant déjà leur activité en Hongrie démontre que ladite condition n'est pas une exigence matérielle pour la lutte contre la fraude. Il ne saurait être discerné comment une activité frauduleuse d'un tel établissement d'enseignement supérieur pourrait être contrée par un accord avec le gouvernement central de son État d'origine.

123. L'article 76, paragraphe 1, sous a), de la loi sur l'enseignement supérieur ne saurait donc être justifié comme exception en vertu de l'article XIV de l'AGCS.

124. Compte tenu du caractère arbitraire de la mesure, cette conclusion doit d'ailleurs être considérée comme évidente au sens du critère de contrôle exposé dans les présentes conclusions.

125. Il découle de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'exigence de conclusion d'une convention internationale est incompatible avec les obligations que la Hongrie a assumées eu égard à l'article XVII, paragraphe 2, de l'AGCS et l'engagement spécifique dans le secteur de l'enseignement. En adoptant l'article 76, paragraphe 1, sous a), de la loi sur l'enseignement supérieur, la Hongrie a ainsi violé l'article XVII de l'AGCS lu en combinaison avec l'article 216, paragraphe 2, TFUE.

b) Sur la violation de l'article 14, paragraphe 3, de la Charte

126. La Commission fait en outre valoir que la condition de la conclusion d'une convention internationale avec l'État d'origine pour que les établissements d'enseignement supérieur établis dans un État tiers puissent lancer et poursuivre leur activité sur le territoire national constitue une violation de la liberté de créer des établissements d'enseignement consacrée à l'article 14, paragraphe 3, de la Charte. Elle violerait de plus la liberté d'entreprise garantie par l'article 16 de la Charte.

1) Sur l'applicabilité de la Charte

127. Ainsi que nous l'avons déjà exposé, les différents engagements découlant de l'AGCS sont des obligations internationales de l'Union. Les institutions de l'Union sont, conformément à l'article 51, paragraphe 1, de la Charte, liées par celle-ci dans l'exécution de toutes leurs obligations.

128. Conformément à l'article 51, paragraphe 1, les États membres ne sont en revanche liés par la Charte que « lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Une telle mise en œuvre du droit de l'Union a cependant précisément lieu lorsque les États membres transposent au plan national les obligations internationales de l'Union sur la base d'une compétence réglementaire propre. En effet, ils satisfont ce faisant à une obligation propre envers l'Union, qui a assumé dans les rapports avec les tiers la responsabilité de la bonne exécution de la convention [58]. L'applicabilité de la Charte garantit à cet égard que les États membres, en tant que « représentants » de l'Union, ne violent pas les droits fondamentaux [59].

57 Cela concerne, notamment, la conclusion d'un traité international avec les États fédérés des États-Unis d'Amérique, compétents dans le domaine de l'enseignement supérieur.

58 Voir points 47 et 53 des présentes conclusions.

59 Voir, au sujet de cette situation aussi, conclusions de l'avocat général Saugmandsgaard Øe dans l'affaire Commission/Hongrie (Droits d'usufruit sur des terres agricoles) (C-235/17, EU:C:2018:971, point 82).

129. Bien entendu, cela ne signifie pas que la légalité des mesures des États membres relevant du secteur de l'enseignement doit désormais être appréciée par principe à l'aune des droits fondamentaux de l'Union. Seules les mesures qui sont réglées par le droit de l'Union sont soumises à ces droits fondamentaux [60]. Il s'agit en particulier des mesures au regard desquelles le droit de l'Union impose aux États membres certaines obligations. En l'occurrence, l'article XVII de l'AGCS impose à la Hongrie d'appliquer pleinement le traitement national. L'application de la Charte découle ainsi du fait que la réglementation hongroise s'écarte de l'obligation de traitement national en vertu de l'article XVII de l'AGCS.

2) Sur l'atteinte à l'article 14, paragraphe 3, de la Charte

130. L'article 14, paragraphe 3, de la Charte garantit la liberté de créer des établissements d'enseignement. Elle doit nécessairement également couvrir l'exploitation par la suite de l'établissement d'enseignement puisque sa création n'aurait sinon aucun sens. Il ressort des explications relatives à la Charte [61] que l'article 14, paragraphe 3, constitue dans le domaine de l'enseignement à financement privé une expression particulière de la liberté d'entreprise au titre de l'article 16 de la Charte .

131. Il s'ensuit, premièrement, que l'article 16 de la Charte, également invoqué par la Commission, ne saurait dans la présente affaire être examiné de manière isolée dans la mesure où l'article 14, paragraphe 3, de la Charte constitue une lex specialis.

132. Il en découle, deuxièmement, que l'article 14, paragraphe 3, de la Charte protège du moins le côté entrepreneurial de l'activité d'un établissement privé d'enseignement supérieur et donc les aspects commerciaux de la création et de l'exploitation d'un établissement d'enseignement supérieur.

133. Une condition comme celle prévue à l'article 76, paragraphe 1, sous a), de la loi sur l'enseignement supérieur, qui, si elle n'est pas respectée, conduit à l'interdiction de la création et de l'exploitation d'un tel établissement privé touche donc au champ de protection de l'article 14, paragraphe 3, de la Charte. Il en va a fortiori ainsi dans la mesure où l'établissement d'un droit fondamental autonome à la création d'établissements d'enseignement privés suggère qu'il convient de protéger à titre particulier, au-delà de l'aspect commercial, l'existence d'établissements d'enseignement privés en tant que tels. Cela plaide selon nous en ce sens que l'article 14, paragraphe 3, de la Charte vise à protéger l'existence même d'établissements d'enseignement privés aux côtés des écoles et des universités publiques et donc en fin de compte le pluralisme dans l'offre d'enseignement.

3) Sur la possibilité de restriction dans la présente affaire

134. En ce qui concerne la possibilité de restreindre l'application de l'article 14, paragraphe 3, de la Charte, il ressort des termes de la disposition que la liberté de créer des établissements d'enseignement « [est respectée] selon les lois nationales qui en régissent l'exercice ». Cela signifie que la liberté de créer des établissements d'enseignement n'est en principe garantie que dans le cadre des exigences légales applicables à leur création. En d'autres termes, le législateur peut en principe organiser par loi ordinaire les conditions de la création et de l'exploitation d'établissements d'enseignement sans violer l'article 14, paragraphe 3, de la Charte. Il doit toutefois, ainsi qu'il ressort déjà de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, respecter à cette occasion le principe de proportionnalité [62].

60 Voir, en ce sens, arrêts du 6 mars 2014, Siragusa (C-206/13, EU:C:2014:126, points 25 et 26), et du 10 juillet 2014, Julián Hernández e.a. (C-198/13, EU:C:2014:2055, points 36 et 37).

61 JO 2007, C 303, p. 22.

62 Voir, en ce qui concerne l'article 16 de la Charte formulé de manière similaire, arrêt du 22 janvier 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, point 47).

135. Les objectifs avancés par la Hongrie comme justification sont, d'une part, la protection de l'ordre public, en particulier contre les pratiques commerciales trompeuses et frauduleuses et, d'autre part, la garantie de la qualité des offres d'enseignement.

136. En ce qui concerne le premier de ces objectifs, nous avons déjà exposé que le « soutien de principe de l'activité » de l'établissement d'enseignement supérieur concerné, requis en vertu de l'article 76, paragraphe 1, sous a), de la loi sur l'enseignement supérieur, peut être exprimé par une déclaration unilatérale de cet État [63] et que la conclusion d'une convention internationale n'est donc pas nécessaire.

137. De surcroît et ainsi que nous l'avons également déjà exposé, la réglementation comporte dans sa forme concrète le risque d'une application arbitraire [64]. En effet, l'exigence spéciale en ce qui concerne la conclusion de la convention par le gouvernement central ne garantit pas, d'une part, qu'elle peut être effectivement remplie. La conclusion de la convention et en particulier son calendrier dépendent, d'autre part, entièrement du pouvoir d'appréciation du gouvernement hongrois. Cette circonstance pèse d'autant plus lourdement que l'exploitation d'établissements d'enseignement autrefois admissible est rétroactivement soumise à des conditions dont la satisfaction ne dépend pas des établissements concernés et que ceux-ci ne pouvaient pas prévoir [65].

138. En ce qui concerne, deuxièmement, la garantie de la qualité, la Hongrie n'a pas exposé comment la conclusion obligatoire d'une convention internationale avec le gouvernement central de l'État d'origine d'un établissement d'enseignement supérieur étranger contribuerait à atteindre cet objectif.

139. Il en va a fortiori ainsi dans la mesure où cette exigence est également imposée aux établissements existants sans que des défauts de qualité soient exposés ou que des indices doivent être présentés suggérant comment ces défauts pourraient être éliminés par la conclusion d'une convention internationale avec l'État d'origine de l'établissement.

140. L'article 76, paragraphe 1, sous a), de la loi sur l'enseignement supérieur ne peut donc pas être considéré comme une restriction admissible de la liberté de créer des établissements d'enseignement. Nous parvenons ainsi à la conclusion que l'adoption de l'article 76, paragraphe 1, sous a), de la loi sur l'enseignement supérieur constitue également une violation de l'article 14, paragraphe 3, de la Charte.

c) Sur la violation de l'article 13, seconde phrase, de la Charte

141. Étant donné que les établissements d'enseignement supérieur qui ne remplissent pas les conditions de l'article 76, paragraphe 1, sous a), de la loi sur l'enseignement supérieur ne peuvent, par voie de conséquence, pas exercer d'activité d'enseignement et de recherche en Hongrie et doivent mettre un terme à cette activité – le cas échéant à l'expiration d'une période transitoire –, la Commission soulève en outre le grief d'une violation de l'article 13, seconde phrase, de la Charte. En vertu de cette disposition, la liberté académique est respectée.

142. Sauf erreur de notre part, la Cour n'a jusqu'à présent pas encore eu l'occasion de s'exprimer sur le champ de protection de l'article 13, seconde phrase, de la Charte.

143. L'article 52, paragraphe 3, de la Charte, en vertu duquel les droits de la Charte qui correspondent à ceux garantis par la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après la « CEDH »), ont le même sens et la même portée que ceux que leur confère celle-ci peut servir de point d'orientation. Dans la jurisprudence de la Cour

63 Voir, précédemment, points 116 et 119 des présentes conclusions.

64 Voir, précédemment, points 118 à 121 des présentes conclusions.

65 Voir, à ce sujet, point 122 des présentes conclusions.

européenne des droits de l'homme, la liberté de la recherche scientifique est traitée comme une émanation du droit à la liberté d'expression au titre de l'article 10 de la CEDH [66], disposition visée par les explications relatives à l'article 13 de la Charte [67]. En font notamment partie, d'après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la liberté d'entreprendre des recherches scientifiques ainsi que la liberté de défendre des positions scientifiques et de les diffuser [68].

144. Il est certes vrai que la réglementation à l'article 76, paragraphe 1, sous a), de la loi sur l'enseignement supérieur portant sur la conclusion d'une convention internationale ne restreint pas directement cette liberté. Elle est néanmoins susceptible de priver les scientifiques qui travaillent dans les universités affectées de l'infrastructure nécessaire à l'exercice de la liberté académique.

145. La liberté scientifique est certes ancrée du point de vue systématique dans l'article 13 de la Charte en combinaison avec la protection de la liberté des arts qui, d'après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, est aussi une expression de la liberté d'opinion. Il peut en être déduit que la liberté académique de l'article 13, seconde phrase, de la Charte doit être considérée comme un droit fondamental à la communication. La liberté académique ne se limite cependant pas à la simple communication.

146. En effet, la Charte contient, à la différence de la CEDH, un droit fondamental à la liberté des arts et des sciences, autonome par rapport à la liberté d'opinion générale. En font partie non seulement la recherche et l'enseignement autonome sous sa propre responsabilité quant au fond et indépendamment de toute influence des pouvoirs publics, mais également son cadre institutionnel et organisationnel. Le rattachement à une université publique ou privée est en effet en pratique une condition essentielle pour la recherche scientifique. L'université sert de plateforme pour la discussion scientifique et de réseau et d'infrastructure pour les enseignants, les étudiants et les pourvoyeurs de financements. La liberté de créer des établissements d'enseignement consacrée par l'article 14, paragraphe 3, de la Charte ne protège à cet égard qu'une portion de ce cadre institutionnel, à savoir celui concernant les établissements d'enseignement privés.

147. Une exigence qui, si elle n'est pas respectée, conduit à ce que l'activité d'enseignement et de recherche ne peut plus avoir lieu dans le cadre universitaire ou doit être abandonnée, touche ainsi au champ de protection de l'article 13, seconde phrase, de la Charte.

148. Pour ce qui est de la possibilité de restreindre l'article 13, seconde phrase, de la Charte, il découle des explications relatives à la Charte que celui-ci est soumis aux restrictions autorisées à l'article 10 de la CEDH. Il s'agit de restrictions qui sont prévues par la loi et qui dans une société démocratique sont nécessaires à la protection de certains objectifs déterminés qui y sont énumérés. En font notamment partie la protection de la sécurité publique et de l'ordre public ou la prévention de la criminalité. Ces exigences correspondent pour l'essentiel à celles de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte.

149. À cet égard, il y a lieu de constater que l'article 13, seconde phrase, de la Charte, pour autant qu'il protège aussi le cadre institutionnel et organisationnel de la recherche et de l'enseignement, ne contient aucune garantie de pérennité pour chaque établissement d'enseignement. Une réglementation qui conduit à la fermeture d'un établissement d'enseignement supérieur doit toutefois être proportionnée, ainsi qu'il ressort déjà de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte.

66 Cour EDH, 23 juin 2009, Mustafa Erdoğan/Turquie, CE:ECHR:2009:0623JUD001708903, et 15 avril 2014, Hasan Yazıcı/Turquie, CE:ECHR:2014:0527JUD000034604.

67 JO 2007, C 303, p. 22.

68 Cour EDH, 15 avril 2014, Hasan Yazıcı/Turquie CE:ECHR:2014:0527JUD000034604, § 40.

150. Pour les raisons déjà évoquées, l'exigence prévue à l'article 76, paragraphe 1, sous a), de la loi sur l'enseignement supérieur doit néanmoins être considérée comme étant disproportionnée et elle ne peut donc justifier aucune restriction de l'article 13, seconde phrase, de la Charte [69].

d) Conclusion

151. Nous suggérons en résumé à la Cour de constater que la Hongrie, en adoptant l'article 76, paragraphe 1, sous a), de la loi sur l'enseignement supérieur a violé ses obligations au titre de l'article XVII de l'AGCS lu en combinaison avec l'article 216, paragraphe 2, TFUE ainsi que l'article 13, seconde phrase, et l'article 14, paragraphe 3, de la Charte.

2. Sur l'exigence d'une activité d'enseignement effective dans l'État d'origine – article 76, paragraphe 1, sous b), de la loi sur l'enseignement supérieur

152. En ce qui concerne l'article 76, paragraphe 1, sous b), de la loi sur l'enseignement supérieur, qui soumet la création et le maintien de l'activité d'un établissement d'enseignement supérieur étranger en Hongrie à l'exercice effectif d'une activité d'enseignement dans l'État d'origine, la Commission soulève le grief d'une violation de l'article 16 de la directive 2006/123, des articles 49 et 56 TFUE, de l'article 13, de l'article 14, paragraphe 3, et de l'article 16 de la Charte ainsi que de l'article XVII de l'AGCS. En effet, à la différence de l'exigence que nous venons d'examiner qu'une convention internationale soit conclue, la condition à examiner à présent vaut également pour les établissements d'enseignement supérieur dont le siège se trouve dans un autre État membre de l'Union ou de l'EEE.

a) Sur la violation de l'article 49 TFUE lu en combinaison avec l'article 54 TFUE

153. Il convient d'examiner en premier lieu le grief de la violation de la liberté d'établissement. En effet, on peut présumer qu'une « activité d'enseignement diplômante », telle que visée par les exigences particulières prévues à l'article 76, paragraphe 1, de la loi sur l'enseignement supérieur sera offerte dans l'écrasante majorité des cas par un établissement stable établi en Hongrie.

1) Sur la restriction de la liberté d'établissement

154. En vertu de la jurisprudence de la Cour, la fourniture contre rémunération d'un enseignement supérieur relève du champ d'application de la liberté d'établissement lorsqu'elle est effectuée par des ressortissants d'un État membre dans un autre État membre, d'une façon stable et continue, à partir d'un établissement principal ou secondaire dans l'État membre d'accueil [70].

155. En vertu d'une jurisprudence constante, l'article 49 TFUE recouvre, d'une part, le droit d'accéder aux activités non salariées et leur exercice ainsi que celui de constituer et de gérer des entreprises dans les conditions définies par la législation de l'État membre d'établissement pour ses propres ressortissants. Doivent, d'autre part, être considérées comme une restriction à la liberté d'établissement au sens de l'article 49, paragraphe 1, TFUE toutes les mesures qui interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de cette liberté [71].

69 Voir points 136 à 139 des présentes conclusions.

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

71 Arrêts du 11 juillet 2002, Gräbner (C-294/00, EU:C:2002:442, point 38), et du 13 novembre 2003, Neri (C-153/02, EU:C:2003:614, point 41).

156. Au regard de ces critères, l'article 76, paragraphe 1, sous b), de la loi sur l'enseignement supérieur restreint le droit des établissements d'enseignement supérieur étrangers à la liberté d'établissement en Hongrie puisqu'il les empêche d'accéder à l'activité d'enseignement supérieur et les contraint à cesser cette activité à l'expiration de la période transitoire s'ils n'offrent pas d'enseignement supérieur dans leur État d'origine.

2) Sur la justification de la restriction

157. Pour ce qui est de la justification de cette mesure, l'article 52, paragraphe 1, TFUE dispose que les régimes spéciaux pour les étrangers ne peuvent être justifiés que par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.

158. Un tel « régime spécial pour les ressortissants étrangers » est présent en l'espèce. En effet, seuls les établissements d'enseignement supérieur étrangers doivent, pour engager ou maintenir une activité d'enseignement en Hongrie apporter la preuve de l'existence d'une telle activité dans leur État d'origine. Certes, les établissements d'enseignement supérieur nationaux ne peuvent naturellement pas apporter cette preuve puisqu'ils n'ont pas de siège dans un autre État membre. Cette circonstance ne conduit cependant pas à ce que les établissements d'enseignement supérieur étrangers ne soient pas comparables aux établissements nationaux [72]. En effet, le siège dans un autre État membre ne saurait constituer un critère de distinction admissible en cas de discriminations fondées sur la nationalité. Le caractère discriminatoire de la réglementation réside précisément dans le fait que l'activité des établissements d'enseignement supérieur étrangers est soumise à des conditions supplémentaires parce que leur siège se situe dans un autre État membre.

159. La Hongrie invoque ici la protection de l'ordre public et fait valoir que l'exigence litigieuse serait nécessaire pour prévenir les pratiques commerciales trompeuses et frauduleuses. Ce ne serait par ailleurs qu'ainsi que la qualité de l'offre d'enseignement pourrait être garantie.

160. Le motif justificatif de l'ordre public vise cependant la protection contre une menace réelle et suffisamment grave, affectant l'un des intérêts fondamentaux de la société. Bien que l'importance des objectifs de prévention des pratiques commerciales trompeuses et frauduleuses ainsi que de la garantie d'une offre d'enseignement de qualité élevée ne doive pas être niée, aucun intérêt fondamental de la société au sens de cette définition n'est de fait affecté [73].

161. Dans ce contexte, il y a lieu de relever que la Cour a déjà jugé que l'article 49 TFUE s'oppose par principe à ce que les États membres interdisent la création d'une succursale avec pour seul argument que la société en cause n'a pas développé d'activité commerciale dans l'État du siège [74]. Le point de savoir si l'État membre peut poser des conditions à l'activité de la succursale et le cas échéant lesquelles est une autre question.

162. Une justification pour d'autres motifs impérieux d'intérêt général n'entre par ailleurs en ligne de compte qu'en cas de restrictions de la liberté d'établissement applicables sans discrimination fondée sur la nationalité [75].

72 Les libertés fondamentales sont des interdictions spéciales de discrimination qui interdisent uniquement de traiter différemment des situations comparables, voir arrêt du 14 février 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, point 30).

73 La Cour a considéré que la prévention des infractions pénales graves touche à un intérêt fondamental de la société, voir arrêt du 13 juillet 2017, E (C-193/16, EU:C:2017:542, point 20).

74 Arrêts du 9 mars 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, point 38), et du 30 septembre 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, point 97).

75 Voir, simplement, arrêts du 9 mars 2017, Piringer (C-342/15, EU:C:2017:196, point 53), et du 14 novembre 2018, Memoria et Dall'Antonia (C-342/17, EU:C:2018:906, point 51).

163. Partant, en adoptant l'article 76, paragraphe 1, sous b), de la loi sur l'enseignement supérieur, la Hongrie a violé l'article 49 TFUE.

b) Sur la violation de l'article 16 de la directive services

164. La Commission est par ailleurs d'avis que la condition prévue à l'article 76, paragraphe 1, sous b), de la loi sur l'enseignement supérieur constitue une violation de la directive services.

1) Sur l'ouverture du champ d'application

165. En vertu de son article 2, paragraphe 1, la directive services s'applique aux services fournis par les prestataires ayant leur établissement dans un État membre, la notion de « service » étant définie à l'article 4, point 1, comme « toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération ». Selon la jurisprudence, dispenser des cours dans des établissements d'enseignement qui sont pour l'essentiel financés par des fonds privés ne provenant pas du prestataire de service lui-même constitue un service puisque l'objectif poursuivi par ces établissements est d'offrir une prestation contre rémunération [76].

166. L'article 2, paragraphe 1, de la directive services ne pose certes pas expressément de conditions supplémentaires à l'ouverture du champ d'application. Il ne s'appuie notamment pas sur le caractère temporaire de l'activité qui est utilisé dans le cadre des libertés fondamentales pour délimiter la liberté d'établissement de la libre prestation de services [77], étant donné que la directive services contient aussi des dispositions relatives à la liberté d'établissement des prestataires de services [78]. Toutefois, cette distinction est, selon nous, pertinente en l'espèce puisque la Commission critique spécifiquement une violation de l'article 16 de la directive services qui se trouve dans le chapitre IV relatif à la libre circulation des services.

167. L'article 76, paragraphe 1, sous b), de la loi sur l'enseignement supérieur ne relève cependant du champ d'application de l'article 16 de la directive services que dans la mesure où cette disposition soumet l'offre temporaire d'une activité d'enseignement diplômante à des conditions particulières. De tels modèles commerciaux sont tout à fait imaginables même si la très grande majorité des établissements d'enseignement supérieur qui offrent des formations diplômantes le font dans le cadre d'un établissement permanent.

168. En tout état de cause, l'article 76, paragraphe 1, sous b), de la loi sur l'enseignement supérieur ne distingue pas les établissements qui exercent une activité d'enseignement de manière durable de ceux qui n'exercent une telle activité en Hongrie que de manière temporaire. La disposition ne distingue pas plus entre fournisseurs de services d'enseignement financés par fonds privés et fournisseurs de services dont l'activité ne poursuit pas de but lucratif.

169. La réglementation relève donc, du moins en partie, du champ d'application de l'article 16 de la directive services.

76 Arrêts du 11 septembre 2007, Commission/Allemagne (C-318/05, EU:C:2007:495, point 69), du 11 septembre 2007, Schwarz et Gootjes-Schwarz (C-76/05, EU:C:2007:492, point 47), et du 27 juin 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, point 48).

77 Arrêt du 11 décembre 2003, Schnitzer (C-215/01, EU:C:2003:662, points 27 et 28).

78 Voir chapitre III de la directive services.

2) Sur l'exigence admissible au sens de l'article 16, paragraphes 1 et 3, de la directive services

170. En vertu de l'article 16, paragraphes 1 et 3, de la directive services, les États membres ne peuvent subordonner l'accès à une activité de service ou son exercice sur leur territoire qu'à des exigences qui ne sont pas discriminatoires et qui sont nécessaires et proportionnées. À cet égard, aux termes de l'article 16, paragraphe 1, troisième alinéa, sous b), et paragraphe 3, de la directive services, les exigences posées doivent servir à maintenir l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique ou à protéger l'environnement.

171. En l'espèce, force est de constater que l'exigence prévue à l'article 76, paragraphe 1, sous b), de la loi sur l'enseignement supérieur est inadmissible du seul fait de son caractère discriminatoire [79].

172. En tout état de cause, la mesure ne peut être justifiée par aucun des motifs cités à l'article 16, paragraphe 1, troisième alinéa, sous b), et paragraphe 3, de la directive services. Nous avons ainsi déjà exposé que cette réglementation ne peut pas être justifiée par des motifs de protection de l'ordre public [80].

173. Le législateur de l'Union n'a pas prévu à l'article 16 de la directive services – contrairement à ce qui est le cas dans d'autres dispositions de cette directive [81] – de justification pour d'autres motifs impérieux d'intérêt général dont un niveau de formation élevé fait également partie conformément au considérant 40 de la directive.

174. Certes, la jurisprudence reconnaît dans le cadre de l'article 56 TFUE une justification pour les motifs impérieux d'intérêt général. Une telle justification n'a cependant jusqu'à présent pas été admise dans des situations similaires en cas de mesures discriminatoires [82]. Ainsi, il n'est pas nécessaire en l'espèce de se prononcer sur la question de savoir si le législateur de l'Union pouvait légalement restreindre les possibilités de justification dans le cadre de l'article 16 de la directive services par rapport aux motifs justificatifs reconnus par le droit primaire [83]. En effet, la mesure en cause ici ne pourrait pas non plus être justifiée en vertu de l'article 56 TFUE.

175. Il découle de ce qui précède que l'exigence d'une activité d'enseignement effective dans l'État d'origine ne correspond pas aux conditions de l'article 16, paragraphes 1 et 3, de la directive services. En adoptant l'article 76, paragraphe 1, sous b), de la loi sur l'enseignement supérieur, la Hongrie a ainsi violé l'article 16 de la directive services.

176. Au demeurant, la directive services contient des dispositions plus spécifiques, par rapport à l'article 56 TFUE, disposition invoquée à titre subsidiaire, de sorte qu'il n'y a plus lieu d'examiner cette dernière norme [84].

79 Voir, sur le caractère discriminatoire, point 158 des présentes conclusions.

80 Voir, mutatis mutandis, point 160 des présentes conclusions.

81 Voir, notamment, article 9, paragraphes 1 et 4, article 10, paragraphe 2, et article 11, paragraphe 1, de la directive services.

82 Arrêts du 25 juillet 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, EU:C:1991:323, points 11 à 13), du 19 juillet 2012, Garkalns (C-470/11, EU:C:2012:505, point 37), et du 30 avril 2014, Pfleger e. a. (C-390/12, EU:C:2014:281, point 43).

83 Voir, sur le problème parallèle au sujet de l'article 14 de la directive services, arrêt du 16 juin 2015, Rina Services e. a. (C-593/13, EU:C:2015:399, point 40). En ce qui concerne les arguments, voir conclusions de l'avocat général Szpunar dans les affaires jointes X et Visser (C-360/15 et C-31/16, EU:C:2017:397, points 99 et suivants).

84 Arrêt du 23 février 2016, Commission/Hongrie (C-179/14, EU:C:2016:108, point 118). Voir, sur le rapport entre l'article 15 de la directive services et l'article 49 TFUE, arrêt du 7 novembre 2018, Commission/Hongrie (C-171/17, EU:C:2018:881, point 87).

c) Sur la violation de la Charte

177. Il faut enfin examiner si la Hongrie, en adoptant l'article 76, paragraphe 1, sous b), de la loi sur l'enseignement supérieur, a violé les droits fondamentaux des établissements d'enseignement supérieur concernés, et en particulier l'article 13 ainsi que l'article 14, paragraphe 3, de la Charte [85].

1) Sur l'applicabilité de la Charte

178. L'article 76, paragraphe 1, sous b), de la loi sur l'enseignement supérieur constitue une mauvaise transposition de la directive services [86]. Ainsi, conformément à l'article 51, paragraphe 1, de la Charte, son champ d'application est ouvert [87].

179. En conséquence, la question de savoir si une violation autonome de la Charte peut être constatée lorsque le champ d'application du droit de l'Union n'est ouvert que par une restriction des libertés fondamentales ne se pose donc pas en l'espèce contrairement à ce que soutient la Hongrie [88].

180. En tout état de cause, la constatation d'une violation autonome des droits fondamentaux n'a en l'occurrence aucun effet particulier. En effet, le bien-fondé du recours en manquement découle déjà des violations de la directive services et de l'article 49 TFUE. L'examen distinct du droit fondamental fait toutefois ressortir plus clairement le poids particulier et la gravité du manquement. Il en va en particulier ainsi lorsque – comme en l'espèce – la violation invoquée du droit fondamental va au-delà des effets économiques néfastes qui sont déjà couverts par la constatation des violations des règles du marché intérieur.

2) Sur l'atteinte aux droits fondamentaux

181. Ainsi qu'il a déjà été exposé, une condition qui, si elle n'est pas respectée, conduit à ce qu'une université ne puisse pas accéder à l'activité d'enseignement et de recherche, voire doive y mettre un terme, ainsi qu'à l'interdiction de la création et de l'exploitation d'un tel établissement à des fins lucratives touche aussi bien au champ de protection de l'article 13, seconde phrase, qu'à celui de l'article 14, paragraphe 3, de la Charte [89].

3) Justification

182. Il reste donc à examiner si l'atteinte aux droits fondamentaux opérée par l'article 76, paragraphe 1, sous b), de la loi sur l'enseignement supérieur peut être justifiée [90]. Selon les termes de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, des restrictions des droits fondamentaux ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.

85 L'article 14, paragraphe 3, de la Charte prime dans la présente affaire sur l'article 16 également invoqué en tant que lex specialis, voir, à ce sujet, points 130 et 132 des présentes conclusions.

86 Voir, à ce sujet précédemment, points 170 à 175 des présentes conclusions.

87 Voir, en ce sens, arrêt du 1er décembre 2016, Daouidi (C-395/15, EU:C:2016:917, points 64 et 65). De même, arrêt du 13 septembre 2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, point 66).

88 Voir, sur cette question, conclusions de l'avocat général Saugmandsgaard Øe dans les affaires jointes SEGRO et Horváth (C-52/16 et C-113/16, EU:C:2017:410, points 121 à 142), ainsi que dans l'affaire Commission/Hongrie (Droits d'usufruit sur des terres agricoles) (C-235/17, EU:C:2018:971, points 64 à 112).

89 Voir, précédemment, points 133 et 147 des présentes conclusions.

90 Voir, précédemment, points 134 et 148 des présentes conclusions.

183. La Hongrie affirme, d'une part, que ses autorités ne pourraient s'assurer que l'activité est légale et que toutes les conditions d'une activité d'enseignement dans l'État d'origine sont remplies que si une telle activité est aussi exercée dans cet État. Cela permettrait de prévenir les pratiques commerciales frauduleuses. Les autorités pourraient, d'autre part, vérifier à l'aide de la formation offerte dans l'État d'origine si l'établissement dispose d'un plan viable ainsi que de personnel enseignant qualifié et garantir ainsi la qualité des offres d'enseignement.

184. Il convient d'admettre que l'exploitation avec succès d'un établissement d'enseignement supérieur dans l'État d'origine suggère fortement que cet établissement y répond à toutes les conditions légales d'exploitation. Cette condition est donc apte à réaliser l'objectif d'écarter d'emblée les établissements illégaux et frauduleux.

185. Néanmoins, l'existence d'une activité d'enseignement dans l'État d'origine ne constitue nullement le seul critère sur le fondement duquel la légalité et l'intégrité de l'offre d'un établissement d'enseignement supérieur peuvent être appréciées. Si une telle activité fait défaut dans l'État d'origine, un État membre doit aussi accepter d'autres moyens de preuves adéquats. Il en va notamment ainsi compte tenu de l'importance primordiale de la liberté d'établissement dans l'Union, qui comporte aussi, selon la jurisprudence, le droit des sociétés de poursuivre leur activité essentiellement ou exclusivement dans un autre État membre que celui de leur siège [91]. Afin de prévenir des incohérences dans les niveaux de protection des libertés fondamentales et des droits fondamentaux, la preuve d'une activité dans l'État d'origine ne peut pas être considérée comme étant nécessaire.

186. Pour ce qui est de l'objectif de contrôler la qualité, le gouvernement hongrois n'a nullement démontré comment la simple existence d'un enseignement supérieur dans l'État d'origine garantirait la qualité de l'enseignement dans l'État hôte. On peut difficilement imaginer que l'université emploie dans les deux États le même personnel enseignant et transmette les mêmes contenus ou que les exigences de qualité soient les mêmes dans les deux États. Le caractère adéquat de cette mesure est donc déjà douteux.

187. En ce qui concerne le caractère nécessaire de l'exigence, il y a lieu de relever qu'un contrôle de qualité ne pourrait tout simplement pas être effectué lors de la création initiale d'établissements d'enseignement supérieur nationaux si une offre déjà existante était la seule possibilité de contrôler la qualité. Il faut donc nécessairement recourir à d'autres mesures de contrôle de la qualité, qui pourraient être également appliquées aux établissements d'enseignement supérieur étrangers.

188. Le rattachement à l'existence d'une activité d'enseignement dans l'État d'origine n'est donc pas apte à garantir la légalité et la qualité de l'enseignement supérieur et n'est en tout état de cause pas nécessaire pour garantir ces objectifs.

4) Conclusion

189. En adoptant l'article 76, paragraphe 1, sous b), de la loi sur l'enseignement supérieur, la Hongrie a donc également violé l'article 13, seconde phrase, ainsi que l'article 14, paragraphe 3, de la Charte.

91 Voir, à ce sujet précédemment, point 158 des présentes conclusions et arrêt du 30 septembre 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, point 97).

d) Sur la violation de l'article XVII de l'AGCS lu en combinaison avec l'article 216, paragraphe 2, TFUE

190. Pour autant que la Commission soulève aussi en ce qui concerne l'exigence prévue à l'article 76, paragraphe 1, sous b), de la loi sur l'enseignement supérieur le grief d'une violation de l'article XVII de l'AGCS, il suffit de constater que les règles du droit primaire et de droit dérivé de l'Union priment sur le droit du commerce international dans les rapports des États membres entre eux [92].

191. L'article 76, paragraphe 1, sous b), de la loi sur l'enseignement supérieur s'applique cependant aussi aux universités d'États tiers. Cette réglementation viole ainsi pour les raisons déjà exposées ci-dessus [93] l'obligation de traitement national au titre de l'article XVII de l'AGCS et ne peut pas non plus être vue comme une exception admissible au sens de l'article XIV de l'AGCS. Sont autorisées en vertu de cette disposition, les mesures qui sont nécessaires au maintien de la moralité publique et de l'ordre public [94] ou à la prévention des pratiques commerciales trompeuses et frauduleuses. Ainsi qu'il a néanmoins déjà été exposé, l'exigence de l'activité d'enseignement dans l'État d'origine ne satisfait précisément pas ces conditions [95].

192. Il conviendrait donc de constater aussi en ce qui concerne l'exigence prévue à l'article 76, paragraphe 1, sous b), de la loi sur l'enseignement supérieur, une violation de l'article XVII de l'AGCS lu en combinaison avec l'article 216, paragraphe 2, TFUE.

VI. Conclusion

193. Eu égard aux considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de statuer comme suit :

1) En adoptant l'article 76, paragraphe 1, sous a), du Nemzeti felsőoktatásról szóló 2011. évi CCIV. törvény (loi n° CCIV de 2011 sur l'enseignement supérieur national), tel que modifié durant l'année 2017 par le Nemzeti felsőoktatásról szóló 2011. évi CCIV. törvény módosításáról szóló 2017. évi XXV. törvény (loi n° XXV de 2017), la Hongrie a violé l'article XVII de l'accord général sur le commerce des services lu en combinaison avec l'article 216, paragraphe 2, TFUE ainsi que l'article 13, seconde phrase, et l'article 14, paragraphe 3, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

2) En adoptant l'article 76, paragraphe 1, sous b), de la loi modifiée n° CCIV de 2011, la Hongrie a violé l'article 16 de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, l'article 49 TFUE en combinaison avec l'article 54 TFUE, l'article XVII de l'accord général sur le commerce des services lu en combinaison avec l'article 216, paragraphe 2, TFUE ainsi que l'article 13, seconde phrase, et l'article 14, paragraphe 3, de la charte des droits fondamentaux.

3) La Hongrie est condamnée aux dépens.

92 Voir, en ce sens, arrêt du 29 juillet 2019, Inter-Environnement Wallonie et Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen (C-411/17, EU:C:2019:622, points 161 et 162 ainsi que 165 et 166).

93 Voir points 106 et 111 des présentes conclusions.

94 Celle-ci est définie dans le texte de l'accord comme « une menace véritable et suffisamment grave [qui] pèse sur l'un des intérêts fondamentaux de la société. »

95 Voir, mutatis mutandis, point 160 ainsi que points 183 à 188 des présentes conclusions.