

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le sort du « décret participation » scellé par la Cour d'arbitrage

Brocal, Catherine

Published in:
C.D.P.K.

Publication date:
2005

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Brocal, C 2005, 'Le sort du « décret participation » scellé par la Cour d'arbitrage: Comment concilier la participation estudiantine avec la liberté d'enseignement ?', *C.D.P.K.*, p. 329-341.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

sel van het politiek primaat hanterend. BBB zorgt ervoor dat de Vlaamse overheid meer klantgericht optreedt, haar dienstverlening efficiënt en effectief uitbouwt, haar legitimiteit verwerft vanuit transparante overheidsstructuren en een interactieve en participatieve opstelling, in een correcte verhouding staat tegenover het politieke niveau, de andere overheden en het maatschappelijk middenveld, een eigentijds human-resourcesbeleid voert en in een aangepaste controleomgeving werkt die resultaatgerichtheid en slagvaardigheid mogelijk maakt.

44. In het programma "Andere overheid" hanteert het kabinet-Balkenende II premissen die met de Vlaamse ideeën inzake bestuurslijke hervorming vergelijkbaar zijn. Het actieprogramma is gericht op een betere dienstverlening aan burgers en bedrijven, minder bureaucratie, minder regelzucht en een efficiëntere organisatie zodat de overheid als geheel effectief kan optreden. Kortom, een overheid die slimmer, sneller en slagvaardiger werkt,

door innovatie van cultuur en werkprocessen. Het resultaat in 2007 moet niet alleen zijn dat het Programma Andere Overheid volledig moet zijn uitgevoerd, maar dat burgers en bedrijven ook daadwerkelijk merken dat de overheid op onderdelen veranderd is. Daarbij kan men zich wel de vraag stellen in hoeverre het primaat van de politiek als beginsel nog kan worden gehandhaafd.

Het Voortgangsrapport 2004 benadrukt in elk geval dat de "Andere Overheid" geen terugtrekkende overheid is. Een overheid die meer vrijheden geeft aan anderen, krijgt meer ruimte om de onderwerpen waarop wel gericht handelen van haar wordt vereist, voortvarend ter hand te nemen. Een overheid, die zich richt op de oplossingen van vraagstukken op het terrein van veiligheid, zorg, onderwijs en integratie. Een overheid die optreedt als die kaders worden overschreden, waarvoor zij beschikt over de instrumenten van handhaving en toezicht.

Le sort du « décret participation » scellé par la Cour d'arbitrage Comment concilier la participation estudiantine avec la liberté d'enseignement et la liberté d'association ?

Catherine BROCAL - Assistante aux F.U.N.D.P. de NAMUR

"Protection juridique du citoyen (Projucit). Centre de recherche fondamentale"¹

— RÉSUMÉ

La participation estudiantine à la prise de décisions au sein des universités s'inspire d'une volonté de démocratisation des arcanes universitaires. La gestion plus égalitaire des universités imposée par un décret participation pourrait cependant violer la liberté d'active d'enseignement des pouvoirs organisateurs universitaires.

L'arrêt 85/95 de la Cour d'arbitrage n'avait pas posé les limites raisonnables de cette participation et son arrêt 48/2005 maintient le suspens... Fruit d'un impossible consensus, sa réserve d'interprétation très théorique à propos de la participation ébranle la jurisprudence constante de la Cour sur la liberté d'enseignement. Cet arrêt s'impose par contre de manière tout à fait étonnante comme un arrêt de principe en matière de liberté d'association.

— SAMENVATTING

De deelname van studenten aan de universitaire besluitvorming vertolkt de wil om de universitaire meanders verder te democratiseren. Wanneer een meer democratische besluitvorming wordt opgelegd door een deelnamedecreet, dan komt mogelijks de actieve vrijheid van onderwijs van de inrichtende macht van de universiteit in het gedrang.

Het arrest n° 85/95 van het Arbitragehof had de redelijke grenzen waarbinnen de deelname door de studenten decretaal kan worden opgelegd niet getrokken. Het arrest 48/2005 houdt de spanning erin ... Het arrest is de vrucht van een onmogelijk compromis en het geformuleerde voorbehoud van interpretatie is bijzonder theoretisch. De grondvesten van de vaste rechtspraak van het Arbitragehof betreffende de onderwijsvrijheid lijken te wankelen. Enigszins verrassend is dit arrest wel een mijlpaalarrest op het gebied van de vrijheid van vereniging.

Plan

I. Plan de l'analyse du décret participation - Le décret participation de la Communauté française a fait l'objet de l'arrêt 48/2005 de la Cour d'arbitrage. L'analyse de son cadre légal ouvre notre analyse (§ 1). Les travaux préparatoires (§ 2) et l'avis du Conseil d'Etat

concernant le décret participation (§ 3) permettent ensuite de dégager les enjeux et la portée de l'arrêt de la Cour d'arbitrage 48/2005. Nous retraçons ensuite la jurisprudence de la Cour en matière de liberté d'enseignement (§ 4) en épinglant son précédent en matière de participation, l'arrêt 85/95 (§ 5), avant d'exposer notre analyse de l'arrêt 48/2005 (§ 6).

¹ www.projucit.be.

Introduction

2. Introduction, les enjeux de la démocratisation de la prise de décision – Le recours en annulation de diverses universités de la Communauté française a placé sur la sellette le décret de la Communauté française du 12 juin 2003.² Ces universités s'opposaient en effet à la vision du législateur décentralisé quant à la participation de leurs étudiants à la prise de décision au sein des institutions universitaires. L'élan de démocratisation du décret s'est terni depuis l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 1^{er} mars 2005.³

§ 1. Le décret participation de la Communauté française

3. Champ d'application du décret participation – Le décret participation comprend deux parties : la première organise la participation dans les universités de la Communauté française tandis que la seconde traite de la concertation du gouvernement avec les universités et les hautes écoles. Observons d'ores et déjà que le champ d'application de la première partie du décret participation recouvre toutes les institutions universitaires en Communauté française mais ne s'adresse pas aux instituts

d'enseignement supérieur non universitaires.⁴ La participation dans l'enseignement supérieur non universitaire est en effet déjà réglementée par le décret de la Communauté française du 5 août 1995.⁵

4. Participation dans les universités – Le décret réglant la participation estudiantine dans la prise de décision au sein des universités consacre tout d'abord l'égalité des étudiants par rapport aux autres membres des organes dont ils font partie en matière d'accès à l'information.⁶ En effet, une participation effective suppose d'abord un accès égal à l'information. De plus, cette participation estudiantine ne peut être effective qu'à la condition de respecter le principe de la représentativité. Les modalités d'organisation des élections des représentants des étudiants ainsi que l'organisation de la représentation des étudiants sont dès lors réglées par le décret.⁷ Le décret participation consacre en effet la prise de part par les étudiants à la direction de leur université. L'importance de la mesure repose dans le caractère délibératif des voix accordées aux étudiants et dans l'éventail de matières soumises à la participation. Ainsi un réel pouvoir de décision est reconnu aux étudiants, il ne s'agit pas de voix purement consultatives.⁸ Quant aux domaines visés, le

pouvoir de décision touche aussi bien des matières qui concernent les étudiants directement (la pédagogie, le choix des cours, les avantages sociaux) que des matières qui ne regardent que l'avenir de l'institution (nominations du personnel scientifique, budgets et comptes, nomination du personnel administratif, de métier, de service). Les nominations du personnel académique (fonctions de chargé de cours, de professeur, de professeur ordinaire) ne font par contre pas partie des matières soumises à participation. Le cœur du décret participation s'organise autour de la liste limitative des matières soumises à participation des étudiants.⁹ Les étudiants sont représentés à concurrence d'au moins 20%, 25% ou 50% de la composition des organes universitaires compétents selon les matières visées.¹⁰

5. Participation au niveau de la Communauté française – La seconde partie du décret participation aborde au niveau de la Communauté française la représentation des étudiants aux niveaux des universités, des hautes écoles, des écoles supérieures des arts et des instituts supérieurs d'architecture.¹¹ En vue de remplir leur mission de représentation des étudiants lors de la prise de décision au niveau communautaire, ces derniers doivent

se constituer en organisations représentatives des étudiants et remplir les exigences prévues par le décret. Le respect de ces conditions permet en outre de recevoir une subvention de la Communauté française et de participer à la concertation avec le Gouvernement. Ce dernier aspect est par ailleurs porteur d'espoir en matière de prévention des conflits dans le domaine de l'enseignement supérieur universitaire et non – universitaire.

§ 2. La volonté politique du législateur et sa conformité à la liberté d'enseignement (art. 24 Const.)¹²

6. Rétroactes et travaux préparatoires – Madame DUPUIS, Ministre de l'Enseignement supérieur, de l'Enseignement de Promotion sociale et de la Recherche scientifique de la Communauté française pendant la législature 1999-2004, a supporté l'aboutissement du décret participation qu'elle considère comme un défi. Ce décret doit permettre, selon elle, la participation effective des étudiants à l'administration de leur université sans pour autant se montrer intrusif. Dès la rédaction du projet de décret, le monde rectoral s'est senti mis de côté, ce que la Ministre démentit. Elle affirme cependant ens-

² Décret de la Communauté française du 12 juin 2003, définissant et organisant la participation des étudiants au sein des institutions universitaires et instaurant la participation des étudiants au niveau communautaire, *M.B.*, 10 juillet 2003, www.moniteur.be. Nous désignerons ensuite ce décret par l'abréviation "décret participation".

³ C.A., 1^{er} mars 2005, n°48/2005, publié ci-dessous, dans le même numéro, p. 362. Tous les arrêts de la Cour d'arbitrage sont disponibles sur son site officiel : www.arbitrage.be

⁴ Voyez l'article 1^{er} du décret participation est remplacé par l'article 193 du décret de la Communauté française du 31 mars 2004 : "Article 1^{er}. - Le titre premier du présent décret est applicable aux institutions universitaires visées à l'article 10 du décret du 31 mars 2004 définissant l'enseignement supérieur, favorisant son intégration à l'espace européen de l'enseignement supérieur et refinçant les universités, ci-après dénommées les institutions universitaires." L'article 10 du décret du 31 mars 2004 prévoit que : "Art. 10. Sont considérées comme universités, les institutions suivantes :

1° l'Université de Liège;
2° l'Université catholique de Louvain;
3° l'Université libre de Bruxelles;
4° l'Université de Mons-Hainaut;
5° la Faculté universitaire des Sciences agronomiques de Gembloux;
6° les Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix à Namur;
7° la Faculté polytechnique de Mons;
8° les Facultés universitaires Saint-Louis à Bruxelles;
9° les Facultés universitaires catholiques de Mons."

⁵ Décret de la Communauté française du 5 août 1995 fixant l'organisation générale de l'enseignement supérieur en hautes écoles, *M.B.*, 1^{er} septembre 1995, articles 73 à 78.

⁶ Décret participation, chapitre II, article 2.

⁷ Décret participation, chapitres II, IV et V (dispositions à caractère financier).

⁸ A ce propos voyez le décret de la Communauté française du 9 janvier 2003 relatif aux organes d'avis en matière de politique scientifique et universitaire et à la concertation entre les différents organes consultatifs de l'enseignement supérieur, *M.B.*, 31 janvier 2003.

⁹ Voyez le chapitre III du décret participation, plus particulièrement en son article 9.

¹⁰ "Article 9. Des représentants des étudiants sont membres avec voix délibérative, à raison d'au moins 20 % de la composition des organes constitués au sein de chaque institution universitaire, qui sont compétents pour :

1° nommer le personnel administratif, ainsi que le personnel spécialisé, le personnel de maîtrise, les gens de métier et de service;
2° arrêter et approuver les budgets et les comptes de l'institution universitaire;
3° décider, dans les limites des crédits budgétaires, des travaux d'entretien qui nécessitent les bâtiments appartenant à l'institution et les faire exécuter dans les conditions fixées par la législation;
4° disposer, dans les limites et les conditions fixées par les lois, décrets et arrêtés, des crédits affectés à l'établissement;
5° déterminer les cours, travaux et exercices pratiques relatifs aux matières de l'enseignement, conformément aux dispositions légales;
6° définir la procédure interne et les modalités de la procédure externe d'évaluation de l'enseignement et de fonctionnement de l'établissement;
7° nommer les membres du personnel scientifique.

Article 10. Des représentants des étudiants sont membres avec voix délibérative, à raison d'au moins 25 % de la composition des organes chargés au sein de chaque institution universitaire de :

1° remettre un avis aux organes visés à l'article 9 sur toutes questions relatives à l'utilisation des moyens pédagogiques et à l'affectation des ressources humaines;
2° émettre des propositions relatives aux études, aux examens et, en général, à l'organisation pédagogique de l'institution.

Article 11. Des représentants des étudiants sont membres avec voix délibérative, à raison d'au moins 50 % de la composition des organes chargés au sein de chaque institution universitaire, de la gestion des subventions annuelles visées à l'article 1^{er} de la loi du 3 août 1960 accordant des avantages sociaux aux universités et établissements assimilés.

Article 12. Des représentants des étudiants sont membres avec voix délibérative, à raison d'au moins 20 %, des conseils de faculté ou des organes constitués au niveau des différents domaines d'études de chaque institution universitaire."

¹¹ Décret participation, Titre II, "De la représentation au niveau communautaire".

¹² *Doc. parl.*, Parl. Comm. française, session 2002-2003. Documents du Conseil. – Projet de décret, n°406-1. Amendements de commission, n°406-2. Rapport, n°406-3. Compte rendu intégral. – Discussion et adoption. Séance du 3 juin 2003.

uite que le décret a été négocié avec les étudiants à plusieurs reprises sans mentionner le conseil rectoral.¹³ Le maintien d'une proportion de 20% de représentation des étudiants au sein des organes de décision, selon Madame DUPUIS, doit s'analyser comme un quota et non comme un contre-pouvoir. Aucune minorité de blocage n'est instaurée. Ce quota ne peut être donc considéré comme dangereux.¹⁴ En outre, 20% de représentation étudiante constituerait le minimum afin de garantir l'effectivité de ladite participation compte tenu de l'importance numérique des étudiants dans les universités.¹⁵ Au cœur du problème se situe l'article 9 du décret participation, lequel prévoit la liste des matières de participation à la décision pour les étudiants. Cet article ne mettrait pas en péril la gestion des universités dans la mesure où sa liste ne reprend pas la nomination des professeurs ainsi que la majorité des décisions de gestion.¹⁶ Une obligation de représentation des étudiants semblable à charge des Hautes Ecoles avait été instaurée par le décret du 5 août 1995 en Communauté française.¹⁷ Le législateur décréteur n'a cependant pas jugé utile de mesurer l'acquis de cette norme et d'en tirer les enseignements, sans doute parce que ce décret n'avait pas fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour d'arbitrage.¹⁸

§ 3. Les limites posées à la participation par le Conseil d'Etat

7. Avis sur le décret participation – La chambre francophone de la section de législation du Conseil d'Etat a

rendu un avis à la demande de Madame la Ministre DUPUIS dans un délai d'un mois sur l'avant-projet de décret participation. Comme susmentionné, la Communauté française avait déjà instauré la participation étudiante dans les Hautes Ecoles dans un décret du 5 août 1995. Le Conseil d'Etat déplore à juste titre selon nous que les enseignements de l'application de ce décret dans les Hautes Ecoles n'aient cependant pas été tirés lors de la rédaction et du vote du projet de décret participation dans les universités.¹⁹ Il s'interroge encore sur le choix des pondérations de la représentation étudiante. Dans l'ensemble, il n'ordonne pas de refonte manifeste de ce projet de décret. L'article 12 du projet de décret soulève pour lui un problème de constitutionnalité. En se référant à l'arrêt 85/95 de la Cour d'arbitrage, la section de législation du Conseil d'Etat conclut son analyse par un avis négatif.²⁰ Les articles 11 à 14 du décret participation seraient contraires à l'article 24, § 1, de la Constitution tel qu'interprété par la Cour d'arbitrage dans son arrêt 85/95 en matière de participation des étudiants en Communauté flamande. Le Conseil d'Etat se base principalement sur les principes posés par l'arrêt 85/95 de la Cour d'arbitrage quant à la distinction entre les organes consultatifs et organes de décision, lesquels font l'objet d'un contrôle de constitutionnalité plus étroit. Enfin, l'analyse de la violation éventuelle de la liberté d'association (article 27 de la Constitution) est constatée mais non développée spécifiquement, par le Conseil d'Etat.²¹

8. Précédents avis en matière de participation – Not-

ons cependant que ce même Conseil d'Etat n'avait retrouvé aucune inconstitutionnalité lors de son avis sur le décret du 31 mai 1999 de la Communauté française qui réglementait auparavant cette matière sans toutefois donner de proportions. Le Conseil d'Etat n'a pas non plus trouvé d'inconstitutionnalités dans son avis sur le décret du 5 août 1995 instaurant la participation des étudiants dans les Hautes Ecoles de la Communauté française. Le Conseil d'Etat est conscient de cette contradiction et invoque l'urgence à propos de son examen du décret du 5 août 1995 sur les Hautes Ecoles.²² De plus, l'arrêt 85/95 de la Cour d'arbitrage n'avait pas non plus encore été rendu à ce moment-là.

9. Avis ultérieur en matière de participation – Par après, la section de législation du Conseil d'Etat s'est penchée sur un avant-projet de décret de participation de la Ministre flamande VANDERPOORTEN.²³ Le Conseil d'Etat se réfère, à nouveau, à l'arrêt 85/95 de la Cour d'arbitrage. La chambre néerlandophone du Conseil d'Etat adopta à ce propos la position de la chambre francophone.²⁴ Cette chambre a mieux cerné, selon nous, l'impact de la participation des étudiants.²⁵ L'intervention des élèves dans la prise de décision pourrait en effet porter atteinte directement à la liberté active d'enseignement. L'article 24, § 1, de la Constitution reconnaît en effet aux pouvoirs organisateurs, qui fondent une école, -et non aux élèves- la liberté active d'enseignement c'est-à-dire la faculté de déterminer notamment son propre projet pédagogique.

10. Consensus politique et constitutionnalité – Dans le cadre des travaux préparatoires, les parlementaires avaient attaqué, selon nous, le problème à l'envers. En effet, il ne s'agit pas de considérer qu'il y a des disparités entre les différentes catégories d'étudiants et d'y remédier afin de respecter le prescrit de l'article 24, § 4, de la Constitution et puis de se préoccuper seulement ensuite

du respect par ce nouveau décret de l'article 24, § 1, de la Constitution. Le raisonnement à suivre est celui du Conseil d'Etat dans son avis : le prescrit substantiel de la liberté d'enseignement est consacré à l'article 24, § 1, de la Constitution, lequel prévoit la liberté active et passive d'enseignement, le principe de neutralité, ... C'est à l'aune de ces principes qu'il faut ensuite régler les disparités éventuelles qui surgiraient entre les différentes catégories d'étudiants. Les réformes abouties peuvent ensuite être soumises à posteriori au contrôle d'égalité et non discrimination. Le monde politique n'a en effet été nullement été impressionné par l'avis négatif du Conseil d'Etat sur le décret participation :

"En considération de ces éléments (extension de la participation des étudiants depuis 1953), il ne nous apparaît pas anticonstitutionnel de considérer que la participation des étudiants enclenchée par la loi de 1953 (loi prévoyant la participation des étudiants à la gestion des universités de l'Etat) soit étendue à tous les réseaux d'enseignement, en application du principe constitutionnel d'égalité (article 24, § 4) exigeant un traitement identique entre les étudiants de toutes les institutions universitaires. En ce sens, la lecture univoque du Conseil d'Etat de ces dispositions à la lumière, uniquement, de l'article 24, § 1^{er}, ne nous semble pas objective." (...)
"De plus, les domaines de compétences attribués aux organes de gestion doivent être envisagés dans leur ensemble de sorte qu'il est illogique de dissocier les décisions à caractère pédagogique, budgétaire et statutaire."²⁶

Sur le plan politique toujours, le projet de décret participation a enfin été voté à l'unanimité des 73 membres présents (CDh, PS, MR et ECOLO) et ces articles furent adoptés sans observation.²⁷ Le décret participation reflète ainsi un consensus politique sur la question. Cependant dans un Etat de droit, consensus politique n'est pas nécessairement synonyme de conformité à la Constitution.

¹³ Discussion générale sur le projet de décret de participation définissant et organisant la participation des étudiants au sein des institutions universitaires et instaurant la participation des étudiants au niveau communautaire, *doc. parl.*, Parl. Comm. française, session 2002-2003, résumé des débats, n°10, www.pcf.be.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Exposé des motifs du décret participation, *doc. parl.*, n°406-1, Parl. Comm. française, session 2002-2003, p. 3.

¹⁶ L'article 9, 1°, du décret participation ne soumet à participation que les nominations du personnel technique et administratif.

¹⁷ Décret de la Communauté française du 5 août 1995 fixant l'organisation générale de l'enseignement supérieur en hautes écoles, *M.B.*, 1^{er} septembre 1995, articles 73 à 78.

¹⁸ Exposé des motifs du décret participation, *doc. parl.*, n°406-1, Parl. Comm. française, session 2002-2003, p. 3 et 4. Le Conseil d'Etat regrette également qu'aucune évaluation des systèmes de participation déjà en vigueur n'ait été entreprise notamment au regard du contrôle de proportionnalité de la Cour d'arbitrage en la matière. (Avis du 4 décembre 2002 du C.E., section de législation, *doc. parl.*, n°406-1, Parl. Comm. française, session 2002-2003, p. 26 et 27).

¹⁹ Avis du 4 décembre 2002 du C.E., section de législation, *doc. parl.*, n°406-1, Parl. Comm. française, session 2002-2003, p. 24 à propos des articles 66, 72 à 77 du décret de la Communauté française du 5 août 1995 fixant l'organisation générale de l'enseignement supérieur en Hautes Ecoles. Ce décret instaure la participation des étudiants selon un système semblable à l'article 9 du décret participation dans les universités.

²⁰ Avis du 4 décembre 2002 du C.E., section de législation, *doc. parl.*, n°406-1, Parl. Comm. française, session 2002-2003, p. 23 à 27.

²¹ Avis du 4 décembre 2002 du C.E., section de législation, *doc. parl.*, n°406-1, Parl. Comm. française, session 2002-2003, p. 24 et 27.

²² Avis du 4 décembre 2002 du C.E., section de législation, *doc. parl.*, n°406-1, Parl. Comm. française, session 2002-2003, p. 24. Le Conseil d'Etat souligne en outre que ce décret n'a pas été attaqué devant la Cour d'arbitrage.

²³ *Doc. parl.*, Parl. flamand, n°1955-1.

²⁴ Avis du 18 septembre 2003 du C.E., section de législation, *doc. parl.*, Parl. flamand, n°1955-1, p. 185 à 187.

²⁵ Avis du 18 septembre 2003 du C.E., section de législation, *doc. parl.*, Parl. flamand, n°1955-1, p. 186.

²⁶ Exposé des motifs du décret participation, *doc. parl.*, n°406-1, Parl. Comm. française, session 2002-2003, p. 3. La même position est reprise en page 4.

²⁷ Discussion générale sur le projet de décret de participation définissant et organisant la participation des étudiants au sein des institutions universitaires et instaurant la participation des étudiants au niveau communautaire, *doc. parl.*, Parl. Comm. française, session 2002-2003, résumé des débats, n°10, www.pcf.be.

§ 4. La liberté d'enseignement sous la loupe de la Cour d'arbitrage

II. L'équilibre interne de la liberté d'enseignement – La liberté d'enseignement est consacrée à l'article 24 de notre Constitution dont les différents paragraphes ne traitent pas tous du contenu substantiel de cette liberté. Ainsi l'article 24, § 2, de la Constitution relève du domaine institutionnel. Les deux derniers paragraphes rappellent l'application de principes généraux du droit constitutionnel à la matière de l'enseignement : les principes d'égalité et de non-discrimination (art. 24, § 4, Const.) et la hiérarchie des normes et le principe de légalité (art. 24, § 5, Const.). Les § 1 et § 3 de l'article 24 de la Constitution forment le noyau dur de cette liberté d'enseignement. Si l'article 24, § 1, a déjà fait l'objet de longs développements, les potentialités de l'article 24, § 3, ne sont pas encore toutes exploitées.²⁸ La problématique de la constitutionnalité du décret participation concerne plus particulièrement l'article 24, § 1 et § 4. L'article 24, § 4, de la Constitution assure ainsi l'égalité notamment des étudiants, dans le cadre du respect du contenu substantiel de la liberté d'enseignement (article 24, § 1), pour autant que les catégories visées soient objectivement comparables.

12. Liberté active et liberté passive, article 24, § 1, de la Constitution – L'article 24, § 1, de la Constitution

retiendra notre attention car l'arrêt de la Cour d'arbitrage n°85/95, cité dans les deux avis du Conseil d'Etat susmentionnés, et son arrêt n°48/2005 ont été rendus sur cette base constitutionnelle. La doctrine distingue généralement au sein de l'article 24, § 1, de la Constitution la liberté active et passive d'enseignement.²⁹ La liberté active d'enseignement comprend la liberté pédagogique et plus généralement le droit de fonder une école selon ses conceptions religieuses, philosophiques ou autres ou encore selon un projet pédagogique particulier. La Cour d'arbitrage leur reconnaît à ce titre une liberté pédagogique.³⁰ Cette composante active comprend encore le droit pour les pouvoirs organisateurs de choisir librement leur personnel et de fixer tout aussi librement les missions de ce dernier.³¹ La liberté d'enseignement passive est incarnée par l'obligation de neutralité à charge des établissements d'enseignement de la Communauté (filiale officielle) et des autres personnes publiques (filiale officielle subventionnée).³² La liberté d'enseignement passive se manifeste par le respect du libre choix des parents dans l'enseignement organisé par des personnes privées (filiale libre).³³ La jurisprudence constante de la Cour d'arbitrage s'est bâtie sur ces principes reconnus comme le noyau dur de la liberté d'enseignement. Aucune atteinte essentielle ne peut y être portée.³⁴ Une large marge d'appréciation est accordée aux pouvoirs organisateurs en vue de réaliser les objectifs généraux des décrets.³⁵ Des restrictions limitées à la liberté d'enseignement peuvent être justifiées sur base

des impératifs suivants :³⁶

1. la qualité de l'enseignement ;³⁷
2. l'équivalence des diplômes ;³⁸
3. la nécessité de répartir les moyens financiers entre les différentes missions de la Communauté ;
4. le respect des normes de population scolaire ;

Ces principes garantissent la liberté d'enseignement dans le chef des personnes publiques, des pouvoirs organisateurs privés et des enseignants, des parents et des étudiants.³⁹

13. Une liberté effective et donc subventionnée – L'existence de plusieurs filières d'enseignements dont les ressources financières sont très variables implique que la liberté d'enseignement soit financée afin qu'elle ne reste pas une garantie de papier.⁴⁰ La liberté d'enseignement est une "liberté subventionnée" mais effective.⁴¹ Cette caractéristique est propre à cette liberté publique. La Cour d'arbitrage a notamment refusé d'établir cette obligation positive de subventionnement à charge de l'Etat dans le cadre de la liberté d'association.⁴² Ce droit au subventionnement connaît des limites, lesquelles ne peuvent porter une atteinte essentielle à l'exercice de cette liberté.⁴³ La Cour énonce classiquement à cet égard que :

"B.8.2. La liberté d'enseignement définie ci-dessus supposent que les pouvoirs organisateurs qui ne relèvent pas directement de la communauté puissent, sous certaines conditions, prétendre à des subventions à charge de celle-ci.

Le droit au subventionnement est limité, d'une part, par la possibilité pour la communauté de lier celles-ci à des exigences tenant à l'intérêt général, entre autres celles d'un enseignement de qualité et du respect des normes de population scolaire, et, d'autre part, par la nécessité de répartir les moyens financiers disponibles entre les diverses missions de la communauté.

La liberté d'enseignement connaît dès lors des limites et n'empêche pas que le législateur décretaal impose des conditions de financement et d'octroi de subventions qui restreignent l'exercice de cette liberté.

De telles mesures ne sauraient être considérées en tant que telles comme une atteinte à la liberté d'enseignement. Il en irait autrement s'il devait apparaître que les limitations concrètes qu'elles apportent à cette liberté ne sont pas adéquates à l'objectif poursuivi ou sont disproportionnées par rapport à celui-ci.⁴⁴

Ce financement garantit le libre choix des parents au niveau philosophique, religieux et pédagogique ainsi que la liberté pédagogique dans le chef des pouvoirs organisateurs. La boucle est bouclée.⁴⁵

§ 5. Un précédent : l'arrêt du 14 décembre 1995 de la Cour d'arbitrage⁴⁶

14. Intérêt de la comparaison entre les arrêts de la Cour d'arbitrage 85/95 et 48/2005 – L'arrêt 85/95

²⁸ Nous pensons la jurisprudence de la Cour EDH, laquelle pourrait utilement compléter la référence aux droits fondamentaux de l'article 24, § 3, de la Constitution : C. BROCAL, "Entre les devoirs de l'Etat et la liberté des parents, il y a le droit à l'instruction des enfants, Analyse de la jurisprudence de l'article 2, première phrase, du premier protocole additionnel de la C.E.D.H.", *C.P.D.K.*, 2005, n°36, à paraître.

²⁹ J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Inleiding tot het publiek recht, deel 2, Overzicht publiekrecht*, Brugge, die keure, 2003, n°831 et s., p. 543 et s. ; A. ALEN et K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch staatsrecht*, Malines, Kluwer, 2003, p. 370 et s..

³⁰ C.A., 4 mars 1993, n°18/93 ; C.A., 12 juillet 1996, n°45/96 ; C.A., 11 décembre 1996, n°73/96 ; C.A., 18 avril 2001, n°49/2001, B.6.2.

³¹ A propos du libre choix de son personnel : C.A., 13 juillet 2001, n°104/2001, B.6.1. A propos de la fixation des missions de son personnel : J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Overzicht publiek recht, inleiding tot het publiek recht, deel 2*, Brugge, die keure, 2003, p. 544 et C.A., du 4 mars 1993, n°18/93 ; C.A., 2 avril 1992, n°28/92, *T.O.R.B.*, 1991-92, p. 246, note de J. DE GROOF ; C.A., 1^{er} avril 1998, n°34/98 ; C.A., 17 juin 1999, n°66/99 ; C.A., 15 juillet 1999, n°85/99 ; C.A., 17 février 1999, n°19/99

³² C.A., 8 octobre 2003, n°131/2002, B.5.1.

³³ C.A., 2 mars 1995, n°23/95 ; C.A., 4 novembre 1998, n°110/98, B.3.2. ; C.A., 2 février 2000, n°14/2000, B.4.3. ; C.A., 8 octobre 2003, n°131/2003, B.5.1.

³⁴ C.A., 2 avril 1992, n°25/92 et n°28/92 ; C.A., 14 décembre 1995, n°85/95 ; C.A., 11 décembre 1996, n°73/96 ; C.A., 18 décembre 1996, n°76/96 et C.A., 18 février 1998, n°19/98 pour les mêmes motifs ; C.A., 15 juillet 1998, n°85/98 ; C.A., 2 février 2000, n°14/2000, B.3.1. ; C.A., 18 avril 2001, n°49/2001, B.6.3. ; C.A., 8 janvier 2003, n°01/2003, B.6.2. ; C.A., 5 mai 2004, n°67/2004, B.8.2.

³⁵ C.A., 2 avril 1992, n°25/92 et n°28/92 ; C.A., 18 avril 2001, n°49/2001, B.9. à B.12 ; C.A., 5 mai 2004, n°17/2004, B.10.

³⁶ C.A., 2 avril 1992, n°28/92 ; C.A., 18 avril 2001, n°49/2001, B.9. ; C.A., 8 janvier 2003, n°01/2003, B.6.2. ; C.A., 5 mai 2004, n°67/2004, B.8.2.

³⁷ C.A., 18 février 1998, n°19/98.

³⁸ C.A., 18 décembre 1996, n°76/96 ; C.A., 18 février 1998, n°19/98.

³⁹ Cette garantie sert au-delà de la liberté d'enseignement à assurer la liberté d'expression et du choix des convictions religieuses de chacun. L'article 24, § 1, peut s'analyser comme une application particulière à la matière de l'enseignement des articles 19 à 21 de la Constitution. En ce sens, P. DE POOTER, *De rechtspositie van erkende erediensten en levensbeschouwingen in Staat en maatschappij*, Larcier, Bruxelles, 2003, p. 49

⁴⁰ C.A., 2 avril 1992, n°28/92, *T.O.R.B.*, 1991-92, p. 246, note de J. DE GROOF : à propos de l'effectivité de la liberté d'enseignement ; Ce système des filières découle de notre Histoire et fut consacré dans le Pacte scolaire (loi du 29 mai 1959, *M.B.*, 19 juin 1959). Il est unique en Europe et très complexe. P. DE POOTER, *De rechtspositie van erkende erediensten en levensbeschouwingen in Staat en maatschappij*, Larcier, Bruxelles, 2003, p. 393.

⁴¹ C.A., 14 décembre 1995, n°85/95, B.2.5. ; C.A., 8 janvier 2003, n°01/2003, B.6.2.

⁴² La liberté active d'enseignement tend cependant au respect de la liberté d'association : C.A., 5 mai 2004, n°67/2004.

⁴³ C.A., 2 avril 1992, n°25/92 et 28/92, C.A., 18 février 1998, n°19/98 ; C.A., 2 avril 1992, n°28/92 et C.A., 17 février 1999, n°19/99, B.4.1. à B.4.6. : Le subventionnement d'un projet pédagogique particulièrement onéreux peut être limité raisonnablement au montant nécessaire au soutien des méthodes pédagogiques normalement subsidiées.

⁴⁴ Voyez entre autres : C.A., 5 mai 2004, n°67/2004, B.8.2.

⁴⁵ C.A., 16 décembre 1996, n°76/96 ; C.A., 18 février 1998, n°19/98.

⁴⁶ C.A., 14 décembre 1995, n°85/95, www.arbitrage.be et R. VERSTEGEN, note sous C.A., 15 décembre 1995, n°85/95, "Over medezeggenschap en vrijheid van onderwijs en over de grenzen van beide", *T.O.R.B.*, 1996-1997, p. 357.

constitue un précédent en matière de cogestion dans l'enseignement supérieur non universitaire en Communauté flamande.⁴⁷ Au-delà de ce recoupement au niveau des faits, l'intérêt de cet arrêt porte aussi sur la grande ressemblance des arguments invoqués dans les mémoires du gouvernement flamand devant la Cour et ceux de la Ministre DUPUIS dans les travaux parlementaires du décret participation.

15. L'arrêt 85/95 de la Cour d'arbitrage – L'arrêt du 14 décembre 1995 retrace, dans le style désormais consacré par la Cour, les principes jalonnant cette matière, l'enseignement libre en particulier :

"B.2.5. La liberté d'enseignement visée à l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution implique que les pouvoirs organisateurs qui ne relèvent pas directement de la communauté, puissent, sous certaines conditions, prétendre à des subventions à charge de celle-ci.

Le droit au subventionnement est limité, d'une part, par le pouvoir de la communauté de lier les subventions des exigences tenant à l'intérêt général, entre autres celle d'un enseignement de qualité et du respect de certaines normes de population scolaire, et, d'autre part, par la nécessité de répartir les moyens financiers disponibles entre les diverses missions de la communauté.

La liberté d'enseignement connaît dès lors des limites et n'empêche pas que le législateur impose des conditions de financement et subventionnement qui restreignent l'exercice de cette liberté, pour autant qu'il n'y soit pas porté d'atteinte essentielle."⁴⁸

La Cour poursuit sur la problématique de l'espèce :

"B.2.6. Les conditions de subventionnement imposées par les dispositions décrétales litigieuses sont, comme il est dit plus haut, inspirées par des motifs d'intérêt général, à savoir la recherche de prises de décisions démocratiques dans l'enseignement supérieur et la responsabilité qui incombe à l'autorité de veiller à ce que les deniers publics soient dépensés de manière justifiée.

B.2.7. Le décret garantit aux organes de cogestion à créer sur la base des articles 289 et suivants, une compétence d'avis, une compétence de concertation ou un droit à l'information, selon cas, de sorte que

la compétence de décision finale de la direction de l'institut supérieur reste intacte. Le législateur décretalement a voulu s'abstenir de régler la direction même des instituts libres subventionnés. (Doc., Conseil flamand, 1993-1994, n°546-14-A, p. 20)

B.2.8. Les dispositions litigieuses ne portent pas atteinte à la liberté de créer des écoles et n'empêchent pas que les pouvoirs organisateurs fixent librement le caractère religieux ou philosophique et les méthodes pédagogiques de leur enseignement, ou qu'ils en déterminent la tendance. Les dispositions litigieuses laissent aux directions d'écoles leur pouvoir de direction ; elles ne s'immiscent pas d'une manière déraisonnable ou disproportionnée dans l'organisation et le fonctionnement des établissements subventionnés et laissent ainsi pour l'essentiel la liberté d'enseignement intacte."⁴⁹

Les dispositions attaquées laissent le pouvoir de décision intact et respectent donc la liberté d'enseignement. Une atteinte limitée à cette faculté même de décision est en outre tolérée :

"B.2.12. L'obligation contenue à l'article 208 de confier la gestion des infrastructures sociales à une association sans but lucratif restreint quelque peu le pouvoir de décision de la direction de l'institut supérieur, en ce qu'un droit de codécision est reconnu aux représentants des étudiants. Limitée aux allocations sociales, cette disposition ne porte nullement atteinte à la liberté d'enseignement et ne saurait être considérée comme une condition de subventionnement disproportionnée."⁵⁰

Une atteinte est ainsi justifiée pour autant qu'elle reste marginale. La démocratisation de la prise de décision dans les universités et Hautes Ecoles et le bouleversement des acteurs qu'elle implique sont encore nouveaux. Ainsi dans cette matière nouvelle, la marge d'appréciation du législateur n'est encore bien démarquée et pourrait encore justifier d'autres atteintes à la liberté d'enseignement.

16. Impact de la démocratisation – Deux considérations semblent avoir déterminé l'élaboration du dispositif de l'arrêt 85/95 : la recherche d'une prise de décision sur un mode démocratique et la compétence d'avis ou de décision dévolue à l'organe de cogestion. Cet aspect est

nouveau et source d'incertitudes. Le partage de la décision traditionnellement dévolue aux seuls pouvoirs organisateurs pose la question de l'ingérence du législateur dans l'exercice de la liberté active d'enseignement. La liberté d'enseignement est en outre une liberté publique carrefour où se rencontrent d'autres valeurs d'égale importance. Cette liberté peut donc subir des limitations au nom de l'intérêt général qui se manifeste ici par une recherche de démocratisation de la prise de décision.

17. Compétences d'avis et compétences de décision – La distinction entre les compétences de décision et d'avis pose le problème de la proportionnalité de l'atteinte tolérée. Ici, cependant l'issue paraît plus claire. La jurisprudence constante de la Cour conclut à la violation de la liberté d'enseignement lorsqu'une atteinte essentielle lui est portée.⁵¹ L'arrêt en l'espèce reconnaît logiquement la constitutionnalité de l'attribution d'un pouvoir d'avis qui laisse l'effectivité de la liberté d'enseignement active intacte. Cette ingérence est donc proportionnelle dans la mesure où la prise de décision n'est pas atteinte. Cet arrêt semble conclure de manière implicite à l'inconstitutionnalité d'un réel pouvoir de décision – non pas seulement d'une compétence d'avis – plus large reconnu à une autre personne que le pouvoir organisateur.⁵²

18. Une issue incertaine – Cet arrêt laisse donc la porte ouverte tant au changement qu'à la confirmation de la jurisprudence de la Cour. Raf VERSTEGEN estimait lors du prononcé de l'arrêt 85/95 que l'instauration d'une participation des étudiants pesant pour 20% dans la prise de décision de la gestion des Hautes Ecoles serait inconstitutionnelle. Cette participation mettrait à néant l'exercice de la liberté active d'enseignement consacrée à l'article 24, § 1, de la Constitution dans le chef des pouvoirs organisateurs.⁵³ Johan VANDE LANOTTE et Geert GOEDERTIER considèrent l'apport de cet arrêt

sous l'angle de l'interdiction des mesures préventives.⁵⁴ Ainsi une limitation de la liberté active d'enseignement par le législateur est autorisée en matière de financement par exemple dans les limites fixées par la Cour.⁵⁵

19. Sous l'angle de la liberté d'association – Les requérants invoquaient aussi une ingérence dans la liberté d'association. Ce moyen était très intéressant car l'article 24, § 1, reconnaît implicitement l'existence de la filière libre et cette disposition est l'expression particulière en matière d'enseignement de la liberté d'association en général. La Cour a malheureusement conclu que les dispositions incriminées ne lui permettaient pas de se prononcer sur le respect de l'article 27.⁵⁶

§ 6. Le sort du décret participation : l'arrêt 48/2005 de la Cour d'arbitrage

20. Les pouvoirs organisateurs visés – L'arrêt 48/2005 limite logiquement sa portée aux seules universités libres.⁵⁷ Ceci est une application de la jurisprudence constante de la Cour en matière d'intérêt. Les universités libres ne font preuve d'un intérêt que dans la mesure où la législation concerne les universités libres. De même lorsqu'une université de la Communauté (française ou flamande) attaque un décret, c'est en sa qualité d'université de la communauté. Elle ne peut dès lors demander l'annulation des dispositions du décret qu'en ce qu'elles visent les universités de la Communauté.

21. La liberté d'association se dote d'un contenu – L'arrêt 48/2005 aborde d'abord le moyen des universités libres sous l'angle de la liberté d'association. La jurisprudence de la Cour sur l'article 27 de la Constitution se résume traditionnellement de la manière suivante :⁵⁸

"B.9. Cette disposition reconnaît le droit de

⁴⁷ Décret de la Communauté flamande du 13 juillet 1994 relatif aux instituts supérieurs en Communauté flamande, articles 289 et suivants, *M.B.*, 31 août 1994.

⁴⁸ C.A., 14 décembre 1995, n°85/95, B.2.5.

⁴⁹ C.A., 14 décembre 1995, n°85/95, B.2.6. à B.2.8.

⁵⁰ C.A., 14 décembre 1995, n°85/95, B.2.12.

⁵¹ Pour plus de références cf. supra partie générale : C.A., 2 avril 1992, n°25/92 et n°28/92 ; C.A., 18 décembre 1996, n°76/96 et C.A., 18 février 1998, n°19/98.

⁵² C.A., 14 décembre 1995, n°85/95, B.2.8.

⁵³ C.A., 14 décembre 1995, n°85/95, note de R. VERSTEGEN, "Over medezeggenschap en vrijheid van onderwijs en over de grenzen van beide", *T.O.R.B.*, 1996-1997, p. 361

⁵⁴ J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Inleiding tot het publiek recht, deel 2, Overzicht publiekrecht*, Brugge, die keure, 2003, n°833, p. 544 et 545.

⁵⁵ Voyez le n°13 et J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Inleiding tot het publiek recht, deel 2, Overzicht publiekrecht*, Brugge, die keure, 2003, n°833, p. 544. En ce qui concerne, l'analyse de l'article 24, § 4, de la Constitution lors de cet arrêt, J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *op. cit.*, n°846, p. 558 et 559.

⁵⁶ C.A., 14 décembre 1995, n°85/95, B.2.13.

⁵⁷ C.A., 1^{er} mars 2005, B.4.2.

⁵⁸ J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Inleiding tot het publiek recht, deel 2, Overzicht publiekrecht*, Brugge, die keure, 2003,

s'associer, comme celui de ne pas s'associer, et interdit de soumettre ce droit à des mesures préventives. Elle n'empêche pas toutefois le législateur de prévoir des modalités de fonctionnement et de contrôle, en particulier lorsque l'association est subventionnée par les pouvoirs publics.⁵⁹

La Cour tolère généralement plus d'entraves à la liberté d'association au nom des valeurs démocratiques et de l'intérêt général qu'à la liberté d'enseignement. L'arrêt 48/2005 articule par contre pour la première fois cette jurisprudence avec la liberté d'enseignement :

"B.7. La liberté d'enseignement active, garantie par l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution, peut être exercée de manière individuelle ou collective. La complexité croissante de l'organisation de l'enseignement a cependant pour effet que la liberté d'enseignement active est presque exclusivement exercée de manière collective, en recourant à la liberté d'association.

B.8. Lorsque la liberté d'association est utilisée pour assurer l'exercice d'une autre liberté, elle acquiert une dimension particulière qui requiert l'attention spéciale du juge constitutionnel."⁶⁰

Il s'agit ici d'une liberté d'association particulière qui permet la réalisation de la liberté active d'enseignement. Cette liberté d'association "outil" est soumise au même contrôle que la liberté d'enseignement. La marge d'appréciation du législateur tolérée par la Cour en cette matière est moins grande que pour la liberté d'association en général. Parallèlement à cela, la Cour avait déjà souligné l'union indissociable des articles 27 de la Constitution et 11 de la C.E.D.H.⁶¹ La Cour énonce d'abord une règle d'interprétation générale des dispositions conventionnelles et constitutionnelles pour unifier encore ces articles. La Cour transpose pour ce faire la grille de lecture de l'article 11 de la C.E.D.H. à l'article 27 de la Constitution :

"B.11. Lorsqu'une disposition conventionnelle liant la

Belgique a une portée analogue à une disposition constitutionnelle qui est invoquée, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans la disposition constitutionnelle en cause. Afin de déterminer la portée de la liberté d'association, garantie par l'article 27 de la Constitution, il convient dès lors d'avoir également égard à, entre autres, l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme. Aux termes de cette disposition, l'exercice de la liberté d'association "ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui."⁶²

Cette transposition est toutefois incomplète car la Cour se contente de vérifier si l'ingérence dans la liberté d'association est pertinente et n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi par le législateur.⁶³ Le contrôle de la légalité de l'ingérence, évidente en l'espèce, son caractère nécessaire dans une société démocratique, etc. passe sans analyse à la trappe. En d'autres termes, le contrôle exercé par la Cour d'arbitrage nous semble d'une autre nature que le contrôle exercé par la C.E.D.H..

22. La liberté d'association absorbe la liberté d'enseignement – L'arrêt sur le décret participation devait trancher le bouleversement des rôles classiques, clairement départagés entre liberté d'enseignement active et passive. Cette problématique de liberté d'enseignement a cependant été largement solutionnée sur le mode de la liberté d'association.⁶⁴ La question de la violation de l'article 24, § 4, de la Constitution se confond aussi selon la Cour avec celle de la liberté

d'association.⁶⁵ Enfin, la Cour ne rappelle pas dans sa définition de la liberté active d'enseignement, contrairement aux universités requérantes⁶⁶, la liberté d'engager du personnel et en particulier du personnel scientifique.⁶⁷

23. Un arrêt ambigu et une liberté en péril – Cet arrêt manque de précision pour deux raisons principales. Premièrement, il est rendu sur les articles 24 et 27 combinés de la Constitution, sans préciser les rôles respectifs de ces dispositions. Deuxièmement, il ne tranche pas directement la violation de ces libertés publiques et se réfugie derrière une réserve d'interprétation particulièrement théorique. La doctrine considère les réserves d'interprétation comme des alternatives à l'annulation d'une disposition par une Cour constitutionnelle.⁶⁸ Cette technique peut s'analyser comme une volonté novatrice de dicter indirectement le contenu de la loi ou peut, selon le cas, refléter un impossible compromis au sein de la Cour.⁶⁹

Nous pensons que la réserve d'interprétation dans l'arrêt n°48/2005 correspond à la seconde possibilité. En effet, cette réserve n'en est pas une à proprement parler. La Cour ne dégage pas l'interprétation conforme⁷⁰ du texte à la Constitution. Elle reprend le contenu de la loi sans l'explicitier. Ce silence sur l'interprétation de l'article 9 du décret participation trahit le tiraillement de la Cour. Cette technique crée en outre de l'insécurité juridique sur le texte à interpréter.⁷¹

"B.15. La présence d'étudiants disposant d'une voix délibérative n'est pas imposée au sein de chaque pouvoir organisateur mais uniquement dans les "organes constitués au sein de chaque institution universitaire", compétents pour prendre les décisions énumérées à l'article 9 du décret.

A supposer que, dans certaines universités, telles qu'elles sont actuellement organisées, l'organe com-

pétent pour prendre ces décisions se confond avec l'organe par lequel s'exerce le pouvoir organisateur, il ne s'ensuit pas que les étudiants puissent participer aux décisions qui y sont prises relativement au caractère religieux ou philosophique de l'enseignement ou au projet pédagogique de l'établissement : la participation étudiante n'est exigée que pour les sept matières énumérées à l'article 9. Celles-ci ne touchent pas à la liberté de créer un établissement d'enseignement, elles n'empêchent pas que les pouvoirs organisateurs fixent librement le caractère religieux ou philosophique de leur enseignement et leur projet pédagogique ou qu'ils en déterminent la tendance.

En tant que certaines des matières énumérées à l'article 9 pourraient toucher indirectement à l'une ou l'autre de ces libertés, le décret ne permet pas aux étudiants de s'immiscer de manière disproportionnée dans l'organisation et le fonctionnement des établissements subventionnés qu'ils fréquentent, dès lors que le poids de leur vote, à le supposer unanime, n'est que de 20 p.c. et que les universités restent libres de répartir les 80 p.c. restants comme elles l'entendent."⁷²

D'abord, c'est le conseil d'administration, organe de l'université, qui souvent en pratique exerce les fonctions de pouvoir organisateur. Ensuite, même lorsque la Cour admet que les droits du pouvoir organisateur sont atteints, elle distingue encore les atteintes directes et indirectes à ces libertés. En pratique, de nouveau, il n'y a pas de distinction entre ces atteintes. En matière de libertés publiques, il importe de vérifier si l'atteinte à une liberté est justifiée et proportionnée par rapport au but à atteindre. Rechercher si l'atteinte est directe ou indirecte n'est par contre pas une question pertinente. De plus, en droit, elles entravent toutes la liberté active d'enseignement et d'association des

⁶⁵ C.A., 1^{er} mars 2005, n°48/2005, B.13.

⁶⁶ C.A., 1^{er} mars 2005, n°48/2005, A.1.

⁶⁷ C.A., 1^{er} mars 2005, n°48/2005, B.15.

⁶⁸ G. ROSOUX, "Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage : une alternative à l'annulation", *Rev. B. Dr. Const.*, 2001, p. 399, 400, 403 et 406.

⁶⁹ G. ROSOUX, "Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage : une alternative à l'annulation", *Rev. B. Dr. Const.*, 2001, p. 399.

⁷⁰ G. ROSOUX, "Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage : une alternative à l'annulation", *Rev. B. Dr. Const.*, 2001, p. 398, 399 et 404 : Entre différentes interprétations possibles d'une disposition légale, la Cour retient celle qui est conforme à la norme de référence. Cette technique est basée sur la présomption de la Constitution par le législateur. Cette technique a fait son apparition en Belgique avec l'arrêt *Waleffe* de la Cour de cassation. (Cass., 20 avril 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 565 et s.)

⁷¹ G. ROSOUX, "Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage : une alternative à l'annulation", *Rev. B. Dr. Const.*, 2001, p. 402.

⁷² C.A., 1^{er} mars 2005, n°48/2005, B.15.

p. 461 à 465 ; en ce sens : C.A., 13 octobre 1989, n°23/8 ; C.A., 11 février 1993, n°10/93 ; C.A., 7 décembre 1993, n°84/93 ; C.A., 10 mai 1994, n°37/94 ; C.A., 11 février 1998, n°11/98 ; C.A., 3 décembre 1998, n°121/98 ; C.A., 3 décembre 1998, n°126/98 ; C.A., 26 mai 1999, n°53/99 ; C.A., 6 octobre 1999, n°104/99 ; C.A., 21 mars 2000, n°31/2000 ; C.A., 8 novembre 2000, n°113/2000 ; C.A., 1^{er} février 2001, n°100/2001 ; C.A., 14 mai 2003, n°60/2003 ; C.A., 31 mars 2004, n°60/2004.

⁵⁹ C.A., 3 décembre 1998, n°121/98, B.9. ; C.A., 31 mars 2004, n°60/2004, B.6.1. En des termes semblables ; C.A., 1^{er} mars 2005, n°48/2005, B.10.

⁶⁰ C.A., 1^{er} mars 2005, n°48/2005, B.7. Les concepts de liberté active et passive d'enseignement ont cependant fait leur apparition dans l'arrêt C.A., 15 juillet 1998, n°85/98, B.3.8.

⁶¹ C.A., 26 mai 1999, n°53/99, B.6.4. et B.8.5.

⁶² C.A., 1^{er} mars 2005, n°48/2005, B.11.

⁶³ C.A., 1^{er} mars 2005, n°48/2005, B.12.

⁶⁴ C.A., 1^{er} mars 2005, n°48/2005, B.9 et B.13.

pouvoirs organisateurs.

Cet arrêt emporte, de plus, de graves conséquences. Les étudiants sont les héritiers réservataires de cet arrêt. Une université libre compte outre les étudiants son personnel traditionnellement subdivisé en académiques, personnel scientifique et personnel administratif et technique ("Pato"). Ni le personnel académique, ni le personnel administratif n'ont de garantie décrétable. La démocratisation de la prise de décision au sein des universités par le décret Dupuis est manifestement incomplète, voire même discriminatoire. Ces autres intervenants sont donc contraints de se partager le reste, sans autre garantie.

Finalement, ce privilège de représentation bétonné dans le décret affaiblit fortement les pouvoirs organisateurs. Ainsi si le pouvoir organisateur souhaite se réserver une majorité au sein du Conseil d'administration, il est dans l'impossibilité d'attribuer aux autres intervenants une représentation équivalente à celle des étudiants. Bien plus, si législateur imposait aux pouvoirs organisateurs de respecter l'égalité en matière d'enseignement (article 24, § 4), le contenu substantiel de la liberté d'enseignement, plus particulièrement la liberté d'enseignement active (article 24, § 1), serait violé. La Cour d'arbitrage amène ainsi de manière implicite à choisir entre le respect de l'égalité ou de la liberté d'enseignement active. Ce dilemme est aberrant car il rompt avec la jurisprudence constante de la Cour de reconnaître la suprématie de l'article 24, § 1, sur l'article 24, § 4 de la Constitution.⁷³ Cet arrêt menace enfin l'existence même cette liberté publique plus vicille que notre Constitution.⁷⁴

24. Une vision étriquée de la liberté active d'enseignement et l'arrêt Leman de la Cour de cassation – La Cour de cassation, chambres réunies, a reconnu un rôle important aux pouvoirs organisateurs dans l'exercice de la liberté active d'enseignement :⁷⁵

"Attendu que l'article 24 de la Constitution garantit la liberté de l'enseignement;

Que cette disposition implique, d'une part, que l'enseignement n'est pas une matière réservée aux autorités et, d'autre part que, pour autant qu'il respecte les règles applicables en matière de subventions, de contrôle de la qualité et d'équivalence des diplômes et attestations – conditions qui ne sont pas

pertinentes en l'espèce – le pouvoir organisateur de l'enseignement libre subventionné peut contrairement à l'enseignement officiel, offrir un enseignement fondé sur des convictions philosophiques, idéologiques et religieuses propres;

Que la liberté d'enseignement implique que le pouvoir organisateur est libre de choisir le personnel qu'il désire employer en vue de la réalisation de ses projets pédagogiques ; que, dès lors, cette liberté de choisir influe sur les relations de travail entre le pouvoir organisateur et les membres de son personnel et justifie la désignation et la nomination des membres du personnel de l'enseignement libre subventionné par voie contractuelle."

La jurisprudence de la Cour de cassation semble retenir une définition plus large de la liberté active d'enseignement que la Cour d'arbitrage dans l'arrêt 48/2005.⁷⁶ La Cour d'arbitrage semble y restreindre la liberté active d'enseignement au choix des seules orientations philosophiques, religieuses et pédagogiques des pouvoirs organisateurs. La Cour d'arbitrage omet ainsi le libre choix du personnel de ces mêmes pouvoirs organisateurs contrairement à la Cour de cassation. Cet arrêt ne fera pas, selon nous, partie des grands arrêts de la Cour d'arbitrage en matière d'enseignement. Nous nous rangons derrière l'avis du Ministère public près la Cour de cassation pour l'arrêt Leman, lequel conclut, en 2002, à une acceptation commune de la Cour de cassation, de la Cour d'arbitrage et du Conseil d'Etat de la politique du personnel des pouvoirs organisateurs de l'enseignement libre.⁷⁷ Cette politique permet à ces pouvoirs organisateurs de l'enseignement libre de choisir librement leur personnel conformément à la liberté active d'enseignement consacrée à l'article 24, § 1, de la Constitution. Nous espérons que la Cour reviendra à cette ancienne acceptation de retenir la liberté du choix du personnel pour les pouvoirs organisateurs dans la liberté active d'enseignement. En effet, le choix du personnel influe directement sur le projet pédagogique d'une école et donc sur sa liberté active d'enseignement. Les enseignants sont les premiers véhicules du message pédagogique d'une école. Garantir la liberté de nomination du personnel aux pouvoirs organisateurs permet de garantir le respect de leurs convictions religieuses et philosophiques. Politique du personnel et

⁷³ Voyez le n°11.

⁷⁴ G. J. I. VAN OVERLOOP, Exposé des motifs de la Constitution belge par un docteur en droit, Bruxelles, H. Goemaere imprimeur éditeur, 1864, p. 6 (premier arrêté du gouvernement provisoire) et p. 7 (troisième arrêté du gouvernement provisoire).

⁷⁵ Cass., ch. réunies, 6 septembre 2002, www.cass.be.

⁷⁶ Voyez le n°22.

⁷⁷ Note sous Cass., ch. réunies, 6 septembre 2002, www.cass.be.

convictions pédagogiques sont intimement liés et doivent continuer à être protégés par l'article 24, § 1, de la Constitution.

25. Conclusion en matière de liberté d'enseignement, un arrêt hors délai pour une issue incertaine, deuxième acte – L'arrêt 48/2005 a été rendu hors délai⁷⁸ et n'obéit pas à une logique interne cohérente. Son style décousu dénonce les tiraillements au sein de la Cour quant à l'avenir de la participation. Les grands traits de la jurisprudence constante de la Cour n'apparaissent pas.⁷⁹ La participation estudiantine reste incomplète. Les étudiants peuvent en effet interférer dans des domaines sans rapport avec leurs intérêts⁸⁰ mais pas dans la nomination des professeurs avec qui ils sont directement en contact... L'arrêt 48/2005 perpétue enfin l'insécurité juridique créée par l'arrêt 85/95 quant au seuil de participation autorisé pour les étudiants. Nous regrettons en effet que la Cour d'arbitrage n'ait pas tracé les limites de la marge d'appréciation du législateur quant au seuil de participation autorisé afin de préserver le noyau de la liberté active d'enseignement. Le sort du décret participation et la sécurité juridique vacillent. L'architecture interne de la liberté d'enseignement a cédé.⁸¹ Il reste à espérer que le troisième acte sera l'acte final.

26. Conclusion en matière de liberté d'association, un arrêt de principe – L'arrêt 48/2005 est vraiment hétérogène quant à son contenu. Autant la liberté d'enseignement devient nébuleuse, autant la liberté d'association retrouve une chance de prendre un contenu. L'arrêt 48/2005 est, de manière inattendue par rapport aux mémoires des parties⁸², un arrêt de principe en matière de liberté d'association. Cette issue est d'autant plus surprenante que la Cour n'avait pas voulu se prononcer sur la violation de la liberté d'association dans son arrêt 85/95.⁸³ En outre, l'avis du Conseil d'Etat, particulièrement circonstancié en matière de liberté d'enseignement, avait omis l'aspect de la liberté d'association. La grille de lecture est aussi nouvelle.⁸⁴ La Cour semble déterminée à aligner son contrôle sur celui de l'article 11 de la C.E.D.H. par la Cour de Strasbourg. Puisse-elle continuer en ce sens et se départir de son ancienne jurisprudence particulièrement restrictive. Ajoutons que la participation est promise à un bel avenir politique. Ce système bénéficie en outre d'une certaine expérience tant dans le Nord⁸⁵ que le Sud⁸⁶ du pays. Enfin, le principe de la participation, que la Cour d'arbitrage n'a pas condamné⁸⁷, rejoint l'idéal européen de démocratisation de la prise de décision dans l'enseignement.⁸⁸

⁷⁸ La Cour dispose en effet d'un délai de 6 mois qu'elle peut proroger de 6 mois maximum, soit un an en pratique, à dater du dépôt du recours en annulation ou de la réception de la décision de renvoi. (art. 109 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage).

⁷⁹ Voyez le n°12.

⁸⁰ Voyez le n°4. Nous visons principalement la nomination du personnel d'entretien et administratif (art. 9, 1° du décret participation) et l'établissement et l'approbation des comptes et budgets de la faculté (art. 9, 2° du décret participation).

⁸¹ Voyez les n°11 et 23.

⁸² C.A., 1^{er} mars 2005, n°48/2005, A.2.2. (Communauté française) ; A.3.3. (F.E.F.) ; A.1. et A.4.5. (Universités libres requérantes).

⁸³ Voyez le n°18.

⁸⁴ Voyez le n°21 et l'arrêt C.A., 26 mai 1999, n°53/99, B.6.4. et B.8.5. marquant une amorce en ce sens.

⁸⁵ Voyez notamment en Flandre : Decreet van het 2de april 2004 betreffende participatie op school en de Vlaamse Raad, M.B., 6 août 2004, p. 59197; <http://www.ond.vlaanderen.be>; Bijzonder decreet van het 19^{de} maart 2004 betreffende de participatie in het hoger onderwijs, de integratie van bepaalde afdelingen van het hoger onderwijs voor sociale promotie in de hogescholen, de coördinatie van de hogeronderwijsregelgeving en de modernisering van de regelgeving op de Vlaamse autonome hogescholen, M.B., 30/04/2004, p. 36369; Decreet van het 19de maart 2004 betreffende de rechtspositieregeling van de student, de participatie in het hoger onderwijs, de integratie van bepaalde afdelingen van het hoger onderwijs voor sociale promotie in de hogescholen en de begeleiding van de herstructurering van het hoger onderwijs in Vlaanderen, M.B., 10 juin 2004, p. 43763; disponibles sur le site <http://codex.vlaanderen.be>

⁸⁶ Voyez le § 2 : Décret de la Communauté française du 5 août 1995 et le décret de la Communauté française du 12 juin 2003, "décret participation".

⁸⁷ Voyez supra les § 5 (C.A., 14 décembre 1995, n°85/95) et § 6 (C.A., 1^{er} mars 2005, n°48/2005).

⁸⁸ Voyez la déclaration de Göteborg du 25 mars 2001 des représentants d'étudiants dans le cadre du programme de Bologne disponible sur le site <http://www.coe.int>.