

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VIII^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 243.838 du 28 février 2019

A. 223.685/VIII-10.651

En cause : **MESMAEKER** Pascal,
ayant élu domicile chez
M^{es} Jean BOURTEMBOURG et
François BELLEFLAMME, avocats,
rue de Suisse 24
1060 Bruxelles,

contre :

la province de Hainaut,
représentée par son collègue provincial,
ayant élu domicile chez
M^e Axel CABY, avocat,
drève Gustave Fache 3/4
7700 Mouscron.

Partie intervenante :

FIORE Gaël,
ayant élu domicile à
la Centrale générale des services publics (CGSP)
place Fontainas 9/11
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 30 octobre 2017, Pascal MESMAEKER demande l'annulation de :

- " - La décision de date inconnue prise par la Province de Hainaut de nommer Monsieur Gaël FIORE en qualité de professeur d'éducation physique au degré supérieur de l'enseignement secondaire pour 14 périodes au sein d'un établissement provincial à Charleroi, ainsi que le refus implicite qui en découle de nommer le requérant;
- Les décisions de date inconnue classant les candidats en vue de l'accès à la fonction de professeur d'éducation physique dans l'enseignement de la partie adverse pour l'année scolaire 2017-2018".

II. Procédure

Par une requête introduite le 12 décembre 2017, Gaël FIORE demande à être reçu en qualité de partie intervenante.

Cette intervention a été accueillie provisoirement par une ordonnance du 2 février 2018.

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse, en réplique et en intervention ont été régulièrement échangés.

M^{me} Claudine MERTES, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 10 janvier 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 22 février 2019.

M. Jacques VANHAEVERBEEK, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e François BELLEFLAMME, avocat, comparaisant pour la partie requérante, M^e Gaspard DEJEMEPPE, *loco* M^e Axel CABY, avocat, comparaisant pour la partie adverse, et M^e Monique DETRY, avocat, comparaisant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Claudine MERTES, premier auditeur, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

1. Le requérant est licencié en éducation physique et dispose de l'agrégation de l'enseignement secondaire supérieur, spécialité éducation physique.

Il exerce les fonctions de professeur d'éducation physique dans le degré supérieur de l'enseignement secondaire, en fonction des désignations qu'il peut obtenir, tantôt dans l'enseignement de la partie adverse, tantôt dans l'enseignement du réseau officiel subventionné, et ce depuis l'année scolaire 2008-2009.

2. Le 8 juin 2016, la partie adverse adresse aux différentes institutions provinciales d'enseignement un appel aux candidats à la nomination définitive (circulaire n° 2086) en vue d'une nomination au 1^{er} février 2017.

Cet appel à candidats contient la liste des emplois vacants à pourvoir (nomination définitive) et le "classement" des agents temporaires prioritaires. Il est expressément précisé dans l'appel à candidatures que cette liste "est uniquement donnée à titre d'information - ce n'est en effet pas elle qui détermine l'ordre dans lequel les nominations à titre définitif pourront être accordées".

3. Diverses candidatures sont introduites dans le délai imparti, parmi lesquelles celles du requérant et de l'intervenant.

4. Ces candidatures sont examinées et classées conformément aux dispositions décrétales et réglementaires applicables, soit sur la base de l'ancienneté des membres du personnel, en mettant sur pied d'égalité les titulaires d'un diplôme d'agrégé d'enseignement secondaire inférieur (AESI) et ceux titulaires d'un diplôme d'agrégé d'enseignement secondaire supérieur (AESS), dans le respect des dispositions transitoires prévues dans le décret du 11 avril 2014 réglementant les titres et fonctions dans l'enseignement fondamental et secondaire organisé et subventionné par la Communauté française. Ce classement est établi le 30 juin 2016 et approuvé par le collège provincial le 6 octobre 2016.

5. Sur la base de ce classement, différentes décisions de nomination sont adoptées par le collège provincial (avec effet au 1^{er} février 2017).

Le requérant n'est pas nommé dans les postes qu'il convoitait.

6. L'intervenant est, quant à lui, désigné en qualité de professeur d'éducation physique au degré supérieur de l'enseignement secondaire pour quatorze périodes au sein d'un établissement provincial à Charleroi.

Il s'agit du premier acte attaqué

7. En vue de l'année scolaire 2017-2018, le requérant introduit à nouveau sa candidature en vue d'une nomination.

8. Le 3 mai 2017, son organisation syndicale lui communique un classement des candidats. Cinquante-cinq périodes sont à pourvoir. Seuls deux agrégés de l'enseignement secondaire supérieur sont candidats, mais compte tenu de la prise en considération des personnes titulaires d'une agrégation de l'enseignement secondaire inférieur, le requérant, qui justifie de mille sept cent un jours d'ancienneté, est dernier sur quatorze personnes dans le classement et figure au mieux en quatrième position pour les heures à attribuer.

9. Par un courrier de ses conseils du 28 juin 2017, le requérant adresse la demande suivante au directeur général des enseignements du Hainaut :

" [...]

Comme vous le savez, Monsieur MESMAEKER est agrégé de l'enseignement secondaire supérieur pour le cours spécial d'éducation physique ; il a été engagé notamment dans l'enseignement de la Province du Hainaut, dans lequel il a acquis 1.701 jours d'ancienneté.

Monsieur MESMAEKER a posé sa candidature en vue d'une nomination dans cette fonction pour l'année scolaire 2017-2018. Il avait en effet été informé que 55 périodes étaient vacantes à Charleroi, à Mons et à Morlanwelz.

Néanmoins, il se heurte à nouveau au problème que, dans le régime antérieur au décret du 11 avril 2014 réglementant les titres et fonctions dans l'enseignement fondamental et secondaire organisé et subventionné par la Communauté française, le diplôme d'agrégé d'enseignement secondaire inférieur était, au même rang que le diplôme d'agrégé de l'enseignement secondaire supérieur, considéré comme un titre suffisant de catégorie A pour une nomination dans l'enseignement officiel subventionné. Monsieur MESMAEKER reste ainsi en concurrence avec une grosse dizaine de membres du personnel titulaires d'un diplôme d'agrégé de l'enseignement secondaire inférieur.

Par un courriel de ce 3 mai 2017, Monsieur MESMAEKER a été informé par son organisation syndicale qu'en égard à ce classement, il n'était proposé à la nomination pour aucune des heures auxquelles il s'est porté candidat.

Comme vous le savez, Monsieur MESMAEKER conteste la prise en considération du diplôme d'agrégé de l'enseignement secondaire inférieur au même rang que le diplôme d'agrégé de l'enseignement secondaire supérieur. Il estime que ce traitement identique de deux catégories de personnes objectivement différentes est constitutif d'une discrimination. Il se réserve le droit de demander

devant le Conseil d'État l'annulation des nominations qui seraient faites sur cette base.

Dans ce contexte, pouvons-nous vous prier, et au besoin vous mettre en demeure, de nous informer des nominations dans les heures auxquelles Monsieur MESMAEKER s'est porté candidat, dès qu'elles interviendront, ou, le cas échéant, de nous indiquer que ces nominations sont déjà décidées ?

[...]".

Ce courrier étant resté sans réponse, les conseils du requérant adressent un rappel par un courrier du 27 septembre 2017.

10. Par un courrier du 6 octobre 2017, le directeur général répond ce qui suit :

" Je vous confirme que, par application des règles statutaires prévues par le décret du 6 juin 1994 fixant le statut des membres du personnel subsidiés de l'enseignement officiel subventionné et des dispositions transitoires (articles 285 et 288) du décret du 11 avril 2014 réglementant les titres et fonctions dans l'enseignement fondamental et secondaire organisé et subventionné par la Communauté française, les heures annoncées à la nomination définitive, pour lesquelles M. MESMAEKER s'était porté candidat, demeurées vacantes au 1^{er} octobre 2016, ont été attribuées à des candidats plus anciens que votre client.

Parmi les candidats nommés, quatre sont titulaires d'un AESI et un candidat est titulaire d'un AEES.

Les quatre candidats titulaires d'un AESI figuraient dans le classement des temporaires prioritaires au 1^{er} septembre 2016 et ont donc bénéficié des dispositions transitoires du décret du 11 avril 2014".

11. Le collège provincial de la partie adverse, par une décision du 31 août 2017, approuve le classement des agents temporaires prioritaires pour l'année scolaire 2017-2018.

Il s'agit du deuxième acte attaqué.

IV. Intervention

La requête en intervention introduite par Gaël FIORE ayant été accueillie provisoirement, il y a lieu de l'accueillir au fond.

V. Recevabilité

V.1. Thèses des parties

La partie adverse estime qu'en ce qu'elle est dirigée contre le classement la requête est irrecevable, cette décision ne constituant qu'un acte préparatoire à une

décision éventuelle (non attaquée en tout état de cause) et qui ne fait pas par elle-même grief au requérant.

Elle ne revient pas sur cette question ni dans son mémoire en réplique, ni dans son dernier mémoire.

L'intervenant relève, en ce qui concerne le premier et le deuxième objet de la requête, que le requérant est muet, dans son exposé des faits, sur sa situation pour l'année 2016-2017, pendant laquelle la procédure qui a abouti à sa nomination s'est déroulée. Il souligne, en particulier, que le requérant ne démontre pas qu'il aurait posé sa candidature en vue d'une nomination dans un des emplois qui a fait l'objet de l'appel publié le 8 juin 2016 et qu'on ne trouve, par ailleurs, nulle trace de sa candidature dans le dossier administratif déposé par la partie adverse. Il soutient qu'à défaut d'avoir déposé sa candidature à la nomination, le requérant ne justifie pas de l'intérêt requis au recours en tant qu'il porte sur sa nomination et sur le refus implicite qu'elle emporte de le nommer, l'introduction d'une candidature étant une condition de nomination en vertu de l'article 30, 10°, du décret du 6 juin 1994 fixant le statut des membres du personnel subsidiés de l'enseignement officiel subventionné. Il ajoute qu'à supposer que le requérant a introduit sa candidature à la nomination pour 2016-2017 son intérêt est alors lié au fond du dossier puisque ce dernier soutient que l'arrêté royal du 30 juillet 1975 relatif aux titres jugés suffisants dans l'enseignement secondaire dispensé dans les établissements d'enseignement moyen ou d'enseignement normal officiels subventionnés, qui continue à s'appliquer en l'espèce, en vertu de l'article 288 du décret du 11 avril 2014 réglementant les titres et fonctions dans l'enseignement fondamental et secondaire organisé et subventionné par la Communauté française, serait discriminatoire dans la mesure où il permet aux titulaires du diplôme d'agrégé de l'enseignement inférieur (AESI) d'accéder à la fonction de professeur d'éducation physique au degré supérieur au même titre que le titulaire d'un diplôme d'agrégé de l'enseignement supérieur (AESS), alors que cette possibilité n'existe pour aucun autre cours général. Il estime que le requérant semble ainsi vouloir soutenir que s'il n'y avait une telle discrimination, il aurait dû être classé devant lui qui ne dispose que d'un AESI, dans le classement des candidats à la nomination, et nommé par priorité sur lui. Il relève à cet égard que le requérant n'a cependant pas demandé l'annulation du classement des candidats à la nomination établi en octobre 2016 et que ce classement est donc définitif. Il en déduit que le requérant ne saurait retrouver la possibilité de faire revoir celui-ci au gré de conclusions qui lui seraient favorables au fond de sorte qu'il ne saurait justifier d'un intérêt à son recours. Il considère, qu'au fond, la prétendue discrimination dont fait état le requérant repose sur une erreur d'appréciation fondamentale, qui consiste à comparer les conditions de titre exigées pour accéder à

la fonction de professeur d'éducation physique au degré supérieur, aux conditions de titre exigées pour accéder aux fonctions du degré supérieur dans les cours généraux. Il fait valoir que les cours d'éducation physique ne sont pas des cours généraux mais bien des cours spéciaux. Il soutient, par ailleurs, qu'il n'était pas déraisonnable de considérer que la spécificité de la fonction justifie que tant les titulaires d'un AESS comme les titulaires d'un AESI puissent y accéder de la même manière, même si à l'heure actuelle, avec l'entrée en vigueur du décret du 11 avril 2014 réglementant les titres et les fonctions dans l'enseignement fondamental et secondaire et subventionné par la Communauté française, l'appréciation de cette question a évolué. Il constate que le requérant ne soutient d'ailleurs pas que cette mesure, applicable depuis 1975, était en soi déraisonnable. En ce qui concerne le troisième objet du recours il estime que ce classement fixe une situation administrative qui emporte des droits individuels pour les personnes qui y sont reprises et soutient qu'on pourrait qualifier ce classement d'acte interlocutoire adopté dans le cadre d'une procédure juridique complexe et qu'à ce titre, cet acte serait susceptible de recours au Conseil d'État. Il rappelle cependant que, sauf connexité entre les actes, un recours au Conseil d'État ne peut viser qu'un seul acte administratif à la fois. Il estime, qu'en l'espèce, s'il y a bien connexité entre les deux premiers actes visés par le recours, qui sont corollaires l'un de l'autre, le classement établi pour 2017-2018, constitue un acte tout à fait distinct des deux autres qui ne peut être examiné dans le cadre du même recours. Il explique qu'alors que sa nomination clôture la procédure initiée par l'appel aux emplois formulé en juin 2016, ce classement des temporaires prioritaires pour 2017-2018 s'inscrit dans une autre procédure, ultérieure, qui a été initiée par un autre appel aux candidats lancé en mai 2017, qui doit conduire, le cas échéant, à d'autres nominations prenant effet au plus tard au 1^{er} avril 2018.

Il maintient dans son dernier mémoire que le classement des temporaires prioritaires pour 2017-2018 est un acte qui se rapporte à la procédure de désignation pour l'année suivant celle durant laquelle les deux premiers objets du recours, à savoir sa nomination pour 14/20^e et le refus de nommer le requérant ont été adoptés. Il répète également que si le requérant n'a pas introduit sa candidature pour 2016-2017, il ne répond alors pas à la condition fixée à l'article 30, 10°, du décret du 6 juin 1994 précité, et n'a donc pas intérêt à son recours.

V.2. Appréciation

Même si la candidature du requérant ne figure pas dans le dossier administratif, il ressort de la pièce 9 de ce dossier que celui-ci est bien repris dans la liste des candidats à une nomination pour des périodes demeurées vacantes au 1^{er} octobre 2016 et qu'il s'est porté candidat pour les emplois de Binche, Charleroi,

Mons et Morlanwez. Par ailleurs, cette pièce démontre également que la partie adverse a examiné la candidature du requérant puisqu'elle indique notamment que "sur base des candidatures déposées, Monsieur MESMAEKER était classé - par ordre d'ancienneté - 9^{ème} à Binche, 4^{ème} à Charleroi, 10^{ème} à Mons et 9^{ème} à Morlanwez". A moins de s'inscrire en faux contre cette pièce, celle-ci fait donc foi de l'existence de la candidature du requérant.

Par ailleurs, le fait que le requérant n'a pas introduit de recours contre le classement des candidats en vue de l'accès à la fonction de professeur d'éducation physique dans l'enseignement de la partie adverse pour l'année scolaire 2016-2017, ne peut aboutir à considérer qu'il n'aurait pas intérêt au présent recours. En effet, la décision opérant le classement des temporaires prioritaires, conformément à l'article 24 du décret du 6 juin 1994 précité, ne constitue qu'un acte préparatoire.

Finalement, il faut encore relever que la critique soulevée par l'intervenant relative à la distinction entre cours spéciaux et cours généraux touche au fond du litige et n'a donc pas d'influence sur l'examen de la recevabilité.

En conclusion, le recours n'est dès lors recevable qu'en ses premier et deuxième objets.

VI. Moyen unique

VI.1. Thèses des parties

Le requérant prend un moyen unique de l'illégalité des articles 6 et 11 de l'arrêté royal du 30 juillet 1975 relatif aux titres jugés suffisants dans l'enseignement secondaire dispensé dans les établissements d'enseignement moyen ou d'enseignement normal officiels subventionnés, ou éventuellement de l'inconstitutionnalité des articles 30, § 1^{er}, 5°, 31, 10^e alinéa, et 34 du décret du 6 juin 1994 fixant le statut des membres du personnel subsidiés de l'enseignement officiel subventionné, combinés avec l'article 288 du décret du 11 avril 2014 réglementant les titres et fonctions dans l'enseignement fondamental et secondaire organisé et subventionné par la Communauté française, de la méconnaissance du principe d'égalité et de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, du défaut de fondement des actes attaqués, et de l'excès de pouvoir.

Il relève que l'article 11 de l'arrêté royal du 30 juillet 1975 précité, prévoit, au sujet des titres jugés suffisants pour l'accès aux fonctions d'enseignement dans l'enseignement secondaire supérieur, en ce qui concerne les professeurs de

cours spéciaux d'éducation physique, que le diplôme d'agrégé de l'enseignement secondaire inférieur en section éducation physique est considéré comme un titre jugé suffisant du groupe A. Il souligne qu'il s'agit du seul cours général pour lequel ce soit le cas puisque, dans les autres cas, n'existe que le titre requis défini, à l'article 9 de l'arrêté de l'Exécutif de la Communauté française du 29 avril 1969, comme le diplôme d'agrégé de l'enseignement secondaire supérieur. Il relève, par ailleurs que l'article 6 de l'arrêté royal du 30 juillet 1975 précité prévoit que le pouvoir organisateur doit offrir les fonctions en priorité à la personne qui est porteuse, soit des titres requis, soit des titres jugés suffisants du groupe A. Il fait dès lors valoir que ces différentes dispositions ont pour conséquence que, dans le seul cas du cours général d'éducation physique, le diplôme d'agrégé de l'enseignement secondaire inférieur est pris en considération au même rang que le diplôme d'agrégé de l'enseignement secondaire supérieur. Il estime qu'il s'agit là, en ce qui concerne l'admission des titres des candidats titulaires d'une agrégation de l'enseignement secondaire inférieur, de dispositions de niveau réglementaire, dont le Conseil d'État peut lui-même constater le caractère discriminatoire en l'espèce. À tout le moins, il soutient que la discrimination découle de l'article 30, § 1^{er}, 5° du statut du 6 juin 1994, qui exige seulement que le candidat à une nomination dans l'enseignement officiel subventionné soit porteur d'un titre de capacité qui lui donne accès à l'exercice de la fonction à titre définitif, sans distinguer entre les différents titres de capacités. Il sollicite, le cas échéant, que soit posée à la Cour constitutionnelle la question suivante :

" Les articles 30, § 1^{er}, 5°, 31, 10^e alinéa, et 34 du décret du 6 juin 1994 fixant le statut des membres du personnel subsidiés de l'enseignement officiel subventionné, combinés avec l'article 288 du décret du 11 avril 2014 réglementant les titres et fonctions dans l'enseignement fondamental et secondaire organisé et subventionné par la Communauté française, violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'ils prévoient que pour une nomination à titre définitif, les membres du personnel sont classés dans l'ordre de leur ancienneté, qu'ils justifient ou non du titre requis pour l'accès aux fonctions en cause ?"

Il estime qu'il convient enfin de tenir compte du décret du 11 avril 2014 précité puisque les annexes de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 5 juin 2014 relatif aux fonctions, titres de capacité et barèmes portant exécution des articles 7, 16, 50 et 263 dudit décret prévoient, à l'heure actuelle, que le titre requis pour le cours général d'éducation physique au degré supérieur est en principe une agrégation de l'enseignement secondaire supérieur en éducation physique. Il indique que cette nouvelle règle met en évidence le caractère discriminatoire de la situation antérieure. Il constate cependant que l'article 288 du décret précité du 11 avril 2014 prévoit que "les membres du personnel visés à la présente section [c'est-à-dire les membres du personnel temporaires prioritaires] conservent la possibilité d'être nommés, engagés à titre définitif ainsi que désignés en qualité de temporaires prioritaires ou protégés dans les conditions statutaires

prévalant avant l'entrée en vigueur du présent décret". Il convient, selon lui, d'en tenir compte dans la question préjudicielle qui serait adressée, le cas échéant, à la Cour constitutionnelle.

La partie adverse constate, dans son mémoire en réponse, qu'il ne lui est pas reproché d'avoir mal appliqué les dispositions visées au moyen et qu'il ne lui est pas davantage reproché un défaut ou une erreur de motivation puisque le moyen vise en réalité une discrimination qui serait contenue dans les dispositions décrétales et réglementaires dont elle n'est pas l'auteur. Elle fait valoir que, par ces dispositions, les pouvoirs organisateurs sont amenés à traiter de manière identique, et, partant, à mettre en concurrence pour un même emploi, des enseignants qui sont titulaires d'une agrégation d'enseignement secondaire inférieur et des enseignants qui sont titulaires d'une agrégation d'enseignement secondaire supérieur. Elle soutient qu'en tant qu'autorité administrative, elle n'a pas d'autres possibilités que d'appliquer les normes réglementaires qui constituent le cadre normatif qui s'impose à elle dans l'exercice de ses compétences et qu'elle ne dispose pas de la faculté de ne pas appliquer ces textes normatifs qui lui sont supérieurs. Elle estime qu'il s'indiquerait dès lors, pour une bonne administration de la justice, d'inviter la Communauté française à intervenir à la cause pour justifier de la constitutionnalité des dispositions réglementaires qui sont les siennes et qui en réalité sont querellées incidemment sans avoir fait l'objet d'un recours direct de constitutionnalité. Ceci étant, elle observe que la partie requérante ne précise pas, concrètement, en quoi les dispositions critiquées visées au moyen seraient contraires au principe d'égalité et de non-discrimination puisqu'elle n'établit en effet aucune comparaison, *in concreto*, des situations des enseignants concernés qui permettraient de comprendre la portée de la critique autre que le seul constat selon lequel les enseignants en question n'ont pas le même titre alors qu'ils sont en concurrence pour un même emploi et qu'elle ne développe aucune argumentation autre que l'affirmation selon laquelle les enseignants en question ne pourraient être traités de manière identique, sans toutefois développer à suffisance. Elle estime que le seul fait de ne pas être titulaire du même titre, sans examiner la portée des titres en cause, ne permet pas de justifier que les enseignants ne seraient pas dans des situations semblables permettant qu'ils soient traités de manière identique. Elle observe, en outre, que les enseignants en cause ne sont pas dans des situations fondamentalement différentes qui justifieraient qu'ils ne soient pas traités de manière identique puisque tant l'enseignant titulaire de l'agrégation d'enseignement secondaire supérieur que celui titulaire de l'agrégation d'enseignement secondaire inférieur disposent des connaissances de la matière enseignée et des connaissances en pédagogie et didactique. Elle soutient que ces enseignants sont donc dans des situations objectivement et raisonnablement comparables ou identiques et estime qu'il n'apparaît dès lors pas, dans ce contexte,

que les dispositions visées au moyen, qui permettent de mettre en concours, sur la base de l'ancienneté, pour un même emploi, des "AESS" et des "AESI", violeraient les articles 10 et 11 de la Constitution et les principes d'égalité et de non-discrimination. À titre subsidiaire, pour ce qui concerne l'opportunité de poser à la Cour constitutionnelle la question suggérée par le requérant dans sa requête, elle s'en réfère à l'appréciation et à la sagesse du Conseil d'État.

L'intervenant estime, quant à lui, que la position du requérant, qui soutient qu'une règle qui établit une égalité dans l'accès aux fonctions, pour les titulaires d'un AESS et les titulaires d'un AESI, serait discriminatoire, constitue un paradoxe et mérite d'être écartée. Il affirme que l'argumentation du requérant qui repose sur l'affirmation selon laquelle le cours d'éducation physique constituerait le seul cours général pour lequel cette égalité est permise est fondamentalement erronée. Il constate, en effet, que contrairement à ce qu'affirme le requérant, les cours d'éducation physique ne relèvent pas de la catégorie des cours généraux mais bien de la catégorie des cours spéciaux, comme en atteste le tableau reprenant les fonctions et les titres qui figure à l'article 11 de l'arrêté royal précité du 30 juillet 1975, qu'il invoque lui-même. Il en déduit que la possibilité pour les titulaires d'un diplôme d'AESI d'accéder à la fonction de professeur d'éducation physique au même titre que les titulaires d'un diplôme d'AESS est liée à la spécificité de la fonction et que le requérant ne soutient pas qu'en soi, cette possibilité, en vigueur depuis l'adoption de l'arrêté royal du 30 juillet 1975, serait déraisonnable. En réaction aux considérations subsidiaires du requérant, il soutient que le fait que par les effets de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 5 juin 2014 précité, le titre requis pour enseigner au degré supérieur est en principe un AESS, n'apporte aucune démonstration du bien-fondé de l'argumentaire, dès lors que ce nouveau régime est totalement différent de l'ancien. Il estime que si, au gré de la disposition transitoire que constitue l'article 288 du décret du 11 avril 2014, des professeurs d'éducation physique peuvent être nommés, encore pendant quelques temps, au degré supérieur, sans avoir le titre requis d'AESS, cette situation est transitoire et ne lèse pas le requérant qui, en toute vraisemblance, bénéficie de cette disposition et se verra nommé en son temps et à son tour.

Le requérant fait valoir, dans son mémoire en réplique, qu'il apprend, avec le mémoire en réponse de la partie adverse et le dépôt du dossier administratif, que la nomination attaquée a été décidée par le collège provincial. Il rappelle à cet égard, que l'article L2212-32, § 4, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation prévoit que le conseil provincial nomme, suspend et révoque tous les agents de l'administration provinciale, sachant qu'il peut déléguer au collège provincial, la nomination, la suspension et la révocation des agents, jusqu'au grade

de directeur y compris. Il souligne que le Conseil d'État en déduit qu'en l'absence de dispositions particulières les concernant, les membres du personnel enseignant des établissements d'enseignement organisé par une province sont, en leur qualité d'agents des provinces, visés par cette disposition (C.E., n° 107.144 du 29 mai 2002) et qu'il appartient dès lors à la partie adverse de démontrer qu'une délégation, non visée dans le préambule de l'acte attaqué, a été octroyée au collège provincial, à tout le moins pour ce qui concerne la nomination des membres du personnel enseignant de l'enseignement de la province. Quant à la suggestion émise par la partie adverse d'inviter la Communauté française à intervenir à la cause pour justifier de la constitutionnalité des dispositions applicables, il se réfère à la sagesse du Conseil d'État. Sur le fond, il soutient que le libellé du moyen fait apparaître, sans aucune ambiguïté possible, que ce qui est mis en cause à titre de discrimination est le fait de traiter de manière identique, pour l'accès aux fonctions, des membres du personnel qui se trouvent dans des situations objectivement différentes, c'est-à-dire que les uns disposent d'un titre requis et que les autres ne disposent que d'un titre jugé suffisant. Il fait à cet égard valoir que les uns ont suivi la formation et obtenu le titre directement en rapport avec les fonctions en cause, tandis que les autres ont suivi une formation et obtenu un titre en rapport avec d'autres fonctions, que la formation qui permet d'accéder à l'agrégation de l'enseignement secondaire inférieur est plus courte et d'un niveau inférieur et que la fonction à laquelle ce titre conduit normalement consiste à enseigner à un autre public, plus jeune, et est assortie d'une échelle de traitement inférieure. Il estime qu'il est déraisonnable de traiter ces différents titres de la même manière pour l'accès aux fonctions du degré supérieur.

Dans son dernier mémoire, la partie adverse rappelle qu'elle n'est pas l'auteur des dispositions décrétales en cause et s'en réfère à l'appréciation et à la sagesse du Conseil d'État quant à l'opportunité de poser la question préjudicielle suggérée.

Dans son dernier mémoire, l'intervenant rejoint l'avis de l'auditeur rapporteur qui conclut que puisque le décret du 11 avril 2014 précité est entré en vigueur le 1^{er} septembre 2016, la discrimination soulevée par la partie requérante, pour l'année 2016-2017, ne trouve pas son fondement dans l'arrêté royal du 30 juillet 1975 mais uniquement dans les articles 285 et 288 dudit décret. Il souligne qu'il s'agit de dispositions transitoires qui ont pour objet de préserver la situation acquise par les membres du personnel qui, avant l'entrée en vigueur du décret, comptaient déjà une ancienneté de service importante et qui étaient entrés dans le classement des temporaires prioritaires leur permettant d'accéder à la nomination dans les emplois vacants dans le respect de leur classement. Il soutient qu'il est parfaitement légitime et raisonnable pour le législateur de prévoir le maintien, de manière

transitoire, de situations acquises et d'éviter ainsi que, par les effets d'une modification de la législation, s'insinue un avantage particulier à une catégorie de personnes qui, comme le requérant, se trouvaient dans le même classement que ses collègues et ne pouvaient espérer une désignation et une nomination au bénéfice d'un classement privilégié. Il estime qu'en réalité le requérant n'est pas lésé par cette disposition transitoire puisqu'elle le maintient dans son classement en vue des désignations et d'une nomination à venir tandis que les jeunes enseignants, titulaires d'une agrégation de l'enseignement supérieur qui débutent leur carrière à compter du 1^{er} septembre 2016, entreront dans le classement des temporaires prioritaires pour le degré supérieur au gré de l'ancienneté qu'ils acquerront et ne pourront être nommés qu'après le requérant qui emporte l'ancienneté qu'il a déjà acquise et son classement. Il en déduit qu'il n'y a pas lieu de poser de question préjudicielle.

Le requérant rappelle, dans son dernier mémoire, qu'il se plaint d'une discrimination, non seulement en ce que les dispositions transitoires du décret du 11 avril 2014 précité maintiennent, dans certaines limites, le régime antérieur de classement aux emplois de professeur d'éducation physique au degré supérieur de l'enseignement secondaire, mais également en ce que ce régime antérieur traitait de la même manière des catégories qui se trouvaient dans des conditions objectivement différentes, c'est-à-dire les agrégés de l'enseignement secondaire supérieur et les agrégés de l'enseignement secondaire inférieur. Il estime qu'il ne s'agit donc pas seulement de demander à la Cour constitutionnelle si, le régime antérieur organisant le classement de cette manière, il était conforme à la règle de l'égalité de maintenir dans certaines limites ce régime à titre de mesure transitoire, mais également si ce régime antérieur lui-même était bien conforme à la règle de l'égalité. Il maintient dès lors qu'il y a lieu de poser, outre la question préjudicielle proposée par l'auditeur rapporteur, celle qu'il a lui-même suggérée dans ses écrits de procédure.

VI.2. Appréciation

À titre liminaire, il n'y a pas lieu de mettre la Communauté française à la présente cause puisque, les normes décrétales contestées relevant de sa compétence, celle-ci sera appelée, le cas échéant, en qualité de partie adverse devant la Cour constitutionnelle dans le cadre de l'examen d'une éventuelle question préjudicielle.

Ensuite, le conseil provincial a, par une décision du 25 octobre 2016 donné, à titre exceptionnel, délégation au collège provincial pour procéder notamment à l'engagement temporaire, intérimaire, à l'admission au stage, à la nomination, à la promotion, à la mobilité, à la suspension et à la révocation du

personnel enseignant jusqu'au 31 octobre 2017. Les actes attaqués ont donc bien été adoptés par l'autorité compétente.

Il ressort, par ailleurs, des articles 6 et 11 de l'arrêté royal du 30 juillet 1975 précité, d'une part, que le pouvoir organisateur doit offrir les fonctions en priorité à la personne titulaire soit des titres requis soit des titres jugés suffisants du groupe A et d'autre part, que le diplôme d'agrégé de l'enseignement secondaire inférieur en section éducation physique constitue un titre suffisant du groupe A pour attribuer à un enseignant le cours spécial d'éducation physique. Dès lors, les enseignants titulaires d'un diplôme d'agrégé de l'enseignement secondaire supérieur (ci-après AEES) en section éducation physique, comme le requérant, et les enseignants titulaires d'un diplôme d'agrégé de l'enseignement secondaire inférieur (ci-après AESI) en section éducation physique, comme la partie intervenante sont, en application de ces dispositions, mis sur le même pied pour l'attribution des cours spéciaux d'éducation physique dans le degré supérieur de l'enseignement secondaire.

À la suite de la réforme découlant du décret du 11 avril 2014 précité, les cours spéciaux d'éducation physique sont devenus des cours généraux d'éducation physique et les titres de capacité requis pour donner ces cours sont devenus, en ce qui concerne l'enseignement secondaire supérieur, notamment l'AEES. Cette réforme est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2016. Dès lors, à partir de cette date, les enseignants titulaires d'un diplôme d'AEES en section éducation physique, comme le requérant, et les enseignants titulaires d'un diplôme d'AESI en section éducation physique, comme l'intervenant, ne sont plus mis sur le même pied pour l'attribution des cours généraux d'éducation physique dans le degré supérieur de l'enseignement secondaire.

Les articles 6 et 11 de l'arrêté royal du 30 juillet 1975 précité ont, par conséquent, été abrogés au 1^{er} septembre 2016 par l'article 116 du décret de la Communauté française du 30 juin 2016 rendant applicable aux maîtres et professeurs de religion le décret du 11 avril 2014 règlementant les titres et fonctions dans l'enseignement fondamental et secondaire organisé et subventionné par la Communauté française.

Cependant, le décret du 11 avril 2014 précité, contient des dispositions transitoires. Ainsi, il ressort plus particulièrement du courrier du 6 octobre 2017 adressé par le directeur général de la Direction générale des enseignements de la province de Hainaut que la désignation de l'intervenant pour l'année 2016-2017 se fonde sur les dispositions transitoires du décret précité, et précise ce qui suit :

" [...].

Je vous confirme que, par application des règles statutaires prévues par le décret du 6 juin 1994 fixant le statut des membres du personnel subsidiés de l'enseignement officiel subventionné et des dispositions transitoires (articles 285 et 288) du décret du 11 avril 2014 réglementant les titres et fonctions dans l'enseignement fondamental et secondaire organisé et subventionné par la Communauté française, les heures annoncées à la nomination définitive, pour lesquelles M. MESMAEKER s'était porté candidat, demeurées vacantes au 1^{er} octobre 2016, ont été attribuées à des candidats plus anciens que votre client.

Parmi les candidats nommés, quatre sont titulaires d'un AESI et un candidat est titulaire d'un AESS.

Les quatre candidats titulaires d'un AESI figuraient dans le classement des temporaires prioritaires au 1^{er} septembre 2016 et ont donc bénéficié des dispositions transitoires du décret du 11 avril 2014 susvisé.

[...]"

Selon les articles 285 et 288 du décret du 11 avril 2014 précité, les membres du personnel temporaires prioritaires au sens de l'article 24 du décret du 6 juin 1994 précité disposant d'un titre requis ou d'un titre suffisant A à la veille de l'entrée en vigueur du présent décret conservent la possibilité d'être nommés, engagés à titre définitif ainsi que désignés en qualité de temporaires prioritaires ou protégés dans les conditions statutaires prévalant avant l'entrée en vigueur du présent décret. Ces dispositions permettent donc que, pour les désignations en cours pour l'année 2016-2017, les enseignants titulaires d'un diplôme d'AESS en section éducation physique, comme le requérant, et les enseignants titulaires d'un diplôme d'AESI en section éducation physique, comme l'intervenant, continuent à être mis sur le même pied pour l'attribution des cours généraux d'éducation physique dans le degré supérieur de l'enseignement secondaire. En d'autres termes, le requérant, titulaire d'un diplôme obtenu au terme d'un parcours académique plus long que celui de l'intervenant est traité de manière identique à celui-ci pour l'obtention d'un cours général d'éducation physique dans l'enseignement secondaire supérieur.

Il résulte de ce qui précède que la discrimination soulevée par le requérant, pour les désignations de l'année 2016-2017, ne découle en réalité pas des articles 6 et 11 de l'arrêté royal du 30 juillet 1975 précité, mais des mesures transitoires contenues, notamment, dans les articles 285 et 288 du décret précité.

Pour examiner le moyen, c'est donc la constitutionnalité des articles 285 et 288 du décret précité du 11 avril 2014 qui doit, au préalable être tranchée.

Il résulte de l'article 26, § 1^{er}, 3^o, et § 2, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, qu'en règle, la juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours doit poser la question préjudicielle à la Cour constitutionnelle lorsque le requérant soutient qu'une loi, un décret ou une

règle visée à l'article 134 de la Constitution, applicable au litige, viole des articles du titre II de la Constitution, sauf les exceptions spécialement inscrites dans la loi. Aucune de ces exceptions ne s'appliquant en l'espèce, il convient de poser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle énoncée au dispositif du présent arrêt.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par Gaël FIORE est accueillie au fond.

Article 2.

Il est sursis à statuer.

Article 3.

La question suivante est posée à la Cour constitutionnelle :

- " Les articles 285 et 288 du décret du 11 avril 2014 réglementant les titres et fonctions dans l'enseignement fondamental et secondaire organisé et subventionné par la Communauté française violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'ils permettent aux membres du personnel temporaires prioritaires au sens de l'article 24 du décret du 6 juin 1994 fixant le statut des membres du personnel subsidiés de l'enseignement officiel subventionné disposant d'un titre requis ou d'un titre suffisant A à la veille de l'entrée en vigueur du présent décret de conserver la possibilité d'être nommés, engagés à titre définitif ainsi que désignés en qualité de temporaires prioritaires ou protégés dans les conditions statutaires prévalant avant l'entrée en vigueur du décret (1^{er} septembre 2016) et plus précisément, en ce qu'ils permettent donc que, pour les désignations en cours pour l'année 2016-2017, les enseignants de l'enseignement officiel subventionné titulaires d'un diplôme d'agrégé de l'enseignement secondaire supérieur (AESS) en section éducation physique et les enseignants de l'enseignement officiel subventionné titulaires d'un diplôme d'agrégé de l'enseignement secondaire inférieur (AESI) en section éducation physique, continuent à être mis sur le même pied pour l'attribution des cours généraux d'éducation physique dans le degré supérieur de l'enseignement secondaire ?"

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIII^e chambre,
le vingt-huit février deux mille dix-neuf, par :

Jacques VANHAEVERBEEK,	président de chambre,
Luc CAMBIER,	conseiller d'État,
Frédéric GOSSELIN,	conseiller d'État,
Florence VAN HOVE,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Florence VAN HOVE

Jacques VANHAEVERBEEK