

tant de la partie variable de l'allocation annuelle de fonctionnement des autres universités sont les mêmes pour l'Université libre de Bruxelles et pour d'autres universités non fusionnées ou ne résultant pas d'une fusion.

B.10. La première question préjudicielle appelle une réponse négative.

Quant à la seconde question préjudicielle

B.11. Il ressort des motifs de la décision de renvoi que la Cour est invitée à statuer sur la compatibilité, avec les articles 10, 11 et 24, § 4, de la Constitution, de l'article 29, § 2, de la loi du 27 juillet 1971, lu en combinaison avec l'article 107, alinéa 2, du décret du 31 mars 2004, en ce que ces dispositions introduiraient une différence de traitement entre, d'une part, les universités nées de la fusion entre deux universités qui étaient membres d'une même académie universitaire et, d'autre part, les universités qui ne résultent pas d'une telle fusion, seules les premières pouvant bénéficier de la non-application des articles 30 et 32 de la loi du 27 juillet 1971.

[...]

B.14. Comme il est dit en B.7, l'objectif poursuivi par l'article 107, alinéa 2, précité, est de lever les conditions de financement défavorables à une fusion d'institutions au sein d'une académie. À la suite d'une fusion, l'addition des nombres d'étudiants pouvait, en effet, entraîner ou augmenter le dépassement d'un ou plusieurs plafonds déterminés par l'article 32 de la loi du 27 juillet 1971. Cette disposition visait aussi à inciter les universités à fusionner. La fusion d'établissements universitaires constitue dès lors un critère de distinction pertinent à la lumière des objectifs légitimes qui sont poursuivis.

B.15. L'incidence défavorable d'une fusion sur le montant de la partie variable de l'allocation annuelle de fonctionnement versée aux universités qui ne fusionnent pas ou qui ne sont pas issues d'une fusion découle du fait que la partie variable de l'allocation qui revient à chaque université constitue la quote-part d'un montant global fixé préalablement. Le fait que toute augmentation de la partie variable de l'allocation qui revient à une université diminue le montant total des quotes-parts attribuées aux autres universités est inhérent au "système d'enveloppe fermée".

Compte tenu, d'une part, de la réponse à la première question préjudicielle et, d'autre part, du fait que les chiffres ne permettent pas d'établir avec certitude dans quelle mesure une université n'ayant pas fusionné serait discriminée par rapport à une université ayant fusionné, qui, outre à d'éventuelles économies d'échelle, fait aussi éventuellement face à des surcoûts, les dispositions en cause n'ont pas d'effets manifestement disproportionnés.

B.16. La seconde question préjudicielle appelle une réponse négative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

L'article 29, § 2, de la loi du 27 juillet 1971 "sur le financement et le contrôle des institutions universitaires" et l'article 107, alinéa 2, du décret de la Communauté française du 31 mars 2004 "définissant l'enseignement supérieur, favorisant son intégration à l'espace européen de l'enseignement supérieur et finançant les universités", lus en combinaison, ne violent pas les articles 10, 11 et 24, § 4, de la Constitution ».

*
* *

**FUSIONNER OU S'APPAUVRIR :
UNE INCITATION FINANCIÈRE À LA FUSION
ENTRE UNIVERSITÉS DEVANT LA COUR
CONSTITUTIONNELLE**

par

Frédéric BOUHON

Chargé de cours à l'Université de Liège

et

Alix ERNOUX

Assistante à l'Université de Liège

1. Alors que, il y a quelques décennies, un certain essaimage des universités caractérisait le paysage de l'enseignement supérieur en Communauté française¹, un mouvement animé par un objectif de rationalisation des formations a progressivement

¹ Voy. M. EL BERHOUMI et L. VANCRAVEBECK, « Droit de l'enseignement en Communauté française », *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 302 (n° 232).



réduit le nombre d'institutions universitaires². Si, initialement, les universités s'opposaient au vœu du législateur de susciter des rapprochements entre elles, les contraintes budgétaires³ et les exigences européennes⁴ ont rendu ces opérations incontournables⁵. C'est dans ce contexte que le décret du 31 mars 2004 définissant l'enseignement supérieur, favorisant son intégration à l'espace européen de l'enseignement supérieur et refinançant les universités – mieux connu sous le nom de « décret Bologne »⁶ – a rendu possible ce qui était discuté depuis plusieurs années⁷ : le rapprochement de plusieurs universités au sein d'académies et même la fusion des universités membres d'une même académie.

Afin d'encourager les institutions à exercer ces nouvelles facultés, le législateur de la Communauté française a notamment accompagné sa mesure d'un incitant financier significatif – dont n'ont évidemment pas bénéficié les universités qui sont restées isolées. Face à ce cadre normatif, qui a depuis lors connu d'importantes modifications, la situation de l'Université libre de Bruxelles a pu soulever des interrogations. En effet, cette université, en raison de ses caractéristiques fondamentales – il s'agit d'une institution à la fois privée et non-confessionnelle –, occupe une position singulière dans le paysage de l'enseignement universitaire et connaît, pour cette raison, des

difficultés à opérer avec d'autres institutions des rapprochements qui soient compatibles avec le maintien desdites caractéristiques fondamentales⁸. On peut donc se demander si les dispositions du décret de 2004, en avantageant financièrement les universités qui fusionnent et en appauvrissant corrélativement celles qui ne veulent ou ne peuvent fusionner, n'ont pas créé une discrimination dont il apparaît que l'Université libre de Bruxelles serait la principale victime. C'est cette problématique qui se trouve au cœur de l'arrêt n° 57/2017 de la Cour constitutionnelle, auquel nous consacrons le présent commentaire. La haute juridiction s'en est trouvée saisie par le biais de questions préjudicielles que lui a soumises le Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, dans le cadre d'un litige qui opposait l'Université libre de Bruxelles à la Communauté française.

Même s'il porte sur des dispositions législatives qui ont été modifiées avant le prononcé de l'arrêt⁹,

⁸ La présente note vise à donner un aperçu de la répartition des universités en Communauté française en fonction de leurs caractéristiques majeures ainsi que l'évolution de leur nombre et de leur dénomination au cours de la dernière décennie.

Situation en 2008 :

Universités publiques (organisées par la Communauté)	Universités privées (libres)				
<ul style="list-style-type: none"> – Université de Liège – Université de Mons-Hainaut – Faculté universitaire des Sciences agronomiques de Gembloux 	<table border="1"> <thead> <tr> <th>Confessionnelles</th> <th>Non-confessionnelles</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td> <ul style="list-style-type: none"> – Université catholique de Louvain – Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix (Namur) – Facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles – Facultés universitaires catholiques de Mons </td> <td> <ul style="list-style-type: none"> – Université libre de Bruxelles – Faculté Polytechnique de Mons </td> </tr> </tbody> </table>	Confessionnelles	Non-confessionnelles	<ul style="list-style-type: none"> – Université catholique de Louvain – Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix (Namur) – Facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles – Facultés universitaires catholiques de Mons 	<ul style="list-style-type: none"> – Université libre de Bruxelles – Faculté Polytechnique de Mons
Confessionnelles	Non-confessionnelles				
<ul style="list-style-type: none"> – Université catholique de Louvain – Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix (Namur) – Facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles – Facultés universitaires catholiques de Mons 	<ul style="list-style-type: none"> – Université libre de Bruxelles – Faculté Polytechnique de Mons 				

Situation en 2018 :

Universités publiques (organisées par la Communauté)	Universités privées (libres)				
<ul style="list-style-type: none"> – Université de Liège – Université de Mons 	<table border="1"> <thead> <tr> <th>Confessionnelles</th> <th>Non-confessionnelles</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td> <ul style="list-style-type: none"> – Université catholique de Louvain – Université de Namur – Université Saint-Louis Bruxelles </td> <td> <ul style="list-style-type: none"> – Université libre de Bruxelles </td> </tr> </tbody> </table>	Confessionnelles	Non-confessionnelles	<ul style="list-style-type: none"> – Université catholique de Louvain – Université de Namur – Université Saint-Louis Bruxelles 	<ul style="list-style-type: none"> – Université libre de Bruxelles
Confessionnelles	Non-confessionnelles				
<ul style="list-style-type: none"> – Université catholique de Louvain – Université de Namur – Université Saint-Louis Bruxelles 	<ul style="list-style-type: none"> – Université libre de Bruxelles 				

⁹ L'arrêt, rendu le 18 mai 2017 concerne des faits qui remontent à la période précédant le décret du 7 novembre 2013 définissant le paysage de l'enseignement supérieur et l'organisation académique des études, connu sous le nom de « décret paysage » (*M.B.*, 18 décembre – l'article 164 du décret a abrogé en grande partie le décret Bologne). L'arrêt commenté revient donc en quelque sorte sur un passé qui était déjà révolu au moment de son prononcé. En effet, le décret paysage, voulant explicitement se distancier de l'ancien système prévu par le décret Bologne (Projet de décret définissant le paysage de l'enseignement supérieur et l'organisation académique des études, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., sess. 2012-2013, n° 537-1, p. 6) a substitué les structures d'académie de recherche et d'enseignement supérieur et de Pôles académiques aux anciens concepts d'académie et de fusion (voy. les art. 20, al. 2, et 52, al. 1^{er}, du décret du 7 novembre 2013). Les académies ont été dissoutes le 1^{er} octobre 2014 ; cette dissolution résulte de l'approbation des statuts des Pôles académiques (voy. l'art. 1^{er} de l'arrêt de la Communauté française du 1^{er} octobre 2014 approuvant les statuts des ASBL « Le Pôle Hainuyer »,

² Sur l'histoire de l'enseignement supérieur de ces soixante dernières années et sur les enjeux des rapprochements entre institutions universitaires, voy. not. M. MOLITOR, « Les transformations du paysage universitaire en Communauté française », *Cour. hebd. CRISP*, 2010/7, n° 2052-2053 ; C. PAROTTE et C. FALLON, « Constitution d'académies : quels enjeux pour les universités ? », *Cahiers de Sciences politiques de l'ULg* [En ligne], Cahier n° 22, URL : <https://popups.uliege.be:443/1784-6390/index.php?id=585> ; J.-É. CHARLIER et M. MOLITOR, « Les dynamiques de fusion dans l'enseignement supérieur francophone de 1999 à 2009 », *Cour. hebd. CRISP*, 2015, n° 2268 ; J.-É. CHARLIER et M. MOLITOR, « L'échec du projet de fusion au sein de l'Académie universitaire Louvain », *Cour. hebd. CRISP*, 2015, n° 2269-2270 ; J.-É. CHARLIER et M. MOLITOR, « Les projets de fusion dans l'enseignement supérieur en Hainaut et dans le Luxembourg », *Cour. hebd. CRISP*, 2015, n° 2271-2272 ; J.-É. CHARLIER et M. MOLITOR, « Le décret définissant le paysage de l'enseignement supérieur », *Cour. hebd. CRISP*, 2015, n° 2273-2274, spéc. pp. 119 à 124.

³ D. DÉOM, « L'enseignement est libre : quel avenir pour une petite phrase riche de passé ? », in X, *En hommage à Francis Delpeyère – Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 438 à 452, ici pp. 440 et 441.

⁴ Déclaration conjointe des ministres européens de l'éducation, signée à Bologne, le 19 juin 1999, non publiée au *J.O.U.E. Voy. égal.* : projet de décret définissant l'enseignement supérieur, favorisant son intégration à l'espace européen de l'enseignement supérieur et refinançant les universités, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., sess. 2003-2004, n° 498/1, p. 3.

⁵ M. MOLITOR, « Les transformations du paysage universitaire en Communauté française », *Cour. hebd. CRISP*, 2010/7, n° 2052-2053, p. 37.

⁶ *M.B.*, 18 juin.

⁷ Voy. par ex., A. BODSON et J. BERLEUR, « Quelles urgences pour une politique universitaire en Communauté française de Belgique ? », Rapport à Monsieur William Ancion, ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, Bruxelles, octobre 1998, p. 87.



ce dernier a retenu notre attention, car il est une illustration remarquable de la tension qui existe entre, d'une part, les politiques qui favorisent le rapprochement des établissements d'enseignement et, d'autre part, l'exercice de droits fondamentaux dont sont titulaires ces établissements. Il apporte des éclairages dans un débat protéiforme dont la portée ne se limite d'ailleurs pas à l'enseignement supérieur francophone, puisqu'il traverse les niveaux de l'enseignement¹⁰ et les frontières linguistiques¹¹.

Notre commentaire se compose de trois parties. Tout d'abord, nous décrirons plus amplement le mécanisme d'incitation à la fusion que nous avons évoqué dans l'introduction (I). Ensuite, nous essaierons de formuler une synthèse de la jurisprudence que la Cour constitutionnelle a développée à propos de mesures qui poussent les établissements d'enseignement à se rapprocher (II). Ces deux étapes préalables nous permettront de consacrer la dernière partie de la réflexion à l'examen proprement dit de l'arrêt n° 57/2017 (III).

I. UN DÉCRET QUI INCITE LES UNIVERSITÉS À FUSIONNER

2. Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, le décret de la Communauté française du 31 mars 2004 avait notamment vocation à encourager les fusions. Il permettait aux universités qui faisaient partie d'une même académie¹² de fusionner à la

suite d'une décision approuvée à la majorité qualifiée par le conseil d'administration de chaque université¹³. Dans l'affaire dont la Cour constitutionnelle a été saisie, les dispositions litigieuses sont des règles qui concernent en particulier l'influence des fusions sur la répartition des deniers publics entre universités de la Communauté française. Dès lors, pour comprendre les problématiques qui sous-tendent l'arrêt commenté, il convient, avant toute chose, de s'intéresser brièvement à certaines modalités du financement des universités (n° 3). Nous présenterons ensuite les faits qui ont conduit à la saisine de la Cour constitutionnelle (n° 4).

3. En vertu de la loi du 27 juillet 1971¹⁴, la Communauté française attribue aux universités¹⁵ des allocations annuelles sur la base d'une enveloppe fermée¹⁶. Cette enveloppe est composée d'une partie fixe et d'une partie variable¹⁷. De ces deux éléments, c'est la partie variable qui correspond au plus gros montant, puisqu'elle équivaut à septante-cinq pourcents (septante pourcents depuis 2016) de la somme globale disponible¹⁸. Chaque institution reçoit de la Communauté un montant qui se compose, d'une part, d'une fraction déterminée par la loi de la partie fixe et, d'autre part, d'une fraction de la partie variable¹⁹. La répartition des sommes qui relèvent de cette dernière est un enjeu crucial pour le fonctionnement des universités. À cet égard, la législation

« Pôle Académique Louvain », « Pôle Académique de Namur ASBL », « Pôle académique Liège-Luxembourg, ASBL », « Pôle académique de Bruxelles », *M.B.*, 25 novembre). Il est utile de noter que les fusions n'étaient ouvertes qu'à l'égard des universités membres d'une même académie, dès lors, la dissolution des académies emporte, par répercussion, l'impossibilité de nouvelles fusions entre universités. C'est face à cette difficulté que les projets de l'Université catholique de Louvain et l'Université Saint-Louis Bruxelles se heurtent actuellement. En effet, en l'absence de disposition en la matière, les autorités universitaires sont tributaires d'une décision du législateur francophone. Par la suite, cette réforme conceptuelle a été prolongée et traduite au niveau financier par le décret du 16 juin 2016 relatif au refinancement de l'enseignement supérieur (*M.B.*, 5 août. Projet de décret relatif au refinancement de l'enseignement supérieur, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., sess. 2015-2016, n° 290/1, p. 4).

¹⁰ Voy. par exemple, pour les hautes écoles, l'article 14, dernier al., du décret du 9 septembre 1996 relatif au financement des Hautes Écoles organisées ou subventionnées par la Communauté française (*M.B.*, 15 octobre) qui prévoit également des conditions financières favorables aux fusions.

¹¹ Le problème se pose toutefois sans doute avec plus d'acuité au sein de la Communauté française dont on connaît les difficultés financières chroniques (en ce sens, voy. le projet de décret relatif au refinancement de l'enseignement supérieur, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., sess. 2015-2106, n° 290/1, p. 4).

¹² Art. 90, al. 1^{er} et 3, du décret du 31 mars 2004 lu en combinaison avec l'art. 10, 1^o à 3^o du même décret. L'article 6, § 1^{er}, 1^o, du décret définissait l'académie comme « l'institution universitaire issue de l'association de plusieurs universités ». Les articles 90 et suivants organisaient plus précisément le régime des académies en prévoyant notamment que chaque académie devait

compter au moins une des universités parmi les trois plus grandes de la Communauté française, à savoir l'Université catholique de Louvain, l'Université de Liège et l'Université libre de Bruxelles.

¹³ Art. 107, al. 1^{er}, du décret du 31 mars 2004. À ces autorisations devait s'ajouter celle du Gouvernement de la Communauté française si la fusion concernait les universités de Liège, de Mons-Hainaut et la Faculté universitaire de Sciences agronomiques de Gembloux (art. 108 du même décret).

¹⁴ Loi du 27 juillet 1971 sur le financement et le contrôle des institutions universitaires (*M.B.*, 17 septembre).

¹⁵ En droit positif, les universités concernées sont au nombre de six, à savoir l'Université de Liège, l'Université catholique de Louvain, l'Université libre de Bruxelles, l'Université de Mons, l'Université de Namur et l'Université Saint-Louis Bruxelles (voy. l'art. 25, al. 1^{er}, de la loi du 27 juillet 1971 sur le financement et le contrôle des institutions universitaires).

¹⁶ Art. 29, § 1^{er}, de la loi du 27 juillet 1971.

¹⁷ Voy. art. 25, al. 2, de la loi du 27 juillet 1971.

¹⁸ Voy. art. 25, al. 3, de la loi du 27 juillet 1971. À ce sujet, voy. aussi M. MOLITOR, « Les transformations du paysage universitaire en Communauté française », *Cour. hebd. CRISP*, 2010/7, n° 2052-2053, p. 59.

¹⁹ Selon le budget de la Communauté française pour l'année 2017 (soit le dernier publié au *Moniteur belge* à l'heure d'écrire ces lignes), l'allocation de l'Université catholique de Louvain correspondait à 218.181.000 EUR, celle de l'Université de Liège à 177.787.000 EUR, celle de l'Université libre de Bruxelles à 171.654.000 EUR, celle de l'Université de Mons à 59.942.000 EUR, celle de l'Université de Namur à 53.129.000 EUR et celle de l'Université Saint-Louis Bruxelles à 18.811.000 EUR (décret de la Communauté française du 14 décembre 2016 contenant le budget des dépenses de la Communauté française pour l'année budgétaire 2017, *M.B.*, 20 juillet 2017, 2^e éd., ici pp. 74473 et 74475).



prévoit que les montants sont partagés en fonction du nombre d'étudiants régulièrement inscrits dans chaque institution universitaire²⁰ : plus ce nombre est élevé au sein d'une université donnée, plus le montant qui lui revient est important²¹. Cependant, les articles 30 et 32 de la loi du 27 juillet 1971 disposent qu'au-delà d'un certain plafond – c'est-à-dire d'un certain nombre d'étudiants qui est fixé par la loi²² –, les étudiants supplémentaires ne sont pris en considération, pour le partage de la partie variable, qu'à hauteur de quatre-vingt-cinq pourcents. Autrement dit, le système est organisé selon un mode dégressif.

Lorsqu'il a établi, en 2004, la possibilité de procéder à des fusions entre universités, le législateur de la Communauté française a jugé opportun d'ajouter une règle complémentaire à ce système de financement. Ainsi, l'article 107, alinéa 2, du décret de la Communauté française du 31 mars 2004 a prévu que les universités qui fusionneraient seraient exemptées de l'effet dégressif susmentionné. Cela signifie que, pour les universités concernées, les étudiants inscrits seraient comptabilisés au taux plein (plutôt qu'au taux de 85 %) même lorsque le plafond fixé par l'article 32 de la loi de 1971 serait dépassé²³. En d'autres termes, l'université constituée de deux ou plusieurs institutions qui ont fusionné entre elles bénéficiait d'une situation favorable : elle se trouvait en position d'obtenir une fraction plus importante de la partie variable des allocations payées par la Communauté française. Or, dans un système d'enveloppe fermée, le fait qu'une université bénéficie d'une plus grande part implique que les autres obtiennent corrélativement moins de moyens²⁴.

4. En pratique, trois institutions universitaires sont, dans leur forme actuelle, le fruit de fusions opérées entre 2009 et 2011 dans ce contexte inci-

tatif. Premièrement, l'Université de Mons est le résultat de la fusion entre l'Université de Mons-Hainaut et la Faculté Polytechnique de Mons. Deuxièmement, l'Université de Liège a, sans changer de nom, incorporé la Faculté universitaire des Sciences agronomiques de Gembloux. Enfin, troisièmement, l'Université catholique de Louvain a, elle aussi à dénomination constante, incorporé les Facultés universitaires catholiques de Mons. Ces trois universités ont ainsi pu prétendre à l'exemption du système dégressif, en vertu de la règle que nous venons de décrire.

De son côté, l'Université libre de Bruxelles n'a pas fusionné avec d'autres institutions. En particulier, la fusion qui semblait naguère vraisemblable avec les autres membres de son Académie – soit l'Université de Mons-Hainaut et la Faculté Polytechnique de Mons – n'a pas été réalisée, de sorte que l'ULB s'est retrouvée isolée, face à la consolidation du pôle montois²⁵. Dans cette situation, elle n'était pas en mesure de bénéficier de la mesure d'exemption et s'en trouvait financièrement défavorisée. Ce sont ces faits qui ont amené l'Université libre de Bruxelles à s'adresser au Tribunal de première instance francophone de Bruxelles pour lui demander de condamner le gouvernement de la Communauté française à réparer le dommage qu'elle aurait subi. Celui-ci résulterait de la réduction de sa quote-part dans le montant total affecté aux parties variables des allocations annuelles de financement des universités, cette perte découlant elle-même de l'augmentation de l'allocation annuelle de fonctionnement versée aux universités fusionnées entre 2009 et 2011. Selon l'Université libre de Bruxelles, le manque à gagner s'élèverait à un montant compris entre 1.650.000 et 3.700.000 euros²⁶.

Dans ce contexte, le tribunal a posé deux questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle, considérant que la législation applicable était à la source d'une discrimination qu'elle subissait à un double titre. D'une part, l'Université libre de Bruxelles estime qu'elle est discriminée parce qu'elle est soumise aux mêmes règles que les

²⁰ Voy. les art. 28 et 29bis de la loi du 27 juillet 1971.

²¹ Il est par ailleurs prévu que les étudiants qui relèvent de certaines catégories sont comptabilisés, à cette fin, pour deux voire trois unités (voy. les art. 28 et 29bis de la loi du 27 juillet 1971).

²² En réalité, il existe même plusieurs plafonds, pour différentes catégories d'étudiants. Nous renvoyons aux dispositions légales pertinentes.

²³ Projet de décret définissant l'enseignement supérieur, favorisant son intégration à l'espace européen de l'enseignement supérieur et refinançant les universités, Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., sess. 2003-2004, n° 498/1, p. 13.

²⁴ Sur le financement des universités, voy. not. M. EL BERHOUMI et L. VAN CRAYEBECK, « Droit de l'enseignement en Communauté française », *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 395 à 397 (n°s 306 à 308). Sur l'évolution historique et la situation antérieure, voy. B. BAYENET, « Le financement de l'enseignement universitaire en Communauté française », *Cour. hebd. CRISP*, 2000, n°s 1668-1669.

²⁵ Voy. not. J.-É. CHARLIER et M. MOLITOR, « Les projets de fusion dans l'enseignement supérieur en Hainaut et dans le Luxembourg », *Cour. hebd. CRISP*, 2015, n°s 2271-2272, pp. 18 et s. Voy. aussi M. ALALUF, « Crise à l'ULB : le syndrome de la forteresse assiégée », *Politique*, n° 67 (novembre-décembre 2010) ; M. EL BERHOUMI, « Enseignement supérieur : voir par-dessus les pôles », *Politique*, n° 72 (novembre-décembre 2011).

²⁶ Trib. franc. Bruxelles (4^e ch.), 25 septembre 2015.



autres universités en ce qui concerne les possibilités de fusion, alors qu'elle se trouverait dans une situation unique (en tant qu'université à la fois libre et non confessionnelle) qui rend en pratique toute fusion très difficile, voire impossible. Techniquement, l'Université libre de Bruxelles aurait pu fusionner avec l'Université de Mons puisqu'elle faisait partie de la même Académie, mais, s'agissant d'une université publique, une telle opération aurait impliqué pour une des universités concernées de renoncer à certaines de ses caractéristiques essentielles. D'autre part, l'Université libre de Bruxelles s'estime discriminée en raison des effets qu'impliquent les fusions entre les autres établissements sur le montant de la partie variable qui lui est allouée : dans le cadre du système d'enveloppe fermée, l'augmentation des ressources dont ont bénéficié d'autres universités a entraîné une diminution de ses propres moyens.

II. UNE JURISPRUDENCE QUI CONFIRME MAIS RELATIVISE LES LIBERTÉS DES ÉTABLISSEMENTS D'ENSEIGNEMENT

5. Avant de commenter la décision que la Cour constitutionnelle a rendue en réponse aux questions préjudicielles précédemment évoquées, nous proposons d'analyser la jurisprudence antérieure pertinente de la haute juridiction. En premier lieu, nous chercherons à esquisser la portée générale que la Cour reconnaît au droit, pour les établissements d'enseignement, d'obtenir des subventions publiques. Nous verrons que ce droit se situe au confluent de la liberté d'enseignement (art. 24 de la Constitution) et de la liberté d'association (art. 27 de la Constitution) – deux libertés qui sont potentiellement affectées par les incitations financières à la fusion dont il est question dans l'affaire commentée (n° 6). En second lieu, nous focaliserons notre propos sur trois arrêts de la Cour constitutionnelle qui portent sur des législations visant à favoriser le rapprochement entre des établissements d'enseignement (n° 7).

6. On relève tout d'abord que le lien entre la liberté d'enseignement et le droit au subventionnement a été dégagé par la Cour constitutionnelle depuis son arrêt n° 25/92 : « [l]a liberté d'enseignement [...] suppose, si on entend qu'elle ne

reste pas purement théorique, 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 »²⁷. Autrement dit, en droit constitutionnel belge, les autorités ne sont pas seulement obligées de laisser se développer des initiatives privées en matière d'enseignement, elles doivent en outre veiller à ce que ces initiatives puissent en principe bénéficier de son soutien financier. Il y a donc un droit-crédance dans le chef des établissements d'enseignement qui se traduit en une obligation positive dans le chef de la Communauté française²⁸.

Bien qu'il s'appuie sur une liberté fondamentale, ce droit au subventionnement n'est pas pour autant absolu. La Cour constitutionnelle évoque ainsi les devoirs qui l'accompagnent : « [l]e droit au subventionnement est limité, d'une part, par le pouvoir de la Communauté de lier les subventions à des exigences tenant à l'intérêt général, entre autres celles d'un enseignement de qualité, du respect de normes de population scolaire et, d'autre part, par la nécessité de répartir les moyens financiers disponibles entre les diverses missions de la Communauté »²⁹. La liberté d'association dont bénéficient les établissements d'enseignement en vertu de l'article 27 de la Constitution, et spécialement la liberté négative d'association qui suppose en principe un droit de ne pas s'associer avec d'autres établissements, n'interdit pas non plus aux autorités publiques de prévoir certaines conditions à l'accès aux subventions³⁰. Tout est

²⁷ C.A., arrêt n° 25/92 du 2 avril 1992, cons. B.4.2.

²⁸ M. EL BERHOUMI, « Le droit au subventionnement et l'égalité en matière de financement », in X. DELGRANGE, L. DETROUX et M. EL BERHOUMI (dirs.), *Les grands arrêts du droit de l'enseignement*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 619 à 633, ici p. 625 ; X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Les droits en matière d'enseignement », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 1175 à 1294, ici p. 1269 (n° 91) qui renvoie aux (nos 35 et 36) et p. 1273 (n° 96).

²⁹ C.A., arrêt n° 25/92 du 2 avril 1992, cons. B.4.2. La jurisprudence ultérieure a confirmé ce principe dans de nombreux arrêts : voy. not. C.A., arrêt n° 85/95 du 14 décembre 1995, cons. B.2.5 ; C.A., arrêt n° 2/2006 du 11 janvier 2006, cons. B.18.2 ; C.C., arrêt n° 119/2008 du 31 juillet 2008, B.5.4 ; C.C., arrêt n° 53/2016 du 24 avril 2016, cons. B.72.2.

³⁰ « Cette disposition reconnaît le droit de s'associer, comme celui de ne pas s'associer, [...]. 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 », C.A., arrêt n° 121/98 du 3 décembre 1998, cons. B.9. La jurisprudence ultérieure a confirmé ce principe : voy. not. C.A., arrêt n° 147/2005 du 28 septembre 2005, cons. B.10.6. Pour le Conseil d'État, « il ne peut être admis, au regard du principe de la liberté d'association, que, fût-ce sous le couvert de conditions d'agrément ou d'octroi de subventions, l'autorité publique en vienne à fixer des règles affectant profondément l'existence, l'organisation et le fonctionnement d'associations de droit privé ou à imposer aux activités de ces associations des contraintes telles



question – comme bien souvent – de proportionnalité³¹ : les libertés des établissements d'enseignement seraient violées si les autorités faisaient dépendre l'octroi de subsides de la réalisation de conditions excessives³².

7. Trois arrêts de la Cour constitutionnelle méritent d'être examinés avec un plus grand détail, car ils concernent des dispositifs par lesquels l'autorité, stimulée notamment par des motifs budgétaires, encourageait, plus ou moins fermement, les rapprochements entre des établissements d'enseignement³³. Dans cette mesure, ces affaires présentent une certaine connexité avec celle qui a donné lieu à l'arrêt commenté.

La première décision, prononcée le 2 février 2000³⁴, concernait une école secondaire qui pratiquait, en Communauté flamande, les méthodes pédagogiques préconisées par Rudolf Steiner. Cette école se plaignait des effets d'un décret de la Communauté flamande, lequel exigeait que les établissements qui ne répondaient pas aux minima de population scolaire – cas dans lequel se trouvait cette école – intègrent un centre d'enseignement (c'est-à-dire une association regroupant plusieurs écoles) ou, à défaut, aient recours à une procédure dérogatoire pour pouvoir maintenir leur subventionnement. Or, en raison des méthodes pédagogiques particulières auxquelles cette école adhérait, il lui était en pratique impossible de rejoindre à un centre d'enseignement qui correspondait à son projet éducatif. Par ailleurs, intégrer un centre caractérisé par une approche

pédagogique différente aurait constitué, pour la direction de cette école, un renoncement à l'exercice de sa liberté d'enseignement. Quant à la procédure exceptionnelle à laquelle il s'agissait de se soumettre à défaut d'adhésion à un centre, il en résultait une difficulté accrue d'obtenir un subventionnement et son issue se révélait, de surcroît, aléatoire. Dans ces conditions, la Cour a jugé que les dispositions contestées avaient, dans le chef des écoles qui adoptent une méthode pédagogique ou éducative spécifique, des effets disproportionnés par rapport à l'objectif poursuivi.

La deuxième affaire qu'il nous paraît utile d'évoquer concerne quant à elle l'enseignement supérieur en Communauté flamande³⁵. La législation litigieuse³⁶ prévoyait que pour pouvoir dispenser des formations qui mènent au grade de bachelier ou de master dans l'enseignement académique, les instituts supérieurs devaient former une association avec une université. À défaut d'une telle association, les instituts supérieurs ne pouvaient que délivrer des formations menant au grade de bachelier dans l'enseignement supérieur professionnel. Les requérants estimaient que cette règle, en ce qu'elle incitait au rapprochement entre différentes structures, portait atteinte à la liberté d'enseignement des établissements et des étudiants³⁷. La Cour constitutionnelle a reconnu que les objectifs du législateur flamand relevaient de l'intérêt général, dans la mesure où l'auteur de la norme cherchait à renforcer la qualité de l'enseignement supérieur et à promouvoir une utilisation efficace des deniers publics³⁸. La Cour a par ailleurs estimé que la liberté d'enseignement n'était pas affectée de manière substantielle par les dispositions attaquées³⁹, étant donné notamment que les instituts supérieurs qui voulaient contribuer à l'enseignement académique avaient le choix de déterminer eux-mêmes l'université avec laquelle ils désiraient s'associer, qu'ils détenaient un pouvoir de codéci-

que celles-ci, parce qu'elles n'auraient d'autre choix que de devenir de simples exécutantes de la politique décidée par l'autorité, seraient dénaturées dans leur essence même » (voy. Projet de décret portant organisation de la promotion de la santé en Communauté française, Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., sess. 1996-1997, n° 127/1, p. 16).

³¹ Ainsi, la Cour constitutionnelle a considéré que des dispositions qui imposaient à des établissements d'enseignement supérieur d'instaurer un système de décision interne démocratique laissaient, pour l'essentiel, la liberté d'enseignement intacte, notamment parce qu'elles ne portaient pas « atteinte à la liberté de créer des écoles et n'empêch[ai]ent 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 » (C.A., arrêt n° 85/95 du 14 décembre 1995, cons. B.2.8).

³² Pour de plus amples développements, voy. M. EL BERHOUMI, « Le droit au subventionnement et l'égalité en matière de financement », in X. DELGRANGE, L. DETROUX et M. EL BERHOUMI (dir.), *Les grands arrêts du droit de l'enseignement*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 619 à 633, ici pp. 624 à 626.

³³ Pour une analyse plus détaillée de ces arrêts, voy. M. EL BERHOUMI, « La liberté d'enseignement à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle – Chronique de jurisprudence 1999-2008 », *Les dossiers du Journal des tribunaux*, n° 73, 2009, pp. 20 à 25 (n°s 12 à 17).

³⁴ C.A., arrêt n° 14/2000 du 2 février 2000. Cet arrêt est notamment examiné par D. WAGNER, « Le principe d'égalité et son application dans le domaine de l'enseignement », in M. PAQUES et J.-C. SCHOLSEM (eds), *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit ?*, vol. 73, coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 187 à 220, ici pp. 204 et 205.

³⁵ C.A., arrêt n° 44/2005 du 23 février 2005. Cet arrêt est notamment examiné par M. EL BERHOUMI et L. VANCRAVEBECK, « Droit de l'enseignement en Communauté française », *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 51 (n° 28).

³⁶ Il s'agit du décret de la Communauté flamande du 4 avril 2003 relatif à la restructuration de l'enseignement supérieur en Flandre.

³⁷ C.A., arrêt n° 44/2005 du 23 février 2005, cons. A.12.2. et A.12.4.

³⁸ *Ibid.*, cons. B.20.1.

³⁹ *Ibid.*, cons. B.21. X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI ne partagent pas cet avis, voy. X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Les droits en matière d'enseignement », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 1175 à 1294, ici p. 1272 (n° 95).



sion au sein des structures de l'association, qu'ils conservaient leur caractère et leur financement propres et qu'ils avaient la possibilité de se retirer ultérieurement de l'association formée⁴⁰.

Enfin, le troisième cas que nous évoquons concerne le décret de la Communauté française du 7 novembre 2013, dit « décret paysage ». Dans son arrêt n° 53/2016 – décision fleuve –, la Cour constitutionnelle a notamment examiné le dispositif législatif qui impose à des établissements d'enseignement supérieur, qui sont individuellement habilités à organiser des études, de s'associer pour coorganiser certains cycles d'études, sous peine de perdre leur habilitation. Tout en reconnaissant qu'une telle mesure porte atteinte à la liberté d'enseignement et à la liberté d'association dans sa dimension négative, la Cour n'a pas jugé qu'elle était incompatible avec lesdites libertés. Cette conclusion repose notamment sur le fait que la mesure vise justement à préserver, dans un contexte budgétaire limité, la diversité des établissements (en favorisant l'association entre institutions par rapport à la suppression d'institutions)⁴¹. Elle prend également en compte le fait que « cette obligation ne concerne que les études supérieures de type court qui sont organisées par au moins deux établissements d'enseignement supérieur dans un même arrondissement administratif »⁴².

Ces trois arrêts confirment que la liberté d'enseignement implique en principe le droit de préserver l'autonomie ainsi que les caractéristiques pédagogiques ou philosophiques propres à un établissement d'enseignement, mais que des mesures législatives qui incitent des établissements à s'associer, en conditionnant le maintien ou l'octroi de certains avantages à de telles opérations de rapprochement, ne sont pas nécessairement inconstitutionnelles. Bien qu'il soit fort délicat de s'essayer à une théorie générale sur la base d'un nombre

limité de cas, nous apercevons trois critères qui pourraient induire des variations dans la sévérité de la Cour par rapport aux mesures contestées. Le premier – qui est aussi le plus significatif – tient à la nature du dispositif : une inconstitutionnalité est plus susceptible d'être constatée quand une obligation ou une quasi-obligation au rapprochement est imposée (comme dans la première affaire), que dans ceux où il s'agit d'une incitation (comme dans les deux autres cas). Le deuxième critère serait lié au niveau d'enseignement considéré ; à cet égard, un auteur a déjà signalé que la Cour laissait une moins large marge d'appréciation au législateur pour régler l'enseignement secondaire, que pour organiser l'enseignement supérieur⁴³. Enfin, le troisième critère concerne le contexte budgétaire : on remarque que, parmi les éléments généraux que la Cour constitutionnelle apprécie, les motifs budgétaires invoqués par le législateur communautaire tendent à retenir particulièrement son attention⁴⁴.

III. UN ARRÊT QUI S'INSCRIT DANS LA TENDANCE

8. C'est notamment à l'aune de ce contexte jurisprudentiel que nous analysons l'arrêt n° 57/2017 de la Cour constitutionnelle et la disposition litigieuse du décret de la Communauté française – objet de cet arrêt – qui offrait un avantage financier aux universités qui avaient procédé à des fusions. Nous ferons d'abord un bref détour par un avis du Conseil d'État qui avait épinglé une série

⁴³ Voy. M. EL BERHOUMI, « La liberté d'enseignement à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle – Chronique de jurisprudence 1999-2008 », *Les dossiers du Journal des tribunaux*, n° 73, 2009, p. 94 (n° 105). L'auteur estimait que « [v]u la tendance législative, il est difficile d'apercevoir aujourd'hui un semblant de liberté d'ouvrir un établissement d'enseignement supérieur dans un contexte de rationalisation ou de le maintenir dans un contexte de fusions » (*ibid.*, pp. 94 et 95 [n° 105]).

⁴⁴ À titre d'exemple, la Cour a jugé qu'« [i]l appartient au législateur décretaal d'apprécier, compte tenu de la marge budgétaire limitée dont il dispose, si un changement de politique en matière de financement des universités est nécessaire. Cela vaut d'autant plus que, comme pour le décret structurel du 4 avril 2003, inspiré de la déclaration dite « de Bologne », on réalise une réforme fondamentale de l'enseignement supérieur, laquelle a une incidence sur le financement des instituts supérieurs, en particulier à la suite de l'académisation des formations en deux cycles dispensées par les instituts supérieurs » (C.A., arrêt n° 29/2005 du 9 février 2005, cons. B.10.2., al. 2). Sur les motifs budgétaires dans la jurisprudence constitutionnelle relative à l'enseignement, voy. not. D. DÉOM, « L'enseignement est libre : quel avenir pour une petite phrase riche de passé ? », in X, *Hommage à Francis Delpierre – Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 438 à 452, ici p. 441 ; M. EL BERHOUMI, « La liberté d'enseignement à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle – Chronique de jurisprudence 1999-2008 », *Les dossiers du Journal des tribunaux*, n° 73, 2009, p. 24 (n° 17). Pour une analyse plus large de ce phénomène, voy. C. BEHRENDT et X. MINY, « Les motifs budgétaires dans le contentieux constitutionnel », *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2018/1, pp. 17 à 30.



d'écueils juridiques (n° 9). Nous décrivons ensuite le raisonnement que la Cour constitutionnelle a développé en réponse aux deux questions préjudicielles qui lui ont été posées (n° 10) et poursuivons avec quelques réflexions critiques (n° 11).

9. Dans l'avis qu'elle a rendu sur le décret Bologne, alors à l'état de projet, la section de législation du Conseil d'État avait déjà relevé que le dispositif qui instaurait de nouvelles formes de rapprochement entre les universités soulevait certaines difficultés au regard des libertés d'enseignement et d'association. Le Conseil constatait d'abord, à propos des académies, que, même si le décret n'obligeait pas les universités à adhérer à ces structures, il leur réservait « des avantages essentiels »⁴⁵, tel que par exemple, l'exclusivité de l'organisation des formations de troisième cycle et des masters complémentaires⁴⁶. Ceci avait amené le Conseil d'État à estimer que « l'université qui choisirait de ne pas s'associer devrait renoncer à des éléments fondamentaux de son objet social »⁴⁷ et que, de la sorte, « des atteintes importantes [étaient] portées tant à la liberté d'enseignement qu'à la liberté d'association dans le chef des universités libres »⁴⁸. Le législateur était, pour ces motifs, exhorté à démontrer que ces dérogations à des principes constitutionnels étaient justifiées – ce qui ne semblait pas aller de soi aux yeux du Conseil d'État. Ce dernier s'est par ailleurs exprimé sur les dispositions relatives aux fusions entre universités. S'il n'a pas spécifiquement traité des avantages financiers qui pouvaient résulter de ces fusions, le Conseil a affirmé que « les mêmes observations valent pour la possibilité de fusion réservée aux universités d'une même académie »⁴⁹. Les propos critiques du Conseil d'État ont sans doute contribué à motiver les auteurs d'un

recours en annulation dont la Cour constitutionnelle (alors, Cour d'arbitrage) a été saisie après la promulgation du décret de 2004 ; l'arrêt auquel ce recours a donné lieu n'apporte cependant guère d'éléments utiles à notre réflexion, dans la mesure où les moyens qui étaient articulés sur les atteintes aux libertés d'enseignement et d'association générées par les incitations au rapprochement entre universités ont été déclarés irrecevables et n'ont donc pas été examinés sur le fond⁵⁰.

10. Ce n'est qu'une douzaine d'années plus tard que la Cour constitutionnelle a finalement été saisie, par le biais de questions préjudicielles, d'une affaire qui concerne spécifiquement les avantages financiers liés à la fusion entre universités. L'arrêt n° 57/2017, objet du présent commentaire, apporte les réponses développées par les juges constitutionnels. Avant de livrer quelques réflexions critiques, nous décrivons, dans les lignes qui suivent, le raisonnement et les conclusions de la Cour.

Par la première question préjudicielle, le Tribunal de première instance francophone de Bruxelles demande si la disposition qui dispense les universités qui ont fusionné du système de plafonnement est compatible avec le principe d'égalité en ce que le dispositif ne réserve pas « un traitement différent ou approprié aux universités pour lesquelles les conditions requises pour fusionner sont objectivement plus difficiles ou impossibles à remplir »⁵¹. La seconde question s'inscrit dans le prolongement direct de la première. Il s'agit de vérifier si le principe d'égalité est violé par le fait que la législation contestée, en prévoyant un système de financement sur enveloppe fermée, implique que l'avantage financier dont bénéficient certaines universités entraîne automatiquement une perte financière pour celles qui ne peuvent s'en prévaloir. La deuxième question ne constitue au fond qu'une variante de la première ; elle met l'accent sur l'ampleur de la différence de traitement que la norme attaquée est susceptible de provoquer entre les universités.

Notre première observation consiste à relever que les questions préjudicielles posées invitent la Cour à examiner les dispositions décrétales litigieuses par le prisme du principe d'égalité

⁴⁵ Projet de décret définissant l'enseignement supérieur, favorisant son intégration à l'espace européen de l'enseignement supérieur et refinançant les universités, Avis du Conseil d'État n° 36.275/2 du 14 janvier 2004, *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., sess. 2003-2004, n° 498/1, p. 113.

⁴⁶ La section de législation du Conseil d'État mentionne aussi, parmi d'autres exemples, la possibilité d'obtenir des moyens supplémentaires dans le cadre de l'aide à la réussite. Avis du Conseil d'État n° 36.275/2 du 14 janvier 2004, *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., sess. 2003-2004, n° 498/1, p. 113.

⁴⁷ Projet de décret définissant l'enseignement supérieur, favorisant son intégration à l'espace européen de l'enseignement supérieur et refinançant les universités, Avis du Conseil d'État du 14 janvier 2004, *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., sess. 2003-2004, n° 498/1, p. 113.

⁴⁸ Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., sess. 2003-2004, n° 498/1, p. 113.

⁴⁹ Projet de décret définissant l'enseignement supérieur, favorisant son intégration à l'espace européen de l'enseignement supérieur et refinançant les universités, Avis du Conseil d'État du 14 janvier 2004, *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., sess. 2003-2004, n° 498/1, p. 113.

⁵⁰ C.A., arrêt n° 167/2005 du 23 novembre 2005, cons. B.10.3. et B.11.

⁵¹ Trib. franc. Bruxelles (4^e ch.), 25 septembre 2015. Les questions sont reprises dans C.A., arrêt n° 167/2005 du 23 novembre 2005.



– dans sa dimension générale⁵² et dans sa dimension spécifique au domaine de l'enseignement⁵³. Autrement dit, le juge *a quo* n'a pas estimé utile d'interroger la haute juridiction sur la compatibilité des mesures avec la liberté d'enseignement ou la liberté d'association, alors qu'on a remarqué à travers l'évocation de la jurisprudence antérieure que ces droits fondamentaux peuvent constituer des fondements juridiques pertinents pour contester les règles qui obligent ou incitent les établissements d'enseignement à opérer des rapprochements entre eux⁵⁴. On peut dès lors se demander si une formulation des questions préjudicielles qui aurait directement pris ces aspects en considération aurait mené la Cour à une conclusion différente. Une réponse positive à cette question ne peut sans doute pas être écartée⁵⁵. Il nous semble cependant que la réflexion sur les libertés d'enseignement et d'association est latente dans l'arrêt commenté : en comparant la situation de différentes universités de la Communauté française, quant à l'effet des dispositions litigieuses, la Cour examine aussi, dans une certaine mesure, la portée des atteintes aux libertés précitées⁵⁶. Des questions préjudicielles expressément articulées sur ces libertés n'auraient donc pas nécessairement impliqué un résultat différent.

Pour répondre à la première question, la juridiction constitutionnelle compare la situation des universités de la Communauté française dans le contexte législatif litigieux et constate que l'Université libre de Bruxelles se trouve dans une situation singulière, étant la seule qui n'est ni organisée par la Communauté française, ni confessionnelle⁵⁷. La Cour reconnaît que cette particularité pouvait

rendre une fusion de cette université avec une autre « plus difficile, de sorte que l'Université libre de Bruxelles est, au regard de la disposition en cause, dans une situation essentiellement différente des autres universités reconnues par la Communauté française »⁵⁸. Or, la jurisprudence antérieure de la Cour affirme que les universités doivent « toutes être traitées de manière égale, à moins qu'il existe entre elles des différences objectives permettant de justifier raisonnablement un traitement différent » et que, inversement, « elles doivent être traitées de manière différente lorsqu'elles se trouvent dans une situation intrinsèquement différente au regard de la mesure attaquée, sauf s'il existe une justification objective et raisonnable au traitement égal »⁵⁹. Si cette affirmation n'est pas reprise explicitement dans l'arrêt commenté, la Cour en rappelle la substance à travers une formulation plus générale du principe d'égalité⁶⁰.

Quant à la question de savoir si, en l'espèce, le traitement identique d'universités qui se trouvent dans des situations différentes peut être justifié, la Cour prend d'abord acte de ce que la mesure litigieuse visait principalement à lever les conditions de financement défavorables à une fusion entre universités⁶¹, c'est-à-dire à limiter ou compenser les inconvénients financiers d'une fusion interuniversitaire⁶². Elle considère ensuite que, compte tenu de cet objectif, l'identité de traitement constatée est raisonnablement justifiée⁶³. À l'appui de cette conclusion, les juges constitutionnels mentionnent que les conditions auxquelles il fallait satisfaire pour pouvoir fusionner étaient les mêmes pour toutes les universités et que l'Université libre de Bruxelles aurait concrètement pu fusionner avec l'Université de Mons, qui faisait partie de la même Académie⁶⁴. À cet égard, la Cour ne revient sur la situation singulière de l'Université libre de Bruxelles que pour indiquer que la Faculté polytechnique de Mons qui, comme elle, n'avait ni un caractère public, ni un caractère confessionnel, a bel et bien participé à une

⁵² Art. 10 et 11 de la Constitution.

⁵³ Art. 24, § 4, de la Constitution.

⁵⁴ Voy. *supra*, n° 7.

⁵⁵ Une autre formulation des questions préjudicielles ou la formulation d'autres questions aurait à tout le moins forcé la Cour à enrichir son raisonnement juridique. Cela aurait été d'autant plus intéressant que la Cour constitutionnelle a reconnu, à tout le moins formellement, une dimension particulière à la liberté d'association lorsqu'elle « est utilisée pour assurer l'exercice d'une autre liberté » (voy. not. C.A., arrêt n° 48/2005 du 1^{er} mars 2005, cons. B.8.).

⁵⁶ L'Université libre de Bruxelles, dans son argumentaire, soulève explicitement l'atteinte à sa liberté d'enseignement (voy. C.C., arrêt n° 57/2017 du 18 mai 2017, cons. A.4). La formulation des questions préjudicielles amène cependant la Cour à se focaliser sur le principe d'égalité. Bien que, dans les deux questions, l'article 24 de la Constitution dans sa globalité soit pris comme norme de référence, la Cour a pu considérer que c'était le § 4 de cet article (principe d'égalité en matière d'enseignement) que le juge *a quo* visait en particulier. On observe ainsi que, dans les passages de l'arrêt où la Cour synthétise les questions, elle mentionne plus précisément l'article 24, § 4, de la Constitution (cons. B.3., pour la première question, et cons. B.11., pour la seconde).

⁵⁷ C.C., arrêt n° 57/2017 du 18 mai 2017, cons. B.6., al. 2.

⁵⁸ *Ibid.*, cons. B.6., al. 3.

⁵⁹ C.A., arrêt n° 29/2005 du 9 février 2005, cons. B.9., al. 4 ; voy. aussi C.A., arrêt n° 141/2005 du 13 septembre 2005, cons. B.4.

⁶⁰ C.C., arrêt n° 57/2017 du 18 mai 2017, cons. B.4.2.

⁶¹ Voy. *ibid.*, cons. B.7., al. 1^{er}, ainsi que les documents parlementaires qui y sont cités.

⁶² Voy. *ibid.*, cons. B.7., al. 2 et 3, ainsi que les documents parlementaires qui y sont cités.

⁶³ Voy. *ibid.*, cons. B.9., al. 1^{er}.

⁶⁴ Voy. *ibid.*, cons. B.9., al. 2.



opération de fusion – en l’occurrence avec l’Université de Mons-Hainaut, quant à elle organisée par la Communauté française, en vue de constituer l’Université de Mons⁶⁵. La Cour semble vouloir signaler, par ce raisonnement, qu’une fusion entre universités de réseaux différents n’a rien d’impossible et ainsi contribuer à démontrer le caractère proportionné de la mesure attaquée.

La réponse de la Cour constitutionnelle à la seconde question – qui, comme nous l’avons signalé, n’est qu’une variante de la première – ne nécessite que peu de développements. Le juge *a quo* cherche à savoir si le fait que le dispositif législatif puisse, par-delà le gain financier qu’il procure aux universités qui fusionnent, impliquer une perte de moyens pour celles qui ne fusionnent pas, provoque ou non une violation du principe d’égalité. Un élément mérite d’être épinglé : la Cour relève ici que le but de la mesure n’est pas seulement de lever les conditions de financement défavorables à la fusion, mais aussi d’inciter les universités à fusionner⁶⁶. Cette constatation amène la juridiction à considérer que le législateur a pu pertinemment établir une distinction entre les universités qui ont opéré une fusion et celles qui ne l’ont pas fait⁶⁷. Ensuite, la Cour constitutionnelle remarque que « le fait que toute augmentation de la partie variable de l’allocation qui revient à une université diminue le montant total des quotes-parts attribuées aux autres universités est inhérent au “système d’enveloppe fermée” »⁶⁸. Finalement, elle conclut à l’inexistence d’une violation du principe d’égalité en s’appuyant sur le raisonnement développé en réponse à la première question et en ajoutant qu’il est impossible de mesurer l’ampleur d’une éventuelle discrimination, dans la mesure où une fusion engendre à la fois des économies d’échelle et des surcoûts⁶⁹.

11. Après avoir ainsi relaté le contenu de l’arrêt commenté, nous poursuivons avec quelques considérations critiques. De façon générale, il apparaît que l’arrêt n° 57/2017 s’inscrit dans la tendance jurisprudentielle, décrite *supra*⁷⁰, qui admet une certaine relativisation des libertés des

établissements d’enseignement, dans la mesure où un dispositif législatif qui incite à la fusion entre de tels établissements (ici, des universités) passe l’épreuve du contrôle de constitutionnalité. Dans la présente affaire, on peut observer qu’il existait plusieurs facteurs – parmi ceux que nous avons identifiés précédemment⁷¹ – qui étaient de nature à convaincre la Cour de laisser au législateur une marge d’appréciation relativement large : la mesure créait une incitation, plutôt qu’une obligation ; elle concernait l’enseignement supérieur, plutôt que l’enseignement secondaire ; elle était enfin motivée, notamment, par des considérations budgétaires, puisqu’elle s’appliquait dans un contexte d’enveloppe fermée.

La comparaison avec les arrêts n°s 14/2000, 44/2005 et 53/2016 présente cependant une limite importante puisque, comme on l’a déjà indiqué, le contrôle n’a explicitement été exercé, dans l’arrêt commenté, que sur le fondement du principe d’égalité et n’a pas inclus un examen des dispositions litigieuses par rapport aux libertés d’enseignement ou d’association⁷² – carence qu’on ne pourrait pas reprocher à la Cour. Pour cette raison, nous poursuivons notre réflexion en nous focalisant sur le raisonnement qu’a suivi la Cour dans son examen de conformité au principe d’égalité. Notre étude de l’arrêt nous a en effet amené à soulever plusieurs questions qui sont interconnectées.

Nous nous demandons d’abord s’il n’existe pas une certaine incohérence entre deux affirmations de la Cour : celle-ci reconnaît, d’une part, que l’Université libre de Bruxelles se trouve, au regard de la disposition en cause, dans une « situation essentiellement différente »⁷³ des autres universités – ce qui *a priori* requiert la soumission à un traitement différent –, pour constater ensuite, d’autre part, que l’identité de traitement est justifiée notamment parce que les conditions pour fusionner sont identiques pour toutes les universités⁷⁴. Or, étant donné que l’identité des normes est précisément au cœur du problème juridique à l’examen, il nous paraît douteux d’utiliser l’argument de l’identité des normes applicables comme élément de justification.

⁶⁵ Voy. *ibid.*, cons. B.9., al. 2.

⁶⁶ Voy. *ibid.*, cons. B.14.

⁶⁷ Voy. *ibid.*, cons. B.14.

⁶⁸ *Ibid.*, cons. B.15., al. 1^{er}.

⁶⁹ Voy. *ibid.*, cons. B.15., al. 2.

⁷⁰ Voy. n° 5 à 7.

⁷¹ Voy. *supra*, n° 7.

⁷² Voy. *supra*, n° 10.

⁷³ Voy. *ibid.*, cons. B.6., al. 3.

⁷⁴ Voy. *ibid.*, cons. B.9., al. 2.



Dans la continuité du point précédent, la référence que propose la Cour à la fusion entre l'Université de Mons-Hainaut (institution financée par la Communauté française) et la Faculté polytechnique de Mons (institution libre et non confessionnelle) ne nous convainc pas entièrement. Si cet exemple démontre en effet qu'une fusion entre deux universités qui relèvent de réseaux différents n'est pas impossible, il montre aussi – et, à notre avis, surtout – que la fusion conduit à la disparition des caractéristiques essentielles d'au moins une des institutions qui sont concernées par l'opération. L'Université de Mons, fruit de cette fusion, est aujourd'hui une université financée par la Communauté française (au même titre que l'Université de Liège) et ne reflète pas le caractère à la fois libre et non-confessionnel de l'ancienne Faculté polytechnique de Mons. D'un autre côté, il ne faudrait pas perdre de vue que l'Université libre de Bruxelles a concrètement envisagé de fusionner avec les deux universités montoises qui formaient autrefois une académie avec elle et que l'échec de ce projet est davantage dû à la résistance des universités montoises qu'à une absence de volonté de l'ULB⁷⁵. On peut donc admettre, avec la Cour, qu'une fusion entre des universités de deux réseaux différents est possible, mais il nous semble aussi nécessaire d'analyser de façon nuancée et pragmatique les conséquences d'une telle opération.

À cet égard, on peut d'ailleurs s'étonner que la Cour constitutionnelle n'ait, en aucun point de son raisonnement, cherché à mesurer ce que représente, pour une université, la fusion avec une autre : il ne s'agit pas, comme dans d'autres affaires dont la Cour a été saisie et que nous avons évoquées *supra*⁷⁶, d'un rapprochement ou d'une association, qui préserve plus ou moins largement l'autonomie de chaque membre, mais d'une opération quasi-irréversible qui fait disparaître une ou plusieurs institutions. Certes, il paraît possible de garantir une forme d'autonomie à des composantes d'une université issue d'une fusion (par exemple à la partie qui correspond à une ancienne université), mais il nous semble difficile de soutenir que la fusion n'atteint pas l'autonomie, qui, si

elle n'est pas significativement restreinte, est certainement à tout le moins plus précaire⁷⁷. Comme le note un auteur, la fusion à cela de particulier qu'elle est soit « le produit de l'absorption d'une institution par une autre » soit « la constitution d'une institution nouvelle à partir de la fusion de deux ou plusieurs institutions contributrices »⁷⁸. Il nous semble que, même en réponse à des questions exclusivement articulées sur le principe d'égalité, une plus grande prise en considération des effets de la norme attaquée aurait été pertinente.

À notre avis, une telle analyse s'impose avec plus de force dans le domaine de l'enseignement universitaire, parce que le législateur, contrairement à la pratique habituelle, n'y intervient pas exclusivement selon une approche générale et abstraite. En effet, la législation dans laquelle les dispositions litigieuses sont insérées énumère un petit nombre d'institutions qui sont les destinataires individualisés des normes en cause, ce qui signifie que le législateur règle des situations concrètes, dont il connaît bien les spécificités⁷⁹. Dans d'autres circonstances, la Cour admet à raison que, eu égard à la grande diversité des situations, le législateur établisse des critères simples et généraux même si cela revient à appréhender la réalité avec une certaine approximation⁸⁰. Cette approche nous paraît cependant moins facilement admissible dans le contexte particulier que nous venons de décrire. Nous en déduisons que la Cour constitutionnelle aurait pu effectuer un examen plus strict afin de prendre en compte la situation singulière de l'Université libre de Bruxelles et les effets sur les traits fondamentaux de cette dernière en cas de fusion avec une autre université.

Enfin, même dans le cas où on admet qu'une telle mesure d'incitation à la fusion entre universités est, dans son principe, compatible avec les articles 10, 11 et 24, § 4, de la Constitution, y compris en ce que cette mesure s'applique à

⁷⁵ Voy. not. J.-É. CHARLIER et M. MOLITOR, « Les projets de fusion dans l'enseignement supérieur en Hainaut et dans le Luxembourg », *Cour. hebd. CRISP*, 2015, n° 2271-2272, pp. 18 et s.

⁷⁶ Voy. n° 7.

⁷⁷ Dans son argumentaire, l'Université catholique de Louvain avançait que « la fusion de deux universités n'empêche pas celles-ci de veiller à préserver leurs spécificités et n'entraîne pas nécessairement un changement de nature juridique, une soumission ou une perte d'autonomie » (C.C., arrêt n° 57/2017 du 18 mai 2017, cons. A.7., al. 3).

⁷⁸ M. MOLITOR, « Les transformations du paysage universitaire en Communauté française », *Cour. hebd. CRISP*, 2010/7 (n° 2052-2053), pp. 59 et 60.

⁷⁹ Voy. not. l'art. 25, al. 1^{er}, de la loi du 27 juillet 1971 sur le financement et le contrôle des institutions universitaires.

⁸⁰ Voy. not., dans le domaine de l'enseignement, C.C., arrêt n° 65/2013 du 8 mai 2013, cons. B.6., al. 3.



l'Université libre de Bruxelles, il reste utile de s'interroger – à notre avis davantage que ce que la Cour ne l'a fait – sur la proportionnalité des modalités précises de ladite mesure. À ce sujet, il n'aurait pas été impossible de considérer l'ampleur de l'incitant, tel qu'il était conçu, afin de la mesurer aux objectifs déclarés par le législateur et approuvés par la Cour. On a l'impression que, sur ce point, les juges constitutionnels bottent en touche en considérant notamment que « les chiffres ne permettent pas d'établir avec certitude dans quelle mesure une université n'ayant pas fusionné serait discriminée par rapport à une université ayant fusionné »⁸¹. Tout en admettant qu'il est difficile d'effectuer des calculs précis, il n'aurait pas été inconcevable d'évoquer un ordre de grandeur⁸². Il nous semble par ailleurs possible d'identifier deux points sur lesquels un débat juridique aurait été pertinent. D'une part, on relève que *ratione materiae*, le dispositif offre aux universités qui ont fusionné une exemption de plafonnement – et donc un gain financier – pour l'intégralité de la population d'étudiants qui est surnuméraire par rapport au plafond fixé par la législation, y compris pour la partie de cette population qui, le cas échéant, entraînait déjà le dépassement de ce plafond avant toute opération. Autrement dit, l'ampleur du gain financier dont bénéficie une université qui en absorbe une autre – et de la perte financière que subissent des universités qui n'ont pas fusionné – est non seulement fonction de l'augmentation du nombre d'étudiants que produit la fusion, mais prend éventuellement aussi en compte des populations d'étudiants qui se trouvaient déjà inscrits, avant la fusion, au sein de l'université absorbante. D'autre part, au point de vue *ratione temporis*, les aménagements financiers instaurés en 2004 avaient une vocation pérenne. On peut se demander si un mécanisme transitoire, visant à compenser financièrement les coûts supplémentaires générés pendant quelques années par la mise en œuvre d'une fusion entre universités, n'aurait pas suffi à atteindre les objectifs que le législateur de la Communauté française s'était fixé, sans créer des inconvénients plus

significatifs – car instaurés sur le long terme – pour certaines universités⁸³.

*
* *

12. Face à un décret de la Communauté française qui incitait financièrement les universités membres d'une académie à fusionner entre elles, l'Université libre de Bruxelles a estimé qu'elle se trouvait dans une position défavorable, qui portait atteinte à certains droits garantis par la Constitution belge. À défaut d'autres universités à la fois libres et non confessionnelles en Communauté française de Belgique, l'Université libre de Bruxelles ne pouvait pas trouver un partenaire avec lequel elle aurait pu fusionner sans qu'au moins une des institutions concernées perde ses caractéristiques fondamentales. Elle se trouvait donc dans une position qui rendait difficilement accessibles les avantages financiers liés à la fusion et qui, dans un système d'enveloppe fermée, signifiait même qu'elle perdait des moyens financiers en raison de l'augmentation des allocations destinées aux universités qui avaient fusionné. Ne pas (pouvoir) fusionner allait engendrer un appauvrissement dans son chef.

Dans ce contexte, la Cour constitutionnelle a été saisie de questions préjudicielles, l'invitant uniquement à vérifier le respect par les dispositions litigieuses du principe d'égalité, alors qu'il existait aussi des enjeux en matière de liberté d'enseignement et de liberté (négative) d'association. La manière dont les questions ont été formulées a certainement contribué à limiter le champ de la réflexion que la Cour aurait pu développer. Toutefois, vu la relativisation de la liberté d'enseignement et de la liberté d'association que la jurisprudence antérieure reconnaît aux établissements d'enseignement supérieurs, on peut douter que la Cour aurait sanctionné le législateur, même en se fondant expressément sur les dispositions qui consacrent ces libertés. Quant à sa conclusion, il nous semble que l'arrêt commenté s'inscrit dès lors dans la tendance de la jurisprudence. La Cour admet la mesure d'incitation à la fusion qui est inspirée par la volonté de rationali-

⁸¹ C.C., arrêt n° 57/2017 du 18 mai 2017, cons. B.15., al. 2.

⁸² Ne serait-ce qu'en se référant aux prétentions de l'Université libre de Bruxelles, selon laquelle le manque à gagner s'élève entre 1.650.000 et 3.700.000 EUR.

⁸³ On peut se demander, à cet égard, si le fait que la mesure attaquée avait été abrogée au moment où la Cour allait se prononcer à son sujet n'a pas pu avoir une certaine influence sur son appréciation de la situation.



ser le système universitaire en Communauté française. Sans mettre frontalement cette conclusion en cause, nous avons formulé des commentaires critiques à propos du raisonnement de la Cour, qui nous paraît lacunaire sur certains points⁸⁴. Dans le cadre du test de proportionnalité opéré par la haute juridiction, il nous semble en effet qu'il aurait été possible de prendre davantage en considération les effets de la mesure contestée, en particulier à travers deux éléments : d'une part, l'implication concrète des opérations de fusion sur les universités qui s'y livrent et, d'autre part, la nature ainsi que la portée de l'incitant qui a été créé pour favoriser ces opérations.

– **ARRÊT N° 39/18 DU 29 MARS 2018**

J. Spreutels et A. Alen, E. De Groot, L. Lavrysen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, T. Merckx-Van Goey, F. Daoût et Th. Giet
Plaid. : Mes Fr. Krenc, J. Bourtembourg, Fr. Belleflamme, J. Sautois, et M. Nihoul
e.c : le recours en annulation partielle du décret de la Communauté française du 13 juillet 2016 relatif à la mise en œuvre d'un cours de philosophie et de citoyenneté dans l'enseignement fondamental ainsi qu'au maintien de l'encadrement pédagogique alternatif dans l'enseignement secondaire.

Cour constitutionnelle – Recours en annulation – Intérêt à agir – Intérêt concret – Absence de formalisme excessif

Exiger des parties requérantes qu'elles prouvent, à l'appui de leur intérêt au recours, qu'elles ne remplissent pas les conditions imposées par le décret reviendrait à exiger d'elles qu'elles fassent la preuve d'un fait négatif, ce qui serait, compte tenu de la position respective des parties en présence, excessivement formaliste.

Égalité et non-discrimination – Accès à la fonction d'enseignant – Titre requis – Diplôme de niveau baccalauréat – Maîtres de religion

Enseignement – Communauté française – Personnel de l'enseignement – Accès à la fonction d'enseignant – Titre requis – Diplôme de niveau baccalauréat – Maîtres de religion

La condition d'être porteur d'un diplôme au moins équivalent à celui de bachelier étant justifiée, la circonstance que cette condition empêcherait, en pratique, un nombre plus important de maîtres de religion que de maîtres de morale non confessionnelle de se voir désigner dans la fonction de maître de philosophie et de citoyenneté n'est pas de nature à mettre cette justification en cause.

Enseignement – Communauté française – Neutralité de l'enseignement – Interdiction d'enseigner la philosophie et la citoyenneté ainsi que la religion et la morale au sein d'une même implantation – Égalité entre les enseignants – Liberté d'enseignement

Il peut être admis que, s'agissant d'un nouveau cours dans une matière sensible, le législateur décretaal veuille s'assurer non seulement de la capacité des enseignants à le dispenser de manière neutre mais également du fait qu'aucune confusion ne puisse être créée chez les enfants, qui, à l'âge auquel ils fréquentent l'enseignement fondamental, n'ont pas encore développé d'esprit critique, entre les convictions affichées par les maîtres de morale ou de religion, d'une part, et le contenu neutre du nouveau cours, dispensé par les maîtres de philosophie et de citoyenneté, d'autre part. L'interdiction d'exercer les deux fonctions dans le même établissement ou dans la même implantation, est un moyen pertinent pour atteindre cet objectif légitime. En effet, cette interdiction permet de s'assurer qu'aucun enfant ne se verra confronté au risque de confusion qui pourrait naître de la circonstance qu'il se verrait enseigner la philosophie et la citoyenneté par la même personne que celle qui, par ailleurs, lui a enseigné ou lui enseignera la morale non confessionnelle ou la religion au cours de son cursus scolaire.

*
* *

ARRÊT (EXTRAITS)

Quant au contexte et à l'objet du décret attaqué

B.1.1. La Communauté française a, par décret du 22 octobre 2015 « relatif à l'organisation d'un

⁸⁴Voy. *supra*, n° 11.

