

Projet de loi

portant dérogation à la loi du 6 février 2009 concernant le personnel de l'enseignement fondamental

Avis du Conseil d'État

(26 mai 2020)

Par dépêche du 11 mai 2020, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de l'Éducation nationale, de l'Enfance et de la Jeunesse.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs, une motivation de l'urgence, un commentaire des articles, une fiche financière ainsi qu'une fiche d'évaluation d'impact.

La lettre de saisine indiquait encore qu'un traitement dans les meilleurs délais était demandé, étant donné que les dispositions visées dans le projet de loi font partie des mesures prises par le Gouvernement dans le cadre de la lutte contre les effets de la pandémie de Covid-19.

L'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics n'a pas encore été communiqué au Conseil d'État au moment de l'adoption du présent avis.

Considérations générales

Le projet de loi sous revue prévoit des mesures d'organisation destinées à encadrer la reprise des cours de l'enseignement fondamental à partir du 25 mai 2020. Le dispositif en question fait partie d'un ensemble de mesures qui ont été prises par le Gouvernement pour organiser la sortie du confinement mis en place pour enrayer la propagation du Covid-19.

Il ressort de l'exposé des motifs que : « À l'enseignement fondamental, les cours reprendront selon un système en alternance qui permettra d'assurer la continuité de l'enseignement et de l'apprentissage tout en réduisant de 50% les effectifs d'élèves simultanément présents dans les bâtiments scolaires. Les enseignants dispenseront le même cours pendant deux semaines de suite, tandis que les élèves bénéficieront d'une semaine de cours à l'école suivie d'une semaine de travaux de répétition à domicile ou dans une structure d'accueil. »

Ce mode de fonctionnement créera, toujours selon l'exposé des motifs du projet de loi, des besoins en personnel enseignant supplémentaire conséquents. D'après la fiche financière jointe au projet de loi, le ministère concerné envisage ainsi la création de neuf cents postes temporaires de chargés de cours pour un coût estimé à 6,8 millions d'euros. Les engagements en question seraient également destinés à couvrir l'éventualité du

remplacement d'une partie des instituteurs ou autres intervenants déjà engagés, considérés comme vulnérables. En l'absence d'explications plus détaillées fournies par les auteurs du projet de loi concernant l'organisation et le fonctionnement du dispositif, le Conseil d'État ne saurait évidemment évaluer la complétude, sur ce point, du dossier qui lui est soumis. Il s'abstient dès lors de tout commentaire supplémentaire.

Plus précisément, le projet de loi vise à permettre à l'État de procéder, en vue du renforcement temporaire du corps enseignant existant et du remplacement temporaire d'enseignants, et à la condition qu'il n'y ait pas de membres de la réserve de suppléants disponibles, au recrutement de chargés de cours qui ne disposent pas de l'attestation habilitant à faire des remplacements dans l'enseignement fondamental délivrée par le ministre ayant l'Éducation nationale dans ses attributions. Les auteurs du projet de loi entendent ainsi déroger à l'article 27 de loi modifiée du 6 février 2009 concernant le personnel de l'enseignement fondamental qui prévoit la possibilité du recrutement d'agents détenteurs de l'habilitation précitée au cas où les effectifs intégrés à la réserve de suppléants s'avèrent insuffisants pour couvrir les besoins en personnel.

Le Conseil d'État relève que la mesure dérogatoire prévue par le projet de loi sous avis figure actuellement, dans des termes identiques, dans le règlement grand-ducal du 11 mai 2020 portant dérogation à la loi du 6 février 2009 concernant le personnel de l'enseignement fondamental¹, règlement grand-ducal qui a été pris sur la base des dispositions de l'article 32, paragraphe 4, de la Constitution, et en vertu des pouvoirs exceptionnels que cette disposition confère au Grand-Duc en cas d'état de crise. L'article 1^{er} du règlement grand-ducal précité du 11 mai 2020 limite la mesure dérogatoire à la durée de l'état de crise telle que celle-ci a été fixée par la loi du 24 mars 2020 portant prorogation de l'état de crise déclaré par le règlement grand-ducal du 18 mars 2020 portant introduction d'une série de mesures dans le cadre de la lutte contre le Covid-19.

Le législateur est désormais appelé à prendre le relais pour, selon l'exposé des motifs, « assurer la continuité des mesures temporaires décidées », vu que le règlement grand-ducal précité du 11 mai 2020 cessera ses effets au plus tard à la fin de l'état de crise. Le dispositif législatif sera, ici encore, limité dans le temps et expirera le 14 septembre 2020, date de la rentrée pour l'année scolaire 2020/2021.

Dans cette perspective, le Conseil d'État rappelle que l'adoption, pendant la période de l'état de crise, d'une loi dans une matière et sur les points visés par un règlement grand-ducal fondé sur l'article 32, paragraphe 4, de la Constitution prive, à partir de l'entrée en vigueur de cette loi, les dispositions réglementaires de leur fondement constitutionnel. Afin de clarifier que les dispositions du règlement grand-ducal précité du 11 mai 2020 figurent dorénavant dans la loi en projet et ne relèvent plus du règlement grand-ducal précité, le Conseil d'État demande que, concomitamment avec l'entrée en vigueur de la loi en projet, le règlement grand-ducal précité du 11 mai 2020 soit formellement abrogé².

Le Conseil d'État en est par ailleurs à se demander pourquoi les auteurs du projet de loi ont choisi de fixer la sortie de vigueur du dispositif sous avis

¹ Mém. A - n° 383 du 11 mai 2020.

² Avis du Conseil d'État n° 60.186 du 5 mai 2020 relatif au projet de loi portant prorogation des mesures concernant la tenue de réunions dans les sociétés et dans les autres personnes morales (doc. parl. n° 7566³).

au 14 septembre 2020. D'après l'exposé des motifs, il s'agirait en l'occurrence de la fin de l'année scolaire en cours. Or, l'article 1^{er} du règlement grand-ducal modifié du 31 juillet 1980 fixant le régime des vacances et congés scolaires précise que « [l]'année scolaire commence le 15 septembre et finit le 15 juillet ». Qui plus est, un règlement grand-ducal du 15 avril 2020 modifiant le règlement grand-ducal précité du 31 juillet 1980 a divisé l'année scolaire 2019/2020 en deux semestres dont le deuxième débute après les vacances de Noël et finit le 15 juillet 2020. Le Conseil d'État admet que les instances compétentes ne disposent pas, à ce jour, d'une visibilité suffisante pour cerner avec précision le moment de la fin de la pandémie de Covid-19 permettant le retour à un fonctionnement normal de l'enseignement. Faire dès lors coïncider la fin du dispositif d'exception avec la fin de l'année scolaire serait, dans cette perspective, une approche logique en attendant le développement de la crise. Ceci dit, et pour rester cohérent avec la réglementation en place qui, comme le Conseil d'État vient de le rappeler, a encore récemment été adaptée à la situation créée par la pandémie, le choix des auteurs du projet de loi aurait dû se porter sur le 15 juillet 2020 comme date d'expiration du dispositif d'exception. Le dossier tel qu'il a été soumis au Conseil d'État ne contient en tout cas aucun élément permettant de conclure à la nécessité de maintenir le dispositif, qui engendrera un coût budgétaire conséquent, pendant les vacances scolaires.

Examen des articles

Article 1^{er}

L'article 1^{er} de la loi en projet permettra de déroger à l'article 27 de la loi précitée du 6 février 2009. Cette dernière disposition autorise le recours, en vue de la couverture des besoins en personnel résultant de vacances de poste et lorsque la réserve de suppléants n'est pas en mesure d'y pourvoir, à des agents détenteurs de l'attestation habilitant à faire des remplacements dans l'enseignement fondamental. Le règlement grand-ducal précité du 11 mai 2020, pour la durée de l'état de crise, et la future loi, pour la durée de l'intervalle de temps qu'elle définit, autorisent le recours à des agents qui ne sont pas détenteurs de l'habilitation précitée. Tel est l'objet de l'alinéa 1^{er} de la disposition sous revue, tandis que l'alinéa 2 prévoit que « les modalités de calcul et l'allocation de l'indemnité sont fixées par règlement grand-ducal ».

D'après la lecture que le Conseil d'État fait de cette disposition, elle ne saurait être comprise comme étant dictée par la nécessité qu'il y a aurait d'« assurer la continuité des mesures temporaires décidées »³, mais devra tout simplement permettre le recrutement d'agents moins qualifiés entre la date d'entrée en vigueur de la future loi et le 14 septembre 2020. Par contre, elle n'est pas nécessaire pour préserver les effets des contrats de travail qui auront été conclus pendant l'état de crise.

En effet, et s'il est vrai, qu'en l'occurrence, à la fin de l'état de crise ou même antérieurement en fonction de la date de l'entrée en vigueur de la future loi, le règlement grand-ducal sur la base duquel les agents concernés auront été recrutés pendant l'état de crise et qui a été pris en vertu de l'article 32, paragraphe 4, de la Constitution, cessera ses effets, et qu'on assistera, en l'absence d'une intervention du législateur à un retour à la loi applicable avant

³ Extrait de l'exposé des motifs.

l'état de crise, il est tout aussi vrai que cette loi, qui est en quelque sorte une loi nouvelle, ne rétroagira pas sur les situations juridiques qui ont été créées et se sont constituées régulièrement pendant l'état de crise. Autrement dit, les contrats qui ont été conclus avec les agents concernés pendant la durée de l'état de crise ne seront pas, en raison du nécessaire respect du principe de la sécurité juridique en matière contractuelle, touchés par le rétablissement des anciennes prescriptions et continueront à être régis par les textes en vigueur au moment de leur conclusion⁴.

Le principe même du recrutement de chargés de cours ne disposant pas de l'habilitation à faire des remplacements dans l'enseignement fondamental, sans aucun autre préalable, n'est évidemment pas sans soulever des questions concernant la qualification et l'état de préparation à leurs fonctions des agents visés. Leur rôle sera-t-il cantonné à l'accompagnement et à l'encadrement des élèves en appui au corps enseignant ou comportera-t-il également une tâche d'enseignement ? Le texte proposé ne donne pas d'indication univoque sur ce point, la fiche financière comportant par ailleurs une référence au recrutement de « personnel encadrant ». S'agissant en définitive d'une question d'opportunité, le Conseil d'État ne formule pas d'autres observations.

Le dispositif proposé par les auteurs du projet de loi à l'endroit de l'alinéa 1^{er} gagnerait ensuite à être formulé de façon à faire clairement ressortir la dérogation à la condition pour le chargé de cours qui sera recruté sur la base de cette disposition d'être détenteur d'une attestation habilitant à faire des remplacements dans l'enseignement fondamental. Par ailleurs, il serait indiqué de préciser que le terme des contrats conclus avec les chargés de cours en question ne pourra pas dépasser la date à laquelle le régime d'exception expirera, à savoir le 14 septembre 2020 selon les auteurs du projet de loi ou le 15 juillet 2020, si le Conseil d'État est suivi dans ses considérations générales concernant ce point du dispositif. Par voie de conséquence, le Conseil d'État propose de libeller l'alinéa 1^{er} de la façon suivante :

« Art. 1^{er}. Par dérogation à l'article 27 de la loi modifiée du 6 février 2009 concernant le personnel de l'enseignement fondamental, et jusqu'au [...], l'État peut, à défaut de disponibilité de membres de la réserve de suppléants, procéder au remplacement temporaire d'un enseignant et au renforcement temporaire du corps enseignant existant par un chargé de cours qui n'est pas détenteur de l'attestation habilitant à faire des remplacements dans l'enseignement fondamental délivrée par le ministre. Le terme des contrats conclus avec les chargés de cours recrutés en vertu de la présente disposition ne peut dépasser le [...]. »

À la limite, la disposition, qui crée une voie additionnelle de recrutement d'agents temporaires organisée dans la perspective de la couverture de besoins en personnel supplémentaires, pourrait être érigée en disposition autonome. Dans ce cas, il y aurait lieu d'omettre la référence à la dérogation à l'article 27 de la loi précitée du 6 février 2009.

L'alinéa 2 prévoit que « [l]es modalités de calcul et d'allocation de l'indemnité sont fixées par règlement grand-ducal ». Le Conseil d'État note qu'il s'agit d'une disposition qui figure, avec certaines variations sur la formulation, à divers endroits de la loi précitée du 6 février 2009 depuis la

⁴ Avis du Conseil d'État n° 60.174 du 28 avril 2020 relatif au projet de loi portant dérogations à certaines dispositions légales applicables aux fonctionnaires et employés de l'État et aux fonctionnaires et employés communaux en relation avec l'état de crise sanitaire liée au Covid-19 (doc. parl. n° 7557¹).

date de son entrée en vigueur, et notamment à l'article 27 auquel il est proposé de déroger. En l'occurrence, les auteurs du projet de loi ont, dans le sillage des auteurs du règlement grand-ducal précité du 11 mai 2020, repris une partie du libellé de l'alinéa 3 de l'article 27.

Le Conseil d'État relève tout d'abord que les modalités de calcul et d'allocation de l'indemnité visées à l'article 27 de la loi précitée du 6 février 2009 ont été fixées par le règlement grand-ducal du 17 décembre 2010 portant nouvelle fixation 1) de l'indemnité de remplacement due aux détenteurs de l'attestation habilitant à faire des remplacements engagés sur base des dispositions de l'article 27 de la loi modifiée du 6 février 2009 concernant le personnel de l'enseignement fondamental ; 2) de l'indemnité due pour leçons supplémentaires assurées par les chargés de cours de la réserve de suppléants de l'enseignement fondamental respectivement par les détenteurs de l'attestation habilitant à faire des remplacements engagés sur base de l'article 27 de la loi modifiée du 6 février 2009 concernant le personnel de l'enseignement fondamental⁵. Le Conseil d'État constate que ce règlement n'a pas fait l'objet d'un avis de sa part, vu qu'il a été adopté selon la procédure d'urgence. Il ne se limite ensuite pas aux modalités de calcul et d'allocation de l'indemnité, mais en fixe le montant. Le règlement en question n'a pas été modifié jusqu'à récemment. Parallèlement au règlement grand-ducal précité du 11 mai 2020, un règlement grand-ducal portant la date du même jour⁶ a en effet été adopté, ici encore selon la procédure d'urgence, en vue de déroger au règlement grand-ducal du 17 décembre 2010. L'objectif poursuivi en l'occurrence par les auteurs de ce texte a manifestement été d'accommoder la situation des nouveaux chargés de cours ne disposant pas d'une habilitation à faire des remplacements dans l'enseignement fondamental. En fait, et si le Conseil d'État lit correctement le texte en question, les nouveaux chargés de cours seront tout simplement assimilés, en termes de rémunération, aux chargés de cours disposant de l'habilitation de faire des remplacements dans l'enseignement fondamental. Le Conseil d'État n'entend pas commenter autrement la façon de procéder des auteurs du dispositif sur ce point.

Ceci dit, au vu de l'évolution de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et de la Cour administrative, le libellé de l'alinéa 2 pose désormais problème sur un autre point, et plus précisément par rapport à l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution qui règle l'intervention du Grand-Duc dans les matières réservées à la loi. L'article 23 de la Constitution charge en effet le législateur de déterminer les moyens de subvenir à l'instruction publique et de régler « tout ce qui est relatif à l'enseignement ». L'organisation de l'enseignement se trouve ainsi érigée en matière réservée à la loi. Dans cette perspective, le Conseil d'État se doit de renvoyer à l'arrêt n° 00141 du 7 décembre 2018 de la Cour constitutionnelle⁷, tel qu'interprété par la Cour administrative dans son arrêt n° 40638CA du 12 février 2019⁸, dans lequel la Cour constitutionnelle a retenu une interprétation large de la notion d'enseignement visée à l'article 23 de la Constitution. En partant de

⁵ Mém. A – n° 240 du 24 décembre 2010.

⁶ Règlement grand-ducal du 11 mai 2020 portant dérogation au règlement grand-ducal du 17 décembre 2010 portant nouvelle fixation 1) de l'indemnité de remplacement due aux détenteurs de l'attestation habilitant à faire des remplacements engagés sur base des dispositions de l'article 27 de la loi modifiée du 6 février 2009 concernant le personnel de l'enseignement fondamental ; 2) de l'indemnité due pour leçons supplémentaires assurées par les chargés de cours de la réserve de suppléants de l'enseignement fondamental respectivement par les détenteurs de l'attestation habilitant à faire des remplacements engagés sur base de l'article 27 de la loi modifiée du 6 février 2009 concernant le personnel de l'enseignement fondamental (Mém. A – n° 382 du 11 mai 2020).

⁷ Mém. A - n° 1127 du 13 décembre 2018.

⁸ Mém. A - n° 118 du 7 mars 2019.

cette interprétation par la Cour constitutionnelle de l'article 23 de la Constitution, le Conseil d'État a considéré que l'organisation du concours réglant l'admission au stage préparant à la fonction d'instituteur de l'enseignement fondamental⁹ et l'examen-concours de recrutement du personnel enseignant de l'enseignement secondaire et des Centres de compétences en psycho-pédagogie spécialisée¹⁰ relevaient de l'organisation de l'enseignement et constituaient dès lors des matières réservées à la loi. Il estime qu'il en est de même des rémunérations qui sont versées aux agents qui interviennent dans l'enseignement. Or, dans une matière réservée à la loi, le pouvoir réglementaire grand-ducal est soumis, aux termes de l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution, à l'existence d'une disposition légale particulière qui fixe l'objectif des mesures d'exécution et, le cas échéant, les conditions auxquelles elle est soumise. Le texte de l'alinéa 2, tel qu'il se présente en l'occurrence, ne répond pas à ces exigences, de sorte que le Conseil d'État doit s'y opposer formellement.

Article 2

L'article sous revue a pour objet de fixer les dates de l'entrée en vigueur et de la sortie de vigueur de la loi en projet, cette dernière étant fixée au 14 septembre 2020. Le Conseil d'État renvoie à ses considérations générales concernant la date de sortie de vigueur de la loi en projet. Par ailleurs, et si le Conseil d'État était suivi dans sa proposition de rédaction de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, la fixation d'une date pour la sortie de vigueur deviendrait, en l'occurrence, superflue.

La disposition sous revue ne donne pas lieu à d'autres observations de la part du Conseil d'État.

Article 3

L'article sous avis est à supprimer, car les lois, contrairement aux règlements grand-ducaux, ne contiennent pas de formule exécutoire du fait qu'elles font l'objet d'une promulgation par le Grand-Duc.

Observations d'ordre légistique

Intitulé

Il y a lieu d'insérer le terme « modifiée » entre la nature et la date de la loi du 6 février 2009 concernant le personnel de l'enseignement fondamental, étant donné que celle-ci a déjà fait l'objet de modifications depuis son entrée en vigueur. Cette observation vaut également pour l'article 1^{er}.

Préambule

Aux projets de loi le préambule est à omettre. Contrairement aux projets de règlement ou d'arrêté, qui doivent obligatoirement être munis d'un

⁹ Avis du Conseil d'État n° 60.125 du 24 mars 2020 relatif au projet de règlement grand-ducal modifiant le règlement grand-ducal modifié du 18 décembre 2015 déterminant les modalités du concours réglant l'admission au stage préparant à la fonction d'instituteur de l'enseignement fondamental.

¹⁰ Avis complémentaire du Conseil d'État n° 53.090 du 12 juillet 2019 relatif au projet de règlement grand-ducal déterminant les modalités de l'examen-concours de recrutement du personnel enseignant de l'enseignement secondaire et des Centres de compétences en psycho-pédagogie spécialisée.

préambule, il y a lieu d'en faire abstraction dans les projets de loi. Le préambule est seulement ajouté au même moment que la suscription et la formule de promulgation.

Article 2

Il convient de remplacer les termes « en date du » par le terme « le ».

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 21 votants, le 26 mai 2020.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

La Présidente,

s. Agny Durdu