

Student Participation in ‘Free Universities’ Funded by Belgium’s French Community

*Gerhard van der Schyff**

Keywords

Belgium; Freedom of Education; University Student Participation; Proportionality; Limitation of Fundamental Rights

Excerpts from Belgian Constitutional Court Judgment

Arrêt n° 48/2005

du 1er mars 2005

ARRET

(...)

II. *En droit*

- A -

La requête

A.1. Les quatre parties requérantes sont quatre universités relevant du réseau d’enseignement libre subventionné et sont constituées en associations sans but lucratif pour les trois premières, la quatrième possédant la personnalité civile sur la base de la loi du 12 août 1911. Elles demandent l’annulation de l’article 9, et par voie de conséquence, des articles 5, 3°, 8, alinéa 3, dernière phrase, 13, 15, 16, 17, 19, alinéa 1er, de même que du chiffre 9 figurant à l’alinéa 3 de cet article 19, des articles 20, 21, 22, 1°, et des mots « ou, le cas échéant, les étudiants élus aux organes visés à l’article 9 » dans l’article 23, alinéa 1er, du décret de la Communauté française du 12 juin 2003 définissant et organisant la participation des étudiants au sein des institutions universitaires et instaurant la participation des étudiants au niveau communautaire. Les parties requérantes dirigent contre les dispositions précitées un moyen unique pris de la violation des articles 24, § 1er, et 27 de la Constitution, pris isolément et lus en combinaison avec l’article 11 de la Convention européenne des droits de l’homme et avec l’article 22 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Elles reprochent aux dispositions entreprises d’imposer que les représentants des étudiants, élus directement ou désignés par un conseil des étudiants, soient « membres avec voix délibérative, à raison d’au moins 20 % de la composition des organes constitués au sein de chaque institution universitaire, qui sont compétents pour :

1° nommer le personnel administratif, ainsi que le personnel spécialisé, le personnel de maîtrise, les gens de métier et de service;

2° arrêter et approuver les budgets et les comptes de l’institution universitaire;

* Lecturer, Faculty of Law, Tilburg University, The Netherlands; Free Scientific Collaborator, Inter-University Centre for Education Law, Belgium.

3° décider, dans les limites des crédits budgétaires, des travaux d'entretien que nécessitent les bâtiments appartenant à l'institution et les faire exécuter dans les conditions fixées par la législation;

4° disposer, dans les limites et les conditions fixées par les lois, décrets et arrêtés, des crédits affectés à l'établissement;

5° déterminer les cours, travaux et exercices pratiques relatifs aux matières de l'enseignement, conformément aux dispositions légales;

6° définir la procédure interne et les modalités de la procédure externe d'évaluation de l'enseignement et de fonctionnement de l'établissement;

7° nommer les membres du personnel scientifique ».

Or, poursuivent les parties requérantes, les règles constitutionnelles de la liberté de l'enseignement et de la liberté d'association ne permettent pas d'imposer un mode de composition, à raison de 20 p.c. de celui-ci, de l'organe d'administration et de gestion d'une institution universitaire libre. La disposition attaquée porte une atteinte essentielle à la liberté de l'enseignement et notamment au libre choix d'un projet pédagogique et au libre choix du personnel. La disposition attaquée constitue une ingérence disproportionnée dans le droit d'association, d'autant qu'en ce qui concerne l'enseignement, il existe un lien étroit entre la liberté d'association et la liberté de l'enseignement.

Position du Gouvernement de la Communauté française

A.2.1. Le Gouvernement de la Communauté française soulève d'abord l'irrecevabilité du moyen unique dirigé par les parties requérantes contre les dispositions entreprises du décret du 12 juin 2003 précité. Il estime que les parties requérantes ne démontrent pas en quoi les normes qu'elles invoquent auraient été violées.

A.2.2. A titre subsidiaire, le Gouvernement de la Communauté française soutient que les dispositions constitutionnelles et conventionnelles invoquées au moyen ne s'opposent pas à ce qu'en matière d'enseignement, le législateur décréte intervienne pour régler la participation étudiante au sein d'organes décisionnels d'établissements d'enseignement libres subventionnés. En l'espèce, selon le Gouvernement, les dispositions entreprises imposent seulement un seuil minimal de représentation des étudiants dans les organes de décision des universités sans modifier en rien les règles d'organisation (composition des organes) et de fonctionnement (quorum, règle de majorité) de ces organes et elles ne portent pas atteinte à la liberté de créer des écoles et de fixer librement le caractère religieux ou philosophique et les méthodes pédagogiques de leur enseignement, ou d'en déterminer la tendance. La seule question qui se pose est celle de savoir si le taux de 20 p.c. prévu dans le décret en ce qui concerne la participation étudiante constitue une ingérence disproportionnée dans les droits des parties requérantes. Pour le Gouvernement de la Communauté française, ce n'est pas le cas. Il observe que toutes les institutions universitaires en Communauté française reconnaissent aujourd'hui le principe d'une participation étudiante même dans leurs organes décisionnels et le chiffre de 20 p.c. qui ressortit au pouvoir d'appréciation du législateur décréte n'est pas, selon lui, déraisonnable. Tenant compte des choix retenus pour son propre réseau d'enseignement qui ne sont pas susceptibles d'être critiqués, le Gouvernement de la Communauté française soutient que celle-ci était tenue, en vertu de l'article 24, § 4, de la Constitution, d'assurer une égalité entre les étudiants des diverses institutions universitaires de la Communauté française. Enfin, il considère que les dispositions entreprises ne portent pas atteinte de manière excessive à la liberté d'association.

(...)

B.4.2. Les parties requérantes, qui se prévalent, pour justifier leur intérêt au recours, de leur qualité d'« institutions universitaires libres », ne peuvent demander l'annulation des dispositions qu'elles attaquent qu'en tant que celles-ci s'appliquent aux universités qui ne sont pas organisées par la Communauté française. Le recours en annulation doit donc être limité aux dispositions mentionnées en B.1 en tant qu'elles concernent les universités libres.

(...)

B.6. La liberté d'enseignement visée à l'article 24, § 1er, de la Constitution implique, entre autres, que des personnes privées puissent, sans autorisation préalable et sous réserve du respect des libertés et des droits fondamentaux, organiser et faire dispenser un enseignement selon leur propre conception, tant en ce qui concerne la forme que le contenu de l'enseignement.

B.9. La liberté d'enseignement garantie par la Constitution suppose, si elle ne veut pas

être théorique, que les pouvoirs organisateurs qui ne relèvent pas directement de la communauté puissent, sous certaines conditions, telles que des exigences d'intérêt général, prétendre à des subventions à charge de celle-ci. Dans cette mesure, la liberté d'enseignement connaît dès lors des limites et n'empêche pas que le législateur décréte impose des conditions de financement et de subventionnement qui restreignent l'exercice de cette liberté, pour autant qu'il n'y soit pas porté d'atteinte essentielle, ni aux autres droits et libertés comme, en l'espèce, la liberté d'association.

(...)

B.12. En disposant que les étudiants sont membres avec voix délibérative, à raison d'au moins 20 p.c., des organes constitués au sein de chaque institution universitaire qui est subventionnée par la Communauté française, la disposition entreprise impose des obligations en ce qui concerne la composition de ces organes de décision. La participation obligatoire d'étudiants à la composition de ces organes de décision est, en outre, de nature à influencer le processus de prise de décision lui-même au sein de l'association qui organise un enseignement universitaire. En prévoyant la présence des étudiants dans des organes de décision et en leur permettant dès lors d'influencer la politique de l'association, la disposition critiquée constitue une ingérence dans la liberté d'association de ces institutions d'enseignement libres qui organisent un enseignement universitaire. Il y a lieu de vérifier si une telle mesure est pertinente et si elle n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi par le législateur décréte.

B.13. Il ressort des travaux préparatoires cités en B.3.3 que, par application du principe constitutionnel d'égalité, on s'est efforcé d'étendre à tous les réseaux d'enseignement la participation des étudiants. L'article 24, § 4, de la Constitution, qui consacre le principe d'égalité et de non-discrimination en matière d'enseignement, ne saurait toutefois être invoqué pour justifier l'ingérence dans la liberté d'association. En effet, cette disposition impose au législateur décréte de tenir compte de différences objectives justifiant un traitement approprié, parmi lesquelles les caractéristiques propres de chaque pouvoir organisateur. Il s'ensuit que le traitement égal de différentes universités, en ce qui concerne la participation des étudiants, oblige le législateur décréte à se justifier. Cette justification se confond avec la justification requise pour l'ingérence dans la liberté d'association.

B.14. Il ressort également des mêmes travaux préparatoires qu'il a été jugé nécessaire de renforcer la participation des étudiants à la gestion des universités. L'ingérence dans la liberté d'association vise donc en premier lieu à protéger les droits des étudiants. Le législateur décréte a pu estimer que cet objectif ne serait atteint que si un minimum de représentation des étudiants était garanti et si ceux-ci siégeaient avec voix délibérative. Une telle exigence est pertinente par rapport à l'objectif poursuivi mais elle risque, si elle impose une représentation excessive, de constituer une immixtion déraisonnable ou disproportionnée dans l'organisation et le fonctionnement des institutions universitaires subventionnées. Cela s'applique en particulier aux matières qui sont déterminantes pour la politique globale d'une institution universitaire qui concerne les intérêts de toutes les composantes de celle-ci.

B.15. La présence d'étudiants disposant d'une voix délibérative n'est pas imposée au

sein de chaque pouvoir organisateur mais uniquement dans les « organes constitués au sein de chaque institution universitaire », compétents pour prendre les décisions énumérées à l'article 9 du décret. A supposer que, dans certaines universités, telles qu'elles sont actuellement organisées, l'organe compétent pour prendre ces décisions se confonde avec l'organe par lequel s'exerce le pouvoir organisateur, il ne s'ensuit pas que les étudiants puissent participer aux décisions qui y sont prises relativement au caractère religieux ou philosophique de l'enseignement ou au projet pédagogique de l'établissement : la participation étudiante n'est exigée que pour les sept matières énumérées à l'article 9. Celles-ci ne touchent pas à la liberté de créer un établissement d'enseignement, elles n'empêchent pas que les pouvoirs organisateurs fixent librement le caractère religieux ou philosophique de leur enseignement et leur projet pédagogique ou qu'ils en déterminent la tendance. En tant que certaines des matières énumérées à l'article 9 pourraient toucher indirectement à l'une ou l'autre de ces libertés, le décret ne permet pas aux étudiants de s'immiscer de manière disproportionnée dans l'organisation et le fonctionnement des établissements subventionnés qu'ils fréquentent, dès lors que le poids de leur vote, à le supposer unanime,

n'est que de 20 p.c. et que les universités restent libres de répartir les 80 p.c. restants comme elles l'entendent.

B.16. Le moyen n'est pas fondé.

(...)

Introduction

Securing participation is not only a question of democracy narrowly defined. In other words, participation is not only limited to parliamentary elections, but manifests itself on a variety of levels. One such example is education. To which extent ought students to be allowed to participate in the structures of their education institutions? This question is particularly relevant in respect of higher or tertiary education, as was proved in the recent judgment given by the Constitutional Court of Belgium on 1 March 2005 (*Arbitragehof/Cour d'arbitrage*).¹ It is the purpose with this contribution to explain the judgment and comment on it. However, before the attention is turned to the judgment a brief explanation of Belgium's constitutional background is given in order to situate the discussion to follow.

Background

It is important to note that Belgium is a federal kingdom.² The federation is based on a territorial distinction and a person-bound distinction. Federal territories are referred to as 'regions', of which there are three, namely the Flemish, Walloon and Brussels-Capital Regions. While federal person-bound authorities are referred to as 'communities', of which there are also three, namely the Flemish, French and German Communities. The regions and communities have far-reaching powers, including their own legislatures, governments, budgets and spheres of competence – such as education for example. The Constitution provides the possibility for the regions' authority to be exercised by the communities, the regions then legally exist, but their organs are not constituted. This option was exercised by the Flemish Community. A distinction is then usually not made between the Flemish Region and the Flemish Community, but one simply refers to Flanders as such. This option was not exercised by the French Community, hence the distinction between the Walloon Region and the French Community.

Facts

The four applicants before the Constitutional Court were universities that fell under the jurisdiction of Belgium's French Community.³ More particularly, they were 'free universities'. 'Free' in this sense refers to universities organised privately on a religious basis, or 'free education' as it is generally known; as opposed to those universities organised by the relevant community on a neutral basis, or 'community education'. Both types of education, in other words 'free' and 'community' education, are fully funded by their respective communities.

The applicants complained of the French Community's decree of 12 June 2003. The decree was the result of a long development in student participation in the management of higher education institutions. Student participation in Belgium traditionally took two forms, while community education usually opted for direct student participation, free education chose only to consult with students instead of allowing them direct representation.⁴ This changed in 1995 when the French Community decreed that *all* tertiary colleges under its jurisdiction, thereby including those organised on a 'free' basis, had to allow student representation in management structures in order to count on state funding.⁵ Moreover, students had to be allowed a share of at least 20% of the votes in management structures. This decree, which was not challenged before the courts, did not affect free universities under the French Community's jurisdiction,

¹ Judgment of the Constitutional Court of Belgium, no. 48/2005 of 1 March 2005. Cf. on the Court Peeters, P. (2001), 'The judiciary', in: Craenen, G. (ed.), *The Institutions of Federal Belgium: An Introduction to Belgian Public Law*, 2 ed., Acco, Leuven/Leusden, 124-131.

² Cf. Craenen, G. (2001), 'Belgium, general background and legal characteristics', in: Craenen, G. (ed.), *The Institutions of Federal Belgium: An Introduction to Belgian Public Law*, 2 ed., Acco, Leuven/Leusden, 23-24.

³ The four applicants were: Catholic University of Mons; St. Louis University; Catholic University of Louvain, University of Our Lady of Peace.

⁴ Cf. Aerden, Alex (2004-2005), 'Een nieuw tijdperk voor studentenparticipatie aan de vrije universiteiten: het arrest van het Arbitragehof nr. 48/2005', *Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid*, 356-360.

⁵ Decree of 5 August 1995.

but only colleges. The next development came in 1999 when the French Community decreed that all universities had to allow student participation in at least one management organ entrusted with tuition programmes and budgetary matters.⁶ However, no requirement was given as to the percentage of votes to be allocated students.

This came in 2003, when section 9 of the contested decree provided that students' elected representatives had to form at least 20% percent of the voting bloc in issues related to the following matters:

- a. The appointment of administrative staff;
- b. Budgetary matters;
- c. Matters related to building maintenance;
- d. Matters related to state subsidies in accordance with the applicable law;
- e. Decisions regarding courses and practical exercises in accordance with the applicable law;
- f. Determining internal rules regarding the procedure with regard to the external evaluation of tuition and the institution's functioning; and
- g. The appointment of academic staff.

In other words, free universities had to allow students direct representation according to the dictates of section 9 and could no longer limit such representation. The applicants consequently launched their court challenge to the decree, pleading that section 9, and related sections, be declared invalid in respect of free universities.⁷

The applicants averred that section 9 violated sections 24(1) and 27 of the Belgian Constitution.⁸ Section 24(1) provides that:

Education is free; any preventative measure is forbidden; the repression of offences is only governed by law or decree.

While section 27 provides that:

Belgians have the right to enter into association or partnership; this right cannot be liable to any preventative measures.

As international law may also be pleaded before Belgian courts the applicants not only relied on the right to freedom of association in the Belgian Constitution, but also relied on the right as guaranteed in article 11 of the European Convention on Human Rights of 1950 and article 22 of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966.⁹

In sum, the applicants charged that the decree violated their right to freedom of education, as it prevented them from organising in an unfettered manner, thereby also encroaching on their right to freedom of association.

The French Community argued, *inter alia*, that it only fulfilled its constitutional obligation to achieve equality by applying the same measure to all universities irrespective of whether they were organised privately or by the community itself.¹⁰ Furthermore, it viewed section 9 as necessary in order to realise the principle of democracy by giving students a voice in matters that affect them, it was also hoped that the measure would ensure balanced management at universities.¹¹ It was also added that section 9 of the decree did not violate the rights as charged in pursuing its purpose, as the section still left free universities ample room to manoeuvre when it came to safeguarding and charting their religious character and determining their pedagogical methods.¹²

⁶ Decree of 31 May 1999; B.3.2. of the judgment (note 1 above).

⁷ A.1.; A.4.3.; B.1.; B.4.1. of the judgment (note 1 above).

⁸ B.5.1. of the judgment (note 1 above).

⁹ A.1. of the judgment (note 1 above).

¹⁰ A.2.2. of the judgment (note 1 above).

¹¹ Proceedings of the Parliament of the French Community, 2002-2003, no. 406-1, 2; B. 3.3. of the judgment (note 1 above).

¹² A.2.2. of the judgment (note 1 above).

Judgment

The Court considered the scope of right to freedom of education in section 24(1). It followed a particularly wide approach to interpreting the protected conduct and interests of the right. It held that the right consisted of an individual and collective element, it also recognised that the increased complexity of the right allowed the right to freedom of association to be relied on when exercising education rights.¹³ In other words, parties wishing to exercise their education rights also enjoy the benefit of the right to freedom of association when organising themselves. The Court also noted that for the right to be real and not simply theoretical it implied that parties wishing to organise education other than the state could rely on state funding in establishing and maintaining education institutions.¹⁴

The Court, however, added that the right to freedom of education could also be limited. The fact that the state funds free education entitles it to stipulate conditions for securing such funding. Importantly though, such conditions may not limit the essence of the right to freedom of education and its companion the right to freedom of association.¹⁵

The facts were subsequently investigated. It was held that section 9 imposed a burden on the applicants' rights, as it affected their decision-making process.¹⁶ In other words, their rights were interfered with by the French Community. The question then arose as to whether the *interference* could be *justified*, thereby arising in a *limit*, or whether it could not be *justified*, thereby resulting in a *violation*. This, according to the Court, meant that the interference had to be *proportional to its purpose*.

On examining the facts it was held that the purpose of achieving equality between free education and community education with respect to student participation could not be advanced as a plausible reason for limiting the affected rights.¹⁷ This was because such an approach would negate the very purpose of the right to freedom of education and the right to freedom of association by disallowing their very essence. Simply put, what purpose does it serve to grant private parties the right to organise education, but then to simply erode that freedom by requiring it to be the same as education provided by the state. One might as well then not guarantee free education at all, but replace it with community education if there is to be no difference between the two forms of education. The interference had to be based on a different reason if it was to be allowed.

The Court next turned its gaze to the fact that the Parliament of the French Community, which enacted the decree, wished to enhance student participation in order to protect the rights of students.¹⁸ Students had to be given a voice if their rights were to be respected. It observed that the measure taken to achieve that goal, namely section 9 of the decree, did in fact achieve its purpose. It did allow students to participate in decision-making, thereby providing them with the opportunity to exercise their rights by way of the democratic process. But, was the French Community's measure excessive? As an excessive pursuit of an otherwise legitimate purpose would be unreasonable and disproportional, and consequently a violation of the right it interferes with.¹⁹ This was judged particularly relevant with respect to matters concerning an institutions' overall policy. In short, were students over-represented, or overly empowered by section 9?

The Court observed that the applicants were not obliged to allow student representation in all their structures, but only in those dealing with the matters stipulated in section 9, the latter forming a *numerus clausus*.²⁰ This meant that students would not be able to influence the religious foundation of the education provided or pedagogical project embarked on by the applicants. In such matters the applicants still enjoyed their freedom. It added that even if students could indirectly influence such matters, their voice only accounted for a 20% share of the votes, thereby allowing the applicants a sufficient majority to carry their will in disputes.²¹ Student participation of at least 20%, as envisaged by the French Community, was then not disproportional, and consequently constitutional. The applicants rights to freedom of education and freedom of association were thus justifiably interfered with by section 9, in other words the rights were limited and not violated.

¹³ B.6.-B.8. of the judgment (note 1 above).

¹⁴ B.9. of the judgment (note 1 above).

¹⁵ B.9. of the judgment (note 1 above).

¹⁶ B.12. of the judgment (note 1 above).

¹⁷ B.14. of the judgment (note 1 above).

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ B.15. of the judgment (note 1 above).

²¹ *Ibidem*.

Comment

Education has proved a particularly contentious topic in Belgium.²² As highlighted, the lines are usually drawn between education institutions grounded in Catholicism, or free education, and those grounded in neutrality, or community education.

It is then to a certain extent understandable why the four applicants chose to litigate in this matter. The state, in this instance the French Community, was seen as encroaching on the freedom of education guaranteed in the Constitution by applying the norms of its own community education to free education.

Yet, the judgment of the Belgian Constitutional Court in this matter is to be welcomed.

There is nothing wrong or suspicious in giving students an audible and effective voice in matters that concern them. The principle of democratic participation is to be welcomed and not feared. Yet, this principle, as with all principles, needs to be balanced against other principles in the form of competing interests.²³ In other words, a principle can hardly ever be exercised without it ever coming into contact with another principle, thereby creating the need to balance them in order to decide to which extent it may be exercised in a given matter. The question is whether an interference with a right can be said to be *proportional*. This case is a good example in this regard. The principle of *freedom of education* came in contact with the principle of *democratic participation*, thereby calling for a balancing exercise. In effecting such balancing the importance of the principles to the facts at hand are crucial. A balancing exercise can never be just a theoretical exercise devoid of reality.

The Court proved itself worthy in this respect. It rightly identified that *equality* was *not* a principle to be considered in deciding to which extent freedom of education could be exercised, as the French Community argued. The latter argument did not recognise the fact that equality here meant ‘of equal worth’ and not simply ‘identical’.

After having identified that democratic participation was the real principle against which freedom of education had to be balanced, the Court fixed its gaze on the balance struck in section 9 between these competing principles. The French Community in drafting section 9 wisely recognised that allowing freedom of education did not mean disallowing democratic participation, but did mean seeking a sensible accommodation of both these principles – a fact correctly appreciated by the Court.

Section 9, by only requiring a minimum student representation of 20% and then only in selected matters, proved that democratic participation could be assured in institutions protective of their autonomy, while not endangering the course steered by such institutions. As it allowed students effective and real participation, but not to an extent that would have seen the applicants’ autonomy in their regarding their pedagogical approach or religious foundations being trampled. Although section 9 did form an interference with the right to freedom of education, it did not over-extend itself in this respect, but steered a course of minimal resistance in maximising its goal of advancing democracy.

Constitutional adjudication is far too often depicted as simply being a choice between two opposites and hence an example of the judiciary engaging in party-politics – ‘choosing sides’ as it were instead of leaving this to parliament. This judgment illustrates what constitutional adjudication is all about. Taking the initiative in effecting change is left to parliament. While the judiciary does not rob parliament of its popular mandate, but acts as an additional check or safeguard in ensuring that any interference with rights brought about by legislation is proportional to the purpose pursued and thus constitutional.

As explained, this judgment affects free universities falling under the jurisdiction of Belgium’s French Community. It does not affect universities subject to Flemish jurisdiction, where a decree of 19 March 2004 allows universities to choose between allocating students a voting ratio of 10% or simply negotiating with students in respect of a number of issues.²⁴ This judgment ought to be a clear signal to the Flemish Parliament that a better balance is capable of being struck, one which sees effective student

²² Cf. Leenknecht, Gert-Jan (1997), *Vrijheid van Onderwijs in Vijf Europese Landen*, Boom, The Hague, pp. 29-57, for an overview.

²³ Cf. Van der Schyff, Gerhard (2005), *Limitation of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen; Alexy, Robert (2002), *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford.

²⁴ Cf. Aerden, Alex, ‘Een nieuw tijdperk voor studentenparticipatie aan de vrije universiteiten: het arrest van het Arbitragehof nr. 48/2005’, (note 4 above), 360.

representation, while not negating the freedom of education and association of universities. But, the initiative lies with Flemish legislators.