

Rolnummer 987
Arrest nr. 36/97 van 19 juni 1997

ARREST

In zake : de prejudiciële vraag betreffende artikel 3 van de wet van 29 mei 1959 tot wijziging van sommige bepalingen van de onderwijswetgeving, gesteld door de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel.

Het Arbitragehof,

samengesteld uit voorzitter L. De Grève en wnd. voorzitter L. François, en de rechters P. Martens, G. De Baets, E. Cerexhe, H. Coremans en A. Arts, bijgestaan door de griffier L. Potoms, onder voorzitterschap van voorzitter L. De Grève,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* *

I. *Onderwerp van de prejudiciële vraag*

Bij vonnis van 16 september 1996 in zake de v.z.w. Hiberniaschool tegen de Vlaamse Gemeenschap, waarvan de expeditie op 3 oktober 1996 ter griffie van het Hof is ingekomen, heeft de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel de volgende prejudiciële vraag gesteld :

« Schendt artikel 3 van de wet van 29 mei 1959 tot wijziging van sommige bepalingen van de onderwijswetgeving artikel 24 van de Grondwet in zoverre dit artikel 3 het woord 'karakter' definieert als zijnde confessioneel, niet-confessioneel en pluralistisch en derhalve deze indeling als onderscheidingsgrond voor een aangepaste behandeling qua subsidiering wordt gehanteerd ? »

II. *De feiten en de voorgaande rechtspleging*

Bij de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel is door de v.z.w. Hiberniaschool, met zetel te 2000 Antwerpen, Volksstraat 40, een vordering ingesteld om voor recht te horen zeggen dat de normen vervat in artikel 23, § 1, b), van het koninklijk besluit van 30 maart 1982 betreffende de scholengemeenschappen voor secundair onderwijs en houdende het rationalisatie- en programmatieplan van het secundair onderwijs met volledig leerplan van toepassing zijn op de Hiberniaschool, die functioneert volgens de Steinerpedagogie, en de Vlaamse Regering dan ook te horen veroordelen tot verdere subsidiering van de school zolang zij voldoet aan de normen vervat in voormeld artikel 23 van het koninklijk besluit van 30 maart 1982 en dit voor het geheel van het binnen haar onderwijsinrichting verstrekte onderwijs.

Voor scholen met een eigen « karakter », zoals de v.z.w. Hiberniaschool, zijn de schoolbevolkingsminima waarin artikel 21 van het koninklijk besluit van 30 maart 1982 voorziet, de algemene norm. Vanaf het schooljaar 1993-1994 voldeed de school niet langer aan die norm, maar zij verkreeg voor dat schooljaar alsmede voor het daaropvolgende schooljaar een afwijking. Voor het schooljaar 1995-1996 werd door de Vlaamse Onderwijsraad (VLOR) een ongunstig advies verleend, zodat de Vlaamse Regering geen afwijking meer toestond.

De v.z.w. Hiberniaschool beroept zich voor de Rechtbank van eerste aanleg op artikel 23, § 1, van het koninklijk besluit van 30 maart 1982, dat als volgt luidt :

« De in artikel 18 vermelde schoolbevolkingsminima worden per graad of per cyclus met 2/3 verminderd indien de betrokken instelling niet uitsluitend beroepssecundair onderwijs inricht en voor zover zij :

a) hetzij enkel bestaat uit de eerste graad of enkel uit de eerste twee graden en enkel uit de lagere cyclus en gelegen op een afstand van ten minste 8 km van een andere instelling met hetzelfde karakter en behorend tot hetzelfde net, waarin dezelfde graad of dezelfde graden of dezelfde cyclus georganiseerd zijn;

b) hetzij de derde graad of de hogere cyclus omvat en gelegen is op een afstand van tenminste 12 km van een andere instelling met hetzelfde karakter en behorend tot hetzelfde net, waarin dezelfde graad of dezelfde cyclus is georganiseerd.

[...] »

Uit de debatten ten gronde is gebleken dat die bepaling inhoudelijk niet van toepassing is op de v.z.w. Hiberniaschool. Het begrip « hetzelfde karakter » verwijst immers naar de driedelige indeling van artikel 3 van de schoolpactwet, te weten de confessionele, niet-confessionele dan wel pluralistische aard van het verstrekte

onderwijs.

Zowel de v.z.w. Hiberniaschool als de Raad van State in vroegere arresten, stellen dat de school een « eigen karakter » heeft, onderscheiden van de driedelige indeling van de wet. Volgens de Raad van State is artikel 23 van het koninklijk besluit van 30 maart 1982 in die termen gesteld dat een school met een « eigen karakter » die in een agglomeratie gevestigd is, niet - althans niet zonder kunst- en vliegwerk - in het bepaalde van dat artikel kan worden ingepast.

De Rechtbank is van oordeel dat zij geen kunst- of vliegwerk verricht en meent dat moet worden nagegaan of artikel 23 van het koninklijk besluit van 30 maart 1982 een schending inhoudt van het verbod van discriminatie en het recht op en de vrijheid van onderwijs.

Aan het onderscheid dat uit artikel 23 van het voormelde koninklijk besluit voortvloeit, ligt artikel 3, § 2, derde lid, van de wet van 29 mei 1959 ten grondslag, bepaling die reeds in een indeling voorzag van, enerzijds, de inrichtingen die behoren tot één van de categorieën « niet-confessioneel », « confessioneel » of « pluralistisch », zoals gedefinieerd in de artikelen 2 en 4 van die wet, en, anderzijds, de inrichtingen waarvan het onderwijs niet behoort tot één van de categorieën bedoeld in het derde lid van § 2.

De Rechtbank heeft zich de vraag gesteld of de wettelijke onderscheidingsgrond van het confessionele, het niet-confessionele en pluralistische karakter, enerzijds, en het « eigen karakter » van de andere scholen, anderzijds, objectief is en heeft daarom de voormelde prejudiciële vraag gesteld.

III. *De rechtspleging voor het Hof*

Bij beschikking van 3 oktober 1996 heeft de voorzitter in functie de rechters van de zetel aangewezen overeenkomstig de artikelen 58 en 59 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof.

De rechters-verslaggevers hebben geoordeeld dat er geen aanleiding was om artikel 71 of 72 van de organieke wet toe te passen.

Van de verwijzingsbeslissing is kennisgegeven overeenkomstig artikel 77 van de organieke wet bij op 15 oktober 1996 ter post aangetekende brieven.

Het bij artikel 74 van de organieke wet voorgeschreven bericht is bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 22 oktober 1996.

Bij beschikking van 21 november 1996 heeft de voorzitter in functie, op verzoek van de Ministerraad van 20 november 1996, de termijn voor het indienen van een memorie verlengd met vijftien dagen.

Van die beschikking is kennisgegeven aan de Ministerraad bij op 25 november 1996 ter post aangetekende brief.

Memories zijn ingediend door :

- de v.z.w. Hiberniaschool, Volksstraat 40, 2000 Antwerpen, bij op 2 december 1996 ter post aangetekende brief;

- de Vlaamse Regering, Martelaarsplein 19, 1000 Brussel, bij op 2 december 1996 ter post aangetekende brief;

- de Ministerraad, Wetstraat 16, 1000 Brussel, bij op 12 december 1996 ter post aangetekende brief.

Van die memories is kennisgegeven overeenkomstig artikel 89 van de organieke wet bij op 20 december 1996 ter post aangetekende brieven.

Memories van antwoord zijn ingediend door :

- de Ministerraad, bij op 20 januari 1997 ter post aangetekende brief;
- de v.z.w. Hiberniaschool, bij op 22 januari 1997 ter post aangetekende brief.

Bij beschikking van 25 maart 1997 heeft het Hof de termijn waarbinnen het arrest moet worden gewezen, verlengd tot 3 oktober 1997.

Bij beschikking van dezelfde datum heeft het Hof de zaak in gereedheid verklaard en de dag van de terechtzitting bepaald op 30 april 1997.

Van die laatste beschikking is kennisgegeven aan de partijen en hun advocaten bij op 26 maart 1997 ter post aangetekende brieven.

Op de openbare terechtzitting van 30 april 1997, waar rechter L. François voorzitter M. Melchior, wettig verhinderd, verving :

- zijn verschenen :
 - . Mr. D. D'Hooghe, advocaat bij de balie te Brussel, voor de v.z.w. Hiberniaschool;
 - . Mr. P. Devers, advocaat bij de balie te Gent, voor de Vlaamse Regering;
 - . Mr. R. Rombaut, advocaat bij de balie te Antwerpen, voor de Ministerraad;
- hebben de rechters-verslaggevers G. De Baets en P. Martens verslag uitgebracht;
- zijn de voornoemde advocaten gehoord;
- is de zaak in beraad genomen.

De rechtspleging is gevoerd overeenkomstig de artikelen 62 en volgende van de organieke wet, die betrekking hebben op het gebruik van de talen voor het Hof.

IV. *In rechte*

- A -

Standpunt van de Vlaamse Regering

A.1.1. Om als onderwijsinrichting voor subsidiëring in aanmerking te komen moet men op grond van artikel 3, § 1, *in fine*, van de wet van 29 mei 1959, zoals gewijzigd bij wet van 18 september 1981, beantwoorden aan de criteria vervat in een rationalisatie- en programmatieplan, bedoeld in artikel 13, § 1, a), van dezelfde wet, althans voor de sectoren en de niveaus waar een dergelijk plan bestaat. Centraal begrip hierbij is niet het « karakter » van het onderwijs, doch wel het begrip « scholengemeenschap », zoals omschreven in artikel 3, § 2, van de schoolpactwet. Het begrip « karakter » is, wat betreft het secundair onderwijs en het daar in te stellen rationalisatie- en programmatieplan, in het kader van een subsidiëringsrecht binnen een dergelijk plan ondergeschikt aan het begrip « scholengemeenschap », zodat er geen absolute verplichting meer is van « karakterkeuze ».

De schoolinrichtingen, zoals methodescholen, die wat betreft het « karakter » niet in de bestaande drie categorieën onder te brengen zijn, kunnen wettelijk buiten die indeling om bestaan, zoals blijkt uit artikel 3, § 2, vierde lid, van de schoolpactwet, zonder dat zij buiten het stelsel worden gesloten. Zij kunnen immers onder bepaalde voorwaarden toetreden tot bestaande scholengemeenschappen of tot bepaalde afspraken komen met de planificatiecommissie - thans de Vlaamse Onderwijsraad (VLOR) - om toch te kunnen programmeren of af te wijken van het rationalisatie- en programmatieplan.

A.1.2. Het door de bodemrechter vastgestelde onderscheid is een hypothetisch onderscheid dat zich enkel voordoet wanneer een schoolinrichting met een « eigen karakter », zoals een methodeschool, er niet in slaagt een scholengemeenschap te vormen of daaraan deel te nemen, of van de Vlaamse Onderwijsraad een positief gemotiveerd advies omtrent de eigen mogelijke programmatie te verkrijgen, noch een afwijking wegens uitzonderlijke of niet voorziene gevallen heeft verkregen. In het arrest nr. 25/92 van het Hof, overweging 4.B.4, is verduidelijkt dat zowel de Vlaamse Onderwijsraad als de bevoegde minister hun door dat artikel 3 toegekende bevoegdheid moeten uitoefenen met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel inzake onderwijs, zoals inzonderheid gewaarborgd door artikel 24, § 4, van de Grondwet.

Het gemaakte onderscheid inzake « karakter » is slechts potentieel, in zoverre het voor de uitvoerende macht een mogelijkheid schept om, bij het nemen van besluiten inzake rationalisatie- en programmatieplannen, aan dat onderscheid rechtsgevolgen te koppelen. De omvang van het zo tot stand gebrachte onderscheid in rechtsgevolgen voor de betrokken inrichtingen vloeit niet voort uit artikel 3 van de schoolpactwet zelf, en de daarop gebaseerde uitvoeringsbesluiten ontsnappen niet aan de grondwettigheidstoetsing door de Raad van State.

A.1.3. De wet van 18 september 1981, waarbij artikel 3 van de wet van 29 mei 1959 werd ingevoegd, beoogde een wettelijke grondslag te geven aan het rationalisatie- en programmatieplan van het secundair onderwijs met volledig leerplan, derwijze dat een wildgroei inzake programmatie werd tegengegaan, het onderwijs niettemin kon worden aangepast aan de nieuwe behoeften door de inrichting van nieuwe onderwijsinrichtingen, binnen bepaalde programmatieregelen, het Nationaal Waarborgfonds kon worden gedeblokkeerd en de schoolvrede kon worden gewaarborgd.

Die doelstelling kon slechts worden verwezenlijkt door de invoering van een nieuw begrip « scholengemeenschap » als nieuwe basiseenheid, ter vervanging van de school of inrichting, doch stoelend op de binnen het schoolpact bekende begrippen « net » en « karakter ». De opportuniteit van die keuze staat volgens het Hof niet ter beoordeling, zoals gesteld in overweging 4.B.7 van het arrest nr. 25/92. De wetgever heeft erover gewaakt dat de belangen van de niet volgens de klassieke criteria in te delen scholen niettemin werden gevrijwaard, hetzij door de scholengemeenschappen ook voor hen mogelijk te maken, hetzij door in een alternatief systeem van eigen afzonderlijke programmatie of van afwijking te voorzien.

A.1.4. Het door de bodemrechter bedoelde, doch hypothetische en qua rechtsgevolgen potentiële onderscheid is, gelet op de door de wetgever beoogde doelstelling en rekening houdend met de eigen karakteristieken van elke inrichtende macht, redelijk verantwoord op grond van objectieve verschillen, te meer daar het subsidiëringsrecht inzake onderwijs niet alleen wordt beperkt door de noodwendigheden van algemeen belang, maar ook door de noodzaak van een juiste verdeling van de budgettaire beperkt beschikbare financiële middelen.

Standpunt van de Ministerraad

A.2.1. De bepalingen van artikel 24 van de Grondwet verzetten zich ertegen dat categorieën van personen die zich ten aanzien van een aangevochten maatregel in wezenlijk verschillende situaties bevinden, zoals te dezen, op identieke wijze worden behandeld, zonder dat daarvoor een redelijke verantwoording bestaat. De verschillende behandeling van instellingen met een eigen karakter is juist gelegen in de bepalingen van artikel 3, § 2, van de schoolpactwet en bestaat met name in de bijzondere procedure van advies van de VLOR over hun programmatie en de afwijking die door de minister op advies van de VLOR kan worden verleend in uitzonderlijke en onvoorziene gevallen. Er is aangetoond dat tussen de instellingen met een bij de wet omschreven karakter en de instellingen met een « eigen karakter » een objectief verschil in de zin van artikel 24, § 4, van de Grondwet, voorhanden is dat een aangepaste behandeling kan verantwoorden.

A.2.2. Onder verwijzing naar het arrest nr. 76/96 van het Hof, stelt de Ministerraad dat gebruik kan worden gemaakt van bijzondere afwijkingsprocedures teneinde de grondwettelijke vrijheid van en gelijkheid inzake onderwijs te waarborgen. In een dergelijke afwijkingsprocedure is voorzien door de betwiste wetgeving, doch een afwijking werd door de VLOR aan de v.z.w. Hiberniaschool niet langer toegestaan op grond van beredeneerde adviezen. Rechtsleer en rechtspraak zijn het eens over de zogenaamde karakterbepaling in artikel 3 van de schoolpactwet.

Standpunt van de v.z.w. Hiberniaschool

A.3.1. De v.z.w. Hiberniaschool gaat eerst dieper in op het stelsel van rationalisatie en programmatie van het secundair onderwijs, zoals het werd ingevoerd door artikel 3 van de schoolpactwet, gewijzigd bij de wet van 18 september 1981. Uit de rechtspraak van de Raad van State in het arrest nr. 25.423 van 31 mei 1985 blijkt duidelijk dat de rationalisatieregeling beperkt was en een nieuwe wildgroei wou tegengaan, veeleer dan het bestaande stelsel in te krimpen. Hiermee ging de Raad van State in tegen het standpunt van de Regering dat het voldoen aan rationalisatienormen niet alleen gold als voorwaarde om te mogen programmeren, maar ook als subsidievoorwaarde zelf diende te worden geïnterpreteerd. Teneinde het voldoen aan de rationalisatienormen uitdrukkelijk als voorwaarde voor subsidiëring te stellen, werd artikel 3, § 1, derde lid, gewijzigd bij het koninklijk besluit nr. 411 van 25 april 1986.

A.3.2. De problematiek vloeit inzonderheid voort uit de toepassing van het koninklijk besluit van 30 maart 1982, waarvan artikel 21 rechtstreeks van toepassing wordt geacht op de Hiberniaschool, die evenwel, op grond van haar leerlingenaantal, niet voldoet aan de daarin gestelde voorwaarden. De Hiberniaschool kon lange tijd een beroep doen op artikel 23 van dat besluit, doch de stelling dat een school « zonder karakter » in de zin van artikel 3 van de schoolpactwet, ook een beroep kon doen op de gunstnormen van de artikelen 22 en 23 van het koninklijk besluit van 30 maart 1982, was niet onomstreden, zoals uit latere beslissingen van de Vlaamse Onderwijsraad en de Vlaamse Regering is gebleken.

Meer in het bijzonder wordt bestreden dat die laatste bepalingen slechts van toepassing zouden zijn wanneer het gaat om een school met « karakter » in de zin van artikel 3, § 2, van de schoolpactwet. Artikel 23 bevat een vermindering van de schoolbevolkingsnormen voor instellingen die op een bepaalde afstand van elkaar gelegen zijn, wat geenszins verwijst naar het al dan niet (kunnen) toetreden tot een scholengemeenschap. De vernietiging door de Raad van State in het Hibernia-arrest strekte er enkel toe om, zowel ten aanzien van artikel 18 als ten aanzien van artikel 21, te bewerkstelligen dat scholen die oordelen niet tot een scholengemeenschap te kunnen toetreden, in de regel onderworpen zijn aan de normen vastgesteld in artikel 21 en niet aan die vastgesteld in artikel 18.

De v.z.w. Hiberniaschool heeft steeds aangevoerd dat aan artikel 23 van het koninklijk besluit van 30 maart 1982 een grondwetsconforme interpretatie diende te worden gegeven, derwijze dat ook scholen zonder « karakter » zich rechtstreeks op de daarin vervatte gunstnormen zouden kunnen beroepen. Elke instelling die aan de voorwaarden van artikel 23 voldoet, zou in aanmerking komen voor subsidiëring, ongeacht of zij onderworpen is aan de basisnorm van artikel 18 dan wel aan de basisnorm van artikel 21. Een dergelijke interpretatie lijkt niet uitgesloten door de Raad van State in het Hibernia-arrest : zodra men aanneemt dat de bevolkingsnormen in het koninklijk besluit van 30 maart 1982 ook van toepassing zijn op scholen met « een eigen karakter », is er geen reden - laat staan een reden die met het gelijkheidsbeginsel in overeenstemming zou zijn - om de gunstnormen die onverkort van toepassing zijn op scholen die niet tot een scholengemeenschap kunnen toetreden, niet toe te passen op scholen met een « eigen karakter ».

De Rechtbank van eerste aanleg te Brussel heeft een dergelijke interpretatie evenwel niet verenigbaar geacht met het begrip « karakter » in artikel 3, § 2, van de schoolpactwet.

A.3.3. De v.z.w. Hiberniaschool stelt bovendien vast dat de niet-toepasselijkheid van de artikelen 22 en volgende van het koninklijk besluit van 30 maart 1982 niet kan worden opgevangen door de bijzondere procedure voor scholen zonder « karakter », noch door de bijzondere afwijkingsprocedure voor uitzonderlijke of niet voorziene gevallen.

A.4. Volgens de v.z.w. Hiberniaschool houdt artikel 3 van de schoolpactwet de schending in van artikel 24, § 4, van de Grondwet, *primo*, omdat het begrip « karakter » van een school geenszins kan worden beschouwd als een karakteristiek die een onderscheiden behandeling inzake de rationalisatie- en programmatieregelen zou verantwoorden (zie hierna, A.5.1 e.v.), *secundo*, omdat op grond van de daarin vervatte bijzondere afwijkingsprocedure geen afwijking kan worden verkregen om te rationaliseren (zie hierna, A.6.1 e.v.).

Bovendien schendt artikel 3 van de schoolpactwet het verbod op preventieve maatregelen vervat in artikel 24, § 1, van de Grondwet en het legaliteitsbeginsel vervat in artikel 24, § 5, van de Grondwet (zie hierna, A.7.1 e.v.).

A.5.1. Na onder meer op basis van de parlementaire voorbereiding van artikel 24 van de Grondwet, van de rechtspraak van het Hof en de Raad van State en van de rechtsleer erop gewezen te hebben dat de grondwettelijke garanties van dat artikel zich niet alleen uitstrekken tot de opdeling tussen confessionele en niet-confessionele scholen, maar ook tot de zogenaamde scholen zonder karakter, zoals de Hiberniaschool, waarvan niet alleen het bestaansrecht, maar ook de volwaardigheid van het pedagogisch concept is erkend, voert de v.z.w. Hiberniaschool aan dat de karakterbepaling in artikel 3 van de schoolpactwet een schending inhoudt van het gelijkheidsbeginsel, vervat in artikel 24, § 4, van de Grondwet.

A.5.2. Het onderscheid tussen scholen met karakter en scholen zonder karakter geeft aanleiding tot een tweevoudige onderscheiden behandeling in artikel 3, § 2, van de schoolpactwet.

Vooreerst bepaalt het al dan niet vertonen van een karakter of een onderwijsinrichting al dan niet kan toetreden tot een scholengemeenschap. Een scholengemeenschap is krachtens artikel 3, § 2, van de schoolpactwet « een groep inrichtingen die onderwijs verstrekken met hetzelfde karakter », waarbij scholen die geen karakter hebben en toch tot een scholengemeenschap willen toetreden, slechts twee uitwijkingsmogelijkheden ter beschikking staan. Daaruit volgt dat enkel onderwijsinrichtingen met een karakter een scholengemeenschap kunnen vormen zonder schriftelijke toestemming van de inrichtende machten, zonder voorafgaand gunstig advies van de planificatiecommissie en zonder toestemming van de minister.

Bovendien verschaft die bepaling de wettelijke grondslag voor de mogelijkheid om een rationalisatie- en programmatieplan vast te stellen en om daarbij een onderscheid te maken tussen inrichtingen met en inrichtingen zonder karakter in de zin van de schoolpactwet (zie onder meer artikel 23, § 1, a), van het koninklijk besluit van 30 maart 1982). Aldus zullen onderwijsinrichtingen met een karakter en onderwijsinrichtingen zonder karakter die beide voldoen aan dezelfde voorwaarden, respectievelijk wel en niet in aanmerking komen om gunstnormen

te genieten. Bij de vaststelling van de schoolbevolkingsnormen, voor de uitbreiding van het programma-aanbod en een eventuele toegang tot het gebouwenfonds wordt aldus een onderscheid gemaakt naargelang de onderwijsinrichting al dan niet een « karakter » in de zin van de schoolpactwet heeft.

In tegenstelling met wat de Vlaamse Regering aanvoert betreft het hier bijgevolg geen hypothetisch onderscheid waaruit de potentiële omvang van het onderscheid tussen scholen met en zonder karakter niet zou kunnen worden afgeleid. Evenmin gaat het om een positieve discriminatie van de scholen zonder karakter, zoals reeds werd aangetoond door de Raad van State in het Hibernia-arrest, die een nietigverklaring uitsprak op basis van de vaststelling van « de zwaardere belasting van een zelfstandig blijvende school met een eigen karakter ».

A.5.3.1. Het begrip « karakter » is evenwel niet relevant om een onderscheiden behandeling te verantwoorden.

A.5.3.2. Het begrip « karakter » kan vooreerst niet worden beschouwd als een karakteristiek in de zin van artikel 24 van de Grondwet, die onder meer inzake subsidiëring een aangepaste behandeling zou verantwoorden.

Daarbij wordt verwezen naar de rechtspraak van het Hof in het arrest nr. 38/91 van 5 december 1991 : « de nieuwe redactie van artikel [24] en de nieuwe bevoegdheid die de Grondwetgever bij artikel [142] van de Grondwet tezelfdertijd aan het Arbitragehof heeft toegekend duiden er ondubbelzinnig op dat het Hof de bestaanbaarheid van de onderwijswetgeving met artikel [24] op dezelfde wijze dient te onderzoeken als het andere wetskrachtige normen aan de artikelen [10] en [11] toetst. ». De verwijzing naar de schoolpactwet bij de voorbereiding van het nieuwe artikel 24 van de Grondwet laat niet toe aan die wetsbepalingen een grondwettelijke waarde te geven.

In concreto wordt vastgesteld dat het begrip « karakter » veeleer verwijst naar de levensbeschouwelijke evenwichten die in de geest van de schoolpactwet werden nagestreefd, terwijl de term « karakteristiek » in artikel 24 van de Grondwet niet zozeer betrekking heeft op de levensbeschouwelijke aard, doch op « de juridisch relevante consequenties van de natuur van een onderwijsinstelling ». Objectieve verschillen tussen scholen kunnen enkel worden verantwoord door de eigen karakteristieken van een inrichtende macht, wanneer die verschillen verband houden met de juridische natuur van de inrichtende machten, te weten de gemeenschappen, de overige openbare besturen zoals gemeenten en provincies en de natuurlijke of privaatrechtelijke rechtspersonen, wat uit de tekst van de Grondwet zelf voortvloeit, nu het begrip « karakteristiek » uitdrukkelijk werd verbonden met de inrichtende macht van het desbetreffende onderwijs.

A.5.3.3. Niet de (levensbeschouwelijke) richting van het onderwijs, maar wel de (juridische) inrichting ervan is de door de Grondwet beoogde « karakteristiek » van een onderwijsinrichting die een aangepaste behandeling zou verantwoorden. De levensbeschouwelijke identiteit van een school met karakter is derhalve niet te beschouwen als een karakteristiek - laat staan een relevant objectief kenmerk - van een school, waardoor de onderscheiden behandeling zou kunnen worden gerechtvaardigd. Ook in overweging 5.6.1.2 van het Hibernia-arrest van de Raad van State werd dat bevestigd : « aan artikel [24] [van de Grondwet] moet derhalve in deze zaak zonder reserves een betekenis worden gegeven die op zichzelf staat, een betekenis die niet, op grond van historisch gegroeide toestanden en tradities, mag worden beperkt : het artikel dekt alzo ook de vrijheid om scholen te organiseren, eventueel op de enkele grondslag van onderwijsmethode ». Overeenkomstig artikel 24, § 4, van de Grondwet dient een school, zodra een (wettelijk bepaald) aantal ouders en kinderen hun voorkeur uitspreken voor een onderwijsinrichting en deze aan de andere objectieve voorwaarden voldoet, recht te hebben op een identieke behandeling als de andere scholen die zich in dezelfde omstandigheden bevinden.

In dezelfde zin heeft het Hof in het arrest nr. 76/96 van 18 december 1996 uitdrukkelijk gesteld, ten aanzien van de levensbeschouwelijke aard van het onderwijs, dat « de vrijheid van onderwijs, bedoeld in artikel 24, § 1, van de Grondwet, [...] voor de inrichtende machten het recht in[houdt] om, zonder verwijzing naar een bepaalde confessionele of niet-confessionele levensbeschouwing, met aanspraak op overheidsfinanciering of -subsidiëring een onderwijs in te richten of aan te bieden dat zijn eigenheid vindt in bepaalde pedagogische of onderwijskundige opvattingen », onverminderd het recht van de overheid om hierbij rekening te houden met de beschikbare financiële middelen en de noodzaak om de kwaliteit en de onderlinge gelijkwaardigheid van het met overheidsmiddelen verstrekte onderwijs te waarborgen. Daarbij dient evenwel rekening te worden gehouden met het gelijkheidsbeginsel, zodat de wetgever maatregelen neemt die op onderwijsinstellingen van algemene

toepassing zijn, ongeacht de eigenheid van het door hen verstrekte onderwijs. Tevens dienen de opgelegde maatregelen te worden getoetst aan het evenredigheidsbeginsel. Hieruit vloeit volgens de v.z.w. Hiberniaschool voort dat een inrichting met een eigen pedagogische of onderwijskundige opvatting aanspraak kan maken op een gelijke behandeling met andere inrichtende machten die al dan niet op een (confessionele of niet-confessionele) levensbeschouwing gesteund onderwijs aanbieden. Een onderscheid dat gebaseerd is op een exclusieve verwijzing naar een confessionele of niet-confessionele levensbeschouwing, beantwoordt aan een objectief verschil dat, wat de voorwaarden voor subsidiëring betreft, een aangepaste behandeling in de zin van artikel 24, § 4, tweede lid, van de Grondwet niet kan verantwoorden.

Ook in recente adviezen van de Raad van State over het ontwerpdecreet betreffende het basisonderwijs is een dergelijk standpunt terug te vinden. De in dat ontwerp vervatte vrijekeuzeregeling is niet langer gebaseerd op een onderscheid tussen confessioneel en niet-confessioneel onderwijs, onderscheid dat als achterhaald werd beschouwd, maar tussen officieel en vrij onderwijs. Dat laatste begrip wordt evenwel opnieuw gerelateerd aan « een erkende godsdienst of een erkende levensbeschouwing ». Daarbij heeft de Raad van State vastgesteld dat de « vrije scholen die niet gebaseerd zijn op een erkende godsdienst of levensbeschouwing » niet kunnen betrokken worden in de vrije-keuzeregeling (advies van de Raad van State, *Gedr. St.*, Vlaams Parlement, 1996-1997, nr. 451/1, p. 303). Over het onderscheid dat ter zake wordt gemaakt tussen de vrije scholen, stelde de Raad van State dat « zulk een onderscheid [...] uiteraard enkel toelaatbaar [is] indien objectieve redenen bestaan die dit verschil in behandeling verantwoorden en deze een redelijk verband van evenredigheid met het nagestreefde doel vertonen. Artikel 24, § 4, van de Grondwet bepaalt in dat verband dat de wet en het decreet rekening houden met objectieve verschillen, waaronder de eigen karakteristieken van iedere inrichtende macht, die een aangepaste behandeling verantwoorden. In de memorie van toelichting worden daaromtrent echter geen gegevens aangereikt. Omwille van de omvang van het voorontwerp en de in verhouding daartoe onevenredig korte termijn waarbinnen advies moet worden gegeven, beperkt de Raad van State, afdeling wetgeving, zich ertoe op te merken dat de uiteindelijke controle daaromtrent zal gebeuren door het Arbitragehof » (*ibidem*, p. 304). Ten aanzien van een amendement bij het desbetreffende artikel oordeelde de Raad van State dat het « geen antwoord [geeft] op de vraag van de Raad van State waarom vrije scholen die niet zijn gebaseerd op een erkende godsdienst of levensbeschouwing (zg. methodescholen) niet betrokken kunnen worden in de vrije-keuzeregeling » (advies L. 25.820/1, onuitg.). Wanneer de Raad vragen stelt bij de grondwettigheid van een regeling van vrije keuze die gebaseerd is op het klassieke tweepolige onderscheid tussen confessioneel en niet-confessioneel of vrij en officieel onderwijs, is met nog meer reden aan te nemen dat dit onderscheid niet legitiem kan worden aangewend bij de vaststelling van de algemene rationalisatievoorwaarden om voor subsidiëring in aanmerking te komen.

Het begrip « karakter » in de zin van de schoolpactwet dat de wettelijke basis verschaft voor een ongelijke toepassing van de rationalisatie- en programmienormen en dienvolgens het onderscheiden toekennen van subsidies op grond van de levensbeschouwelijke identiteit van de onderwijsinstelling, is in strijd met artikel 24, § 4, van de Grondwet.

A.5.3.4. De beperking van de draagwijdte van het begrip « karakter » in artikel 3 van de schoolpactwet door de Vlaamse Regering en de Ministerraad wordt door de v.z.w. Hiberniaschool niet aanvaard. Vóór de wet van 18 september 1981 was het karakterbegrip enkel dienend als grondslag voor de regeling van de vrijekeuzeschool in de zin van artikel 4 van de schoolpactwet, doch sedertdien is het tevens de hoeksteen voor de toepassing van het rationalisatie- en programmieplan en aldus een organisatiebeginsel dat de oprichting en de subsidiëring van scholen bepaalt en op alle scholen van toepassing is.

Wat betreft de programmatieregeling is het karakterbegrip voornamelijk van belang door de centrale plaats die is voorbehouden aan het begrip scholengemeenschap, zoals blijkt uit de artikelen 37, § 1, en 40 van het koninklijk besluit van 30 maart 1982. Wat betreft de rationalisatie is het begrip scholengemeenschap van minder belang, mede gelet op de draagwijdte van het Hibernia-arrest van de Raad van State. Inzake rationalisatie is, in tegenstelling tot de programmatie, niet voorzien in een bijzondere procedure voor scholen zonder karakter, die enkel een beroep kunnen doen op de procedure voor uitzonderlijke of niet voorziene gevallen, bepaald in artikel 3, § 3, tweede lid, 4°. Voor de rationalisatie behoudt het begrip « karakter » wel degelijk zijn volle belang, aangezien enkel de scholen met een karakter in de zin van artikel 3 van de schoolpactwet een beroep kunnen doen op de gunstigere rationalisatienormen van de artikelen 22 en volgende van het koninklijk besluit van 30 maart 1982. Aldus wordt het aan de Belgische tweepolige onderwijssituatie aangepaste levensbeschouwelijke onderscheid tussen confessionele en niet-confessionele scholen bepalend voor de oprichting en subsidiëring en bijgevolg voor

de organisatie van scholen, wat niet verenigbaar is met artikel 24 van de Grondwet. Ter zake stelde de Raad van State in het Hibernia-arrest : « Die vernauwde zienswijze waarbij alleen aandacht wordt besteed aan de politiek belangrijke, traditionele tegenstelling tussen confessioneel ' *particulier* ' onderwijs en niet-confessioneel openbaar onderwijs, doet echter onmiskenbaar tekort aan de algemene draagwijdte van artikel [24], ook al komen de teksten uit de Schoolpactcommissie en worden ze door het Parlement goedgekeurd ».

A.5.4. Zelfs wanneer een levensbeschouwelijk criterium zou kunnen worden aangemerkt als een objectief verschil dat een verschillende behandeling zou verantwoorden - *quod non* - dan houdt het begrip « karakter » nog steeds een discriminatie in, omdat een onderscheid wordt gemaakt tussen traditionele en niet-traditionele levensbeschouwingen.

A.6.1. Artikel 3 van de schoolpactwet voert bovendien een ongelijke behandeling in tussen scholen met en scholen zonder karakter, doordat alleen de eerstgenoemde gunstnormen betreffende de programmatie- en de rationalisatienormen kunnen genieten, terwijl de laatstgenoemde, op grond van een bijzondere procedure, enkel afwijkingen van programmatienormen kunnen verkrijgen, een ongelijkheid die het gevolg is van de wijziging van die bepaling bij het koninklijk besluit nr. 411 van 25 april 1986.

A.6.2. Het feit dat de wetgever naliet de bijzondere afwijkingsprocedure voor scholen zonder karakter eveneens aan te passen, creëert een discriminerende lacune die volgens de rechtspraak van het Hof in strijd kan worden geacht met de Grondwet (arresten nrs. 31/96 en 36/96).

A.7.1. De omstandigheid dat scholen met een eigen karakter die niet aan de basisnormen voldoen enkel gesubsidieerd zouden kunnen worden na gunstig advies van de VLOR en beslissing van de Vlaamse Regering, schendt het verbod op preventieve maatregelen vervat in artikel 24, § 1, van de Grondwet en het legaliteitsbeginsel vervat in artikel 24, § 5, van de Grondwet.

A.7.2. De grondwettelijk gewaarborgde onderwijsvrijheid impliceert het recht tot oprichting van onder meer scholen die hun eigenheid vinden in bepaalde pedagogische of onderwijskundige opvattingen en onderstelt, wil ze niet theoretisch zijn, dat de inrichtende machten die niet rechtstreeks afhangen van de gemeenschap, onder bepaalde voorwaarden aanspraak kunnen maken op subsidiëring van de gemeenschap (arresten nrs. 25/92 en 28/92).

A.7.3.1. Artikel 24, § 5, van de Grondwet bevestigt en versterkt het bestaande beginsel van de voorrang van de wetgevende op de uitvoerende macht, wat inzake subsidiëring van een school impliceert dat het bestaan en de omvang van de verplichting tot subsidiëring wordt bepaald door algemene voorschriften waarvan de toepassing vanwege de overheid geen discretionaire appreciatie van concrete feitelijke gegevens onderstelt. De Grondwetgever heeft, volgens het Hof in het arrest nr. 43/96, « niet beoogd iedere delegatie te verbieden die door de wetgever aan de regering zou worden verleend. Een dergelijke delegatie kan evenwel niet zo ver gaan dat zij het aan de regering zou overlaten regels vast te stellen die voor de inrichting van het onderwijs essentieel zijn ».

In dat verband preciseerde het Hof in zijn arresten nrs. 33/92 en 45/94 dat bepaalde opdrachten die aan de uitvoerende macht worden gegeven, slechts betrekking kunnen hebben op de door de wetgever zelf bepaalde beginselen, zonder dat de uitvoerende organen de onnauwkeurigheid van die beginselen kunnen opvangen of onvoldoende omstandige beleidskeuzen kunnen verfijnen. De rationalisatie- en programmatieplannen werden in dat verband beschouwd als een aangelegenheid van inrichting en subsidiëring van het onderwijs waarop de waarborgen van artikel 24, § 5, van de Grondwet van toepassing zijn (arrest nr. 45/94).

A.7.3.2. De wetgever heeft nagelaten om in de wet zelf te bepalen dat ook voor scholen zonder het bij de wet omschreven karakter bepaalde gunstnormen moeten gelden, noch werd daartoe machtiging aan de Koning verleend. De scholen zonder het wettelijk vereiste karakter kunnen daarom enkel een beroep doen op een bijzondere afwijkingsprocedure in artikel 3, § 2, vijfde en zesde lid, van de schoolpactwet of de bijzondere afwijkingsprocedure voor uitzonderlijke of niet voorziene gevallen, bepaald in artikel 3, § 3, tweede lid, 4°, van dezelfde wet. Door die procedures worden te verregaande bevoegdheden gedelegeerd en worden aan de Vlaamse Onderwijsraad en de Vlaamse Regering de ruimste bevoegdheden verleend door afwezigheid in de wetskrachtige normen van de rechtszekere, objectieve criteria op grond waarvan de aanvragen dienen te worden beoordeeld. Gelet op de modaliteiten waaraan de machtigingen onderworpen zijn, gaat het om een verboden preventieve

maatregel. De overeenkomstig artikel 3 van de schoolpactwet aan de Regering toegekende bevoegdheid om op grond van een bijzondere procedure, mits eensluitend advies van de VLOR, afwijkingen toe te staan op het rationalisatie- en programmatieplan, houdt een delegatie in die strijdig is met artikel 24, § 5, van de Grondwet, omdat zij betrekking heeft op de vaststelling van regels die voor de inrichting en de subsidiëring van het onderwijs essentieel zijn.

- B -

B.1. De prejudiciële vraag strekt ertoe van het Hof te vernemen of het onderscheid dat in artikel 3, § 2, van de wet van 29 mei 1959 tot wijziging van sommige bepalingen van de onderwijswetgeving wordt gemaakt tussen instellingen van het secundair onderwijs met volledig leerplan al naar zij al dan niet één van de in die wetsbepaling bedoelde karakters hebben, met de in artikel 24 van de Grondwet neergelegde gelijkheid tussen onderwijsinstellingen al dan niet bestaanbaar is, in zoverre die karakters betrokken worden op de in het desbetreffende rationalisatieplan gestelde voorwaarden van behoud in de toelageregeling.

B.2. Artikel 3, § 1, derde lid, van de wet van 29 mei 1959 tot wijziging van sommige bepalingen van de onderwijswetgeving luidt :

« In de sectoren en niveaus waarop een rationalisatie- en programmatieplan, zoals bedoeld in artikel 13, 1, a, van deze wet van toepassing is, kunnen geen onderwijsinstelling[en] ingericht door de Gemeenschap, afdelingen of andere onderverdelingen van instellingen in stand gehouden of opgericht worden indien zij niet beantwoorden aan de criteria van dit plan. Evenmin kunnen inrichtingen of afdelingen van inrichtingen verder betoelaagd blijven of in de toelageregeling opgenomen worden indien zij niet beantwoorden aan de criteria van datzelfde plan. »

B.3.1. De in artikel 3, § 2, van de wet van 29 mei 1959 vervatte ongelijke behandeling waarvan de grondwettigheid aan de orde wordt gesteld, is ingevoerd door de wet van 18 september 1981. Die wet legde de noodzakelijke wettelijke bepalingen vast voor de rationalisatie- en programmatieplannen voor het secundair onderwijs met volledig leerplan. Daarbij werd uitgegaan van het concept « scholengemeenschap », die « bestaat uit een groep inrichtingen die onderwijs verstrekken met hetzelfde karakter » (artikel 3, § 2, tweede lid, van de wet van 29 mei 1959), waaronder wordt verstaan dat het onderwijs behoort tot één van de categorieën « niet-confessioneel », « confessioneel » of « pluralistisch onderwijs », volgens de niet exhaustieve classificatie aangegeven in de artikelen 2 en 4 van de wet van 29 mei 1959.

B.3.2. De inrichtingen die, om welke reden ook, niet beantwoorden aan die criteria en daarom als « niet-classificeerbaar » werden omschreven, zouden deel kunnen uitmaken van een scholengemeenschap en « dientengevolge [...] kunnen genieten van gunstiger normen, anderzijds nieuwe initiatieven [...] kunnen ontwikkelen » (*Gedr. St.*, Senaat, 1980-1981, nr. 685/2, p. 6).

Een « niet-classificeerbare » school kan immers toetreden tot een - uit inrichtingen met een (confessioneel, niet-confessioneel of pluralistisch) karakter bestaande - scholengemeenschap, mits schriftelijke instemming van de inrichtende machten van de inrichtingen die deze scholengemeenschap vormen. Dergelijke scholen kunnen zelf - « onder elkaar » - een scholengemeenschap vormen, mits gunstig advies van de planificatiecommissie en toestemming van de minister (artikel 3, § 2, vierde lid, van de wet van 29 mei 1959). Elke inrichting die moeilijkheden ondervindt om te kunnen behoren tot een scholengemeenschap van het secundair onderwijs kan verzoening aanvragen bij de planificatiecommissie (artikel 3, § 2, vijfde lid, van de wet van 29 mei 1959).

B.3.3. Wanneer een schoolinrichting niet kan beantwoorden aan de rationalisatienormen - waardoor haar recht op subsidiëring in het gedrang komt - kan zij, zoals de v.z.w. Hiberniaschool heeft gedaan, zich beroepen op de in artikel 3, § 3, tweede lid, 4^o, van de wet van 29 mei 1959 beschreven procedure om een afwijking van de rationalisatienormen voor uitzonderlijke of niet voorziene gevallen te verkrijgen.

B.4. Artikel 24, § 4, eerste zin, van de Grondwet herbevestigt, op het vlak van het onderwijs, het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

B.5.1. De in artikel 3, § 2, van de wet van 29 mei 1959 ingevoerde onderscheiden behandeling van « classificeerbare » en « niet-classificeerbare » schoolinrichtingen berust op een objectief en relevant criterium, doordat bij de vaststelling van de wijze waarop schoolinrichtingen een scholengemeenschap kunnen vormen rekening werd gehouden met hun levensbeschouwing. Door te bepalen dat de met het oog op de toepassing van het rationalisatie- en programmatieplan te vormen scholengemeenschappen in de regel dienen te bestaan uit schoolinrichtingen met eenzelfde karakter in de zin van de wet, heeft de wetgever ernaar gestreefd, via de noodzakelijke rationalisatie van het onderwijsaanbod, de grondwettelijk gewaarborgde keuzevrijheid van de ouders onverminderd te

handhaven.

Het al dan niet hebben van één van de in de wet bepaalde karakters is een relevant criterium om de onderscheiden behandeling te verantwoorden.

B.5.2. Voor de onderwijsinrichtingen die niet geclassificeerd zijn, heeft de wetgever voorzien in een bijzondere procedure die hen ertoe in staat stelt, hetzij tot een scholengemeenschap toe te treden of er zelf een te vormen, hetzij, ingeval zij hun eigenheid ten volle willen bewaren, een afwijking van de rationalisatienorm te verkrijgen op de wijze bepaald in artikel 3, § 3, tweede lid, 4^o, van de wet van 29 mei 1959 « voor uitzonderlijke of niet voorziene gevallen ».

B.6. Het door de wetgever in artikel 3, § 2, van de wet van 29 mei 1959 aangewende criterium van onderscheid is objectief en niet zonder verband met het evenwicht tussen de traditionele onderwijsverstrekkers zoals dat zich ten tijde van de totstandkoming van de wet voordeed. Het leidt niettemin ertoe dat de scholen die niet tot een scholengemeenschap behoren, in de continuïteit van hun onderwijsverstrekking dermate worden gehinderd of bedreigd dat zij, ten aanzien van de schoolinstellingen die tot een scholengemeenschap behoren, in een overdreven mate worden achtergesteld. Zij worden immers voor het vrijwaren van hun behoud in de toelageregeling, tot een procedure verplicht die de wetgever aangeeft als zijnde uitzonderlijk, en voor welke hijzelf geen garanties heeft gegeven, wat de onderwijsrechten betreft bepaald in artikel 24 van de Grondwet.

B.7. In die mate schendt artikel 3, § 2, van de wet van 29 mei 1959 artikel 24 van de Grondwet.

Om die redenen,

het Hof

zegt voor recht :

Artikel 3, § 2, van de wet van 29 mei 1959 tot wijziging van sommige bepalingen van de onderwijswetgeving, zoals gewijzigd bij artikel 1 van de wet van 18 september 1981, schendt artikel 24 van de Grondwet.

Aldus uitgesproken in het Nederlands en het Frans, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, op de openbare terechtzitting van 19 juni 1997.

De griffier,

De voorzitter,

L. Potoms

L. De Grève

Numéro du rôle : 987
Arrêt n° 36/97 du 19 juin 1997

ARRET

En cause : la question préjudicielle concernant l'article 3 de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement, posée par le Tribunal de première instance de Bruxelles.

La Cour d'arbitrage,

composée du président L. De Grève, du juge L. François, faisant fonction de président, et des juges P. Martens, G. De Baets, E. Cerexhe, H. Coremans et A. Arts, assistée du greffier L. Potoms, présidée par le président L. De Grève,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* *

I. *Objet de la question préjudicielle*

Par jugement du 16 septembre 1996 en cause de l'a.s.b.l. Hiberniaschool contre la Communauté flamande, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 3 octobre 1996, le Tribunal de première instance de Bruxelles a posé la question préjudicielle suivante :

« L'article 3 de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement viole-t-il l'article 24 de la Constitution en tant qu'il définit le terme 'caractère' comme étant confessionnel, non confessionnel et pluraliste et que cette répartition est dès lors employée comme critère de distinction pour un traitement approprié au niveau du subventionnement ? »

II. *Les faits et la procédure antérieure*

L'a.s.b.l. Hiberniaschool, ayant son siège à 2000 Anvers, Volksstraat 40, a intenté une action visant à entendre dire pour droit que les normes mentionnées à l'article 23, § 1er, b), de l'arrêté royal du 30 mars 1982 relatif aux centres d'enseignement secondaire et fixant le plan de rationalisation et de programmation de l'enseignement secondaire de plein exercice sont applicables à la « Hiberniaschool », qui fonctionne selon la pédagogie Steiner, et d'entendre dès lors condamner le Gouvernement flamand à poursuivre le subventionnement de l'école aussi longtemps que celle-ci satisfait aux normes mentionnées à l'article 23 précité de l'arrêté royal du 30 mars 1982, et ce pour l'ensemble de l'enseignement dispensé dans son établissement.

Pour les écoles ayant un « caractère » spécifique, telle que l'a.s.b.l. Hiberniaschool, les minima de population scolaire prévus à l'article 21 de l'arrêté royal du 30 mars 1982 constituent la norme générale. A partir de l'année scolaire 1993-1994, l'école précitée ne répondait plus à cette norme mais elle obtint, de même que pour l'année scolaire suivante, une dérogation. Pour l'année scolaire 1995-1996, le Conseil flamand de l'enseignement (VLOR) remit un avis négatif, de sorte que le Gouvernement flamand n'accorda plus de dérogation.

Devant le Tribunal de première instance, l'a.s.b.l. Hiberniaschool invoque l'article 23, § 1er, de l'arrêté royal du 30 mars 1982, qui est libellé comme suit :

« Les minima de population scolaire cités à l'article 18 sont diminués de deux tiers par degré ou par cycle si l'établissement concerné n'organise pas exclusivement un enseignement secondaire professionnel et pour autant que l'établissement :

a) soit qu'il se compose uniquement du premier degré, uniquement des deux premiers degrés ou uniquement du cycle inférieur et qu'il soit situé à une distance d'au moins 8 km d'un autre établissement de même caractère et appartenant au même réseau, dans lequel le ou les mêmes degrés ou le même cycle sont organisés;

b) soit qu'il comprenne le troisième degré ou le cycle supérieur et qu'il soit situé à une distance d'au moins 12 km d'un autre établissement de même caractère et appartenant au même réseau dans lequel le même degré ou le même cycle est organisé.

[...] ».

Il est apparu des débats dans l'instance principale que cette disposition ne s'applique matériellement pas à l'a.s.b.l. Hiberniaschool. La notion de « même caractère » fait en effet référence à la tripartition visée à l'article 3 de la loi du Pacte scolaire, à savoir la nature confessionnelle, non confessionnelle ou pluraliste de l'enseignement dispensé.

Tant l'a.s.b.l. Hiberniaschool que le Conseil d'Etat, dans des arrêts antérieurs, affirment que l'école possède un « caractère spécifique », distinct de la tripartition prévue par la loi. Selon le Conseil d'Etat, l'article 23 de l'arrêté royal du 30 mars 1982 est libellé de telle manière qu'une école à « caractère spécifique » implantée dans une agglomération ne se laisse pas - du moins sans exercice de haute voltige - intégrer dans le moule de cet article.

Le Tribunal considère qu'il n'a pas à se livrer à des exercices de haute voltige et estime qu'il convient de vérifier si l'article 23 de l'arrêté royal du 30 mars 1982 viole l'interdiction de discrimination, le droit à l'enseignement et la liberté de l'enseignement.

La distinction résultant de l'article 23 de l'arrêté royal précité est fondée sur l'article 3, § 2, alinéa 3, de la loi du 29 mai 1959, disposition qui prévoyait déjà une distinction entre, d'une part, les établissements appartenant à l'une des catégories non confessionnelle, confessionnelle ou pluraliste, telles qu'elles ont été définies aux articles 2 et 4 de cette loi, et, d'autre part, les établissements dont l'enseignement ne relève pas de l'une des catégories visées à l'alinéa 3 du paragraphe 2.

Le Tribunal s'est demandé si le fondement légal de la distinction entre le caractère confessionnel, non confessionnel ou pluraliste, d'une part, et le « caractère spécifique » des autres écoles, d'autre part, est objectif, et il a posé, pour cette raison, la question préjudicielle précitée.

III. *La procédure devant la Cour*

Par ordonnance du 3 octobre 1996, le président en exercice a désigné les juges du siège conformément aux articles 58 et 59 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

Les juges-rapporteurs ont estimé n'y avoir lieu de faire application des articles 71 ou 72 de la loi organique.

La décision de renvoi a été notifiée conformément à l'article 77 de la loi organique, par lettres recommandées à la poste le 15 octobre 1996.

L'avis prescrit par l'article 74 de la loi organique a été publié au *Moniteur belge* du 22 octobre 1996.

Par ordonnance du 21 novembre 1996, le président en exercice, suite à la demande du Conseil des ministres du 20 novembre 1996, a prorogé de quinze jours le délai d'introduction d'un mémoire.

Cette ordonnance a été notifiée au Conseil des Ministres par lettre recommandée à la poste le 25 novembre 1996.

Des mémoires ont été introduits par :

- l'a.s.b.l. Hiberniaschool, Volksstraat 40, 2000 Anvers, par lettre recommandée à la poste le 2 décembre 1996;
- le Gouvernement flamand, place des Martyrs 19, 1000 Bruxelles, par lettre recommandée à la poste le 2 décembre 1996;

- le Conseil des ministres, rue de la Loi 16, 1000 Bruxelles, par lettre recommandée à la poste le 12 décembre 1996.

Ces mémoires ont été notifiés conformément à l'article 89 de la loi organique, par lettres recommandées à la poste le 20 décembre 1996.

Des mémoires en réponse ont été introduits par :

- le Conseil des ministres, par lettre recommandée à la poste le 20 janvier 1997;
- l'a.s.b.l. Hiberniaschool, par lettre recommandée à la poste le 22 janvier 1997.

Par ordonnance du 25 mars 1997, la Cour a prorogé jusqu'au 3 octobre 1997 le délai dans lequel l'arrêt doit être rendu.

Par ordonnance du même jour, la Cour a déclaré l'affaire en état et fixé l'audience au 30 avril 1997.

Cette dernière ordonnance a été notifiée aux parties ainsi qu'à leurs avocats, par lettres recommandées à la poste le 26 mars 1997.

A l'audience publique du 30 avril 1997, où le juge L. François remplaçait le président M. Melchior, légitimement empêché :

- ont comparu :
 - . Me D. D'Hooghe, avocat au barreau de Bruxelles, pour l'a.s.b.l. Hiberniaschool;
 - . Me P. Devers, avocat au barreau de Gand, pour le Gouvernement flamand;
 - . Me R. Rombaut, avocat au barreau d'Anvers, pour le Conseil des ministres;
- les juges-rapporteurs G. De Baets et P. Martens ont fait rapport;
- les avocats précités ont été entendus;
- l'affaire a été mise en délibéré.

La procédure s'est déroulée conformément aux articles 62 et suivants de la loi organique, relatifs à l'emploi des langues devant la Cour.

IV. En droit

- A -

Point de vue du Gouvernement flamand

A.1.1. Pour qu'un établissement d'enseignement puisse prétendre au subventionnement, il doit répondre, sur la base de l'article 3, § 1er, *in fine*, de la loi du 29 mai 1959, modifié par la loi du 18 septembre 1981, aux critères fixés dans un plan de rationalisation et de programmation visé à l'article 13, § 1er, a), de la même loi, du moins dans les secteurs et niveaux pour lesquels un tel plan existe. La notion qui est centrale en l'occurrence n'est pas celle du « caractère » de l'enseignement, mais celle de « centre d'enseignement » telle qu'elle est définie à l'article 3, § 2, de la loi du Pacte scolaire. Pour ce qui concerne l'enseignement secondaire et le plan de rationalisation et de programmation à y appliquer, la notion de « caractère » est, dans le cadre d'un droit au subventionnement à l'intérieur d'un tel plan, subordonnée à la notion de « centre d'enseignement », de sorte qu'il n'existe plus d'obligation absolue de « choisir un caractère ».

Les établissements scolaires qui, telles les écoles basées sur une méthode particulière, ne peuvent, s'agissant du « caractère », être classés dans une des trois catégories existantes, peuvent exister légalement en dehors de cette répartition sans être exclus du système, ainsi qu'il appert de l'article 3, § 2, alinéa 4, de la loi du Pacte scolaire. En effet, ils peuvent, sous certaines conditions, appartenir à des centres d'enseignement existants ou passer des accords avec la commission de planification - actuellement le Conseil flamand de l'enseignement (VLOR) - en vue de pouvoir malgré tout programmer ou déroger au plan de rationalisation et de programmation.

A.1.2. La distinction constatée par le juge du fond est une distinction hypothétique qui ne se présente que lorsqu'un établissement scolaire à « caractère spécifique », par exemple une école basée sur une méthode particulière, ne réussit pas à former un centre d'enseignement ou à appartenir à un tel centre, ni à obtenir un avis motivé favorable du Conseil flamand de l'enseignement sur une éventuelle programmation propre, ou une dérogation pour les cas exceptionnels ou non prévus. Dans l'arrêt n° 25/92 de la Cour, considérant 4.B.4, il est expliqué que tant le Conseil flamand de l'enseignement que le ministre compétent doivent exercer la compétence qui leur est attribuée par l'article 3, dans le respect du principe d'égalité en matière d'enseignement, tel qu'il est garanti en particulier par l'article 24, § 4, de la Constitution.

La distinction opérée en matière de « caractère » est seulement potentielle, dans la mesure où elle donne au pouvoir exécutif la possibilité de lier à cette distinction des effets juridiques lorsqu'il adopte des arrêtés en matière de plans de rationalisation et de programmation. L'étendue des effets juridiques de la distinction ainsi créée, pour les établissements concernés, ne découle pas de l'article 3 de la loi du Pacte scolaire lui-même, et les arrêtés d'exécution basés sur celui-ci n'échappent pas au contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil d'Etat.

A.1.3. La loi du 18 septembre 1981 qui a inséré l'article 3 de la loi du 29 mai 1959 visait à donner un fondement légal au plan de rationalisation et de programmation de l'enseignement secondaire de plein exercice, de façon à combattre une prolifération en matière de programmation, à pouvoir néanmoins adapter l'enseignement aux besoins nouveaux par la création de nouvelles orientations d'études, suivant certaines règles de programmation, et à permettre que le Fonds national de garantie soit débloqué et que la paix scolaire soit sauvegardée.

Cet objectif ne pouvait être réalisé que par l'instauration d'un concept nouveau de « centre d'enseignement » en tant que nouvelle unité de base, en remplacement de l'école ou de l'établissement, mais reposant sur les notions de « réseau » et de « caractère » connues dans le Pacte scolaire. Selon la Cour, l'opportunité de ce choix ne saurait être soumise à un contrôle, ainsi qu'il est dit au considérant 4.B.7 de l'arrêt n° 25/92. Le législateur a veillé à ce que les intérêts des écoles qui ne peuvent être classées suivant les critères classiques soient néanmoins sauvegardés, soit en leur donnant accès aux centres d'enseignement, soit en prévoyant à la place une programmation propre séparée ou une dérogation.

A.1.4. La distinction visée par le juge du fond, qui est toutefois hypothétique et, s'agissant des effets juridiques, potentielle, est, compte tenu de l'objectif poursuivi par le législateur et compte tenu des caractéristiques propres de chaque pouvoir organisateur, raisonnablement justifiée sur la base de différences objectives, d'autant que le droit au subventionnement en matière d'enseignement n'est pas seulement limité par les nécessités de l'intérêt général mais également par celle d'une juste répartition des moyens financiers disponibles, qui sont budgétairement limités.

Point de vue du Conseil des ministres

A.2.1. Les dispositions de l'article 24 de la Constitution s'opposent à ce que soient traitées de manière identique, sans qu'apparaisse une justification raisonnable, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure considérée, sont, comme en l'espèce, essentiellement différentes. Le traitement différent des établissements ayant un caractère spécifique est précisément contenu dans les dispositions de l'article 3, § 2, de la loi du Pacte scolaire et réside dans la procédure particulière d'avis du VLOR concernant la programmation de ces établissements et dans la dérogation que le ministre peut leur accorder, sur avis du VLOR, dans des cas exceptionnels et non prévus. Il a été démontré qu'entre les établissements dont le caractère est défini dans la loi et les établissements ayant un « caractère spécifique » existe une différence objective, au sens de l'article 24, § 4, de la Constitution, susceptible de justifier un traitement approprié.

A.2.2. Se référant à l'arrêt n° 76/96 de la Cour, le Conseil des ministres affirme que des procédures dérogatoires particulières peuvent être utilisées afin d'assurer la liberté et l'égalité garanties par la Constitution en matière d'enseignement. Une telle procédure dérogatoire est prévue par la législation contestée, mais le VLOR n'a plus accordé de dérogation à l'a.s.b.l. Hiberniaschool, sur la base d'avis motivés. La doctrine et la jurisprudence s'accordent sur la « disposition relative au caractère » contenue dans l'article 3 de la loi du Pacte scolaire.

Point de vue de l'a.s.b.l. Hiberniaschool

A.3.1. L'a.s.b.l. Hiberniaschool expose tout d'abord en détail le régime de rationalisation et de programmation de l'enseignement secondaire tel qu'il a été instauré par l'article 3 de la loi du Pacte scolaire, modifié par la loi du 18 septembre 1981. Il ressort clairement de la jurisprudence du Conseil d'Etat, contenue dans l'arrêt n° 25.423 du 31 mai 1985, que le régime de rationalisation était limité et entendait combattre une nouvelle prolifération plutôt que réduire le système existant. Le Conseil d'Etat s'opposait en cela au point de vue du Gouvernement selon lequel le fait de satisfaire aux normes de rationalisation n'était pas seulement une condition pour pouvoir programmer mais devait également être considéré comme une condition du subventionnement lui-même. Afin de poser explicitement le respect des normes de rationalisation comme condition du subventionnement, l'article 3, § 1er, alinéa 3, fut modifié par l'arrêté royal n° 411 du 25 avril 1986.

A.3.2. La problématique découle en particulier de l'application de l'arrêté royal du 30 mars 1982, dont l'article 21 est réputé s'appliquer directement à la « Hiberniaschool », alors que celle-ci, compte tenu du nombre de ses élèves, ne satisfait pas aux conditions mentionnées dans cet article. La « Hiberniaschool » a longtemps pu invoquer l'article 23 de cet arrêté, mais la thèse selon laquelle une école « non caractérisée », au sens de l'article 3 de la loi du Pacte scolaire, pouvait invoquer elle aussi les normes préférentielles des articles 22 et 23 de l'arrêté royal du 30 mars 1982 était controversée, ainsi qu'il est apparu de décisions ultérieures du Conseil flamand de l'enseignement et du Gouvernement flamand.

Il est en particulier contesté que ces dernières dispositions ne trouveraient à s'appliquer que dans le cas d'une école ayant un caractère, au sens de l'article 3, § 2, de la loi du Pacte scolaire. L'article 23 prévoit une réduction des normes de population scolaire pour les établissements situés à une certaine distance l'un de l'autre, ce qui ne réfère nullement au fait d'(être susceptible d')appartenir ou non à un centre d'enseignement. L'annulation décidée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Hibernia tendait seulement à faire en sorte que, tant à

l'égard de l'article 18 qu'à l'égard de l'article 21, les écoles qui considèrent ne pouvoir adhérer à un centre d'enseignement soient soumises de manière générale aux normes fixées par l'article 21 et non à celles de l'article 18.

L'a.s.b.l. Hiberniaschool a toujours soutenu qu'une interprétation conforme à la Constitution devait être donnée à l'article 23 de l'arrêté royal du 30 mars 1982, de manière telle que même les écoles « non caractérisées » puissent directement invoquer le bénéfice des normes préférentielles contenues dans cet article. Tout établissement qui satisfait aux conditions de l'article 23 pourrait prétendre au subventionnement, sans égard au fait qu'il soit soumis à la norme de base de l'article 18 ou à la norme de base de l'article 21. Une telle interprétation ne semble pas exclue par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Hibernia : si l'on admet que les normes de population fixées dans l'arrêté royal du 30 mars 1982 s'appliquent également aux écoles à « caractère spécifique », il n'y a aucune raison - ni *a fortiori* aucune raison compatible avec le principe d'égalité - pour ne pas appliquer aux écoles à « caractère spécifique » les normes préférentielles qui sont appliquées sans restriction aux écoles qui ne peuvent adhérer à un centre d'enseignement.

Le Tribunal de première instance de Bruxelles a toutefois considéré qu'une telle interprétation n'était pas compatible avec la notion de « caractère » définie à l'article 3, § 2, de la loi du Pacte scolaire.

A.3.3. L'a.s.b.l. Hiberniaschool constate en outre que la non-applicabilité des articles 22 et suivants de l'arrêté royal du 30 mars 1982 ne peut être compensée ni par la procédure spéciale pour les écoles « non caractérisées » ni par la procédure spéciale de dérogation pour les cas exceptionnels ou non prévus.

A.4. Selon l'a.s.b.l. Hiberniaschool, l'article 3 de la loi du Pacte scolaire viole l'article 24, § 4, de la Constitution, *primo*, parce que la notion de « caractère » d'une école ne peut être considérée comme une caractéristique qui justifierait un traitement différent en matière de règles de rationalisation et de programmation (voy. ci-après A.5.1 et suivants), *secundo*, parce que, sur la base de la procédure particulière de dérogation qui y est contenue, il ne peut être obtenu de dérogation pour rationaliser (voy. ci-après A.6.1 et suivants).

En outre, l'article 3 de la loi du Pacte scolaire viole l'interdiction de mesures préventives inscrite à l'article 24, § 1er, de la Constitution et le principe de légalité contenu à l'article 24, § 5, de la Constitution (voy. ci-après A.7.1. et suivants).

A.5.1. Après avoir souligné, notamment sur la base des travaux préparatoires de l'article 24 de la Constitution, de la doctrine et de la jurisprudence de la Cour et du Conseil d'Etat, que les garanties constitutionnelles de cet article ne s'étendent pas uniquement à la distinction entre écoles confessionnelles et non confessionnelles, mais également aux écoles dites « non caractérisées », telle que la « Hiberniaschool », dont est reconnu non seulement le droit à l'existence mais également la valeur du concept pédagogique, l'a.s.b.l. Hiberniaschool soutient que la « disposition relative au caractère » inscrite à l'article 3 de la loi du Pacte scolaire viole le principe d'égalité contenu à l'article 24, § 4, de la Constitution.

A.5.2. La distinction entre écoles à caractère et écoles « non caractérisées » donne lieu, dans l'article 3, § 2, de la loi du Pacte scolaire, à un double traitement différencié.

Tout d'abord, le fait d'être ou non caractérisé détermine la possibilité pour un établissement d'enseignement d'appartenir ou non à un centre d'enseignement. Un centre d'enseignement est, en vertu de l'article 3, § 2, de la loi du Pacte scolaire, « un groupe d'établissements qui dispensent un enseignement de même caractère », les écoles non caractérisées qui souhaiteraient tout de même appartenir à un centre d'enseignement n'ayant que deux possibilités de dérogation. Il s'ensuit que seuls les établissements d'enseignement ayant un caractère peuvent former un centre d'enseignement sans autorisation écrite des pouvoirs organisateurs, sans l'avis favorable préalable de la commission de planification et sans l'accord du ministre.

Ensuite, cette disposition fournit le fondement légal permettant d'établir un plan de rationalisation et de programmation et d'opérer à cet égard une distinction entre les établissements ayant un caractère et les établissements non caractérisés, au sens de la loi du Pacte scolaire (voy. entre autres, l'article 23, § 1er, a), de l'arrêté royal du 30 mars 1982). Dès lors, les établissements d'enseignement ayant un caractère et les

établissements d'enseignement non caractérisés qui satisfont aux mêmes conditions pourront, s'agissant des premiers, et ne pourront pas, en ce qui concerne les seconds, bénéficier des normes préférentielles. Dans la

fixation des normes de population scolaire, en vue de l'extension de l'offre de programmes et d'un accès éventuel au fonds des bâtiments scolaires, il est donc opéré une distinction selon que l'établissement d'enseignement a ou non un « caractère » au sens de la loi du Pacte scolaire.

Contrairement à ce qu'affirme le Gouvernement flamand, il ne s'agit donc pas ici d'une distinction hypothétique dont on ne saurait déduire la portée potentielle de la distinction entre écoles avec et écoles sans caractère. Il ne s'agit pas non plus d'une discrimination positive des écoles non caractérisées, ainsi que l'a déjà démontré le Conseil d'Etat dans l'arrêt Hibernia, qui a prononcé l'annulation sur la base du constat qu'une charge plus lourde est imposée à une école à caractère spécifique restant indépendante.

A.5.3.1. La notion de « caractère » n'est cependant pas pertinente pour justifier un traitement différencié.

A.5.3.2. La notion de « caractère » ne peut tout d'abord être considérée comme une caractéristique, au sens de l'article 24 de la Constitution, qui justifierait un traitement approprié, notamment en matière de subventionnement.

A cet égard, il est renvoyé à la jurisprudence de la Cour dans l'arrêt n° 38/91 du 5 décembre 1991 : « la rédaction nouvelle de l'article [24] et la compétence nouvelle que le Constituant a donnée simultanément à la Cour d'arbitrage par l'article [142] de la Constitution indiquent sans équivoque qu'il appartient à la Cour de vérifier la compatibilité des normes législatives relatives à l'enseignement avec l'article [24] de la Constitution, de la même manière qu'elle contrôle la conformité d'autres normes législatives aux articles [10] et [11]. » La référence à la loi du Pacte scolaire dans la préparation du nouvel article 24 de la Constitution n'autorise pas à donner à cette disposition législative une valeur constitutionnelle.

Concrètement, il est constaté que la notion de « caractère » fait plutôt référence aux équilibres philosophiques recherchés dans l'esprit de la loi du Pacte scolaire, alors que le terme « caractéristique » figurant à l'article 24 de la Constitution n'a pas tant trait à la nature philosophique mais bien plutôt aux « conséquences juridiques pertinentes de la nature de l'établissement d'enseignement ». Des différences objectives entre écoles peuvent seulement être justifiées par les caractéristiques propres d'un pouvoir organisateur lorsque ces différences sont liées à la nature juridique des pouvoirs organisateurs, à savoir les communautés, les autres autorités publiques, telles que les communes et les provinces, et les personnes physiques ou morales de droit privé, ce qui résulte du texte de la Constitution elle-même, dès lors que la notion de « caractéristique » est explicitement liée au pouvoir organisateur de l'enseignement dont il s'agit.

A.5.3.3. Ce n'est pas la tendance (philosophique) de l'enseignement mais bien l'organisation (juridique) de celui-ci qui constitue la « caractéristique » d'un établissement d'enseignement, visée par la Constitution, pouvant justifier un traitement approprié. L'identité philosophique d'une école ayant un caractère n'est donc pas à considérer comme la caractéristique - ni *a fortiori* comme une caractéristique objective pertinente - de cette école, susceptible de justifier un traitement distinct. Ceci est confirmé également dans le considérant 5.6.1.2 de l'arrêt Hibernia du Conseil d'Etat : « Il y a lieu dès lors en l'espèce d'attribuer sans réserve à l'article [24] [de la Constitution] une signification autonome, qui ne peut être limitée en fonction de situations et de traditions historiques : ainsi l'article comporte également la liberté d'organiser des écoles éventuellement sur la seule base des méthodes pédagogiques ». Conformément à l'article 24, § 4, de la Constitution, dès qu'un certain nombre (fixé par la loi) de parents et d'enfants expriment leur préférence pour un établissement d'enseignement et que celui-ci satisfait aux autres conditions objectives, une école doit avoir droit à un traitement identique à celui des autres écoles qui se trouvent placées dans les mêmes circonstances.

Dans le même sens, la Cour a explicitement déclaré dans l'arrêt n° 76/96 du 18 décembre 1996, à l'égard de la nature philosophique de l'enseignement, que la « liberté de l'enseignement visée à l'article 24, § 1er, de la Constitution, suppose, pour les pouvoirs organisateurs, le droit d'organiser ou d'offrir, sans référence à une philosophie confessionnelle ou non confessionnelle déterminée, et en pouvant prétendre à un financement ou au subventionnement par l'autorité, un enseignement dont la spécificité réside dans des conceptions déterminées d'ordre pédagogique ou éducatif », sans préjudice du droit de l'autorité de tenir compte des moyens financiers disponibles et de la nécessité de garantir la qualité et l'équivalence de l'enseignement dispensé à l'aide des deniers publics. A cet égard, il doit toutefois être tenu compte du principe d'égalité, de sorte que le législateur adopte des mesures qui s'appliquent de manière générale aux établissements d'enseignement, sans

égard à la spécificité de l'enseignement dispensé par ces établissements. Les mesures imposées doivent également être contrôlées au regard du principe de proportionnalité. Il s'ensuit, selon l'a.s.b.l. Hiberniaschool, qu'un établissement ayant une conception pédagogique ou éducative propre peut prétendre au même traitement que les autres pouvoirs organisateurs qui offrent un enseignement basé ou non sur une philosophie (confessionnelle ou non confessionnelle). Une distinction qui s'appuie sur une référence exclusive à une philosophie confessionnelle ou non confessionnelle répond à une différence objective qui, s'agissant des conditions de subventionnement, ne saurait justifier un traitement approprié au sens de l'article 24, § 4, alinéa 2, de la Constitution.

On retrouvera le même point de vue dans les avis récents du Conseil d'Etat relatifs au projet de décret concernant l'enseignement fondamental. Le règlement du libre choix contenu dans ce projet n'est plus basé sur une distinction entre enseignement confessionnel et non confessionnel, distinction considérée comme dépassée, mais sur la distinction entre enseignement officiel et libre. Cette dernière notion est toutefois à nouveau mise en rapport avec « une religion ou une philosophie reconnue ». Le Conseil d'Etat a constaté à cet égard que « les écoles libres qui ne sont pas basées sur une religion ou une philosophie reconnue » ne peuvent être associées au système du libre choix (avis du Conseil d'Etat, *Doc.*, Parlement flamand, 1996-1997, n° 451/1, p. 303). S'agissant de la distinction faite en la matière entre les écoles libres, le Conseil d'Etat a dit qu'« une telle distinction n'est évidemment admissible que si des raisons objectives motivent cette différence de traitement et pour autant qu'elles soient proportionnées à l'objectif poursuivi. L'article 24, § 4, de la Constitution dispose à cet égard que la loi et le décret prennent en compte les différences objectives, notamment les caractéristiques propres à chaque pouvoir organisateur, qui justifient un traitement approprié. L'exposé des motifs ne fournit cependant pas d'informations à ce sujet. Compte tenu de l'ampleur de l'avant-projet et du délai aussi bref que déraisonnable, par comparaison, dans lequel un avis doit être remis, le Conseil d'Etat, section de législation, se limite à observer que le contrôle final sur ce point sera opéré par la Cour d'arbitrage » (*ibidem*, p. 304). Concernant un amendement relatif à l'article dont il s'agit, le Conseil d'Etat a estimé qu'il « ne répond pas à la question posée par le Conseil d'Etat de savoir pourquoi les écoles libres qui ne sont pas basées sur une religion ou une philosophie reconnue (les écoles dites de méthode) ne peuvent être associées au système du libre choix » (avis L.25.820/1, inédit). Lorsque le Conseil d'Etat se pose des questions quant à la constitutionnalité d'un système de libre choix basé sur la distinction bipolaire classique entre enseignement confessionnel et non confessionnel ou libre et officiel, on comprendra à plus forte raison que cette distinction ne saurait être utilisée légitimement pour l'établissement des conditions générales de rationalisation formulées en vue de l'admission aux subventions.

La notion de « caractère », au sens de la loi du Pacte scolaire, qui fournit la base légale pour une application inégale des normes de rationalisation et de programmation et, partant, pour l'attribution différenciée de subventions, sur la base de l'identité philosophique de l'établissement d'enseignement, est contraire à l'article 24, § 4, de la Constitution.

A.5.3.4. La limitation de la portée de la notion de « caractère » dans l'article 3 de la loi du Pacte scolaire par le Gouvernement flamand et le Conseil des ministres n'est pas acceptée par l'a.s.b.l. Hiberniaschool. Antérieurement à la loi du 18 septembre 1981, la notion de « caractère » n'était utilisée que comme fondement du régime du libre choix de l'école, au sens de l'article 4 de la loi du Pacte scolaire, mais elle est devenue depuis lors aussi la pierre angulaire pour l'application des plans de rationalisation et de programmation et donc un principe d'organisation qui régit la création et le subventionnement d'écoles et qui est applicable à toutes les écoles.

En ce qui concerne la réglementation de la programmation, la notion de « caractère » est surtout importante à cause de la place centrale réservée à la notion de « centre d'enseignement », ainsi qu'il ressort des articles 37, § 1er, et 40 de l'arrêté royal du 30 mars 1982. Pour ce qui concerne la rationalisation, la notion de « centre d'enseignement » est moins importante, compte tenu notamment de la portée de l'arrêt Hibernia du Conseil d'Etat. A la différence de la programmation, il n'est pas prévu, en matière de rationalisation, une procédure particulière pour les écoles sans caractère, celles-ci pouvant seulement faire appel à la procédure pour les cas exceptionnels ou non prévus prévue à l'article 3, § 3, alinéa 2, 4°. En matière de rationalisation, la notion de « caractère » conserve bien toute son importance, étant donné que seules les écoles ayant un caractère, au sens de l'article 3 de la loi du Pacte scolaire, peuvent invoquer les normes de rationalisation préférentielles des articles 22 et suivants de l'arrêté royal du 30 mars 1982. Ainsi, la distinction philosophique entre écoles

confessionnelles et non confessionnelles, adaptée à la situation bipolaire de l'enseignement en Belgique, devient déterminante pour la création et le subventionnement et, partant, pour l'organisation des écoles, ce qui n'est pas compatible avec l'article 24 de la Constitution. Le Conseil d'Etat a dit à ce propos dans l'arrêt *Hibernia* : « Cette optique étriquée qui se préoccupe uniquement de l'opposition traditionnelle et politiquement importante entre l'enseignement 'privé' confessionnel et l'enseignement public non confessionnel, méconnaît toutefois incontestablement la portée générale de l'article [24], même si les textes émanent de la Commission du Pacte scolaire et bien qu'ils aient été approuvés par le Parlement ».

A.5.4. Même si un critère philosophique pouvait être considéré comme une différence objective susceptible de justifier un traitement différent - *quod non* -, la notion de « caractère » n'en impliquerait pas moins une discrimination, parce qu'une distinction est opérée entre philosophies traditionnelles et non traditionnelles.

A.6.1. L'article 3 de la loi du Pacte scolaire instaure en outre une inégalité de traitement entre les « écoles caractérisées » et les « écoles non caractérisées », en ce que seules les premières nommées peuvent bénéficier de normes préférentielles en matière de programmation et de rationalisation, cependant que les secondes, sur la base d'une procédure particulière, peuvent simplement obtenir des dérogations aux normes de programmation, inégalité qui est la conséquence de la modification de cette disposition par l'arrêté royal n° 411 du 25 avril 1986.

A.6.2. Le fait que le législateur a omis de modifier également la procédure de dérogation particulière pour les « écoles non caractérisées » crée une lacune discriminatoire qui, selon la jurisprudence de la Cour, peut être estimée contraire à la Constitution (arrêts n°s 31/96 et 36/96).

A.7.1. La circonstance que les écoles à caractère spécifique qui ne satisfont pas aux normes de base ne pourraient être subventionnées qu'après avis favorable du VLOR et décision du Gouvernement flamand viole l'interdiction de mesures préventives inscrite à l'article 24, § 1er, de la Constitution et le principe de légalité inscrit à l'article 24, § 5, de la Constitution.

A.7.2. La liberté d'enseignement garantie par la Constitution implique le droit de créer notamment des écoles dont la spécificité réside dans certaines conceptions d'ordre pédagogique ou éducatif et 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 (arrêts n°s 25/92 et 28/92).

A.7.3.1. L'article 24, § 5, de la Constitution confirme et renforce le principe en vigueur de la primauté du pouvoir législatif sur le pouvoir exécutif, ce qui implique, en matière de subventionnement d'une école, que l'existence et la portée de l'obligation de subventionnement sont déterminées par des prescriptions générales dont l'application par l'autorité ne suppose pas d'appréciation discrétionnaire de données factuelles concrètes. La Cour déclare, dans son arrêt n° 43/96, que « le Constituant n'a pas entendu interdire toute délégation qui serait accordée par le législateur au gouvernement. Une telle délégation ne saurait toutefois être à ce point étendue qu'elle laisserait au gouvernement le soin de fixer des règles essentielles à l'organisation de l'enseignement ».

A cet égard, la Cour a précisé dans ses arrêts n°s 33/92 et 45/94 que des délégations données au pouvoir exécutif ne peuvent porter que sur la mise en oeuvre des principes arrêtés par le législateur lui-même, sans que les organes exécutifs puissent combler l'imprécision de ces principes ou affiner des options insuffisamment détaillées. Les plans de rationalisation et de programmation doivent, sous ce rapport, être considérés comme relevant du domaine de l'organisation et du subventionnement de l'enseignement auxquels sont applicables les garanties de l'article 24, § 5, de la Constitution (arrêt n° 45/94).

A.7.3.2. Le législateur a omis d'indiquer dans la loi elle-même que les normes préférentielles doivent également être appliquées aux écoles ne possédant pas de caractère défini par la loi, et il n'a pas été donné d'habilitation au Roi à cet égard. Les écoles n'ayant pas le caractère exigé par la loi peuvent, pour cette raison, faire seulement appel à la procédure dérogatoire particulière prévue à l'article 3, § 2, alinéas 5 et 6, de la loi du Pacte scolaire ou à la procédure particulière de dérogation pour les cas exceptionnels et non prévus fixée à l'article 3, § 3, alinéa 2, 4°, de la même loi. Ces procédures délèguent des compétences excessives et confèrent

au Conseil flamand de l'enseignement et au Gouvernement flamand le pouvoir le plus étendu, étant donné

l'absence, dans les normes ayant force de loi, de critères objectifs, juridiquement sûrs, sur la base desquels les demandes doivent être appréciées. Compte tenu des modalités auxquelles sont soumises les autorisations, il s'agit d'une mesure préventive interdite. La compétence reconnue au Gouvernement, conformément à l'article 3 de la loi du Pacte scolaire, d'autoriser des dérogations au plan de rationalisation et de programmation, sur la base d'une procédure particulière, moyennant l'avis conforme du VLOR, implique une délégation qui est contraire à l'article 24, § 5, de la Constitution, parce qu'elle concerne l'établissement de règles qui sont essentielles à l'organisation et au subventionnement de l'enseignement.

- B -

B.1. La question préjudicielle consiste à demander à la Cour si la distinction que l'article 3, § 2, de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement opère entre les établissements d'enseignement secondaire de plein exercice, selon qu'ils ont ou n'ont pas l'un des caractères visés dans cette disposition législative, est compatible avec l'égalité des établissements d'enseignement consacrée par l'article 24 de la Constitution, en tant que ces caractères entrent en ligne de compte dans la détermination des conditions du maintien des subventions prévues par le plan de rationalisation.

B.2. L'article 3, § 1er, alinéa 3, de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement énonce :

« Dans les secteurs et niveaux auxquels s'applique un plan de rationalisation et de programmation tel que défini à l'article 13, 1, a, de la présente loi, il ne peut être maintenu ou créé des établissements organisés par la Communauté, sections ou autres subdivisions d'établissements s'ils ne répondent pas aux critères de ce plan. Pas plus des établissements ou des sections d'établissements ne peuvent continuer à être subsidiés ou être admis aux subventions, s'ils ne répondent pas aux critères de ce même plan. »

B.3.1. Le traitement inégal contenu à l'article 3, § 2, de la loi du 29 mai 1959, dont la constitutionnalité est contestée, a été instauré par la loi du 18 septembre 1981. Cette loi fixait les dispositions législatives nécessaires aux plans de rationalisation et de programmation dans l'enseignement secondaire de plein exercice. Pour ce faire, on a recouru à la notion de « centre d'enseignement », « formé par un groupe d'établissements qui dispensent un enseignement de même caractère » (article 3, § 2, alinéa 2, de la loi du 29 mai 1959), ce qui

signifie que cet enseignement appartient à l'une des catégories « non confessionnel », « confessionnel » ou « pluraliste », selon la classification non exhaustive donnée aux articles 2 et 4 de la loi du 29 mai 1959.

B.3.2. Les établissements qui, pour quelque raison que ce soit, ne répondent pas à ces critères et sont de ce fait qualifiés de « non catégorisables » pourraient faire partie d'un centre d'enseignement et « par conséquent bénéficier de normes plus favorables et, d'autre part, [...] développer des initiatives nouvelles » (*Doc. parl.*, Sénat, 1980-1981, n° 685/2, p. 6).

En effet, une école « non catégorisable » peut se joindre à un centre d'enseignement - formé par des établissements ayant un caractère (confessionnel, non confessionnel ou pluraliste) -, moyennant l'accord écrit des pouvoirs organisateurs des établissements qui forment ce centre d'enseignement. De telles écoles peuvent elles-mêmes former ensemble un centre d'enseignement, moyennant l'avis favorable de la Commission de planification et l'accord du ministre (article 3, § 2, alinéa 4, de la loi du 29 mai 1959). Tout établissement qui rencontre des difficultés à faire partie d'un centre d'enseignement secondaire peut demander la conciliation de la Commission de planification (article 3, § 2, alinéa 5, de la loi du 29 mai 1959).

B.3.3. Lorsqu'un établissement d'enseignement est dans l'impossibilité de satisfaire aux normes de rationalisation - ce qui met en péril son droit aux subventions -, il peut, comme l'a fait l'a.s.b.l. Hiberniaschool, recourir à la procédure définie à l'article 3, § 3, alinéa 2, 4°, de la loi du 29 mai 1959 en vue d'obtenir une dérogation aux normes de rationalisation pour les cas exceptionnels ou non prévus.

B.4. L'article 24, § 4, première phrase, de la Constitution réaffirme, en matière d'enseignement, le principe d'égalité et de non-discrimination.

B.5.1. Le traitement différent des établissements d'enseignement « catégorisables » et « non catégorisables » instauré par l'article 3, § 2, de la loi du 29 mai 1959 repose sur un critère objectif et pertinent en ce que, pour fixer la manière dont les établissements

d'enseignement peuvent constituer un centre d'enseignement, il a été tenu compte de leur orientation philosophique. En prévoyant que les centres d'enseignement à constituer en vue de l'application du plan de rationalisation et de programmation doivent être en règle générale constitués d'établissements de même caractère au sens de la loi, le législateur a cherché à sauvegarder, à travers la nécessaire rationalisation de l'offre d'enseignement, la liberté de choix des parents garantie par la Constitution.

La présence ou l'absence d'un des caractères définis par la loi est un critère pertinent pour justifier un traitement distinct.

B.5.2. Pour les établissements d'enseignement qui ne sont pas classés, le législateur a prévu une procédure particulière leur permettant, soit de s'associer à un centre d'enseignement existant ou d'en constituer un eux-mêmes, soit, s'ils entendent conserver pleinement leur spécificité, d'obtenir une dérogation à la norme de rationalisation, de la manière indiquée à l'article 3, § 3, alinéa 2, 4^o, de la loi du 29 mai 1959 « pour les cas exceptionnels ou non prévus ».

B.6. Le critère de distinction mis en oeuvre par le législateur à l'article 3, § 2, de la loi du 29 mai 1959 est objectif et non dénué de rapport avec l'équilibre entre les dispensateurs traditionnels d'enseignement tels qu'ils se présentaient au moment de l'élaboration de la loi. Il conduit néanmoins à ce que les écoles qui ne font pas partie d'un centre d'enseignement voient la continuité de l'enseignement qu'elles dispensent à ce point entravée ou menacée qu'elles sont défavorisées de manière excessive par rapport aux établissements qui font partie d'un tel centre. En effet, elles sont obligées, pour assurer le maintien de leur droit aux subventions, de recourir à une procédure que le législateur présente comme étant exceptionnelle, et pour laquelle il n'indique lui-même aucune garantie en ce qui concerne les droits en matière d'enseignement inscrits à l'article 24 de la Constitution.

B.7. Dans cette mesure, l'article 3, § 2, de la loi du 29 mai 1959 viole l'article 24 de la Constitution.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

L'article 3, § 2, de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement, tel qu'il a été modifié par l'article 1er de la loi du 18 septembre 1981, viole l'article 24 de la Constitution.

Ainsi prononcé en langue néerlandaise et en langue française, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, à l'audience publique du 19 juin 1997.

Le greffier,

Le président,

L. Potoms

L. De Grève