

SOMMAIRE

- L'enseignement à domicile perquisitionné - Commentaire de l'arrêt 107/2009 de la Cour constitutionnelle, par M. El Berhouni 701
- Le point sur... : La prescription du recouvrement en matière d'impôt sur le revenu, par J.-P. Bours 706
- I. Droit pénal - Articles 10 et 11 de la Constitution - Lacune législative constatée par la Cour constitutionnelle - Comblement par le juge *a quo* - Conditions - II. Douanes et accises - Article 39, alinéa 1^{er}, de la loi du 10 juin 1997 - Peine fixe obligatoire - Annulation partielle - Lacune - Conséquences. (Cass., 2^e ch., 2 septembre 2009) 709
- I et II. Nationalité - Naturalisation américaine - Convention belgo-américaine du 16 novembre 1868 - Naturalisation américaine - Perte de la nationalité belge - III. Traités - Applicabilité directe - Primauté - IV. Traités - Dénonciation - Effets dans le temps - V. Traités - Désuétude - Preuves - VI. Droits de l'homme et droit constitutionnel - Acquisition volontaire d'une nationalité étrangère - Serment emportant renonciation à la nationalité originaire - VII. Cour constitutionnelle - Question préjudicielle - Réponse non indispensable - VIII. Cour constitutionnelle - Constitutionnalité de la Convention belgo-américaine - Incompétence - IX et X. Droit international privé - Paternité - Ressortissant américain - Écartement du droit étranger - Principe de proximité - XI. Droit international privé - Droit étranger renvoyant au droit belge - Prohibition de l'article 16 du Code de D.I.P. - XII. Droit international étranger - État fédéral - Droit désigné en fonction des liens les plus étroits - XIII. Droit international privé - Filiation - Application de l'article 63 du Code de D.I.P. - Indifférence de l'objet du litige - XIV. Droit de l'État de New York - Présomption de paternité - Renversement - XV. Droit international privé - Incompétence de la juridiction de l'État de New York - Sans incidence sur l'application du droit matériel désigné - XVI. Droit international privé - Ordre international public belge et européen - Filiation - Présomption de paternité - Renversement - XVII. Action téméraire et vexatoire - Mauvaise foi flagrante - Défense admissible d'une thèse - XVIII. Dépens - Indemnité de procédure - Pétition d'hérédité - Action non évaluable - Complexité de l'affaire - Indemnité maximale. (Liège, 10^e ch., 16 septembre 2009, note) 711
- Chronique judiciaire : Bibliographie - Dates retenues - Communiqué - Échos.

DOCTRINE

L'enseignement à domicile perquisitionné Commentaire de l'arrêt 107/2009 de la Cour constitutionnelle¹

TRADITIONNELLEMENT, on s'accorde à considérer que l'enseignement qui ne bénéficie pas d'une intervention financière des pouvoirs publics jouit d'une liberté absolue. Récemment, la Cour constitutionnelle a pourtant validé un décret qui apporte de larges brèches à ce principe. L'intérêt supérieur de l'enfant ainsi qu'une lecture combinée de l'obligation scolaire et du droit à l'instruction fondent désormais d'importantes immixtions dans la liberté d'enseignement. À côté de ce revirement, l'arrêt dont nous proposons le commentaire montre des réticences de la Cour à censurer une violation de la répartition territoriale des compétences en matière d'enseignement.

1. Le respect de l'obligation scolaire s'effectue le plus souvent par la fréquentation d'un établissement organisé ou subventionné par les Communautés. Cependant, la loi du 29 juin 1983 prévoit qu'il peut également être satisfait à cette obligation par la dispensation d'un enseignement à domicile². Si le constituant a réservé au législateur fédéral la compétence de fixer le début et la fin de l'obligation scolaire (article 127, § 1^{er}, 2^o, de la Constitution), les Communautés sont compétentes pour régler le reste de cette matière. La loi chargeait ainsi les gouvernements communautaires de fixer les conditions pour que l'enseignement à domicile satisfasse à l'obligation scolaire.

La Communauté française a mis en œuvre cette habilitation par l'arrêté du 21 mai 1999³. Après une longue procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, l'arrêté fut annulé au motif que la délégation faite à l'exécutif était excessive au regard du princi-

pe de légalité dans l'enseignement (article 24, § 5, de la Constitution)⁴.

Pour répondre à cet arrêt, la Communauté française a adopté le décret du 25 avril 2008 fixant les conditions pour pouvoir satisfaire à l'obligation scolaire en dehors de l'enseignement organisé ou subventionné par la Communauté française.

Comme son intitulé l'indique, le champ d'application du décret dépasse le strict cadre de l'enseignement à domicile. Le législateur décreta classé l'enseignement dispensé dans les établissements qui ne sont ni subventionnés ni organisés dans trois catégories pour lesquelles il a prévu trois régimes de contrôle différents. *Primo*, il y a les écoles organisées, subventionnées ou reconnues par une autre Communauté et celles dont la fréquentation est susceptible de mener à l'obtention d'un titre bénéficiant d'une décision d'équivalence par voie générale⁵. Ces établissements ne connaissent pas de contrôle particulier. *Secundo*, les écoles, dont la fréquentation est susceptible de conduire à l'obtention d'un diplôme ou d'un certificat relevant d'un régime étranger, sont soumises à un contrôle limité. Le gouvernement doit reconnaître

(1) Nos remerciements vont à Xavier Delgrange et François Tulkens qui, dans des délais particulièrement brefs, ont pris le temps de nous relire et de nous conseiller.

(2) Loi du 29 juin 1983 concernant l'obligation scolaire, article 1^{er}, § 6.

(3) Arrêté du 31 mai 1999 fixant les conditions pour pouvoir satisfaire à l'obligation scolaire en dispensant un enseignement à domicile

(4) C.E., arrêt n° 159.340 du 30 mai 2006, *a.s.b.l. Notre-Dame de la Sainte-Espérance et crts.*

(5) Article 3, 1^o et 2^o.

que l'enseignement prodigué permet de satisfaire à l'obligation scolaire. Pour prendre sa décision, il doit au préalable s'assurer que l'enseignement est d'un niveau équivalent à celui de la Communauté française, conforme au titre II de la Constitution et ne prône pas de valeurs qui sont manifestement incompatibles avec la Convention européenne des droits de l'homme⁶. *Tertio*, l'enseignement dit à domicile, est défini comme l'enseignement qui n'est dispensé ni dans un établissement organisé ou subventionné par la Communauté ni dans un établissement relevant des deux autres régimes prévus par le décret⁷. Malgré le caractère impropre d'une telle terminologie, la qualification d'enseignement à domicile par le décret du 25 avril 2008 englobe donc certains établissements privés⁸. Ce type d'enseignement subit un contrôle du niveau des études plus strict. Le service général de l'inspection s'assure notamment que l'enseignement dispensé, tout en se conformant aux libertés et droits fondamentaux, permet d'épouser les objectifs pédagogiques du décret « missions »⁹ 10.

2. Ce décret marque une rupture avec le traitement traditionnellement réservé par le législateur à l'enseignement privé. Par ces dispositions, cette forme d'enseignement subit le mouvement d'uniformisation pédagogique qui, depuis le décret « missions », a progressivement réduit à une peau de chagrin ce qui distingue les différentes formes d'enseignement. On voit ici apparaître une uniformisation entre l'enseignement financé par la Communauté et l'enseignement privé. Celle-ci s'incarne de trois manières. D'abord, le législateur décrétal consacre un régime de contrôle relativement intrusif qui se fonde sur les exigences pédagogiques du décret « missions ». Il impose, ensuite, aux élèves fréquentant l'enseignement à domicile la présentation et la réussite des épreuves conduisant à l'obtention du certificat d'études de base, des attestations d'orientation du premier degré et du certificat d'enseignement secondaire du deuxième degré. Enfin, après deux contrôles négatifs de l'inspection ou en cas d'échec aux épreuves certificatives, le décret oblige les parents à inscrire leur progéniture dans un établissement organisé ou subventionné par la Communauté.

Il s'agit là d'immixtions importantes dans la liberté de l'enseignement privé. L'ingérence est d'autant plus remarquable que la Communauté ne peut la fonder sur une intervention financière des pouvoirs publics, par définition inexistante pour cette forme d'enseignement.

Comme on pouvait s'y attendre, ces dispositions ont fait l'objet d'un recours en annulation, associé d'une demande en suspension, devant la Cour constitutionnelle. Le 6 novembre 2008, la demande en suspension fut rejetée au motif que l'éventuel préjudice grave difficilement réparable, qui résulterait de l'application du décret¹¹, ne présentait pas un caractère

imminent¹². Le 9 juillet 2009, par son arrêt 107/2009 la Cour rejeta le recours en annulation moyennant une réserve d'interprétation et l'annulation partielle d'un article¹³.

3. Dans les faits, un nombre infime d'enfants sont concernés par l'enseignement à domicile¹⁴. En 1983, le législateur fédéral soulignait déjà que cette forme d'enseignement ne répondait « pratiquement plus à aucune réalité sociologique »¹⁵.

L'arrêt de la Cour constitutionnelle est néanmoins de première importance : en validant les dispositions entreprises, elle opère un revirement majeur dans l'appréciation de la portée et des limites de la liberté d'enseignement. Nous proposons ici un premier commentaire et des réflexions à chaud sur un arrêt pour lequel il est impossible aujourd'hui de prédire toutes les conséquences. Nous nous concentrerons donc sur les considérants relatifs à la liberté d'enseignement (2). Nous nous permettrons, toutefois, d'aborder dans un premier temps la question des compétences de la Communauté de régler cette matière à Bruxelles (1). La faiblesse de la motivation de la Cour sur ce point nous semble justifier ce rapide détour.

1

La compétence territoriale des Communautés

4. Les parties requérantes contestaient la compétence de la Communauté française de régler l'enseignement à domicile dans la Région de Bruxelles-Capitale « dans laquelle il n'existe pas de critère de sous-nationalité »¹⁶. La Cour constitutionnelle se rallie à cette thèse : « les enfants domiciliés dans la Région bilingue de Bruxelles-Capitale et qui relèvent de l'enseignement à domicile ne peuvent être considérés comme des « institutions » au sens de l'article 127, § 2, de la Constitution, qui peuvent relever exclusivement de la compétence d'une Communauté; ces enfants relèvent par conséquent, pour cette matière, de la compétence de l'État fédéral »¹⁷.

Cette position nous semble tout à fait logique¹⁸. Étrangement, la section de législation du Con-

seil d'État n'a pas relevé cette violation des règles de compétence alors que, par le passé, elle ne s'en était pas abstenue¹⁹.

5. Alors que l'on aurait légitimement pu escompter de la Cour qu'elle annule la mesure entreprise, la haute juridiction associe ce considérant d'une réserve d'interprétation. En effet, elle se refuse à exercer son pouvoir de censure car elle estime qu'aucune disposition du décret querellé ne définit son champ d'application territorial. Elle pointe, néanmoins, que l'article 15 prévoit que le contrôle du niveau des études s'effectue « de manière individuelle ou pour l'ensemble des mineurs soumis à l'obligation scolaire et poursuivant l'enseignement à domicile, domiciliés dans une même zone au sens de l'article 13 du décret du 14 mars 1995 relatif à la promotion d'une école de la réussite dans l'enseignement fondamental et de l'article 1^{er} de l'arrêt de l'exécutif de la Communauté française du 15 mars 1993 fixant les obligations de concertation entre établissements de même caractère dans l'enseignement secondaire de plein exercice ». Ceci amène la Cour à considérer que « l'application du décret attaqué aux enfants domiciliés dans l'arrondissement administratif de Bruxelles-Capitale ne découle pas de ce décret, mais de l'arrêté précité de l'exécutif de la Communauté française du 15 mars 1993 »²⁰ qui détermine dix zones dont celle de l'arrondissement administratif de Bruxelles-Capitale. Elle achève l'examen du moyen en rappelant que « l'examen de telles dispositions réglementaires ne relève pas de la compétence de la Cour ».

Nous ne pouvons nous rallier à cette thèse. Même si la Cour avait pu connaître de l'examen de l'arrêté du 15 mars 1993²¹, elle n'aurait pu conclure à son inconstitutionnalité. Il nous semble certain que la Communauté est compétente pour créer et régler l'organisation des conseils de zone, des comités de concertation et des entités d'enseignement à Bruxelles. Elle régleme ainsi la concertation à l'égard d'institutions unilingues. En réalité, c'est l'article 15 du décret du 25 avril 2008, en renvoyant à cet arrêté, qui viole les

statut van Brussel – Bruxelles et son statut, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 557 à 594.

(19) Voy. l'avis n° 41.215/2 du 11 octobre 2006 sur l'avant-projet devenu décret du 8 mars 2007 relatif au service général de l'inspection, au service de conseil et de soutien pédagogiques de l'enseignement organisé par la Communauté française, aux cellules de conseil et de soutien pédagogiques de l'enseignement subventionné par la Communauté française et au statut des membres du personnel du service général de l'inspection et des conseillers pédagogiques, *Doc. parl.*, Comm. fr., sess. 2006-2007, n° 340/1, pp. 166 et 167.

(20) B.9.3.

(21) Sur la base de l'article 159 de la Constitution, bien que la question de l'application de cette disposition à la Cour constitutionnelle demeure controversée. Ainsi, c'est avec une certaine prudence que la Cour a pu affirmer : « Sans qu'il soit besoin d'examiner la question générale de savoir s'il appartient à la Cour de statuer sur toute exception fondée sur l'article 159 de la Constitution (...) » (Cour const., arrêt 39/97 du 14 juillet 1997, B.4.4.1.). Paul Lewalle déduit de ce considérant que la Cour peut faire application de l'article 159 de la Constitution en raison de l'interprétation souple dont cet article est l'objet. Il précise que « le contrôle exercé par la Cour constitutionnelle sur la régularité des actes et règlements administratifs n'est [...] que ce qu'il peut être, au vu de l'article 142 de la Constitution, l'auxiliaire du contrôle de la norme législative » (P. LEWALLE, « La Cour constitutionnelle, le juge de d'administration », *En hommage à Francis Delpérée - Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 907 et 908).

(6) Article 3, 3°.

(7) Article 5.

(8) C'est pourquoi, parmi les parties requérantes, l'on ne trouve deux établissements de ce type.

(9) Décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre.

(10) Articles 11 à 17.

(11) Sont en particulier visées les dispositions imposant l'inscription dans un établissement organisé ou subventionné par la Communauté (article 21 du décret).

(12) Cour const., arrêt 158/2008 du 6 novembre 2008, B.10.4. et B.11.4.

(13) Au moment où nous rédigeons ces lignes, un recours en annulation des articles 11, 14, 17 et 21 du décret est toujours pendant. *M.B.*, 21 janvier 2009.

(14) Selon les chiffres du ministre de l'Éducation, seuls 944 élèves, sur les quelque 687.000 que compte la Communauté française (soit 0,13% de la population scolaire), suivent un enseignement dispensé à domicile ou dans un établissement privé. *Doc. parl.*, Comm. fr., sess. 2007-2008, n° 521/3, p. 6.

(15) *Doc. parl.*, Ch., sess. 1982-1983, n° 645/1, p. 7.

(16) A.15.

(17) B.9.2.

(18) En tout cas d'un point de vue juridique. Dans les faits, on imagine mal l'État fédéral mettre en place un service d'inspection du respect de l'obligation scolaire pour les élèves domiciliés dans la Région bruxelloise vu son désintérêt pour les matières biéducatives. Sur ces questions, voy. H. DUMONT, « Les matières communautaires à Bruxelles du point de vue francophone », *Het*

règles répartitrices de compétence. Par ce raisonnement, la Cour semble définir une méthode pour échapper au couperet de l'annulation : la législation par référence!

Néanmoins, et ceci atténue les effets de sa pusillanimité, la réserve d'interprétation de la Cour pourrait avoir d'importantes conséquences devant le Conseil d'État et les juridictions de l'ordre judiciaire qui devraient refuser d'appliquer le décret, ou une décision prise en vertu de celui-ci, à Bruxelles.

L'enseignement dans un établissement privé (enseignement désormais dit « à domicile ») sis à Bruxelles n'est donc plus concerné par le décret. Ses organisateurs, les élèves qui le fréquentent et leurs parents s'en réjouiront d'autant plus au regard du traitement désormais applicable au même type d'établissement sis ailleurs en Communauté française.

2

La liberté d'enseignement

6. Jusqu'à cet arrêt, on pouvait qualifier de « cas d'école » la question de l'étendue de la liberté d'enseignement dont jouissent les établissements scolaires qui ne sont ni organisés ni subventionnés par la Communauté et dont les diplômés ne font pas l'objet d'une reconnaissance de celle-ci. En effet, malgré une jurisprudence fournie à propos de l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution²², la Cour n'avait jamais eu à connaître de recours portant sur cette situation précise.

La liberté d'enseignement se décline principalement en deux aspects, la violation de chacun d'entre eux étant alléguée en l'espèce. D'une part, lorsque ses destinataires sont les parents, elle postule, dans sa dimension passive, le libre choix de l'école et, dans les établissements organisés par les pouvoirs publics, le choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues et celui de la morale non confessionnelle (A)²³. D'autre part, la liberté d'enseignement implique une dimension active qui s'adresse aux pouvoirs organisateurs. Dans ce cadre, elle garantit la liberté d'ouvrir une école, de la maintenir et de déterminer son projet philosophique et religieux ainsi que ses méthodes pédagogiques. Elle inclut également la liberté de choix du personnel et de ses missions afin de concrétiser sa tendance philosophique et pédagogique ainsi qu'un pouvoir de décision dans l'organisation de l'établissement (B)²⁴. Nous verrons que les motifs de l'arrêt commenté apportent de profonds infléchissements à la portée de la liberté d'enseignement (C).

(22) Voy. M. EL BERHOUMI, *La liberté d'enseignement à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle - Chronique de jurisprudence 1999-2008*, Les dossiers du *Journal des tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 2009.

(23) M. BOSSUYT et G. GOEDERTIER, « Het Grondwettelijk Hof en de grondwettelijke vrijheid van onderwijs », *T.O.R.B.*, 2006-2007, pp. 568 et 569.

(24) F. DELPERÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 239 et 240.

A. La liberté passive

7. Les parties requérantes estimaient que les mesures entreprises remettent en cause les choix des parents et des enseignants. Ceci découlerait notamment du pouvoir accordé au service général de l'inspection d'apprécier ce qui constitue un « niveau d'études équivalent ».

Jusqu'alors, la Cour n'avait pas eu l'occasion de forger une jurisprudence sur la liberté d'opter pour un établissement ou une forme d'enseignement qui ne bénéficie pas d'une intervention financière des pouvoirs publics. Dans l'esprit du constituant de 1988, seul le libre choix entre les établissements organisés ou subventionnés par la Communauté a été envisagé. C'est pourquoi cette disposition a été formulée de manière à charger la Communauté d'« une action positive en vue d'assurer la liberté de choix de manière effective »²⁵. Ceci explique le lien que fait la Cour constitutionnelle, dans une jurisprudence constante, entre libre choix et droit au subventionnement²⁶.

L'arrêt commenté permet quant à lui de réaffirmer l'obligation négative de non-immixtion des pouvoirs publics dans le choix des parents qui découle de la liberté passive : « si la liberté d'enseignement comporte le libre choix par les parents de la forme de l'enseignement, et notamment le choix d'un enseignement à domicile prodigué par les parents, ou d'un enseignement dispensé dans un établissement d'enseignement qui n'est ni organisé, ni subventionné, ni reconnu au sens de l'article 3 du décret, ce libre choix des parents doit toutefois s'interpréter en tenant compte, d'une part, de l'intérêt supérieur de l'enfant et de son droit fondamental à l'enseignement et, d'autre part, du respect de l'obligation scolaire »²⁷. Et la Cour de s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour affirmer que « lorsqu'au lieu de le conforter, les droits des parents entrent en conflit avec le droit de l'enfant à l'instruction, les intérêts de l'enfant priment »²⁸.

8. Le raisonnement de la Cour est défendable : il ne fait que s'inscrire dans la jurisprudence d'une juridiction internationale. La contradiction avec la Constitution n'est en pas moins manifeste : la plupart des dispositions de l'article 24 sont une transposition du Pacte scolaire dont la pierre angulaire était le libre choix des parents. Or, on peut observer un déplacement d'une conception où il est reconnu aux parents le droit de décider ce qui convient le mieux à leurs enfants vers une conception où ce droit appartient... aux pouvoirs publics. Au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour valide un changement majeur dans les princi-

(25) M. LEROY, « La communautarisation de l'enseignement », *J.T.*, 1989, p. 71.

(26) « La liberté de choix des parents implique que ceux-ci puissent choisir pour leurs enfants un enseignement qui correspond le plus à leurs conceptions philosophiques. C'est pour garantir cette liberté de choix que la communauté organise un enseignement neutre dans le respect des conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses des parents et des élèves (article 24, § 1^{er}, alinéa 3, de la Constitution) et qu'elle subventionne les établissements d'enseignement dont la spécificité réside dans une conception religieuse, philosophique ou pédagogique déterminée ». Cour const., arrêt 110/98 du 4 novembre 1998, B.3.2.

(27) B.16.2.

(28) B.17.2.

pes fondamentaux du droit de l'enseignement belge.

Quelques considérants plus tard, la Cour semble confirmer ce changement de paradigme : « La liberté de choix des parents quant à l'enseignement qu'ils veulent dispenser à leur enfant n'est ainsi limitée que dans la mesure où leur choix aboutit à un enseignement qui a été, par deux fois, considéré comme déficient, et qui méconnaît ainsi le droit à l'enseignement de l'enfant »²⁹. L'intérêt de l'enfant déterminé, *in fine*, par les pouvoirs publics l'emporte sur la liberté de choix de ses parents.

Avec la motivation de l'arrêt commenté, ne pourrait-on pas imaginer, par exemple, que le juge constitutionnel valide une réglementation des inscriptions qui restreigne ou diminue le libre choix des parents³⁰ au motif que ces dispositions, en poursuivant l'objectif d'assurer à chacun un enseignement de qualité, épousent les intérêts de l'enfant? Il appartiendra à la Cour d'infirmar ou de confirmer cette évolution.

B. La liberté active

9. Selon les parties requérantes les conditions de reconnaissance des établissements visés à l'article 3, 3^o, du décret attaqué³¹ répondraient à des « visées totalitaires hostiles à la liberté d'enseignement ». Les parties requérantes dénoncent ainsi une limitation de la liberté pédagogique des établissements qui, sous peine de sanctions, devront partager les présupposés philosophiques ou idéologiques du décret³².

Pour la Cour constitutionnelle, l'obligation de dispenser un enseignement qui n'est pas incompatible avec les valeurs du titre II de la Constitution et de la Convention européenne des droits de l'homme permet de s'assurer que le droit à l'instruction s'exerce dans le respect des libertés et droits fondamentaux conformément à l'article 24, § 3, de la Constitution. Nous sommes enclins à lui donner raison.

10. À propos de la violation alléguée de la liberté pédagogique, la Cour affirme qu'« en ce qui concerne les établissements d'enseignement qui choisissent de ne pas recourir à des subventions publiques, bien que l'autorité publique puisse contrôler la qualité de l'enseignement dispensé, ce contrôle ne peut aller jusqu'à exiger le respect des objectifs de développement, des objectifs finaux ou des socles de

(29) B.27.2. Il est fait référence au mécanisme d'inscription obligatoire, dans un établissement subventionné ou organisé par la Communauté, si à deux reprises les contrôles de l'inspection s'avèrent négatifs. Voy. *supra*, n^o 2.

(30) Ce qui n'est pas le cas des tentatives de la précédente législature communautaire qui avaient plutôt pour objectif d'assurer une effectivité du libre choix. Voy. X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Inscrive son enfant dans une école francophone, comment sortir du libre de la jungle? », *T.O.R.B.*, 2008-2009, pp. 459 à 476.

(31) Voy. *supra* n^o 1.

(32) A.8. Les parties requérantes craignaient que « les parents ou enseignants ne pourraient plus, sous peine de verser dans l'homophobie, rappeler la destruction des villes de Sodome et Gomorre, la fin tragique d'Herculanum à Pompéi, ou encore citer certaines auteurs de l'Antiquité. De même, des notions — telles que la théorie évolutionniste de Darwin — sont présentées comme des vérités scientifiques incontestables qui doivent être enseignées, alors même qu'elles ne constituent qu'une hypothèse ». Il n'est pas certain que ce genre d'arguments ait servi leur cause...

compétences [...] La référence aux socles de compétences, aux compétences terminales, aux savoirs communs requis et aux compétences minimales ne signifie donc pas que leur contenu pourrait être imposé aux enfants relevant de l'enseignement à domicile; cette référence signifie seulement qu'ils constituent des critères indicatifs des connaissances et aptitudes globales de base qu'un enfant doit, en fonction de son âge, pouvoir maîtriser »³³. La Cour cultive ici un certain goût pour la nuance que d'aucuns pourraient qualifier de jésuitique. Selon elle, le législateur décretaal n'impose pas un contenu, il se limite à indiquer ce qu'un enfant doit maîtriser. Toutefois, l'on perçoit mal comment ces subtilités se traduiront au niveau de l'inspection. Cette dernière prendra probablement ses décisions au regard du contenu prescrit dans le décret « missions » pour apprécier l'équivalence ou non d'un enseignement à domicile si bien que, dans les faits, il y a fort à parier que cette forme d'enseignement devra appliquer les concepts pédagogiques du décret « missions ».

Dans sa jurisprudence antérieure, la Cour avait déjà fait preuve d'une attitude relativement tolérante envers les atteintes à la liberté pédagogique. Néanmoins, elle se montrait attentive à ce que le législateur décretaal organise une « procédure permettant d'accorder des dérogations, limitées, aux pouvoirs organisateurs qui — dans le respect des libertés et droits fondamentaux et sans porter atteinte ni à la qualité de l'enseignement ni au contenu de base ni à l'équivalence des certificats et diplômes — dispensent ou souhaitent dispenser un enseignement qui s'inspire de conceptions pédagogiques particulières »^{34 35}.

En réponse à cette jurisprudence, le législateur a adopté le décret 19 juillet 2001 permettant aux établissements de déroger aux socles de compétence³⁶. Toutefois, à la suite d'une remarque du Conseil d'État³⁷, le législateur a exclu les établissements non subventionnés des mécanismes de dérogation. L'arrêt commenté donne dès lors naissance à une jurisprudence paradoxale : alors que la Cour oblige le législateur à prévoir pareils mécanismes de dérogation pour les établissements subventionnés, elle n'exprime aucune exigence de ce type pour les écoles privées³⁸. La haute juridiction affirmait pourtant que la confirmation des socles de compétence « ne laisse pas suffisamment de latitude au pouvoir organisateur pour mettre en œuvre son propre projet pédagogique »³⁹. Cela

semble difficilement se marier avec l'idée selon laquelle les établissements subventionnés, en contrepartie de leur subventionnement, jouissent d'une liberté d'enseignement moins étendue que l'enseignement privé.

11. Les requérants estimaient, en outre, que l'article 24, § 1^{er}, était violé par le fait de rendre obligatoire, pour les élèves fréquentant l'enseignement à domicile, les épreuves certificatives. La Cour juge que l'obligation de présenter ces épreuves n'influence pas, comme telle, l'enseignement dispensé à domicile. « Loin de porter atteinte à la liberté de l'enseignement, ces épreuves permettent au contraire aux parents et enseignants d'évaluer, et éventuellement d'adapter, le niveau de l'enseignement qu'ils dispensent ou font dispenser, ainsi que les outils pédagogiques utilisés »⁴⁰. Le raisonnement de la Cour nous semble à nouveau critiquable. Il nous paraît clair qu'à partir du moment où les épreuves certificatives sont obligatoires, une grande partie du contenu de l'enseignement à domicile sera déterminé par ces épreuves⁴¹. De même, celles-ci étant, pour des raisons pratiques, exclusivement organisées en français, on voit mal comment il est encore possible d'affirmer que la Communauté ne limite pas le droit à un enseignement selon ses préférences linguistiques⁴².

La lecture de cet arrêt ne manque pas de donner l'impression que la Cour se drape derrière un certain formalisme. Il semble ainsi que, pour la Cour, quelle que soit la mesure adoptée, pour autant que le législateur soit assez prudent dans le choix des mots dont il fait usage, il est satisfait à la liberté d'enseignement. Ce faisant, la Cour évite de devoir reconnaître très largement la suprématie de l'intérêt supérieur de l'enfant sur la liberté d'enseignement et, en conséquence, de mener un contrôle rigoureux sur ce qu'il reste concrètement de la liberté de l'enseignement dispensé à domicile. L'uniformisation entre toutes les formes d'enseignement semble pourtant heurter l'interdiction des mesures préventives visé à l'article 24, § 1^{er}, sans pour autant que la Cour estime pertinent de le relever. À l'instar du juge constitutionnel, la section de législation du Conseil d'État n'avait pas émis la moindre objection quant au respect de la liberté d'enseignement⁴³. Cela est de nouveau de nature à surprendre puisque le Conseil d'État s'était ému par le passé de textes qui avaient pour conséquence de réduire la liberté d'enseignement des établissements entièrement privés⁴⁴.

C. Un revirement majeur

12. Selon une jurisprudence constante, « la liberté d'enseignement visée à l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution implique que les pouvoirs organisateurs qui ne relèvent pas directement de la Communauté puissent, sous certaines conditions, prétendre à des subventions à charge de celle-ci. Le droit au subventionnement est limité, d'une part, par le pouvoir de la Communauté de lier les subventions à des exigences tenant à l'intérêt général, entre autres celle d'un enseignement de qualité et du respect de certaines normes de population scolaire, et, d'autre part, par la nécessité de répartir les moyens financiers disponibles entre les diverses missions de la Communauté. La liberté d'enseignement connaît dès lors des limites et n'empêche pas que le législateur décretaal 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 »⁴⁵.

Cette antienne, que l'on retrouve à chaque fois qu'une violation de la liberté d'enseignement est alléguée, indique que c'est le droit au subventionnement qui fonde les limites que les pouvoirs publics peuvent apporter à la liberté d'enseignement. *A contrario*, on pouvait logiquement en déduire que, sans une intervention financière de la Communauté, « le principe de liberté reprend toute son ampleur »⁴⁶. Il était ainsi admis de longue date qu'on ne pouvait imposer aucune condition de fonctionnement aux établissements totalement indépendants des communautés. Ces derniers n'étaient soumis qu'au régime répressif visé à l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution⁴⁷.

13. Dans l'arrêt commenté, la Cour affirme le contraire. L'intervention du législateur décretaal est jugé constitutionnelle en vertu du droit à l'enseignement combiné à l'obligation scolaire. À l'instar du droit au subventionnement, le droit à l'enseignement fonde d'importantes restrictions de la liberté d'enseignement. Pourtant, peu après l'inscription de ce principe dans la Constitution, Marc Uyttendaele n'hésitait pas à qualifier l'article 24, § 3, de disposition à vocation exorcisante dont l'inutilité était patente⁴⁸. En contradiction totale avec cette prévision, l'arrêt commenté ne laisse subsister aucun doute quant à l'utilité de cette disposition.

À notre estime, même avant cet arrêt, cette disposition n'était pas dénuée d'effectivité. On avait, en effet, déjà pu observer son irradiation dans l'interprétation de l'ensemble de l'article 24 de la Constitution. Cet effet contribue à expliquer la politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle en matière d'ensei-

(33) B.23.1. et B.23.2.

(34) Cour const., arrêt 49/2001 du 18 avril 2001, B.12.

(35) M. EL BERHOUMI, *La liberté d'enseignement à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle - Chronique de jurisprudence 1999-2008*, op. cit., n° 20 à 23.

(36) Décret du 19 juillet 2001 portant confirmation des socles de compétences visées à l'article 16 du décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre et organisant une procédure de dérogation limitée.

(37) *Doc. parl.*, Comm. fr., sess. 2000-2001, n° 180/1, p. 87.

(38) Il faut ajouter qu'aucune disposition décretaal n'envisage une possibilité de déroger aux compétences terminales, savoirs communs et compétences minimales. Or, le Conseil d'État a déjà pointé le peu de place que ces outils laissent à la liberté pédagogique. Voy. notamment l'avis n° 31.013/2 du 17 janvier 2001 sur un avant-projet devenu décret portant confirmation des compétences terminales et savoirs requis en sciences à l'issue de la section de transition (*Doc. parl.*, Comm. fr., sess. 2000-2001, n° 145/1, p. 29).

(39) Cour const., arrêt 49/2001 du 18 avril 2001, B.11.

(40) B.30.3.

(41) À noter que le Conseil d'État avait exprimé de fortes réserves à l'égard de l'avant-projet devenu décret du 2 juin 2006 relatif à l'évaluation externe des acquis des élèves de l'enseignement obligatoire et au certificat d'études de base au terme de l'enseignement primaire. Il estimait notamment qu'« en imposant, pour la première fois, aux établissements d'enseignement subventionné une épreuve certificative externe commune sur la base des socles de compétences [...], le législateur doit pouvoir justifier qu'il ne porte pas atteinte de manière disproportionnée à la liberté d'enseignement » (voy. avis n° 39.800/2, du 8 mars 2006, *Doc. parl.*, Comm. fr., sess. 2005-2006, n° 251/1, p. 38).

(42) B.41.1. et B.41.2.

(43) Avis n° 43.832/2 du 17 décembre 2007, *Doc. parl.*, Comm. fr., sess. 2007-2008, n° 521/1.

(44) Notamment l'avis n° 28.401/2 du 2 décembre 1998 sur une proposition de décret relatif à l'accueil de l'enfant dans l'enseignement fondamental, *Doc. parl.*, Comm. fr., sess. 1995-1996, n° 84/2, p. 2.

(45) Cour const., arrêt 85/95 du 14 décembre 1995, B.2.5.

(46) P. VANDERNOOT et J. SOHIER, « Le décret "missions" de la Communauté française du 24 juillet 1997 : de la liberté de l'enseignement à la liberté dans l'enseignement? », *Le décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement*, Bruxelles, publ. F.U.S.L., 1999, p. 140.

(47) X. DELGRANGE et C. NIKIS, « L'exigence de légalité en matière d'enseignement : la jurisprudence de la Cour d'arbitrage et du Conseil d'État relative à l'article 24, § 5, de la Constitution », *A.P.T.*, 2000, p. 214.

(48) M. UYTTENDAELE, « La liberté d'enseignement après 1988 (liberté, égalité et équilibres dans l'enseignement communautaire) », *L'enseignement en Europe, l'enseignement en Belgique : analyse, bilan et perspectives*, Bruxelles, publ. U.L.B., 1992, p. 116.

gnement où la liberté d'enseignement est battue en brèche par la combinaison du droit à l'enseignement et de l'égalité entre les élèves⁴⁹. L'arrêt commenté témoigne de cette lecture combinée des paragraphes 3 et 4 de l'article 24. Le principe d'égalité s'invite dans le raisonnement de la Cour derrière le souci qu'exprime le juge d'assurer l'équivalence et la qualité des enseignements. En d'autres termes, pour respecter la Constitution, il faut que les élèves fréquentant l'enseignement privé aient des résultats au moins égaux, en termes d'apprentissage, à ceux qui suivent l'enseignement subventionné ou organisé par la Communauté. Si tel n'est pas le cas, la Communauté française peut en assurer la vérification, par des examens d'équivalence. De même, elle peut prendre des mesures contraignantes si la déficience subsiste.

14. Si le droit à l'instruction apporte une extension considérable du pouvoir de légiférer en matière d'enseignement, il n'en demeure pas moins que la Cour pourrait difficilement invoquer cette nouvelle base juridique pour admettre une restriction de la liberté des établissements d'enseignement supérieur entièrement privés. Ces établissements continueraient dès lors à jouir d'une liberté d'enseignement absolue, ou presque⁵⁰. Jusqu'à ce que le constituant en décide autrement...

15. Sur la base de l'étude d'une décennie de jurisprudence constitutionnelle sur la liberté d'enseignement, nous exprimons récemment l'hypothèse que, tout en limitant progressivement la portée de la liberté d'enseignement, la Cour dégageait une intangible substance de l'article 24, § 1^{er}, qui échappait au contrôle de proportionnalité. Cette substance de la liberté d'enseignement semblait porter, d'une part, sur le respect des convictions religieuses et philosophiques et, d'autre part, sur la liberté active des établissements à pédagogie alternative⁵¹. Un considérant fait écho à cette problématique : « Compte tenu, dès lors, des caractéristiques propres à l'enseignement à domicile et à la liberté d'enseignement, l'appréciation du caractère « équivalent » du niveau d'études doit prendre en considération les méthodes pédagogiques ainsi que les conceptions idéologiques, philosophiques ou religieuses des parents ou des enseignants, pour autant que ces méthodes et conceptions ne méconnaissent pas le droit de l'enfant à recevoir un enseignement dans le respect des libertés et droits fondamentaux et ne portent atteinte ni à la qualité de l'enseignement ni au niveau d'études à atteindre »⁵².

(49) M. EL BERHOUMI, *La liberté d'enseignement à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle - Chronique de jurisprudence 1999-2008*, op. cit., n° 108.

(50) Ainsi l'article 7 du décret du 31 mars 2004 définissant l'enseignement supérieur, favorisant son intégration dans l'espace européen de l'enseignement supérieur et finançant les universités, réserve aux seuls établissements organisés ou subventionnés par la Communauté la possibilité de porter le nom d'université, faculté, académie universitaire, haute école, institut supérieur d'architecture ou école supérieure des arts. Voy. X. DELGRANGE et L. DETROUX, « Les menaces sur le service public de l'enseignement », *Le service public : entre menaces et renouveau*, Bruxelles, la Chartre, à paraître, n° 11.

(51) M. EL BERHOUMI, *La liberté d'enseignement à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle - Chronique de jurisprudence 1999-2008*, op. cit., n° 89 à 103.

(52) B.23.4.

La Cour semble confirmer notre conclusion : il existe bien des aspects de la liberté d'enseignement pour lesquels elle fait, en principe, preuve d'une plus grande sévérité à l'égard des mesures qui y portent atteinte. Toutefois, la Cour nous donne également tort. Si l'on peut envisager qu'elle mette en balance le noyau dur de la liberté d'enseignement et d'autres libertés et droits fondamentaux, sans porter atteinte à l'existence de ce noyau dur, la Cour va ici bien plus loin. Elle conditionne l'essence de la liberté d'enseignement au respect des libertés et droits fondamentaux. Elle va même jusqu'à placer la liberté pédagogique et les conceptions philosophiques en-dessous d'exigences tenant à l'intérêt général⁵³. En conséquence, le qualificatif de « substance de la liberté d'enseignement » que nous avions précédemment utilisé nous semble inapproprié et l'arrêt commenté traduit sur ce point, un autre infléchissement d'importance dans la jurisprudence de la Cour.

3

Conclusion

16. Tout en pointant une violation territoriale des règles répartitrices de compétence, le juge constitutionnel s'est refusé, pour de mauvaises raisons, à exercer son pouvoir de censure. Il a opté pour ce que d'aucuns appellent une interprétation neutralisante. Celle-ci consiste à « purge[r] le vice de constitutionnalité en limitant la portée de la norme ou son champ

(53) Telle que la qualité de l'enseignement, notion éminemment floue qui acquiert progressivement une valeur constitutionnelle.

d'application »⁵⁴. En procédant de la sorte, la Cour n'a pas servi la sécurité juridique.

17. Ensuite, il se confirme que l'articulation entre liberté d'enseignement et droit à l'instruction est mal aisée. Pour Jan de Groof, les concepts de liberté et de droit dans l'enseignement se complètent et se corrigent mutuellement, « la liberté individuelle d'enseignement n'est pas entravée par l'obligation scolaire »⁵⁵. Cette conception, qui nie les nombreuses situations où ces principes entrent en conflit, fut celle du constituant de 1988. L'article 24 est ainsi construit sous la forme d'un catalogue de libertés et droits fondamentaux dénué de toute hiérarchie.

La Cour constitutionnelle dispose, dès lors, d'une marge de manœuvre importante pour concilier les différents aspects de l'article 24. Contre sa jurisprudence traditionnelle et contre la doctrine, elle a ici validé un décret qui réduit fortement l'étendue de la liberté de l'enseignement privé.

L'arrêt commenté semble ainsi indiquer que la Cour endosse à merveille le rôle que le monde politique lui donne en matière d'enseignement : elle fait évoluer l'étendue d'une disposition constitutionnelle, socialement et juridiquement dépassée⁵⁶, pour qu'elle se conforme à l'objectif d'un enseignement égalitaire et efficace, piloté par les pouvoirs publics.

Mathias EL BERHOUMI
Chercheur
aux Facultés universitaires Saint-Louis

(54) B. FRYDMAN, « L'autorité des interprétations de la Cour », *Rev. dr. U.L.B.*, 2002, p. 110.

(55) J. DE GROOF, « Droit à l'instruction et liberté d'enseignement », *Documents C.E.P.E.S.S.*, 1983, p. 58.

(56) H. DUMONT, « Le pluralisme "à la belge" : un modèle à revoir », *R.B.D.C.*, 1999, pp. 29 et 30.

L'ENTREPRISE FACE AU DROIT FISCAL BELGE

EN 2 VOLUMES

Pierre-François COPPENS

Juriste fiscaliste chez BDO, Chargé de cours aux Fucam, à l'ULg et à la Chambre belge des comptables

VOLUME 1 - 2^e édition 2009

- Règles communes à toutes les entreprises
- Impôt des personnes physiques
- Fiscalité du dirigeant d'entreprise
- Procédure fiscale

Ce premier volume traite des règles communes à toutes les entreprises, de l'impôt des personnes physiques et de la procédure fiscale. La matière, enrichie de nombreux exemples et illustrations jurisprudentielles, est exposée sous la forme de 14 thèmes.



VOLUME 2

- Impôt des sociétés
- Réorganisations de sociétés
- Droit fiscal international
- Moyens du fisc contre l'évasion fiscale

Ce second volume de la nouvelle édition de l'ouvrage est consacré à l'impôt des sociétés et à l'impôt des non-résidents.

Collection de droit fiscal

Volume 1 : Éd. 2009 • 808 p. • 150,00 €
Volume 2 : Éd. 2009 • 718 p. • 150,00 €
Les 2 volumes : 255,00 € au lieu de 300,00 €



larcier

commande@deboekservices.com • Larcier c/o De Boeck Services sprl

Fond Jean-Pâques 4 • B-1348 Louvain-la-Neuve • ☎ (010) 48 25 00 • 📠 (010) 48 25 19

Achetez ce volume 2 et accédez à sa version électronique intégrée dans Strad@ sans supplément*

* Si vous êtes abonné à Strad@, 1 code d'activation se trouvant dans l'ouvrage acheté vous donnera accès sans supplément à sa version électronique sur www.strada.be. Vous n'êtes pas encore abonné à Strad@ : renseignez-vous au 02/548 07 20, sur www.strada.be ou via info@strada.be.

Découvrez-les sur www.larcier.com