

l'appartenance du candidat à ce réseau, alors que ce n'est pas le cas pour l'accès à la fonction de directeur dans l'enseignement libre subventionné, les dispositions en cause créent une différence de traitement entre les candidats à la fonction de directeur et entre les pouvoirs organisateurs. Pour justifier, au regard du principe d'égalité et de non-discrimination et conformément à l'article 24, §4, de la Constitution, une différence de traitement entre les établissements d'enseignement et les membres du personnel des réseaux d'enseignement, il ne suffit pas d'indiquer l'existence de différences objectives entre ces établissements et ces membres du personnel, mais il faut aussi démontrer qu'à l'égard de la matière réglée, la distinction alléguée est pertinente pour justifier raisonnablement une différence de traitement. En l'espèce, La justification tirée de la taille des pouvoirs organisateurs ne saurait constituer une caractéristique propre aux pouvoirs organisateurs du réseau libre subventionné permettant de justifier, au regard de l'article 24, §4, de la Constitution, la différence de traitement en cause, dès lors qu'il n'est pas démontré qu'il n'existerait pas également, dans le réseau officiel subventionné, des pouvoirs organisateurs de taille modeste.

*
* *

– ARRÊT N° 174/2011 DU 10 NOVEMBRE 2011

J.-P. Snappe (R.), M. Bossuyt, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Moerman, E. Derycke (R.), J. Spreutels, P. Nihoul et F. Daoût

Pl. : Me L Rase, Me J. Sautois et Me M. Kaiser
e.c. : question préjudicielle relative à l'article 58, § 1^{er}, b), du décret de la Communauté française du 2 février 2007 fixant le statut des directeurs, posée par le tribunal de première instance de Bruxelles

Enseignement – Enseignement obligatoire – Statut des directeurs – Égalité – Réseaux – Conditions de nomination.

Enseignement – Liberté d'enseignement – Autonomie communale – Libre choix du personnel.

Enseignement – Personnel enseignant – Établissements d'enseignement officiel subventionné – Directeurs – Conditions de nomination – Neutralité.

Communes et provinces – Établissements d'enseignement officiel subventionné – Directeurs – Conditions de nomination – Choix du pouvoir organisateur.

L'accès au stage de directeur dans l'enseignement officiel subventionné étant conditionné par

ARRÊT DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

«[...]»

– B –

B.1. La Cour est interrogée sur la compatibilité avec les articles 10, 11 et 24, §4, de la Constitution de la différence de traitement entre, d'une part, l'enseignant nommé à titre définitif dans le réseau libre subventionné, qui ne peut, en vertu de l'article 58, § 1^{er}, b), du décret de la Communauté française du 2 février 2007 fixant le statut des directeurs (ci-après : le décret du 2 février 2007), être admis au stage en vue d'être nommé directeur dans un établissement du réseau officiel subventionné et, d'autre part, l'enseignant nommé à titre définitif dans le réseau officiel subventionné, qui peut être admis au stage en vue d'être nommé directeur dans un établissement d'enseignement

du réseau libre subventionné, en vertu de l'article 81, § 1^{er}, b), du décret du 2 février 2007.

B.2.1. L'article 58, § 1^{er}, du décret du 2 février 2007, situé dans un chapitre II intitulé « De l'enseignement officiel subventionné » du titre III consacré aux « dispositions spécifiques à chaque réseau », dispose :

“Tout pouvoir organisateur qui démontre l'impossibilité de pouvoir admettre un membre du personnel au stage conformément à l'article 57, peut admettre au stage :

a) soit un membre de son personnel nommé à titre définitif remplissant les conditions visées à l'article 57, 1^o à 3^o.

Ce membre du personnel est admis par priorité aux différents modules de formation.

b) soit un membre du personnel nommé à titre définitif relevant d'un autre pouvoir organisateur officiel subventionné et remplissant au sein de ce dernier, l'ensemble des conditions visées à l'article 57, 1^o à 3^o et 5^o”.

B.2.2. L'article 81, § 1^{er}, du même décret, situé dans un chapitre III intitulé « De l'enseignement libre subventionné » du titre III consacré aux « dispositions spécifiques à chaque réseau », dispose :

“Tout pouvoir organisateur qui démontre l'impossibilité de pouvoir admettre un membre du personnel au stage conformément à l'article 80 peut admettre au stage :

a) soit un membre du personnel répondant à toutes les conditions de l'article 80 sauf à celle visée à l'alinéa 1^{er}, 4^o et 5^o.

Ce membre du personnel est admis par priorité aux différents modules de formation.

b) soit un membre du personnel remplissant les conditions suivantes :

1^o être titulaire depuis sept ans au moins dans l'enseignement subventionné d'une des fonctions de recrutement, de sélection ou de promotion de la catégorie en cause. Cette ancienneté est calculée selon les modalités fixées à l'article 29bis ou 29ter du décret du 1^{er} février 1993 fixant le statut des membres du personnel subsidiaires de l'enseignement libre subventionné;

2^o être titulaire, à titre définitif, avant l'admission au stage, d'une fonction comportant au moins la moitié du nombre minimum

d'heures requis pour former une fonction à prestations complètes dans l'enseignement subventionné;

3^o exercer à titre définitif une ou des fonctions donnant accès à la fonction de directeur à conférer et être porteur d'un titre de capacité, conformément à l'article 102 du présent décret;

4^o avoir obtenu au préalable les attestations de réussite d'au moins trois modules de formation visées aux articles 17, § 1^{er} et 18, § 1^{er} du présent décret.

Dans l'enseignement fondamental, l'ancienneté visée à l'alinéa 1^{er}, b), 1^o doit avoir été acquise au niveau fondamental”.

B.3.1. En adoptant le décret du 2 février 2007, le législateur décréte entendait « faire entrer la fonction du directeur dans la modernité, en lui donnant, tant sur le plan de l'intérêt général que sur le plan personnel, la reconnaissance et les moyens liés à sa spécificité », et en l'encadrant d'un « statut spécifique et adéquat » qui faisait défaut auparavant (Doc. parl., Parlement de la Communauté française, 2006-2007, n° 339/1, p. 7).

B.3.2. S'agissant plus particulièrement de l'accès à la fonction de directeur, le décret entend assurer « l'uniformisation » des conditions de cet accès « entre les réseaux » (ibid., p. 8; voy. aussi CRI, Parlement de la Communauté française, 2006-2007, n° 9, p. 11) :

“Le principe est l'identité des règles indépendamment du réseau d'enseignement auquel elles s'appliquent. Les dispositions particulières pour chacun des réseaux constituent donc l'exception pour tenir compte des différences objectives qui existent entre les uns et les autres”.

Indépendamment de cette volonté, elle correspond strictement à la logique de ce métier. Il est, en effet, certain que le rôle du directeur, tel qu'il a déjà été décrit, est le même dans toutes les écoles.

De plus, il importe d'offrir une certaine unicité d'enseignement aux élèves qui transitent d'un réseau à l'autre.

C'est la raison pour laquelle le projet de décret prévoit que, peu importe le réseau, le directeur

doit suivre une formation préalable en principe à sa désignation et nécessaire à sa nomination définitive” (Doc. parl., Parlement de la Communauté française, 2006-2007, n° 339/1, p. 8).

B.4. Le titre II du décret assure l’uniformisation recherchée par la condition d’ancienneté requise et par l’exigence pour le membre du personnel concerné d’être nommé ou engagé à titre définitif. Il impose enfin une formation initiale pour tous les candidats directeurs qui s’articule en une formation théorique et en un stage de deux ans.

Le titre III du décret met en œuvre ces principes, selon un schéma parallèle pour les trois réseaux – enseignement organisé par la Communauté française, enseignement officiel subventionné et enseignement libre subventionné –, qui tient compte des spécificités de chacun d’eux.

B.5. Les articles 57 à 59 du décret du 2 février 2007, qui concernent l’enseignement officiel subventionné, doivent être lus en parallèle avec les articles 79 à 81 du même décret, qui concernent l’enseignement libre subventionné; ces articles instaurent un système de “paliers” pour l’admission au stage à la fonction de directeur.

Les articles 57 et 80 du décret du 2 février 2007 définissent respectivement pour l’enseignement officiel subventionné et pour l’enseignement libre subventionné un « premier palier » qui reprend les cinq conditions requises, dans une situation idéale, pour être admis au stage à la fonction de directeur; l’article 57 se réfère notamment à l’ancienneté acquise “au sein du pouvoir organisateur”, tandis que l’article 80 se réfère notamment à l’ancienneté acquise “au sein de l’enseignement libre subventionné du caractère concerné”.

A défaut pour le pouvoir organisateur d’un établissement de l’un de ces deux réseaux de pouvoir admettre au stage un candidat qui répond aux conditions de ce premier palier ou s’il ne trouve qu’un candidat qu’il voudrait pouvoir mettre en concurrence avec d’autres, l’article 58 du décret, en ce qui concerne l’enseignement officiel subventionné, et l’article 81 du même décret, en ce qui concerne l’enseignement libre subventionné, organisent un « deuxième palier ». Celui-ci per-

met d’élargir le champ d’application matériel des conditions.

Dans le système institué par l’article 58, § 1^{er}, b), seul un candidat relevant d’un « autre pouvoir organisateur officiel subventionné » peut remplir les conditions alors que, dans le système instauré par l’article 81, § 1^{er}, b), un candidat peut faire valoir une expérience dans “l’enseignement subventionné” répondant aux conditions fixées.

Enfin, les articles 59 et 82 du décret du 2 février 2007 instaurent respectivement pour l’enseignement officiel subventionné et pour l’enseignement libre subventionné d’autres « paliers » en cas d’impossibilité d’admettre un candidat au stage conformément, respectivement, aux articles 57 et 58, ou aux articles 80 et 81, du décret du 2 février 2007.

B.6. Le système d’accès au stage instauré par les dispositions précitées établit par conséquent une différence de traitement entre les candidats directeurs, dès lors que l’accès au stage de directeur dans l’enseignement officiel subventionné est conditionné par l’appartenance à ce réseau, ce qui n’est pas le cas pour l’accès à la fonction de directeur dans l’enseignement libre subventionné. Ces dispositions établissent également une différence de traitement entre les pouvoirs organisateurs, puisque lorsqu’ils se trouvent dans l’impossibilité d’admettre au stage un candidat selon les conditions du « premier palier », les pouvoirs organisateurs de l’enseignement libre subventionné voient leur champ de recrutement élargi de manière plus importante que les pouvoirs organisateurs de l’enseignement officiel subventionné.

La Cour examine si cette différence de traitement est compatible avec les principes contenus dans les articles 10, 11 et 24, § 4, de la Constitution.

B.7. Bien que l’égalité de traitement des établissements d’enseignement et des membres du personnel constitue le principe, l’article 24, § 4, de la Constitution n’exclut pas un traitement différencié, à la condition que celui-ci soit fondé “sur les caractéristiques propres à chaque pouvoir organisateur”. Pour justifier, au regard du principe d’égalité et de non-discrimination, une

différence de traitement entre les établissements d'enseignement et les membres du personnel des réseaux d'enseignement, il ne suffit cependant pas d'indiquer l'existence de différences objectives entre ces établissements et ces membres du personnel. Il doit encore être démontré qu'à l'égard de la matière réglée, la distinction alléguée est pertinente pour justifier raisonnablement une différence de traitement. Par ailleurs, le principe d'égalité en matière d'enseignement ne saurait être dissocié des autres garanties établies par l'article 24 de la Constitution, en particulier la liberté d'enseignement.

B.8.1. En ce qui concerne les conditions générales d'accès et de dévolution des emplois de directeur, la section de législation du Conseil d'Etat a constaté que "celles-ci divergent considérablement selon les réseaux d'enseignement" (Doc. parl., Parlement de la Communauté française, 2006-2007, n° 339/1, p. 155), et qu'il convenait de démontrer dans l'exposé des motifs que ces différences de traitement "sont compatibles avec l'article 24, §4, de la Constitution, selon lequel les membres du personnel sont égaux devant le décret mais également que le décret prend en compte les différences objectives, notamment les caractéristiques propres à chaque pouvoir organisateur, qui justifient un traitement approprié" (ibid., p. 156).

B.8.2. En ce qui concerne le système d'accès au stage de directeur dans l'enseignement officiel subventionné, prévu par l'article 58, §1^{er}, b), du décret du 2 février 2007, le législateur a choisi de limiter le deuxième palier à "un autre pouvoir organisateur [de l'enseignement] officiel subventionné", sans toutefois donner aucune explication sur les raisons de cette limitation.

B.8.3. En ce qui concerne le système d'accès au stage de directeur dans l'enseignement libre subventionné, prévu dans l'article 81, §1^{er}, b), du décret du 2 février 2007, il est indiqué dans les travaux préparatoires :

"Ces articles organisent les règles de dévolution des emplois, en cas d'absence de candidat remplissant l'ensemble des conditions fixées [...].

Ils reprennent le même schéma que celui prévu [...] dans l'enseignement officiel subventionné.

Pour tenir compte de la taille des pouvoirs organisateurs dans l'enseignement libre, la zone de recrutement possible de candidats est cependant élargie : à l'enseignement libre de même caractère dans un premier temps; à tout l'enseignement subventionné ensuite" (ibid., p. 25).

La différence de traitement en ce qui concerne l'accès aux fonctions de direction, en fonction du réseau auquel appartient le candidat-directeur, est donc uniquement justifiée par la taille des pouvoirs organisateurs, présumée réduite, dans l'enseignement libre subventionné.

B.9. La disposition qui consiste à permettre aux pouvoirs organisateurs de l'enseignement libre subventionné qui sont dans l'impossibilité pratique de recruter un candidat directeur issu du même pouvoir organisateur ou d'un autre pouvoir organisateur du même réseau d'élargir le champ de recrutement, y compris parmi les candidats provenant du réseau officiel subventionné, est pertinente en ce qu'elle offre aux pouvoirs organisateurs concernés le maximum de chances de pouvoir engager une personne convenant pour le poste à pourvoir.

B.10. La justification liée à la taille des pouvoirs organisateurs présumée plus réduite dans le réseau libre subventionné n'est toutefois pas susceptible d'expliquer pour quelle raison une disposition semblable ne pourrait pas profiter également aux pouvoirs organisateurs appartenant au réseau officiel subventionné. Il n'est en effet pas démontré qu'il n'existe pas, dans ce réseau également, de pouvoirs organisateurs de taille modeste qui risqueraient d'être confrontés aux mêmes problèmes de recrutement et qui pourraient tirer profit d'une augmentation significative du nombre des candidats pour le poste vacant.

La justification tirée de la taille des pouvoirs organisateurs ne saurait dès lors constituer une caractéristique propre aux pouvoirs organisateurs du réseau libre subventionné permettant de justifier, au regard de l'article 24, §4, de la Constitution, la différence de traitement en cause.

B.11. Par ailleurs, l'impossibilité, pour les pouvoirs organisateurs du réseau officiel subvention-

né, de recruter un directeur issu d'un autre réseau, à défaut d'avoir trouvé un candidat issu de leur propre pouvoir organisateur ou de leur réseau, est contradictoire avec l'objectif poursuivi par le décret, rappelé en B.3.2, d'uniformiser les conditions d'accès à la fonction entre les différents réseaux, ainsi qu'avec la constatation faite par le législateur décréteil que le rôle de directeur d'établissement est le même dans toutes les écoles.

L'octroi de cette possibilité aux pouvoirs organisateurs du réseau officiel subventionné est en outre de nature à assurer le respect de l'article 10, alinéa 2, de la Constitution, qui garantit l'égalité d'accès aux emplois publics et à conforter le principe de l'autonomie communale et provinciale en permettant aux pouvoirs locaux qui organisent un enseignement officiel subventionné de recruter de manière plus autonome les personnes adéquates pour les postes de directeur de leurs établissements.

B.12. Enfin, la formation des candidats à la fonction de directeur comprend, à côté d'un volet commun, un volet propre à chaque réseau qui vise à l'acquisition des compétences administratives, matérielles et financières, ainsi que des compétences de l'axe pédagogique et éducatif propres au réseau concerné (article 18, § 1^{er}, du décret du 2 février 2007). Le candidat directeur ayant une expérience dans un autre réseau bénéficie dès lors d'une formation lui permettant de s'adapter sans difficultés aux spécificités du réseau dans lequel il est appelé à exercer sa nouvelle fonction.

B.13. En outre, tout directeur d'un établissement scolaire appartenant au réseau officiel subventionné est tenu au respect des dispositions décrétales relatives à la neutralité qui s'imposent aux établissements de ce réseau en application du décret du 17 décembre 2003 organisant la neutralité inhérente à l'enseignement officiel subventionné et portant diverses mesures en matière d'enseignement. L'article 10 de ce décret dispose :

“Tout membre du personnel est tenu au respect du principe de neutralité organisée par le présent décret, par le fait même de sa désignation ou de son engagement par un pouvoir organisateur tenu au respect du présent décret.

A cette fin, les projets éducatif et pédagogique visés au chapitre VII du décret du

24 juillet 1997 précité sont transmis au membre du personnel pour signature, précédée de la mention ‘Lu et approuvé’”.

Rien ne permet de présumer qu'un directeur ayant auparavant été membre du personnel d'un établissement du réseau libre subventionné ne pourrait se conformer à ces exigences. Si toutefois un tel cas se présentait, il reviendrait aux autorités compétentes de prendre les mesures qui s'imposent notamment en vertu de l'article 11 du même décret.

B.14. La question préjudicielle appelle une réponse affirmative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

L'article 58, § 1^{er}, b), du décret de la Communauté française du 2 février 2007 fixant le statut des directeurs viole les articles 10, 11 et 24, § 4, de la Constitution.»

*
* *

ENSEIGNEMENT : L'ÉGALITÉ ET LA LIBERTÉ À L'ASSAUT DES RÉSEAUX

par

Xavier DELGRANGE

Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat

Chargé d'enseignement

aux Facultés universitaires Saint-Louis

Maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles.

1. Du passé faisons table rase. Par vagues incessantes, le principe d'égalité sape petit à petit la muraille enfermant les enseignants au sein de leur réseau d'origine.

Quand la Communauté française a entrepris de doter les enseignants des établissements subventionnés de l'enseignement obligatoire d'un statut propre, elle a dû concilier les exigences du principe d'égalité et les spécificités de chaque réseau, ainsi que le prévoit l'article 24, § 4, de la Constitution : «tous les (...) membres du personnel (...) sont égaux devant la loi ou le décret. La loi et le décret prennent en compte les différences objectives, notamment les caractéristiques propres à chaque pouvoir organisateur, qui justifient un traitement approprié».

En est résulté trois textes distincts et cloisonnés quoique aussi parallèles que possible : à l'arrêté royal du 22 mars 1969 qui règle toujours le statut des membres du personnel des établissements de la Communauté française, sont venus s'ajouter le décret du 1^{er} février fixant le statut des membres du personnel subsidiés de l'enseignement libre subventionné puis le décret du 6 juin 1994 fixant le statut des membres du personnel subsidié de l'enseignement officiel subventionné¹.

S'attaquant aux statuts des enseignants de Hautes Ecoles, la Communauté française a encore progressé vers l'intégration en adoptant un seul décret. La section de législation du Conseil d'Etat a toutefois déploré que le décret consacre un titre distinct à chaque réseau, plutôt que d'énoncer en un titre commun les dispositions identiques pour les trois réseaux, les dispositions spécifiques apparaissant dans des intitulés particuliers². Cela aurait notamment permis de mieux assurer le respect de l'article 24, §4, de la Constitution, tel qu'il est interprété par la Cour constitutionnelle : «Pour justifier, au regard de la règle d'égalité et de non-discrimination, une différence de traitement entre les membres du personnel des réseaux d'enseignement, il ne suffit pas d'indiquer l'existence de différences objectives entre ces membres du personnel. Il doit encore être démontré qu'à l'égard de la matière réglée, la distinction alléguée est pertinente pour justifier raisonnablement une différence de traitement»³.

La Communauté française a néanmoins maintenu cette présentation en titres distincts, écartant la solution d'un titre regroupant les dispositions identiques : «s'il est vrai que du point de vue de

la sécurité juridique, il serait sans doute préférable d'agir de la sorte, le choix actuel des auteurs~ un titre par réseau et le souci d'adapter les trois statuts actuellement applicables aux membres du personnel des hautes écoles – a semblé préférable pour des raisons de lisibilité. Chaque 'utilisateur' des dispositions statutaires préfère sans doute retrouver sans difficulté ce qui le concerne, sans trop se préoccuper des dispositions, analogues ou différentes, relatives aux autres réseaux d'enseignement. De plus, afin de bien mettre en évidence les différences en matière de relations entre les employeurs et les employés (droit public ou droit privé) qui existent entre l'enseignement officiel et l'enseignement libre, le projet présente, dans des parties distinctes, les dispositions statutaires propres à chaque réseau»⁴.

Etablissant un statut des directeurs des établissements de l'enseignement obligatoire, le décret du 2 février 2007 progresse encore d'un cran puisque son titre II énonce les «dispositions communes aux directeurs de tous les réseaux», à savoir les missions du directeur, leur formation initiale, leur lettre de mission et leur stage. Le titre III contient, en des chapitres distincts, les «dispositions spécifiques à chaque réseau», notamment les conditions d'accès et l'évaluation.

2. C'est justement sur la validité, au regard du principe d'égalité, de pareilles dispositions spécifiques que le Tribunal de première instance de Bruxelles interrogeait la Cour constitutionnelle, à savoir l'article 58, §1^{er}, figurant dans le chapitre consacré aux dispositions spécifiques au réseau de l'enseignement officiel subventionné, et l'article 81, §1^{er}, situé dans le chapitre consacré aux dispositions spécifiques au réseau de l'enseignement libre subventionné.

Le décret énonce tout d'abord des «conditions idéales d'admission au stage»⁵. Pour le réseau de la Communauté française, la priorité est accordée aux membres de ce réseau qui remplissent les conditions pour accéder à la fonction de directeur

¹ Voy. P.-P. VAN GEHUCHTEN, «L'école comme service public : quelle(s) distinction(s) entre les réseaux quant aux statuts des enseignants», dans H. DUMONT et M. COLLIN (dir.), *Le décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement, approche interdisciplinaire*, Bruxelles, FUSL, 1999, pp. 395-427.

² Voy. les avis n° 26.387/2 du 18 juin 1997 sur un avant-projet devenu le décret du 24 juillet 1997 «fixant le statut des membres du personnel directeur et enseignant et du personnel auxiliaire d'éducation des Hautes Ecoles organisées ou subventionnées par la Communauté française», Doc., P.C.F., sess. ord. 1996-1997, n° 174/1 et n° 28.733/2 du 1^{er} mars 1999 sur un avant-projet devenu le décret du 17 mai 1999 «relatif au statut administratif des membres du personnel directeur et enseignant et du personnel auxiliaire d'éducation des établissements d'enseignement de promotion sociale de la Communauté française», Doc., P.C.F., sess. ord. 1998-1999, n° 308/1.

³ C.C., arrêt n° 38/96, du 27 juin 1996, B.5.3. Pour une synthèse pénétrante des exigences actuelles du principe d'égalité, voy. F. KRENC, «La loi de l'égalité des usagers du service public : une loi surannée?», dans H. DUMONT et al., *Le service public*, 2; «Les "lois" du service public», Bruxelles, la Charte, 2009, pp. 177-229.

⁴ Exposé du Ministre de l'Enseignement supérieur, M. Ancion, Rapport de la Commission de l'Enseignement supérieur, Doc. P.C.F., 1996-1997, n° 174/19, p. 4.

⁵ Commentaire de l'article 63 de l'avant-projet, Doc. P.C.F., 1996-1997, n° 174/1, p. 23.

(article 35 du décret), étant entendu que dans ce réseau, la notion de pouvoir organisateur et de réseau se confond dans la même Communauté française. Il en va de même dans le réseau libre subventionné, tous les membres du réseau libre subventionné du caractère (confessionnel ou non) du pouvoir organisateur recruteur pouvant postuler (article 80 du décret), bien que ce réseau accueille une grande pluralité de pouvoirs organisateurs. Par contre, dans le réseau officiel subventionné, au premier tour, le candidat doit être recherché au sein du pouvoir organisateur même et non dans tout le réseau (article 57). Si un seul voire pas de candidat ne répond aux conditions idéales, hypothèse que le législateur écarte pour le réseau de la Communauté française, les pouvoirs organisateurs peuvent ouvrir la candidature. Un pouvoir organisateur de l'enseignement libre subventionné pourra admettre un candidat issu de l'enseignement officiel subventionné (article 81). Un pouvoir organisateur de l'enseignement officiel subventionné ne pourra admettre qu'un candidat de son propre réseau (article 58).

Dans le cadre de la question préjudicielle qui lui était posée, la Cour constitutionnelle devait se prononcer sur l'admissibilité de la différence de traitement entre l'enseignant du réseau libre subventionné, qui ne peut postuler que dans son propre réseau, et l'enseignant du réseau officiel subventionné qui peut parfois être nommé dans l'enseignement libre (considérants B.1. et B.6. de l'arrêt). En l'espèce, un instituteur issu de l'enseignement libre subventionné, quoi qu'ayant suivi avec fruit les modules de formation communs aux différents réseaux de formation requis pour l'accès au stage dans la fonction de directeur, vit sa candidature de directeur d'une école primaire communale écartée au motif qu'en vertu de l'article 58 du décret, l'accès à cette fonction est réservé aux seuls membres de l'enseignement officiel subventionné.

La Cour répète tout d'abord les conditions qu'elle énonce pour admettre une différence de traitement fondée sur les caractéristiques propres aux pouvoirs organisateurs (ci-dessus, n° 1). Elle ajoute toutefois l'exigence suivante, qui pèsera sur la conclusion : «Par ailleurs, le principe d'égalité en matière d'enseignement ne saurait

être dissocié des autres garanties établies par l'article 24 de la Constitution, en particulier la liberté d'enseignement»⁶ (B.7.).

3. De son côté, la section de législation du Conseil d'Etat a considéré que les restrictions apportées à la liberté d'enseignement par l'avant-projet «laisse une marge de manœuvre suffisamment grande aux pouvoirs organisateurs «au vu de l'objectif poursuivi, à savoir pour faire bref de «faire entrer la fonction du directeur dans la modernité»⁷. S'agissant du respect du principe d'égalité, elle a été confrontée à l'indigence de l'exposé des motifs qui lui était soumis et n'a pas pu, dans le délai d'un mois qui lui était imparti et vu l'ampleur du projet, s'enquérir auprès du délégué désigné à cette fin par le Ministre demandeur d'avis⁸, de la justification des différences de traitement contenues dans l'avant-projet de décret. Elle a dès lors dû se contenter de relever que, «quant aux conditions générales d'accès et de dévolution des emplois de directeur, celles-ci divergent considérablement selon les réseaux d'enseignement, sans que l'exposé des motifs en donne la moindre justification au regard de l'article 24, §4, de la Constitution»⁹. La section de législation conclut : «il convient que l'auteur de l'avant-projet démontre dans l'exposé des motifs non seulement que les différences de traitement relevées ci-dessus sont compatibles avec l'article 24, §4, de la Constitution, selon lequel les membres du personnel sont égaux devant le décret mais également que le décret prend en compte les différences objectives, notamment les caractéristiques propres à chaque pouvoir organisateur, qui justifient un traitement approprié»¹⁰.

Il en résulte malheureusement que le législateur a dû apprécier la validité des justifications qu'il apportait sans bénéficier des conseils de la section de législation. Cela lui fut finalement préjudiciable puisqu'à la suite de l'arrêt de la Cour

⁶ Elle avait déjà apporté cette précision dans son arrêt 66/99, B.3.4. 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.

⁷ Avis 41.214/2 du 9 octobre 2006, Doc. P.C.F., 1996-1997, n° 174/1, pp. 151-152.

⁸ Voy. les articles 3, § 1er, alinéa 1er, et 82, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

⁹ Avis 41.214/2, *op. cit.*, p. 155.

¹⁰ Avis 41.214/2, *op. cit.*, p. 156.

constitutionnelle, il devra sérieusement remettre l'ouvrage sur le métier, ainsi qu'on va le voir. Le préjudice est évidemment encore plus grand pour le citoyen et les établissements scolaires, spécialement ceux qui ne se sont pas pourvus en justice et ont dès lors renoncé à introduire leur candidature, ainsi que les écoles qui ont dû se résoudre à ne pas engager le meilleur candidat.

4. En réponse à l'avis de la section de législation, les travaux préparatoires invoquèrent la tradition¹¹ et justifiaient la plus grande liberté offerte au réseau libre dans le choix de son personnel dirigeant par la taille plus réduite de certains pouvoirs organisateurs du réseau libre, dont il résulte que ceux-ci ne disposent pas toujours d'un vivier suffisant pour dénicher le candidat idoine (B.8.3.). La Cour rétorque que cette considération ne suffit pas à justifier qu'un pouvoir organisateur de l'officiel subventionné ne puisse pas recruter dans un autre réseau puisque l'on ne peut exclure qu'il y ait aussi dans ces réseaux des pouvoirs organisateurs de taille modeste, ce qui confronterait ceux-ci aux mêmes problèmes que ceux que rencontrent le libre (B.10.). Il est permis de se demander si la Cour constitutionnelle, à la suite des travaux préparatoires, ne confond pas la notion de pouvoir organisateur et celle de réseau. En effet, si l'article 57 du décret impose au pouvoir organisateur du réseau officiel subventionné de rechercher son futur directeur au sein de son propre pouvoir organisateur, l'article 80 du décret permet à un pouvoir organisateur de l'enseignement libre d'ouvrir le poste de directeur à tout membre du personnel prestant dans l'enseignement libre subventionné, c'est-à-dire à l'ensemble du réseau le plus important de la Communauté française. Un pouvoir organisateur du réseau libre disposera donc en principe, dès le «premier tour», d'un potentiel de candidats plus important que ce dont pourra bénéficier un pouvoir organisateur du réseau officiel, premier et second tours confondus.

5. L'intérêt de l'arrêt 174/2011 réside toutefois dans la suite du raisonnement de la Cour constitutionnelle, qui condamne le cloisonnement des ré-

seaux tant du point de vue de l'égalité des membres du personnel que de la liberté d'enseignement.

La Cour relève en effet que le décret part du principe que le rôle d'un directeur d'école est le même dans tous les réseaux, si bien que les conditions d'accès à cette fonction sont uniformisées et que la formation sera commune aux différents réseaux. Comme cette fonction est indéniablement un emploi public, il y a lieu de garantir l'égalité d'accès aux emplois publics, conformément à l'article 10, alinéa 2, de la Constitution (B.11). Cette simple considération suffit à établir l'inconstitutionnalité de tout cloisonnement dans l'accès à des fonctions dans l'enseignement.

La Cour ajoute que le décroisonnement aurait en outre l'avantage de «conforter le principe de l'autonomie communale et provinciale en permettant aux pouvoirs locaux qui organisent un enseignement officiel subventionné de recruter de manière plus autonome les personnes adéquates pour les postes de directeur de leurs établissements» (B.11). Le même raisonnement pourrait être tenu à l'égard des établissements du réseau libre qui ne peuvent mettre en concurrence tous les candidats répondant aux conditions de compétence requises, en invoquant cette fois la liberté d'organiser un enseignement, consacrée par l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution. L'on fouillera en effet en vain les travaux préparatoires : il n'y a pas trace d'une justification de cette restriction drastique apportée à cette liberté, si ce n'est que l'on a toujours fait comme cela¹².

6. Restait le bon vieux argument de la neutralité qui justifierait le cloisonnement des réseaux : aux yeux du Conseil de l'Enseignement des Communes et des Provinces», il serait inimaginable de confier la direction d'une école officielle à un enseignant issu de l'enseignement libre¹³ (A.2.2.). C'est oublier que, depuis le décret du 17 décembre 2003 organisant la neutralité inhé-

¹¹ Le Gouvernement invoquait notamment le précédent de décrets du 31 décembre 2002 fixant le statut du personnel technique des centres psycho-médico-sociaux (*Exposé des motifs*, Doc. P.C.F., 2006-07, n° 339/1, p. 11). Dans son mémoire, le Gouvernement de la Communauté française met également en avant «des motifs liés à la continuité historique» (A.3.).

¹² *Exposé des motifs*, op. cit., p. 12. Sur la portée de cette disposition constitutionnelle, voy. X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, «Les droits en matière d'enseignement», dans M. VERDUSSEN et N. BONBLED, *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 1175-1294, sp. pp. 1229-1232.

¹³ Le Gouvernement de la Communauté française avançait également au titre de justification à la différence de traitement «les différences philosophiques qui existent entre les pouvoirs organisateurs employeurs» (A.3.).

rente à l'enseignement officiel subventionné, peut prester dans un établissement neutre tout enseignant qui a suivi la formation à la neutralité et qui adhère à celle-ci ¹⁴. La neutralité ne permet donc plus d'écarter un enseignant issu du libre puisque, comme le relève la Cour, «rien ne permet de présumer qu'un directeur ayant auparavant été membre du personnel d'un établissement du réseau libre subventionné ne pourrait se conformer à ces exigences» (B.13.).

7. Les établissements officiels pourraient-ils toutefois se revendiquer de la notion d'«entreprise de tendance» au sens de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail? L'on se souvient que l'Assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat a considéré que «la neutralité est un concept philosophique» si bien qu'elle peut se réclamer du bénéfice de l'article 11 du décret de la Communauté française du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination : «dans le cas des activités professionnelles des organisations publiques et privées, dont le fondement repose sur la conviction religieuse ou philosophique, une distinction directe fondée sur la conviction religieuse ou philosophique ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature des activités ou du contexte dans lequel celles-ci sont exercées, la conviction religieuse ou philosophique constitue une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée au regard du fondement de l'organisation» ¹⁵.

Pareille interprétation suppose que l'on rende inapplicable l'article 10, alinéa 2, de la Constitution, qui consacre l'exigence de l'égal accès aux emplois publics, inapplicable aux établissements d'enseignement officiels, ce que la Cour constitutionnelle se refuse manifestement à faire. Françairait-elle le pas qu'il serait intéressant de voir

comment réagirait la Commission européenne, dans un premier temps, la Cour de justice de l'Union européenne, ensuite, face à l'érection de cette nouvelle barrière à la libre circulation des enseignants.

A propos de droit européen, une dernière question mériterait d'être soulevée, relativement aux dispositions du décret qui réservent les emplois de directeurs d'écoles à des enseignants qui justifient d'une ancienneté dans les seuls établissements de la Communauté française : qu'en est-il du respect des principes de la libre circulation consacrée tant dans notre droit constitutionnel qu'en droit européen?

Mais à chaque jour suffit sa peine. La Cour n'était saisie que d'une des discriminations contenues dans le décret du 2 février 2007 fixant le statut des directeurs. Sa réponse aura suffi, sinon pour abattre le cloisonnement des carrières au sein d'un réseau, du moins pour l'ébranler très sérieusement, au point que l'édifice menace désormais ruine. Qu'il est loin le temps où la Cour se contentait d'entériner les positions issues du Pacte scolaire : «dès lors qu'il existe des différences objectives pouvant justifier un traitement différent, le législateur décretaal peut s'inspirer des mesures par lesquelles, avant la révision simultanée des articles 127 et 24 de la Constitution, le législateur national avait assuré la paix scolaire» ¹⁶. Du passé...

¹⁴ Voy. X. DELGRANGE, «La neutralité de l'enseignement en Communauté française», *Administration publique*, 2007-2008/2, pp. 119-160.

¹⁵ C.E., arrêt n° 210.000 du 21 décembre 2010; Pour une appréciation de cette affirmation, voy. M. EL BERHOUMI, «Les juridictions suprêmes contre le voile : commentaire de deux arrêts engagés», dans : J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 569-620, sp. pp. 595-599.

¹⁶ CC., arrêts 38/91, B.3.8.; 26/92, 3.B.4.; n° 27/92, 3.B.3. Voy. X. DELGRANGE, «L'égalité dans l'enseignement à la lecture de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage», dans : *Quels droits dans l'enseignement? Enseignants, parents, élèves*, Actes du colloque de Namur des 13 et 14 mai 1993, Namur-Bruxelles, La Charte, 1994, pp. 51-92, sp. pp. 83-84.