

Numéros du rôle : 4808 et 4809
Arrêt n° 106/2010 du 30 septembre 2010

A R R E T

En cause : les questions préjudicielles concernant l'article 36bis du décret de la Communauté flamande du 27 mars 1991 relatif au statut de certains membres du personnel de l'enseignement communautaire, tel qu'il a été remplacé par l'article IX.21 du décret du 14 février 2003 relatif à l'enseignement XIV, posées par le Conseil d'Etat.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents M. Bossuyt et M. Melchior, et des juges R. Henneuse, E. De Groot, A. Alen, J.-P. Snappe et J. Spreutels, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président M. Bossuyt,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* *

I. *Objet des questions préjudicielles et procédure*

a. Par arrêt n° 197.779 du 13 novembre 2009 en cause de (I) Siska Neyt et (II) Ann Pattyn contre l'Enseignement communautaire (I et II), dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 24 novembre 2009, le Conseil d'Etat a posé la question préjudicielle suivante :

« L'article 36*bis*, § 1er, du décret du 27 mars 1991 relatif au statut de certains membres du personnel de l'Enseignement communautaire viole-t-il l'article 24 de la Constitution, combiné avec les articles 33, 108 et 187, interprété en ce sens que cette disposition prive les pouvoirs organisateurs du droit de refuser l'extension de la nomination à titre définitif à des membres du personnel qui sont déjà nommés à titre définitif dans un emploi à temps partiel et qui ont donné satisfaction dans le passé, sur la base du fait que ces membres du personnel ne satisfont pas à des critères de sélection supplémentaires établis par le pouvoir organisateur ? ».

b. Par arrêt n° 197.776 du 13 novembre 2009 en cause de Dominica Vandewalle contre l'Enseignement communautaire, partie intervenante : Sabine Vandamme, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 24 novembre 2009, le Conseil d'Etat a posé la question préjudicielle suivante :

« L'article 36*bis* du décret du 27 mars 1991 relatif au statut de certains membres du personnel de l'Enseignement communautaire, interprété en ce sens qu'il empêche qu'un membre du personnel prioritaire qui a donné satisfaction dans le passé soit soumis à des conditions de sélection supplémentaires, viole-t-il les articles 10, 11 et 24 de la Constitution ? ».

Ces affaires, inscrites sous les numéros 4808 et 4809 du rôle de la Cour, ont été jointes.

Des mémoires ont été introduits par :

- Siska Neyt, demeurant à 8920 Langemark, Cayennestraat 34;
- Ann Pattyn, demeurant à 8600 Dixmude, G. Gezellestraat 26;
- Dominica Vandewalle, faisant élection de domicile à 1000 Bruxelles, boulevard Baudouin 20/21;
- l'Enseignement communautaire, représenté par le « Scholengroep 28 Westhoek », 8600 Dixmude, Kaaskerkestraat 22;
- Sabine Vandamme, faisant élection de domicile à 2540 Hove, Lintsesteenweg 740;
- l'Enseignement communautaire et le « Scholengroep 25 », faisant élection de domicile à 2540 Hove, Lintsesteenweg 740;
- le Gouvernement flamand.

Des mémoires en réponse ont été introduits par :

- Siska Neyt;
- Ann Pattyn;
- le Gouvernement flamand.

A l'audience publique du 14 juillet 2010 :

- ont comparu :

. Me N. Swartebroecx *loco* Me I. Martens, avocats au barreau de Gand, pour Siska Neyt et Ann Pattyn;

. Me R. Rombaut, avocat au barreau d'Anvers, pour Sabine Vandamme, pour l'Enseignement communautaire et pour le « Scholengroep 25 »;

. Me P. Devers, avocat au barreau de Gand, pour le Gouvernement flamand;

- les juges-rapporteurs E. De Groot et J. Spreutels ont fait rapport;
- les avocats précités ont été entendus;
- les affaires ont été mises en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

II. *Les faits et les procédures antérieures*

Dans l'affaire n° 4808, S. Neyt et A. Pattyn demandent, devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, l'annulation de la décision, prise le 17 janvier 2007 par le conseil de direction du groupe scolaire « Westhoek », de ne pas réserver une suite favorable à la demande des parties requérantes d'obtenir une extension de nomination à titre définitif pour l'emploi n° 1006, comportant un volume horaire de 12/24P, dans la fonction d'enseignant dans l'établissement d'enseignement fondamental « De Letterzee », à Koksijde, à partir du 1er janvier 2007, ainsi que de la décision de date inconnue nommant définitivement L. Moerman à l'emploi n° 1006, à dater du 1er janvier 2007. Les parties requérantes invoquent la violation de l'article 36*bis* du décret du 27 mars 1991 relatif au statut de certains membres du personnel de l'Enseignement communautaire (ci-après : « décret sur le statut »).

La section du contentieux administratif du Conseil d'Etat estime que le droit de priorité établi par l'article 36*bis* du décret sur le statut ne saurait être considéré comme un droit absolu à une nomination et qu'il ne crée pas une compétence liée obligeant la direction à nommer le candidat remplissant les conditions fixées. Toutefois, l'article 36*bis* ne laisse pas de marge à la direction pour engager subitement une procédure de sélection en cas de vacance concrète de poste. La partie défenderesse, l'Enseignement communautaire, fait cependant valoir que l'article 36*bis* du décret sur le statut violerait l'article 24 *junctis* les articles 33, 108 et 187 de la Constitution en ce que cette disposition priverait l'autorité scolaire du droit de refuser l'extension de la nomination à titre définitif à des membres du personnel qui sont déjà nommés à titre définitif dans un emploi à temps partiel, en raison du fait que ces membres du personnel ne satisfont pas aux critères de sélection établis par le pouvoir organisateur.

La section du contentieux administratif pose à ce sujet à la Cour la question préjudicielle mentionnée plus haut, mais elle souligne que cette question dissimule un ensemble plus complexe que ne le laisse supposer sa simple lecture. La section du contentieux administratif estime tout d'abord que le législateur décretaal n'a limité la liberté de l'Enseignement communautaire que pour autant que cela concerne un membre du personnel qui n'a pas fait montre d'incompétence dans le passé. En outre, selon la section du contentieux administratif, l'Enseignement communautaire souhaite interroger la Cour sur le point de savoir si une procédure de sélection complémentaire est admissible, conformément à l'article 36*bis*, lorsqu'elle vise un emploi très spécifique à conférer.

Dans l'affaire n° 4809, D. Vandewalle demande, devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, l'annulation (1) de la décision du 17 décembre 2007 du conseil de direction attribuant à S. Vandamme, à partir du 1er janvier 2008, par une nomination à titre définitif, l'emploi 2502038 déclaré vacant au « KTA Brugge », (2) de la décision du conseil de direction du 26 février 2008 maintenant la décision du 17 décembre 2007 et (3) du refus implicite, découlant des deux premières décisions, de nommer à titre définitif la partie requérante à partir du 1er janvier 2008 à l'emploi 2502038 déclaré vacant. La partie requérante invoque une violation de l'article 36*bis* du décret sur le statut.

La section du contentieux administratif du Conseil d'Etat estime que l'article 36*bis* du décret sur le statut est violé. Le droit de priorité établi par l'article 36*bis* précité ne saurait être considéré comme un droit absolu à une nomination et il ne crée pas une compétence liée obligeant la direction à nommer le candidat remplissant les conditions fixées. Cette priorité n'exclut pas que l'autorité scolaire puisse invoquer des motifs pour ne pas nommer le candidat se prévalant des règles de priorité. Ces motifs doivent toutefois être fondés sur des éléments objectifs provenant du dossier de l'intéressé, en particulier en ce qui concerne sa compétence (ou son incompétence) professionnelle avérée. L'article 36*bis* du décret sur le statut ne laisse pas de marge à la direction pour organiser subitement une procédure de sélection complémentaire en cas de vacance concrète de poste.

La partie défenderesse et la partie intervenante soulèvent une éventuelle violation des articles 10, 11 et 24 de la Constitution par l'article 36*bis* du décret sur le statut. Le Conseil d'Etat observe qu'il ne peut lui-même répondre à cette question et pose à la Cour la question préjudicielle mentionnée plus haut.

III. *En droit*

- A -

A.1.1. D. Vandewalle fait valoir que l'article 36*bis* du décret du 27 mars 1991 relatif au statut de certains membres du personnel de l'Enseignement communautaire (ci-après : « décret sur le statut ») instaure un droit de priorité en cas de concurrence de candidats, sans conférer à ceux-ci un droit à une nomination. Cela signifie qu'un candidat qui satisfait aux conditions formelles d'une nomination et qui bénéficie d'une priorité de nomination sur les autres candidats peut prétendre à sa nomination à titre définitif pour autant qu'il n'existe pas de motifs pouvant justifier un refus. Cette priorité n'exclut pas qu'une autorité scolaire puisse invoquer des arguments valables pour ne pas nommer le candidat bénéficiant d'un droit de priorité, mais ces arguments valables ne peuvent porter que sur les manques de compétence professionnelle du candidat prioritaire. Seule la dernière évaluation peut attester cette (in)compétence professionnelle (article 36, § 1er, 4°, du décret sur le statut).

A.1.2. Selon D. Vandewalle, les règles de priorité contenues dans l'article 36*bis* du décret sur le statut sont limitées de diverses façons, à savoir aux personnes qui sont nommées définitivement à temps partiel, à une extension de nomination à la même fonction que la fonction pour laquelle les membres du personnel sont déjà nommés à temps partiel et au groupe scolaire dans lequel les membres du personnel sont déjà nommés à temps partiel. Le législateur décretaal a toutefois fourni aux organes compétents du groupe scolaire de l'Enseignement communautaire les instruments permettant d'empêcher qu'un membre du personnel qui est nommé définitivement à temps partiel pour la même fonction dans une ou plusieurs écoles du groupe scolaire mais dont les prestations sont partiellement ou totalement insatisfaisantes puisse faire usage des règles de priorité. En effet, les organes compétents peuvent attribuer à un membre du personnel la mention « insuffisant » lors d'une évaluation.

A.1.3. En ce qui concerne l'éventuelle violation des articles 10, 11 et 24 de la Constitution, D. Vandewalle estime que tant les descriptions de fonction que les évaluations doivent être considérées comme des outils constructifs et positifs permettant une gestion autonome du personnel, axée sur un enseignement de qualité. Les règles de priorité garantissent qu'en principe seuls des membres du personnel donnant satisfaction obtiennent la priorité pour l'extension de leur nomination dans la fonction qu'ils exercent déjà en tant que membre du personnel nommé à titre définitif au sein du même groupe scolaire.

A.1.4. En ce qui concerne l'éventuelle violation de l'article 24 de la Constitution, D. Vandewalle fait valoir que l'évaluation peut être conçue comme un instrument visant à ne pas nommer quelqu'un, dans la mesure où cette non-nomination garantit un enseignement de qualité et qu'elle empêche pour le moins que des membres du personnel incompetents dispensent un enseignement, en particulier en tant que membres nommés à titre définitif.

D. Vandewalle estime par ailleurs que la Cour ne peut contrôler directement des dispositions décrétales au regard des articles 33, 108 et 187 de la Constitution. En outre, on ne voit pas comment l'article 108 de la Constitution pourrait être violé par une disposition décrétales, alors que cet article porte sur les compétences du Roi. Enfin, la même observation peut être formulée à l'égard de l'article 187 de la Constitution, puisque cette disposition implique uniquement que la Constitution coordonnée ne peut être suspendue en tout ni en partie, alors qu'il n'est pas question d'une telle suspension.

A.2.1. S. Neyt et A. Pattyn observent d'abord que la question préjudicielle dans l'affaire n° 4808 est partiellement irrecevable parce que, conformément à l'article 26, § 1er, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, la Cour est uniquement compétente pour décider si l'article 36*bis* du décret sur le statut viole l'article 24 de la Constitution. En ce qui concerne les autres articles de la Constitution, la Cour n'est pas compétente.

A.2.2. Selon S. Neyt et A. Pattyn, l'article 36*bis* du décret sur le statut ne viole pas l'article 24 de la Constitution, puisqu'il ne restreint pas la liberté de choisir le personnel engagé en vue de la réalisation de ses propres objectifs d'enseignement. Le groupe scolaire conserve toujours la liberté de choisir son personnel : au moment où il recrute du personnel, il choisit les personnes qu'il juge les plus aptes comme membres du personnel. Les conditions de nomination fixées dans le décret sur le statut doivent être remplies, mais le groupe scolaire conserve la pleine liberté de choisir qui il nomme et qui il ne nomme pas à titre définitif.

L'article 36*bis* du décret sur le statut concerne le droit de priorité des personnes nommées définitivement à temps partiel sur les membres du personnel temporaires. En d'autres termes, il concerne des membres du personnel qui ont déjà été soumis à une sélection et qui se sont révélés être les candidats les plus aptes. Au moment de la première nomination à titre définitif d'un membre du personnel, le groupe scolaire a déjà décidé si cette personne donnait ou non satisfaction. A ce moment, le groupe scolaire a lui-même choisi de nommer ce membre du personnel à titre définitif comme personne apte. Pour l'extension de la nomination à titre définitif et la priorité sur les membres du personnel temporaires, le candidat nommé à titre définitif à temps partiel a déjà prouvé qu'il donne satisfaction. Il existe également un filtre pour la période intermédiaire, car lorsqu'on a reçu l'évaluation « insuffisant », on ne peut invoquer la règle de priorité. Si l'on n'a pas reçu un « insuffisant » dans l'intervalle, on a prouvé qu'on est toujours apte comme membre du personnel. L'article 36*bis* du décret sur le statut n'implique en aucune manière une restriction de la liberté d'enseignement.

A.2.3. S. Neyt et A. Pattyn sont d'avis que si la Cour devait estimer que l'article 36*bis* du décret sur le statut est contraire à l'article 24 de la Constitution, cet article serait totalement vidé de sa substance. Cela permettrait au pouvoir organisateur de réévaluer, lors de chaque nomination ultérieure d'un membre du personnel définitif à temps partiel, si ce membre du personnel « mérite » de continuer à être nommé.

En outre, il convient d'observer qu'avant qu'un membre du personnel puisse être nommé à titre définitif auprès d'un pouvoir organisateur, il doit avoir travaillé pendant au moins trois années scolaires complètes. Il ne peut être nommé qu'au cours de la quatrième année scolaire. Ce qui veut dire qu'un membre du personnel qui demande une extension de sa nomination à titre définitif peut le faire au plus tôt après avoir donné des cours pendant quatre années scolaires complètes auprès du même pouvoir organisateur. Ce pouvoir organisateur a pu évaluer à quatre reprises au moins le membre du personnel, il l'a soumis au moins une fois à ses propres critères complémentaires et il devrait alors avoir la possibilité de constater, en cas d'extension d'une nomination à titre définitif, que le membre du personnel n'est pas apte.

A.3.1. La partie défenderesse devant le juge *a quo* dans l'affaire n° 4808, l'Enseignement communautaire représenté par le groupe scolaire « 28 Westhoek », estime que la question préjudicielle appelle une réponse positive. Les articles 24, 33, 108 et 187 de la Constitution sont violés lorsqu'un pouvoir organisateur est privé de toute appréciation concernant la candidature du candidat prioritaire; cette priorité absolue, qui équivaut à une obligation juridique de procéder à une nomination, n'est pas la seule interprétation possible de l'article 36*bis* du décret sur le statut. On peut également interpréter l'article 36*bis* en ce sens que le membre du personnel qui demande l'extension d'une nomination à titre définitif est d'abord contrôlé au regard des critères de sélection de l'emploi, applicables à tous les candidats.

A.3.2. Selon la partie défenderesse devant le juge *a quo* dans l'affaire n° 4808, le fondement de l'article 36*bis* et de la priorité qu'il contient est lié à l'évaluation des membres du personnel nommés à titre définitif. Cette évaluation est régie par l'article 73*octies* du décret sur le statut. Mais l'article 73*octies* ne constitue pas une indication claire qu'un membre du personnel déjà nommé donnera également satisfaction dans l'emploi vacant. En effet, l'évaluation est basée sur une description de fonction individualisée, établie spécifiquement pour les fonctions que doivent exercer les membres du personnel dans un emploi déterminé. Si d'autres fonctions sont imposées dans l'emploi vacant, il se peut que cette expérience ne soit pas pertinente.

A.3.3. La partie défenderesse devant le juge *a quo* dans l'affaire n° 4808 souhaite souligner que le caractère général de la question préjudicielle peut aboutir à faire perdre de vue que la décision contestée devant le Conseil d'Etat concerne un type d'emploi vacant pour lequel il y a lieu d'imposer aux candidats des exigences très spécifiques dans les critères de sélection. Tous les emplois n'étant pas les mêmes, un code P est ajouté à certains emplois lors de l'appel aux candidats; cela indique qu'il s'agit d'un emploi comportant des exigences spécifiques à la fonction, parce qu'il y a lieu de donner cours dans une école basée sur une méthode particulière, une école de sport de haut niveau, un internat, etc.

Selon la partie défenderesse devant le juge *a quo*, les candidats sont traités de manière inégale. Le critère permettant de faire la distinction entre les candidats (la nomination définitive antérieure) n'est pas pertinent compte tenu du but visé, à savoir la nomination du meilleur candidat.

L'article 24, § 4, de la Constitution est lui aussi violé parce que cet article prévoit l'égalité des établissements d'enseignement, à condition de prendre en compte les différences objectives des pouvoirs organisateurs. Pour l'enseignement subventionné, il existe une règle de priorité analogue, contenue dans le décret du 27 mars 1991 relatif au statut de certains membres du personnel de l'enseignement subventionné et des centres subventionnés d'encadrement des élèves (article 35, § 3). Conformément à cet article, un pouvoir organisateur qui gère plusieurs écoles peut mettre en concurrence des membres du personnel temporaires avec des personnes dites prioritaires, ce qui n'est pas possible dans l'enseignement communautaire.

A.4.1. Le Gouvernement flamand observe d'abord que lesdites règles de priorité de l'article 36*bis* du décret sur le statut ne peuvent être conçues comme un droit absolu à une nomination et qu'elles ne créent pas de compétence liée obligeant la direction à nommer le candidat qui répond aux conditions fixées. Cette priorité n'exclut toutefois pas que l'autorité scolaire puisse invoquer des motifs pour ne pas nommer malgré tout le candidat qui se prévaut des règles de priorité, mais ces motifs doivent être fondés sur des éléments objectifs, à puiser dans le dossier de l'intéressé, en particulier en ce qui concerne sa compétence (ou son incompétence) professionnelle avérée. Depuis le décret du 14 février 2003, ces motifs sont exclusivement à mettre en rapport avec ce qui est dit à l'article 36, § 1er, alinéa 1er, 4°, du décret sur le statut, à savoir que la dernière évaluation ne peut avoir porté comme conclusion finale la mention « insuffisant ». La preuve de la compétence professionnelle doit être déduite de ce seul élément. Les règles de priorité visées ne permettent pas que la direction procède subitement à une procédure de sélection complémentaire en cas de vacance de poste concrète, qui permettrait de faire échec aux règles de priorité. En instaurant les règles de priorité, le législateur décretaal n'a donc limité la liberté de nomination de l'autorité scolaire qu'en ce qu'elle concerne un membre du personnel qui peut se prévaloir desdites règles et qui n'a pas fait montre d'incompétence professionnelle dans le passé.

A.4.2. Le Gouvernement flamand estime ensuite que la question préjudicielle dans l'affaire n° 4808 doit être limitée à une éventuelle violation de l'article 24 de la Constitution. Il ne voit pas quelle autre problématique constitutionnelle pourrait être en cause en l'espèce.

A.4.3. En ce qui concerne la question préjudicielle dans l'affaire n° 4809, le Gouvernement flamand observe que la différence de traitement entre les membres du personnel temporaires qui ne sont pas encore nommés à titre définitif et les membres du personnel qui sont nommés à titre définitif mais seulement dans un

emploi à prestations incomplètes est fondée sur un critère objectif, à savoir le fait d'avoir ou non été nommé définitivement à temps partiel avant d'occuper l'emploi déclaré vacant. Cette différence de traitement est également pertinente et proportionnée, si l'on tient compte de la situation particulière de l'enseignement, où les nominations définitives à temps partiel ne sont pas le choix du titulaire concerné mais une conséquence juridique de la réglementation appliquée dans l'enseignement, à savoir le système des capitaux périodes, calculés sur la base du nombre d'élèves au sein du groupe scolaire concerné, ce qui a pour conséquence que le nombre d'emplois et leur qualité de temps partiel ou de temps plein est nécessairement variable.

En outre, les règles de priorité visées à l'article 36bis, § 1er, sont, d'une part, conditionnelles et, d'autre part, non absolues. Elles sont conditionnelles parce que les membres du personnel déjà nommés définitivement à temps partiel ne peuvent se prévaloir des règles de priorité que pour autant que le poste soit vacant au sein du même groupe scolaire, dans la même fonction, et à condition qu'ils soient titulaires, soit du titre requis pour les prestations offertes, soit d'un titre suffisant. Les règles de priorité ne sont pas absolues parce que, pour qu'elles puissent être appliquées, les membres du personnel déjà nommés définitivement à temps partiel doivent également satisfaire, lors de l'extension de leur nomination à titre définitif, aux conditions de nomination définitive elle-même, telles qu'elles sont fixées à l'article 36, § 1er, 4°, du décret sur le statut. De même, les règles de priorité ne peuvent être appliquées que lorsqu'il n'y a pas lieu d'appliquer en l'espèce une réaffectation ou une remise au travail obligatoire, et qu'une nouvelle affectation ou mutation ne s'est pas présentée.

Dans le cadre du principe d'égalité, c'était dès lors, selon le Gouvernement flamand, une option politique légitime, pour le législateur, d'instaurer lesdites règles de priorité afin d'accroître la sécurité juridique en faveur des membres du personnel déjà définitivement nommés à temps partiel précédemment et de combattre ainsi un potentiel abandon de l'enseignement par cette catégorie de membres du personnel.

A.4.4. En ce qui concerne la question préjudicielle dans l'affaire n° 4808, le Gouvernement flamand fait valoir que, selon la jurisprudence de Cour, la liberté d'enseignement comprend la liberté, pour le pouvoir organisateur, de choisir le personnel qui sera employé pour mener à bien la réalisation des objectifs pédagogiques propres et également la liberté de fixer la mission de ce personnel et de régler ses prestations (arrêts n^{os} 34/98 et 19/99). Cette liberté n'est toutefois pas illimitée et elle ne s'oppose pas à ce que le législateur compétent y apporte des restrictions, à condition que celles-ci soient raisonnablement justifiées et proportionnées au but et aux effets de la mesure. La liberté d'enseignement n'empêche pas non plus que le législateur décrétal prenne des mesures applicables de manière générale aux établissements d'enseignement, indépendamment de la spécificité de l'enseignement dispensé par ceux-ci.

Or, c'est le Conseil de l'enseignement communautaire qui est compétent pour la politique générale de l'enseignement communautaire et pour la politique pédagogique, mais ce même Conseil, de même que les conseils de direction des groupes scolaires, voit sa compétence limitée par l'article 65 du décret spécial du 14 juillet 1998, lorsqu'il s'agit de la politique du personnel. Dans ces conditions, il apparaît que l'Enseignement communautaire ne justifie pas de l'intérêt requis pour invoquer la violation de la liberté d'enseignement, lorsqu'il s'agit d'une disposition relative au statut administratif du personnel de l'Enseignement communautaire, que le législateur décrétal spécial a réservé au législateur décrétal, en application de l'article 24, § 2, de la Constitution, restreignant ainsi l'autonomie de l'Enseignement communautaire.

A.5.1. La partie intervenante et la partie défenderesse devant le juge *a quo* dans l'affaire n° 4809 font valoir que la liberté d'enseignement, telle qu'elle est inscrite à l'article 24, § 1er, de la Constitution, garantit de manière quasi absolue la liberté active en matière d'enseignement. A cet égard, il n'est fait aucune distinction selon la nature des destinataires concernés par la liberté d'enseignement active. L'Enseignement communautaire peut être qualifié de titulaire de la liberté d'enseignement active qui appartient également aux autres pouvoirs organisateurs, ce qui a pour effet que l'Enseignement communautaire peut librement créer et organiser un enseignement, sans porter atteinte à l'exigence de neutralité découlant de l'article 24, § 1er, alinéas 3 et 4, de la Constitution et dans les limites de la réglementation relative à l'enseignement. La compétence du législateur en matière d'enseignement n'implique toutefois nullement que l'Enseignement communautaire ne puisse édicter aucune règle; en effet, une bonne organisation de l'enseignement, dans les limites des compétences d'organisation de l'enseignement propre à l'Enseignement communautaire, exige que ce dernier dispose d'une compétence réglementaire minimale pour pouvoir gérer les aspects de son fonctionnement qui lui sont propres.

Ni le législateur décrétal, ni le Gouvernement flamand n'ont édicté des normes s'opposant à un contrôle de qualité minimale des candidats à une nomination à titre définitif, sous la forme d'une note minimale à obtenir pour un certain nombre de critères de sélection. La possibilité d'organiser un contrôle de qualité minimale dans le cadre décrétal actuel n'est pas non plus incompatible avec la jurisprudence actuelle du Conseil d'Etat et la

possibilité de dispenser un enseignement de qualité est en relation directe avec la liberté d'enseignement passive inscrite dans la Constitution, qui n'implique pas simplement un droit à l'enseignement, mais aussi un droit à un enseignement de qualité.

A.5.2. Selon la partie intervenante et la partie défenderesse devant le juge *a quo* dans l'affaire n° 4809, l'article 24, § 1er, de la Constitution est violé s'il faut interpréter l'article 36bis du décret sur le statut en ce sens qu'il s'oppose à tout contrôle marginal de qualité et implique un droit absolu à la nomination pour les personnes prioritaires nommées à temps partiel. En effet, la liberté d'enseignement implique au minimum le droit de ne pas nommer des personnes lorsqu'il s'avère qu'elles ne satisfont pas aux exigences de qualité minimale fixées par le pouvoir organisateur.

En outre, l'Enseignement communautaire est organisé comme un service public autonome (article 24, § 2, de la Constitution). Cette autonomie doit être pleinement assurée pour l'organisation d'un enseignement neutre au sein duquel existe une possibilité de choix entre les différentes philosophies (article 24, § 3, alinéa 2, de la Constitution).

Tout service public est par définition créé en vue de répondre à un besoin collectif déterminé. Dans le cas de l'Enseignement communautaire, ce besoin est inscrit dans la Constitution, en ce sens que l'enseignement doit être neutre et qu'au sein de l'enseignement organisé, il y a lieu d'offrir un enseignement dans une des philosophies reconnues. Il n'est pas satisfait à ce besoin inscrit dans la Constitution par la seule création d'un organe autonome. La continuité du service public garantie par la Constitution (articles 108 et 187 de la Constitution) exige que pour des désignations et des nominations, il puisse être tenu compte d'une capacité minimale à exercer l'emploi de manière adéquate. La satisfaction permanente de ce besoin d'enseignement au sens de l'article 24, § 1er, alinéas 3 et 4, de la Constitution est menacée lorsque le pouvoir organisateur ne dispose pas des moyens permettant d'écarter des candidats dont les prestations sont manifestement médiocres.

Une interprétation constitutionnelle de l'article 36bis du décret sur le statut force à décider que tous les candidats à une nomination seront testés sur la présence d'une compétence professionnelle minimale.

A.5.3. La partie intervenante et la partie défenderesse devant le juge *a quo* dans l'affaire n° 4809 estiment que l'article 36bis du décret sur le statut viole le principe d'égalité s'il doit être interprété comme impliquant qu'une priorité absolue soit accordée aux personnes nommées à temps partiel qui obtiennent des résultats manifestement médiocres pour les critères objectifs fixés par l'Enseignement communautaire. Dans cette interprétation, l'avantage de la construction régulière d'une carrière pour les personnes définitivement nommées à temps partiel ne contrebalance pas le préjudice subi par l'Enseignement communautaire, qui ne peut exécuter convenablement les missions que lui confient la Constitution et les décrets s'il n'a pas la possibilité de contrôler la qualité du personnel nommé, et par les autres membres du personnel, qui ont brillamment réussi une épreuve de qualité et qui se voient dépassés par un candidat ayant des prestations médiocres.

A.6.1. S. Neyt et A. Pattyn répondent que les règles de priorité de l'article 36bis du décret sur le statut ne sont pas absolues, parce que les membres du personnel qui sont déjà définitivement nommés à temps partiel doivent remplir les conditions imposées par l'article 36, § 1er; cela signifie qu'ils ne peuvent obtenir la mention « insuffisant » lors de la dernière évaluation dans la fonction concernée. Si l'on obtient une mention « insuffisant », l'on ne saurait se prévaloir des règles de priorité.

S. Neyt et A. Pattyn estiment ensuite que l'Enseignement communautaire se retranche derrière le fait qu'il s'agirait d'une école basée sur une méthode particulière et qu'un code P a été ajouté à l'emploi. Selon elles, ce code est totalement dépourvu de pertinence, car il s'agit d'un ajout purement administratif qu'un groupe scolaire peut apporter à un emploi déclaré vacant. Cet ajout n'a pas de fondement juridique et ne saurait entraîner une limitation des droits statutaires des membres du personnel.

A.6.3. Enfin, elles soulignent que la référence à l'article 35, § 3, du décret du 27 mars 1991 est dépourvue de pertinence. Premièrement, la référence est devenue sans objet; deuxièmement, elle visait à préserver les possibilités de nomination d'un groupe très spécifique de temporaires prioritaires et, troisièmement, l'article 35, § 3, n'avait rien à voir avec le caractère spécial d'un emploi.

Ce que l'on peut, par contre, en déduire, c'est que s'il doit y avoir une limitation du principe, cette limitation doit être réglée au niveau décrétoal.

- B -

En ce qui concerne la disposition en cause

B.1.1. Les questions préjudicielles portent sur l'article 36*bis*, § 1er, du décret de la Communauté flamande du 27 mars 1991 relatif au statut de certains membres du personnel de l'Enseignement communautaire (ci-après : « décret sur le statut »), tel qu'il a été remplacé par l'article IX.21 du décret du 14 février 2003 relatif à l'enseignement XIV. Cette disposition instaure une règle de priorité en ce qui concerne l'attribution, par voie de nomination à titre définitif, d'un emploi déclaré vacant.

B.1.2. L'article 36*bis*, § 1er, du décret sur le statut dispose :

« Les membres du personnel nommés à titre définitif qui occupent en fonction principale un emploi à prestations incomplètes, ont, en vue de l'extension de leur nomination à titre définitif, la priorité sur tous les membres du personnel temporaires pour les emplois déclarés vacants, à condition :

1° qu'ils soient soit porteurs du titre requis pour les prestations offertes et que, de plus, ils aient été nommés à titre définitif dans la même fonction auprès du même groupe d'écoles;

2° qu'ils soient soit porteurs du titre requis pour les prestations offertes [lire : porteurs d'un titre jugé suffisant] et que, de plus, ils aient été nommés à titre définitif dans la même fonction auprès du même groupe d'écoles; et pour les enseignants dans les mêmes branches ou spécialités que les prestations offertes ».

Les conditions précitées sont alternatives et se rapportent à des fonctions d'enseignement différentes.

B.1.3. L'article 36*bis*, § 1er, du décret sur le statut doit être lu en combinaison, d'une part, avec l'article 35 de ce décret et avec les restrictions prévues dans cet article en matière d'attribution d'un emploi déclaré vacant dans une fonction de recrutement par voie de nomination à titre définitif, et, d'autre part, avec l'article 36, § 1er, du même décret, qui porte sur les conditions de nomination à titre définitif, et en particulier avec le 1° (l'ancienneté de service exigée dans la fonction concernée) et le 4° (l'évaluation) de cet article.

B.2.1. Conformément à la jurisprudence de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, la règle de priorité visée à l'article 36bis, § 1er, du décret sur le statut ne doit pas être considérée comme un droit absolu à une nomination et ne crée pas une compétence liée obligeant le pouvoir organisateur à nommer le candidat qui remplit les conditions. En effet, la priorité pour cause d'extension de nomination n'exclut pas que l'autorité scolaire puisse invoquer des motifs pour ne pas nommer le candidat qui s'en prévaut.

Depuis le décret du 14 février 2003, ces motifs sont à mettre exclusivement en rapport avec l'article 36, § 1er, alinéa 1er, 4°, du décret sur le statut. La condition de nomination instaurée doit être comprise en ce sens que les motifs pouvant justifier un refus d'extension d'une nomination à titre définitif devront en principe découler de la dernière évaluation, laquelle offre à l'autorité scolaire un instrument approprié lui permettant de refuser aux membres du personnel qui ne donnent pas satisfaction l'extension de leur nomination à titre définitif.

B.2.2. Dans l'arrêt *a quo* rendu dans l'affaire n° 4808, la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat observe qu'en instaurant la règle de priorité, le législateur décréteil ne limite la liberté de nomination de l'autorité scolaire qu'en ce qu'elle concerne un membre du personnel qui peut se prévaloir de l'article 36bis, § 1er, et qui n'a pas manifesté d'incompétence professionnelle dans le passé.

En ce qui concerne la question préjudicielle dans l'affaire n° 4808

B.3.1. En posant la question préjudicielle dans l'affaire n° 4808, la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat demande à la Cour si l'article 36bis du décret sur le statut est compatible avec l'article 24, lu en combinaison avec les articles 33, 108 et 187, de la Constitution, lorsqu'il est interprété en ce sens qu'il prive les pouvoirs organisateurs du droit de refuser l'extension de la nomination à titre définitif des membres du personnel qui sont déjà nommés à titre définitif dans un emploi à temps partiel et qui ont donné satisfaction dans le passé, ce refus étant fondé sur la circonstance que ces membres du personnel ne satisfont pas à des critères de sélection supplémentaires, établis par le pouvoir organisateur .

B.3.2. En ce qui concerne l'éventuelle violation des articles 33, 108 et 187, lus en combinaison avec l'article 24 de la Constitution, la partie défenderesse devant le juge *a quo* dans l'affaire n° 4808 observe que les articles précités seraient violés si un pouvoir organisateur était privé de toute appréciation sur la candidature du candidat prioritaire.

B.3.3. Comme l'indique le Gouvernement flamand, les termes de la question et les motifs de la décision de renvoi ne précisent pas de quelle manière les articles 33, 108 et 187 de la Constitution pourraient être violés par l'article 36*bis* du décret sur le statut; la question préjudicielle dans l'affaire n° 4808 n'est donc recevable que dans la mesure où elle vise une éventuelle violation de l'article 24 de la Constitution.

B.3.4. Il ressort de la motivation de l'arrêt *a quo* qu'en visant l'article 24 de la Constitution, le Conseil d'Etat entend se référer à la liberté de l'enseignement, garantie par l'article 24, § 1er.

B.4.1. Selon les travaux préparatoires, la disposition en cause exprime la volonté de l'autorité publique de rendre aussi transparent et aussi simple que possible le statut du personnel des différents réseaux dans le cadre de l'instauration du régime des personnes désignées à titre temporaire (*Doc. parl.*, Parlement flamand, 2002-2003, n° 1355/1, p. 3). Les travaux préparatoires indiquent à cet égard que la disposition en cause a été adaptée pour tenir compte de l'instauration de la possibilité d'une désignation temporaire à durée illimitée :

« L'instauration de la désignation temporaire à durée illimitée dans l'enseignement fondamental et l'enseignement artistique à temps partiel a également des effets sur les principes de nomination à titre définitif dans une fonction de recrutement. La désignation temporaire à durée illimitée constitue également une condition de nomination à titre définitif dans les niveaux d'enseignement précités.

Les articles 36, 36*bis*, 36*ter*, 36*quater* et 36*quinquies* du décret sur le statut sont adaptés au principe précité » (*ibid.*, p. 65).

En ce qui concerne l'instauration de la désignation temporaire à durée illimitée, il a été observé ce qui suit :

« Le droit à une désignation temporaire à durée illimitée simplifie la règle de priorité et rend le concept transparent pour tous les membres du personnel. Son instauration a d'ailleurs pour effet qu'il n'existe plus qu'une seule règle de priorité.

[...]

[...] En outre, ce principe est d'application à tous les membres du personnel, quel que soit le réseau auxquels ils appartiennent.

[...]

§ 2. Nous distinguons encore deux types de désignations temporaires :

- La désignation temporaire à durée limitée

Les membres du personnel temporaires peuvent être désignés pour une durée limitée. Cela signifie une désignation dans un emploi non vacant en remplacement d'un titulaire (pour une durée limitée ou pour une année scolaire entière) ou une désignation dans un emploi vacant pour une année scolaire entière.

- La désignation temporaire à durée illimitée

Si le membre du personnel répond à un certain nombre de conditions spécifiques, il obtient 'un droit de priorité' par rapport aux autres membres du personnel temporaires. Il acquiert ainsi le droit à une désignation à durée illimitée » (*ibid.*, p. 62).

B.4.2. Le législateur décréteil fait explicitement mention de la considération suivante :

« En partant de l'idée d'une simplification et d'une unification entre les niveaux d'enseignement, des désignations temporaires à durée illimitée sont rendues possibles dans l'enseignement fondamental et dans l'enseignement artistique à temps partiel. Le régime de priorité actuel est aligné sur celui des autres niveaux d'enseignement » (*ibid.*, p. 3).

B.4.3. La liberté d'enseignement garantie par l'article 24, § 1er, de la Constitution n'est pas illimitée et ne s'oppose pas à ce que le législateur décréteil, en vue d'assurer la qualité de l'enseignement dispensé au moyen des deniers publics, prenne des mesures qui soient applicables de manière générale aux établissements d'enseignement.

B.4.4. La limitation critiquée du libre choix du personnel découle en l'espèce d'une mesure émanant de l'autorité publique et qui, prise dans le cadre plus large de la simplification et de la transparence de la réglementation relative à l'enseignement, vise spécifiquement à renforcer la position des personnes nommées définitivement à temps partiel par rapport au régime, nouvellement instauré, des personnes désignées à titre temporaire.

Cette disposition ne saurait en soi être considérée comme une atteinte à la liberté d'enseignement, sauf s'il devait s'avérer que les restrictions concrètes mises à cette liberté par la disposition en cause ne seraient pas raisonnablement justifiées.

B.4.5. En l'espèce, la disposition en cause ne saurait être considérée comme telle puisque la possibilité, pour les pouvoirs organisateurs de refuser l'extension de la nomination à titre définitif de membres du personnel qui sont déjà nommés à titre définitif dans un emploi à temps partiel et qui ont donné satisfaction dans le passé, à laquelle la question préjudicielle fait référence, ne permettrait pas de garantir les droits que le législateur décréte a entendu conférer à ces personnes au moment de l'instauration d'un nouveau statut, à savoir celui des personnes désignées à titre temporaire.

En outre, compte tenu de ce qui est exposé en B.1.1 à B.1.3, il faut constater que la règle de priorité s'applique aux seuls membres du personnel qui remplissent les conditions fixées à l'article 36bis, § 1er, et qui témoignent également de compétence professionnelle.

B.4.6. La question préjudicielle dans l'affaire n° 4808 appelle une réponse négative.

En ce qui concerne la question préjudicielle dans l'affaire n° 4809

B.5. En posant la question préjudicielle dans l'affaire n° 4809, la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat demande à la Cour si l'article 36bis précité, interprété en ce sens qu'il « empêche qu'un membre du personnel prioritaire qui a donné satisfaction dans le passé soit soumis à des conditions de sélection supplémentaires », est compatible avec les articles 10, 11 et 24 de la Constitution.

B.6.1. L'article 36bis, § 1er, du décret sur le statut instaure une différence de traitement entre les membres du personnel temporaires qui n'ont pas encore été nommés à titre définitif et les membres du personnel qui sont déjà nommés à titre définitif dans un emploi à prestations incomplètes, en ce que ces derniers, à condition qu'ils soient porteurs du titre requis ou d'un titre suffisant et à condition que l'emploi soit vacant au sein du même groupe scolaire et concerne la même fonction et, dans le cas d'un titre suffisant, à condition qu'il

s'agisse des mêmes branches ou spécialités, bénéficient, par voie d'extension de leur nomination à titre définitif, d'une priorité sur les membres du personnel temporaire.

B.6.2. La différence de traitement précitée peut être considérée comme justifiée. En effet, la situation particulière de l'enseignement, où des nominations à temps partiel correspondent rarement au choix de leur titulaire mais sont un effet de la réglementation applicable dans ce secteur, nécessite l'instauration de cette règle de priorité, afin de limiter les risques de départ de membres du personnel enseignant.

B.6.3. En outre, la règle de priorité contenue dans l'article 36*bis*, § 1er, est conditionnelle puisque les membres du personnel nommés à titre définitif à temps partiel ne peuvent l'invoquer que pour autant que ledit poste soit vacant au sein du même groupe scolaire et dans la même fonction et à condition qu'ils soient porteurs soit du titre requis pour les prestations offertes, soit d'un titre jugé suffisant et, dans ce cas, il doit s'agir des mêmes branches ou spécialités. La règle de priorité n'est pas non plus absolue, parce que les membres du personnel qui souhaitent se prévaloir de l'article 36*bis*, § 1er, du décret sur le statut doivent également remplir les conditions de nomination à titre définitif elle-même, telles qu'elles sont fixées à l'article 36, § 1er, 4°, du décret sur le statut, à savoir ne pas avoir obtenu, dans la fonction concernée, la mention « insuffisant » comme conclusion finale lors de la dernière évaluation ou appréciation.

B.6.4. La question préjudicielle dans l'affaire n° 4809 appelle une réponse négative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

- L'article 36*bis*, § 1er, du décret de la Communauté flamande du 27 mars 1991 relatif au statut de certains membres du personnel de l'Enseignement communautaire ne viole pas l'article 24 de la Constitution en ce qu'il prive les pouvoirs organisateurs du droit de refuser l'extension de la nomination à titre définitif de membres du personnel qui sont déjà nommés à titre définitif dans un emploi à temps partiel et qui ont donné satisfaction dans le passé, lorsque ce refus est fondé sur la circonstance que ces membres du personnel ne satisfont pas à des critères de sélection supplémentaires établis par le pouvoir organisateur.

- La même disposition ne viole pas les articles 10, 11 et 24 de la Constitution en ce qu'elle ne permet pas de soumettre à des conditions de sélection supplémentaires l'extension de la nomination à titre définitif des membres du personnel qui sont déjà nommés à titre définitif dans un emploi à temps partiel et qui ont donné satisfaction dans le passé.

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 constitutionnelle, à l'audience publique du 30 septembre 2010.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

M. Bossuyt