

CONCLUSIONS

Mme Sophie-Justine LIEBER, rapporteur public

La Fédération Sud Education vous saisit d'une recours en excès de pouvoir contre la circulaire de la ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche, n° 2015-057 du 29 avril 2015, publiée au BO du lendemain, et relative aux missions et obligations réglementaires du service des enseignants des établissements publics d'enseignement du second degré. Elle attaque également le refus implicite qu'a opposé la ministre à la demande qu'elle lui a adressée d'annuler cette circulaire. L'objectif de cette circulaire est d'expliquer les conséquences du nouveau dispositif réglementaire en matière d'obligations de service des personnels enseignants – dispositif qui a été refondu, notamment, par le décret n° 2014-940 du 20 août 2014, relatif aux obligations de service et aux missions des personnels enseignants exerçant dans un établissement public d'enseignement du second degré, qui a rassemblé en un seul texte des dispositions qui figuraient auparavant dans plusieurs décrets distincts.

Cette circulaire vous est familière puisque vous en avez déjà annulé une partie, par votre décision du 23 mars 2016, L..., n° 391265, à nos conclusions. Cela n'a pour autant pas tari les récriminations contentieuses à son encontre. La fédération requérante vous demande ainsi l'annulation de plusieurs autres morceaux de ce texte : comme le montrent ses écritures, elle ne demande pas l'annulation de l'intégralité de cette circulaire mais de plusieurs de ses dispositions, qui créent divers points de crispation. Nous vous proposons, comme vous y invite le ministre en défense, de requalifier ses écritures comme tendant à l'annulation partielle de ce texte.

1. Le premier point de crispation réside dans le A du I, en tant qu'il prévoit, par des dispositions à caractère impératif, que les enseignants peuvent être tenus d'effectuer une heure supplémentaire par semaine au-delà de leur maximum de service hebdomadaire, même lorsqu'ils ont déjà dépassé d'une demi-heure ce service maximum, par le jeu des heures pondérées (certaines heures pèsent davantage que d'autres afin de tenir compte des difficultés particulières d'exercice qu'elles présentent). Or les dispositions critiquées sont précisément celles que vous avez déjà annulées par votre décision du 23 mars 2016, L..., n° 391265 précitée, et cette partie de la requête est donc devenue sans objet.

2. Le deuxième point de crispation porte sur le a) du C du I de la circulaire. Les dispositions en cause rappellent les conditions dans lesquelles les enseignants qui effectuent leur service dans plusieurs établissements peuvent bénéficier d'une réduction de service, pour tenir compte notamment des temps de trajets supplémentaires : les intéressés peuvent ainsi

bénéficier d'une réduction d'une heure de service lorsqu'ils doivent enseigner dans deux établissements situés dans deux communes différentes, ou bien lorsqu'ils doivent enseigner dans trois établissements différents, quel que soit le lieu d'implantation desdits établissements¹. Ces conditions ont été posées à l'article 4 du décret n° 2014-940 du 20 août 2014, qui formule les choses de la manière suivante : « *I. Les enseignants qui ne peuvent assurer la totalité de leur service hebdomadaire dans l'établissement dans lequel ils sont affectés peuvent être appelés, par le recteur d'académie, à le compléter dans un autre établissement (...). Les maxima de service des enseignants appelés à compléter leur service, soit dans un établissement situé dans une commune différente de celle de leur établissement d'affectation, soit dans deux autres établissements (...) sont réduits d'une heure* ».

La circulaire précise ensuite l'application de ce dispositif aux « TZR ». Les TZR sont, comme l'indique le site agreg-ink.net, dédié aux quelque 180 acronymes de l'Education nationale, les « *titulaires sur zone de remplacement* ». Le décret n° 99-823 du 17 septembre 1999, relatif à l'exercice des fonctions de remplacement dans les établissements d'enseignement du second degré, prévoit à son article 1^{er} qu'ils exercent deux types de missions : soit ils remplacent les agents momentanément absents, soit ils occupent les postes provisoirement vacants. L'article 3 précise que, s'agissant de leur résidence administrative, les intéressés sont rattachés à un établissement public local d'enseignement ou à un service pour leur gestion.

Ce qui a fait sursauter le syndicat requérant, c'est le sort différent fait aux TZR selon qu'ils accomplissent un remplacement à l'année dans un autre établissement, ou qu'ils effectuent des remplacements ponctuels. Les dispositions contestées de la circulaire prévoient en effet que la réduction du service hebdomadaire d'une heure « *bénéficie (...) aux TZR (...) dès lors qu'ils sont affectés à l'année et qu'ils exercent dans plusieurs établissements* ». Elle réserve le donc le bénéfice de cette réduction horaire aux seuls TZR effectuant des remplacements annuels.

Mais contrairement à ce qui est soutenu, cette disposition de la circulaire n'est pas en contradiction avec l'article 4 précité du décret du 20 août 2014 : ce n'est pas l'affectation administrative des intéressés qui est pertinente pour la mise en œuvre de ces dispositions, mais leur affectation effective dans les établissements où ils enseignent. En effet, les enseignants qui assurent le remplacement d'enseignants momentanément absents reçoivent, en cours d'année, plusieurs affectations successives, ayant un caractère discontinu, au cours d'une même année scolaire, tandis que les TZR qui occupent un poste provisoirement vacant sont affectés par le recteur d'académie pour un remplacement à l'année, leur arrêté d'affectation concernant la période du 1^{er} septembre au 31 août de l'année suivante. Or seuls les TZR affectés à l'année peuvent être regardés comme affectés dans un établissement au sens de l'article 4 du décret. Ajoutons, pour être complète, que seuls les enseignants TZR à « remplacements multiples » perçoivent, en contrepartie, précisément, des contraintes inhérentes au caractère discontinu des remplacements qu'ils effectuent, une « ISSR », indemnité de sujétions spéciales de remplacement, prévue par le décret précité du 9 novembre 1989.

Nous vous proposons donc d'écarter le moyen tiré de ce que la circulaire méconnaîtrait l'article 4 du décret du 20 août 2014, et par voie de conséquence, des moyens d'incompétence de la ministre à pouvoir édicter ce type de disposition qui seraient d'ordre statutaire, et de défaut, à ce titre, du comité technique ministériel.

¹ NB : sauf s'il s'agit d'établissements relevant de la même cité scolaire.

3. Les critiques suivantes se concentrent sur le point 2b du B du I de la circulaire, qui traite des « *modalités de décompte des heures d'enseignement dans les établissements les plus difficiles relevant de l'éducation prioritaire* ». La fédération requérante soutient que les dispositions en cause, en précisant, par un renvoi à la circulaire n° 2014-077 du 4 juin 2014, que les heures consacrées, par les enseignants d'éducation physique et sportive (EPS), à l'association sportive de leur établissement ne peuvent être considérées comme des « heures d'enseignement » ouvrant droit au mécanisme de pondération prévu par l'article 8 du décret du 20 août 2014, sont entachées d'erreur de droit au regard des articles 2 et 8 de ce décret.

Les dispositions critiquées, après avoir rappelé la pondération de 1,1 affectée à chaque heure d'enseignement dans les établissements relevant de l'éducation prioritaire, prévue, effectivement, par l'article 8 du décret du 20 août 2014, ajoutent en effet que « *les modalités de mise en œuvre de ce dispositif sont fixées par la circulaire n° 2014-077 du 4 juin 2014 consacrée à la refondation de l'éducation prioritaire* ».

La ministre invoque, en défense, une exception d'inopérance, sur le fondement de votre jurisprudence Sodemel (Section, 11 juillet 2011, Société d'équipement du département de Maine-et-Loire Sodemel et ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration, n°s 320735 320854, au rec. p. 346, concl. D. Hedary), faisant valoir que la circulaire du 4 juin 2014 ne constitue pas la base légale de la circulaire attaquée. Mais il nous paraît difficile de faire droit à cette exception d'illégalité, qui en réalité n'en n'est pas vraiment une : l'objet d'une circulaire interprétative est d'interpréter l'état du droit applicable, or la légalité de cette interprétation peut toujours être utilement contestée... Il nous semble qu'en outre, le renvoi vers une autre circulaire peut, en lui-même, faire grief, s'il est rédigé en termes impératifs (au sens de votre jurisprudence Duvignères – Section, 18 décembre 2002, n° 233618, au rec. p. 463) – ce qui est bien le cas ici.

Pour autant, nous ne sommes pas convaincues du bien-fondé des critiques formulées par la requérante. Selon la Fédération Sud enseignement, la circulaire du 4 juin 2014 à laquelle il est renvoyé, [pour fixer les modalités de pondération des heures des enseignants d'EPS dans les établissements relevant de l'éducation prioritaire,] ne pouvait prévoir que le dispositif de pondération en cause « *compte tenu de son objet, ne s'applique qu'aux seules heures d'enseignement* » et que « *Ne sont donc pas concernées les heures consacrées à l'association sportive de l'établissement comprises dans le service des enseignants d'EPS* ».

Cette disposition serait contraire aux prescriptions respectives des articles 2 et 8 du décret du 20 août 2014 selon lesquelles, d'une part, le service des professeurs d'EPS est de 20 heures et d'autre part, toutes les heures d'enseignement dans les établissements concernés sont affectées d'une pondération de 1,1. Le décret, postérieur à la circulaire, aurait en tout état de cause nécessairement abrogé les dispositions contraires de cette circulaire.

La ministre invoque un autre décret n° 2014-460 du 7 mai 2014, relatif à la participation des enseignants volontaires d'EPS aux activités sportives scolaires volontaires des élèves, qui prévoit à son article 2 que le service hebdomadaire de ces enseignants comprend « *trois heures consacrées aux activités physiques volontaires des élèves, notamment dans le cadre de l'association sportive de l'établissement* ». Mais l'article 4 du même décret précise qu'« *à la demande des intéressés, et sous réserve de l'intérêt du service, les trois heures de service hebdomadaire mentionnées à l'article 2 sont remplacées par des heures d'enseignement* ». Elle en déduit que si ces trois heures sont bien incluses dans le décompte des maxima de

service hebdomadaire des enseignants, elles n'en sont pas pour autant des « heures d'enseignement » pouvant entrer dans le champ de l'article 8 du décret du 20 août 2014. Ce raisonnement nous semble imparable, même s'il peut sembler bien peu opportun de décourager l'investissement des enseignants dans l'animation d'activités qui s'adressent, de façon différente, aux élèves de l'établissement et mobilisent un travail en équipe pédagogique avec d'autres enseignants d'EPS.

Cela vous conduira, si vous l'adoptez, à rejeter également ce moyen – et, comme précédemment, par voie de conséquence, ses autres branches tirées de l'incompétence et du défaut de consultation du comité technique ministériel.

4. Reste le quatrième point de crispation, qui nous paraît être le plus délicat. Il porte sur les dispositions du II de la circulaire, en tant qu'elles modifient le champ d'application de l'ISOE – l'indemnité de suivi et d'orientation des élèves.

Les dispositions contestées de la circulaire prévoient que « *Relèvent (...) pleinement du service des personnels enseignants (...) sans faire l'objet d'une rémunération spécifique supplémentaire autre que l'indemnité de suivi et d'orientation des élèves (...), les travaux de préparation et de recherches nécessaires à la réalisation des heures d'enseignement, l'aide et le suivi du travail personnel des élèves, leur évaluation, le conseil aux élèves dans le choix de leur projet d'orientation (...)* / *Entrent notamment dans ce cadre : la participation aux réunions d'équipes pédagogiques (...); les échanges avec les familles et notamment les réunions parents – professeurs ; les heures de vie de classe, dont le contenu est défini au I du B du I.* »

La Fédération Sud Education se plaint de ce que ces dispositions ont étendu le champ de l'ISOE – en précisant qu'elle était exclusive de toute rémunération spécifique supplémentaire – aux heures de vie de classe, qui, en pratique, et en l'absence de toute disposition claire sur le sujet, étaient jusqu'alors rémunérées en heures supplémentaires, plus avantageuses, dès lors qu'elles étaient effectuées au-delà des heures comprises dans le service hebdomadaire. Ce sujet est sensible, comme en témoignent plusieurs réponses ministérielles à des questions écrites ou orales de parlementaires – réponses qui ne sont pas très éclairantes puisqu'en 2010, Luc Chatel avait indiqué que ces heures « *relèvent des obligations de service (...) et donnent lieu à une rémunération en heures supplémentaires effectives (HSE) dès lors qu'elles sont assurées en dépassement [du] temps de service obligatoire* » (Réponse à une question écrite du sénateur Yves Daudigny, JO Sénat 11 février 2010, p. 322), tandis qu'en 2013, Vincent Peillon avait indiqué que ces heures « *comme cela a toujours été le cas relèvent des obligations de service des personnels concernés et ne donnent donc lieu à aucune rémunération supplémentaire* », tout en ajoutant que « *l'attribution de la part modulable de l'ISOE peut reconnaître le travail particulier et l'investissement des professeurs principaux* » (réponse publiée au JO Sénat du 27 mars 2013, p. 2387).

Quoi qu'il en soit, les heures de vie de classe sont bien considérées comme relevant des obligations de service des enseignants, quel que soit leur mode de rémunération. Surtout, l'argumentation de la fédération Sud éducation nous semble à la limite de l'inopérance, puisqu'en réalité c'est moins le champ d'attribution de l'ISOE qui pose difficulté, que les conséquences qu'en tire la requérante en tire, selon lesquelles les fonctions rémunérées par cette prime ne pourront plus l'être, par ailleurs, par les heures supplémentaires. Or le fait générateur du paiement en heures supplémentaires nous paraît tenir à ce que les heures de vie de classe sont, éventuellement, effectuées au-delà du service horaire du professeur qui en est

chargé, alors que le déclenchement de l'ISOE est lié à la nature des missions prises en charge, sur une année scolaire, par l'intéressé. Autrement dit, que les heures de vie de classe entrent dans le champ ou non de l'ISOE nous paraît sans incidence sur la rémunération, en heures supplémentaires ou non, de ces heures.

En tout état de cause, deux éléments conduisent à rejeter les moyens à l'encontre des dispositions de la circulaire portant sur l'ISOE.

Tout d'abord, s'il est soutenu que les « *fonctions enseignantes* » mentionnées dans le décret n° 93-55 du 15 janvier 1993, qui institue l'ISOE - et prévoit qu'elle est liée « à l'exercice effectif des fonctions enseignantes y ouvrant droit » - ne pouvaient être assimilées dans la circulaire aux « *missions liées au service d'enseignement dont elles sont le prolongement* », l'évolution récente des textes plaide en sens contraire : le décret du 20 août 2014 que la circulaire commente a précisément pour objectif, comme le précise sa notice, de reconnaître « l'ensemble des missions inhérentes au métier enseignant dans le second degré ». Son article 2 distingue ainsi, dans un I, le « *service d'enseignement* », et dans un II « *les missions liées au service d'enseignement, qui comprennent les travaux de préparation et les recherches personnelles nécessaires à la réalisation des heures d'enseignement, l'aide et le suivi du travail personnel des élèves, leur évaluation, le conseil aux élèves dans le choix de leur projet d'orientation (...), les relations avec les parents d'élèves, [ou encore] le travail au sein d'équipes pédagogiques (...)* ». Cette reconnaissance de l'ensemble des missions liées à la mission d'enseignement reprend la nouvelle définition du métier d'enseignant dans le secondaire qui figure à l'article L. 912-1 du code de l'éducation, dans sa version issue de la loi n° 2013-595 du 8 juillet 2013 d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République.

Par conséquent, la circulaire en reprenant la notion de « missions liées au service d'enseignement », alors même qu'aucun texte n'avait précisément défini la portée des « fonctions d'enseignement » au sens du décret n° 93-55 du 15 janvier 1993 instituant l'ISOE, ne nous paraît pas avoir méconnu ni les dispositions de ce décret de 1993, ni, a fortiori, celles du décret de 2014.

Ensuite, (si vous aviez encore un regret), l'ISOE n'est, en tout état de cause, pas une indemnité statutaire – ce qui ressort d'une part de l'article 1^{er} du décret du 15 janvier 1993, prévoyant que cette indemnité n'est pas soumise à retenue pour pension, et d'autre part des articles 2 et 3 disposant le versement de cette prime, qu'il s'agisse de la part fixe ou de la part modulable, est subordonné à l'exercice effectif des fonctions d'enseignement des professeurs du second degré. Or vous avez déjà jugé qu'en l'absence de dispositions législatives et réglementaires, un ministre est compétent, au titre de son pouvoir réglementaire « *Jamart* », pour fixer les règles relatives au versement des prestations non statutaires aux agents placés sous son autorité (voyez, en matière de prestations d'action sociale à caractère facultatif et non statutaire : 6 décembre 2002, *M...* n° 222816 aux Tables p. 584 ; ou encore, en matière d'indemnité de départ volontaire, également à caractère non statutaire : 21 septembre 2015, *U...*, 382119, au recueil). Le ministre pouvait donc prendre compétemment, par circulaire, des dispositions fixant les règles relatives au versement de l'ISOE.

Le moyen d'incompétence, tout comme celui d'erreur de droit et d'absence de consultation du comité technique paritaires doivent donc également être écartés, ce qui vous conduira à rejeter la requête. Tel est le sens de nos conclusions.