

N° 6799⁷**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2014-2015

PROJET DE LOI

modifiant

- 1) la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police;
- 2) la loi modifiée du 9 décembre 2005 déterminant les conditions et modalités de nomination de certains fonctionnaires occupant des fonctions dirigeantes dans les administrations et services de l'Etat

* * *

**RAPPORT DE LA COMMISSION DE LA FONCTION PUBLIQUE
ET DE LA REFORME ADMINISTRATIVE**

(10.7.2015)

La Commission se compose de: M. Yves CRUCHTEN, Président-rapporteur; M. Claude ADAM, Mmes Diane ADEHM, Sylvie ANDRICH, MM. Georges ENGEL, Lex DELLES, Gusty GRAAS, Claude HAAGEN, Max HAHN, Paul-Henri MEYERS, Mme Octavie MODERT, MM. Gilles ROTH, et David WAGNER, Membres.

*

I. PROCEDURE LEGISLATIVE

Le projet de loi 6799 a été déposé à la Chambre des Députés le 27 mars 2015 par le Ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative. Il était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

Le Conseil d'Etat a rendu un avis le 2 juin 2015.

Lors de sa réunion du 10 juin 2015, la Commission a entendu la présentation du projet de loi par le Ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative. Au cours de cette même réunion, M. Yves Cruchten a été désigné rapporteur du projet de loi. La Commission a encore procédé à l'examen de l'avis du Conseil d'Etat.

Au cours de sa réunion du 17 juin 2015, la Commission a adopté un amendement parlementaire.

Le 25 juin 2015, le Président de la Chambre des Députés a été saisi d'un amendement gouvernemental.

Le Conseil d'Etat a émis son avis complémentaire le 30 juin 2015.

La Commission a examiné l'avis complémentaire du Conseil d'Etat lors de la réunion du 3 juillet 2015 et a adopté un amendement supplémentaire.

Le Conseil d'Etat a émis son deuxième avis complémentaire le 10 juillet 2015.

La Commission a adopté le présent projet de rapport dans sa réunion du 10 juillet 2015.

*

II. CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de loi 6799 a pour objet de régler la situation des magistrats nommés à une fonction dirigeante et plus particulièrement leur garantie de réintégration dans la magistrature. Par ailleurs, le projet de loi précise que les magistrats sont éligibles pour accéder à la fonction d'inspecteur général de la Police.

Lors de l'introduction du principe novateur du septennat moyennant la limitation de la durée de nomination de certains fonctionnaires dirigeants à sept ans, le législateur a réglé les conséquences d'un non-renouvellement des nominations des agents concernés, moyennant la mise en place d'une garantie générale de réintégration dans l'administration. Cette garantie, entrevue comme corollaire de l'absence de droit au renouvellement, étant toutefois envisagée exclusivement vers la fonction la plus élevée de la carrière supérieure de l'administration, elle s'est avérée peu appropriée pour attirer des candidats issus des carrières de la magistrature vers ces fonctions.

Compte tenu des attributs spécifiques du statut de magistrat, dont notamment l'indépendance et l'inamovibilité, le risque professionnel encouru par l'acceptation d'une nomination temporaire de sept ans est en effet particulièrement accentué. En l'état actuel de la législation, le magistrat concerné serait contraint d'abandonner de manière définitive son statut de magistrat, soit directement au moment de la nomination, soit au plus tard à l'expiration d'un éventuel congé sans traitement pour raisons professionnelles, actuellement limité à quatre années. En effet, contrairement au détachement, qui est la position du magistrat temporairement placé hors de son corps d'origine tout en continuant à y bénéficier de ses droits à l'avancement et à la retraite, une nouvelle nomination à une fonction dirigeante emporte implicitement, mais nécessairement la cessation du statut de magistrat.

Face à l'intérêt que peut présenter un profil professionnel issu directement de la magistrature luxembourgeoise pour l'exercice de certaines fonctions dirigeantes, il est proposé d'instaurer un mécanisme de réintégration mieux adapté à cette situation.

A l'instar du régime général de réintégration en place, il est proposé que l'agent ayant relevé au départ d'une des carrières de la magistrature bénéficie, à l'issue de l'exercice d'une fonction dirigeante, d'une garantie de réintégration dans la magistrature, ainsi que d'une prise en compte intégrale du temps passé au service de l'Etat dans la fonction dirigeante, suivant un mécanisme similaire à celui d'un magistrat simplement détaché auprès de l'administration ou d'une organisation internationale. Moyennant cette garantie de réintégration, l'agent concerné aura l'assurance d'un retour dans une fonction étatique qui corresponde aussi bien à sa qualification d'origine qu'à son ancienneté de service effective auprès de l'Etat.

Cette adaptation a pour objectif de faciliter une mobilité accrue et ciblée entre les fonctions de la magistrature et les fonctions dirigeantes dans les administrations et services de l'Etat, sans pour autant compromettre les principes de l'inamovibilité et de l'indépendance des magistrats.

Actuellement, les possibilités de mobilité légales sont en effet peu flexibles en ce que seul le détachement temporaire d'un magistrat vers l'administration est envisagé. Si ce mécanisme permet certes le maintien du statut de magistrat et n'interrompt pas le cours du temps de service par rapport à cette fonction, il exclut toutefois toute nomination à une autre fonction que celle de magistrat pendant le temps du détachement.

Quant à la possibilité de solliciter un congé sans traitement pour raisons professionnelles pour accéder temporairement à une autre fonction, elle présente non seulement le désavantage d'une interruption du cours de l'ancienneté de service en tant que magistrat, mais encore est-elle limitée à un maximum de quatre années, de sorte à ne pas présenter une alternative valable pour accepter une nomination temporaire de sept ans.

La modification proposée de l'article 73 de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police poursuit un même objectif de mobilité, en ce qu'elle précise explicitement que les magistrats sont éligibles pour accéder à la fonction d'inspecteur général de la Police. Le texte actuel prévoit que sont éligibles à cette fonction, outre les membres du cadre supérieur de la Police et de l'Inspection générale de la Police, les fonctionnaires de la carrière supérieure de l'administration.

En considérant les missions confiées à l'Inspection générale de la Police, ainsi que le fait que le ministre ayant la Justice dans ses attributions est en vertu de la loi associé à la nomination de l'inspecteur général de la Police, on peut légitimement penser qu'il n'était pas dans l'intention du législateur de 1999 d'exclure les magistrats de l'accès à cette fonction.

Toutefois, dans la mesure où la notion de „fonctionnaires de la carrière supérieure de l’administration“ n’est pas autrement définie, et afin d’éviter toute divergence d’interprétation, il est proposé de viser formellement les magistrats dans le texte.

*

La Commission de la Fonction publique et de la Réforme administrative a introduit un amendement parlementaire en date du 17 juin 2015 ayant pour objet de préciser que le magistrat qui réintègre la magistrature ne peut obtenir une nomination qui dépasse le grade M5. En date du 24 juin 2015, le Gouvernement a introduit un amendement qui vise à modifier le libellé de l’amendement parlementaire. Au lieu de limiter le droit à réintégration au maximum au grade M5, le Gouvernement propose d’énumérer précisément les fonctions auxquelles le magistrat ne pourra pas automatiquement prétendre. Suite aux critiques du Conseil d’Etat, la Commission a adopté un amendement supplémentaire qui abandonne le principe d’un droit à la nomination à une certaine fonction au bénéfice d’une simple possibilité d’obtenir une nomination à des fonctions relevant de grades plus élevés.

*

III. AVIS DU CONSEIL D’ETAT

– Avis du 2 juin 2015

Dans son avis du 2 juin 2015, le Conseil d’Etat ne méconnaît pas la pertinence des arguments plaçant en faveur de la décision de placer l’Inspection générale de la Police sous l’autorité d’un fonctionnaire issu de la magistrature. Or, dans son avis (doc. parl. n° 6379¹) du 26 juin 2012 relatif au projet de loi ayant pour objet la discipline dans l’Armée, la Police grand-ducale et l’Inspection générale de la Police, qui a par la suite été retiré du rôle de la Chambre des Députés (doc. parl. n° 6379²), il avait mis en exergue les problèmes d’indépendance et d’impartialité du personnel de l’Inspection générale de la Police, lequel, recruté au sein de la Police grand-ducale, peut opter, après plusieurs années de service au sein de l’Inspection générale de la Police, pour un retour dans son administration d’origine en vue d’y poursuivre sa carrière.

Même si dans le contexte sous examen la question diffère foncièrement du problème évoqué dans l’avis précité du 26 juin 2012, il y aura néanmoins intérêt à anticiper tout reproche concernant un éventuel respect défaillant des principes d’impartialité et d’indépendance des magistrats, mis à mal par des changements répétitifs d’une personne de la carrière de magistrat à celle de fonctionnaire de la Police ou de toute autre administration de l’Etat. Le Conseil d’Etat aurait dès lors une nette préférence pour une approche selon laquelle le poste de chef d’administration de l’Inspection générale de la Police serait réservé de par la loi à un magistrat qui y serait affecté pour une ou plusieurs périodes temporaires consécutives, tout en conservant dans la magistrature ses perspectives d’avancement et tout en continuant à relever du droit disciplinaire de la magistrature. Il se rend compte que cette proposition soulève d’autres questions connexes qui concernent notamment un changement de l’autorité hiérarchique, telle que prévue à l’article 73 de la loi précitée du 31 mai 1999, et qui demanderont des réponses appropriées sur le plan législatif, si la Chambre des Députés y marque son accord.

– Avis complémentaire du 30 juin 2015

Dans son avis complémentaire du 30 juin 2015 le Conseil d’Etat note que les deux amendements, parlementaire et gouvernemental, ont pour objet de garantir les conditions d’avancement dans leur carrière d’origine pour les magistrats qui acceptent une fonction dirigeante limitée dans le temps dans une administration étatique, tout en bornant le droit à l’avancement „automatique“ à certaines fonctions seulement, d’autres en étant exclues.

Le Conseil d’Etat rappelle que, dans son avis du 2 juin 2015, il avait attiré l’attention des auteurs du projet de loi initial sur le point suivant: „Alors que la disposition sous examen résout les questions de garanties de carrière des magistrats qui acceptent une des fonctions prévues à l’article 1er de la loi précitée du 9 décembre 2005, elle risque toutefois de donner lieu à des contrariétés par rapport à l’article 149-2 de la loi [...] du 7 mars 1980 [sur l’organisation judiciaire], dans la mesure où cet article règle différemment les garanties de réintégration des magistrats „appelés à collaborer pendant une

période déterminée aux travaux d'organisations internationales ou d'une administration" et qui y ont été détachés à cet effet. Le Conseil d'État estime qu'il y a lieu de modifier dans le même sens et parallèlement aux modifications légales sous examen l'article 149-2 précité."

Aucun des deux amendements proposés n'est de nature à répondre à cette constatation, alors pourtant que l'introduction d'un régime spécifique pour les magistrats visés au projet sous examen créera à leur profit un droit particulier, qui risque de devoir se mesurer au principe d'égalité inscrit à l'article 10*bis* de la Constitution, étant donné qu'il n'apparaît pas à première vue que la différenciation ainsi opérée entre ces magistrats et les autres magistrats qui seraient soumis au régime commun soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée au but.

Le Conseil d'État émet encore deux oppositions formelles par rapport à l'amendement parlementaire et à l'amendement gouvernemental en raison de leur non-conformité aux articles 90 et 95*bis* de la Constitution.

– 2ème avis complémentaire du 10 juillet 2015

Dans son 2ème avis complémentaire, le Conseil d'État prend note des arguments fournis tendant à rencontrer sa crainte que la disposition en projet risquerait de mettre en place une inégalité entre magistrats ayant accepté de remplir une fonction dirigeante au sein de l'administration étatique et magistrats détachés pendant une période déterminée aux travaux d'organisations internationales ou d'une administration, par le fait de prévoir des modalités de réintégration différentes pour chacune de ces catégories. Pour le Conseil d'État, ces explications paraissent être une réponse satisfaisante à la question posée dans ses avis précédents.

Le Conseil d'État peut en outre lever ses oppositions formelles relatives à l'article 2.

*

Pour le détail des avis du Conseil d'État relatif aux dispositions du projet de loi, il est renvoyé au commentaire des articles.

*

IV. COMMENTAIRE DES ARTICLES

Article 1er

L'article 1er modifie l'article 73 de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police.

Cette modification a pour objet de mentionner explicitement les magistrats comme pouvant être nommés à la fonction d'inspecteur général de la Police. En effet, le texte actuel prévoit que sont éligibles à cette fonction, outre les membres du cadre supérieur de la Police et de l'Inspection générale de la Police, les fonctionnaires de la carrière supérieure de l'administration.

En considérant les missions confiées à l'Inspection générale de la Police, ainsi que le fait que le ministre ayant la Justice dans ses attributions est en vertu de la loi associé à la nomination de l'inspecteur général de la Police, on peut légitimement penser qu'il n'était pas dans l'intention du législateur de 1999 d'exclure les magistrats de l'accès à cette fonction. Toutefois, dans la mesure où la notion de „fonctionnaires de la carrière supérieure de l'administration" n'est pas autrement définie, et afin d'éviter toute divergence d'interprétation, il est proposé de viser formellement les magistrats dans le texte.

La condition des 15 années d'expérience professionnelle s'applique bien évidemment aux magistrats au même titre qu'aux membres du cadre supérieur de la Police et aux fonctionnaires de la carrière supérieure de l'administration.

À part ses remarques reprises dans ses considérations générales, à savoir la préférence pour une approche selon laquelle le poste de chef d'administration de l'Inspection générale de la Police serait réservé de par la loi à un magistrat, le **Conseil d'État** n'a pas d'observation à formuler quant au fond au sujet de l'article 1er.

Le **Commission** ne se rallie pas au Conseil d'État en ce qui concerne sa préférence pour réserver le poste de chef d'administration de l'Inspection générale de la Police à un magistrat, ceci pour ne pas

léser les attentes de carrière des agents de la Police ou de l'Inspection générale de la Police. Afin d'éviter un amalgame entre différentes missions au long de la carrière, la Commission s'est vu expliquer que la réforme de l'Inspection générale de la Police envisage qu'un agent issu de la Police et ayant occupé le poste de l'inspecteur général de la Police ne pourra pas être réintégré dans la Police au poste de directeur général respectivement de directeur général adjoint. Il y a lieu de garantir l'indépendance de l'inspecteur général de la police.

Article 2

L'article 2 ajoute un nouvel alinéa 5 à l'article 2, paragraphe 1er de la loi modifiée du 9 décembre 2005 déterminant les conditions et modalités de nomination de certains fonctionnaires occupant des fonctions dirigeantes dans les administrations et services de l'Etat.

L'alinéa 5 nouveau règle la situation des magistrats qui acceptent d'être nommés temporairement à une des fonctions dirigeantes prévues par la loi et qui ne sont pas reconduits dans cette fonction ou souhaitent réintégrer la magistrature avant terme.

Compte tenu des attributs spécifiques du statut de magistrat, dont notamment l'indépendance et l'inamovibilité, le risque professionnel encouru par l'acceptation d'une nomination temporaire de sept ans est en effet particulièrement accentué. En l'état actuel de la législation, le magistrat concerné serait contraint d'abandonner de manière définitive son statut de magistrat, soit directement au moment de la nomination, soit au plus tard à l'expiration d'un éventuel congé sans traitement pour raisons professionnelles, actuellement limité à quatre années. En effet, contrairement au détachement, qui est la position du magistrat temporairement placé hors de son corps d'origine tout en continuant à y bénéficier de ses droits à l'avancement et à la retraite, une nouvelle nomination à une fonction dirigeante emporte implicitement, mais nécessairement la cessation du statut de magistrat.

L'alinéa 5 nouveau dispose que, à l'instar des magistrats temporairement détachés auprès de l'administration, les magistrats ayant exercé une fonction dirigeante dans l'administration et souhaitant retourner à la magistrature, bénéficient à ce moment d'une réintégration dans la magistrature, le cas échéant hors cadre, à un poste correspondant au grade de traitement et à la fonction qu'ils exerçaient avant leur nomination. Afin de ne pas léser le magistrat concerné en termes d'ancienneté de service et de rang du fait d'avoir accepté temporairement une nomination à une fonction dirigeante au service de l'Etat, le texte initial entendait garantir non seulement la prise en compte intégrale du temps de service passé dans la fonction dirigeante, mais encore compenser un éventuel dépassement en grade par un magistrat ayant eu au départ un rang moins élevé, survenu pendant l'exercice de la fonction dirigeante. Cette mesure a pour objet d'éviter que, vu les changements fréquents au sein de la magistrature, les personnes concernées demandent à être réintégrées avant terme, dès qu'elles risquent d'être dépassées en grade.

Le texte proposé ne fait enfin que confirmer la perméabilité actuelle entre la magistrature et l'administration par l'introduction d'une véritable garantie de réintégration, en phase avec le principe même du septennat et son risque inhérent de non-reconduction, distincte de la simple possibilité actuellement offerte par les articles 17 et 41 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire d'être nommé à des fonctions judiciaires déterminées à condition d'avoir occupé certaines fonctions limitativement énumérées, dont notamment celles de membre du Gouvernement ou de chef d'administration, pendant respectivement trois ou sept ans.

Le **Conseil d'Etat** comprend que la désignation d'un magistrat aux fonctions d'inspecteur général de la Police ne peut se faire que par la voie d'un détachement, et que le magistrat détaché se trouve dès lors intégré dans la hiérarchie de l'Inspection générale de la Police, telle qu'elle est organisée en vertu de l'article 73, alinéa 4, de la loi précitée du 31 mai 1999.

Si cette optique du projet de loi est maintenue, il propose toutefois de reconsidérer le libellé de l'alinéa 5 qu'il est prévu d'ajouter à l'article 2, paragraphe 1er, de la loi modifiée du 9 décembre 2005 déterminant les conditions et modalités de nomination de certains fonctionnaires occupant des fonctions dirigeantes dans les administrations et services de l'Etat et en suggère la teneur suivante:

„Le fonctionnaire visé à l'alinéa 1er qui, avant sa nomination à une fonction dirigeante, relevait de la magistrature, est réintégré dans son service d'origine avec maintien de son rang. Il est nommé à un poste du même grade que celui auquel il était classé avant sa nomination à une fonction dirigeante. Le classement se fait à l'échelon de traitement correspondant à celui atteint dans la fonction dirigeante ou, à défaut d'échelon correspondant, à l'échelon immédiatement inférieur. A défaut de

poste vacant adéquat dans la magistrature, le fonctionnaire visé est nommé hors cadre jusqu'à la survenance de la première vacance de poste correspondant à son grade. S'il a été dépassé en grade par un magistrat de rang inférieur, il obtient une nomination au grade de ce magistrat."

Alors que la disposition sous examen résout les questions de garanties de carrière des magistrats qui acceptent une des fonctions prévues à l'article 1er de la loi précitée du 9 décembre 2005, elle risque toutefois de donner lieu à des contrariétés par rapport à l'article 149-2 de la loi précitée du 7 mars 1980, dans la mesure où cet article règle différemment les garanties de réintégration des magistrats „appelés à collaborer pendant une période déterminée aux travaux d'organisations internationales ou d'une administration“ et qui y ont été détachés à cet effet. Le Conseil d'Etat estime qu'il y a lieu de modifier dans le même sens et parallèlement aux modifications légales sous examen l'article 149-2 précité.

La **Commission de la Fonction publique et de la Réforme administrative** estime que l'avis du Conseil d'Etat laisse entendre que l'affectation d'un magistrat soit en tant qu'inspecteur général de la Police, soit en tant que haut fonctionnaire dans une administration ou un service de l'Etat se fait par voie d'un détachement. Or, le projet de loi a pour objet d'abandonner cette pratique du détachement pour les fonctions précitées. Le magistrat obtient une nomination à l'Inspection générale de la Police ou à une fonction dirigeante prévue par la loi précitée du 9 décembre 2005. Il n'a plus besoin de prendre un congé sans traitement dans la magistrature. Sa réintégration à la magistrature se fera par le biais d'une nouvelle nomination dans son ordre d'origine.

La Commission adopte en partie la proposition rédactionnelle du Conseil d'Etat. Elle tient cependant encore à ajouter par voie d'**amendement parlementaire** la notion de „l'ordre d'origine“ qui vise soit les juridictions de l'ordre judiciaire, soit celles de l'ordre administratif. Le texte ainsi amendé est plus précis que la notion de „service d'origine“. Par ailleurs, pour des raisons de clarté, il y a lieu de préciser que le magistrat qui réintègre la magistrature ne peut obtenir une nomination qui dépasse le grade M5. Le grade M5 regroupe les fonctions suivantes: premier conseiller à la Cour d'appel, premier conseiller de la Cour administrative, juge de paix directeur, premier avocat général, procureur d'Etat adjoint, premier vice-président du Tribunal d'arrondissement, premier vice-président du Tribunal administratif, juge d'instruction directeur. En effet, il est possible que pendant la période d'absence du magistrat réintégré, un magistrat avec une ancienneté inférieure à la sienne soit nommé à une haute fonction de la magistrature du grade M6 (vice-président de la Cour administrative, président de chambre à la Cour d'appel, conseiller à la Cour de cassation, procureur général d'Etat adjoint, procureur d'Etat, président du Tribunal administratif, président du Tribunal d'arrondissement) ou du grade M7 (président de la Cour administrative, président de la Cour supérieure de justice, procureur général d'Etat). L'amendement a pour objet d'éviter que le magistrat réintégré puisse prétendre à un de ces postes du grade M6 ou M7. La Commission est d'avis que le Gouvernement est libre dans la nomination des fonctionnaires à des hautes fonctions de la magistrature, une nomination qui ne se fait pas sur base des critères d'ancienneté.

Au vu de ce qui précède, la Commission propose de conférer à l'article 2 la teneur suivante:

„**Art. II 2.** L'article 2, paragraphe 1er de la loi modifiée du 9 décembre 2005 déterminant les conditions et modalités de nomination de certains fonctionnaires occupant des fonctions dirigeantes dans les administrations et services de l'Etat est complété par un nouvel alinéa 5 libellé comme suit:

„Lorsque Le fonctionnaire visé à l'alinéa 1er qui relevait, avant sa nomination à une fonction dirigeante, relevait de la magistrature, il obtient à nouveau une nomination comme magistrat **dans son ordre d'origine** et au grade et à la fonction qu'il occupait à son départ. Si le magistrat a été dépassé en grade pendant son absence par un magistrat de rang inférieur, il obtient une nomination au grade obtenu par ce magistrat, **sans que ce grade puisse dépasser le grade M5**. Le magistrat réintégré récupère son rang d'origine. Son classement se fait à l'échelon de traitement correspondant à celui atteint dans la fonction temporaire ou, à défaut d'échelon correspondant, à l'échelon de traitement immédiatement inférieur. A défaut de poste vacant adéquat, il est nommé hors cadre, jusqu'à la survenance de la première vacance de poste correspondante dans le cadre.“ “

Par voie de l'**amendement gouvernemental** du 24 juin 2015 les termes „sans que ce grade puisse dépasser le grade M5“ sont remplacés par les termes „à l'exclusion des fonctions de procureur d'Etat, de président du Tribunal administratif, de président du Tribunal d'arrondissement, de président de la Cour administrative, de président de la Cour supérieure de justice et de procureur général d'Etat“.

L'amendement formule différemment les limites du droit à réintégration des magistrats qui, pendant l'exercice d'une fonction dirigeante, seraient dépassés par un autre magistrat inférieur en rang.

Au lieu de limiter le droit à réintégration au maximum au grade M5, le Gouvernement propose d'énumérer précisément les fonctions auxquelles le magistrat ne pourra pas automatiquement prétendre. Cette exclusion vise toutes les fonctions qui ne peuvent pas être occupées par plus d'une personne en raison de leurs attributions particulières dans l'organisation judiciaire. Il s'agit, d'une part, des fonctions de procureur d'Etat, de président du Tribunal administratif et de président du Tribunal d'arrondissement qui sont classées au grade M6 et, d'autre part, des fonctions de président de la Cour administrative, de président de la Cour supérieure de justice et de procureur général d'Etat qui sont classées au grade M7.

Les autres fonctions classées au grade M6, à savoir celles de vice-président de la Cour administrative, de président de chambre à la Cour d'appel, de conseiller à la Cour de cassation et de procureur général d'Etat adjoint, pourront le cas échéant être occupées par un magistrat qui serait réintégré sur base des nouvelles dispositions prévues par le présent projet de loi.

L'amendement a pour objet d'éviter que les personnes concernées se désistent de leur fonction dirigeante dès que l'une des fonctions énumérées ci-dessus deviendrait vacante et qu'elles risqueraient d'être dépassées au moment de leur réintégration. Ceci vaut d'autant plus que les magistrats appelés à occuper certaines fonctions dirigeantes disposent généralement d'une large expérience professionnelle et sont donc davantage susceptibles d'être lésés à défaut de la disposition proposée.

En ce qui concerne l'**amendement parlementaire**, le **Conseil d'Etat** souligne dans son **avis complémentaire** de comprendre la motivation sous-jacente à l'amendement proposé, qui est d'éviter que le magistrat réintégrant son administration d'origine ne puisse revendiquer de ce seul fait d'être admis à une fonction classée parmi les plus hautes fonctions de la magistrature. Le fait de limiter par la loi les fonctions auxquelles ce magistrat peut prétendre est également un moyen qui, en principe, est adéquat à cette fin.

Le Conseil d'Etat estime cependant que la problématique se situe à un tout autre niveau, à savoir celui qui tend à introduire une limitation par la seule référence au grade M5 de la grille salariale de la Fonction publique comme limite supérieure des grades „réintégrables“. Le grade M5 comprend les fonctions de premier conseiller à la Cour administrative ou à la Cour d'appel, de juge de paix directeur, de premier avocat général, de procureur d'Etat adjoint, de premier vice-président au tribunal administratif ou au tribunal d'arrondissement, ainsi que de juge d'instruction directeur, et partant des magistrats de différentes fonctions emportant des modes de nomination différents. De même, le grade M4 comprend tant des magistrats du siège que des magistrats des parquets, respectivement du Parquet général.

La nomination des magistrats est régie par les articles 90 (juridictions ordinaires) et 95bis, paragraphe 5 (juridictions administratives) de la Constitution. Ces deux articles précisent que tous les magistrats sont nommés, non pas, comme semblent l'admettre les auteurs de l'amendement sous examen, par le Gouvernement, mais par le Grand-Duc. Mais surtout, les nominations à certaines fonctions remplies par des magistrats du siège ne sont faites qu'après avoir recueilli l'avis, respectivement, de la Cour supérieure de justice ou de la Cour administrative. Or, bon nombre des fonctions comprises dans les grades M4 et M5 font partie des fonctions nécessitant un tel avis préalable, et ne peuvent être accédées autrement.

Par conséquent, toute règle qui instaurerait un mode de nomination se basant sur un automatisme d'avancement dans des fonctions nécessitant, au prescrit de la Constitution, un avis préalable d'une des deux cours précitées, serait contraire aux articles précités de la Constitution.

Ainsi, le Conseil d'Etat ne peut marquer, sous peine d'opposition formelle, son accord avec l'amendement proposé en date du 17 juin 2015.

Le Conseil d'Etat constate dans son **avis complémentaire** que les auteurs de l'**amendement gouvernemental** daté du 24 juin 2015 visent à la même fin que celui daté du 17 juin 2015, mais se proposent d'atteindre celle-ci par le recours à une liste négative de fonctions auxquelles le magistrat qui demande sa réintégration ne pourra pas prétendre.

Si le Conseil d'Etat peut, ainsi qu'il l'a dit plus haut, admettre une solution qui exclurait expressément certaines fonctions de la réintégration du magistrat à la fin de ses fonctions dirigeantes, l'amendement sous examen se heurte cependant au même obstacle que celui examiné précédemment, à savoir qu'il permet l'avancement automatique également à des fonctions comprises parmi celles visées aux articles 90 et 95bis, paragraphe 5, de la Constitution et qui ne figurent pas dans la liste d'exclusion. Il s'ensuit que le Conseil d'Etat ne peut, à nouveau, pas marquer, sous peine d'opposition formelle, son accord avec l'amendement proposé en date du 24 juin 2015.

Sous la réserve faite plus haut quant à l'éventuelle incidence de l'article 10*bis* de la Constitution, et afin de permettre une solution au moins partielle de la problématique, le Conseil d'Etat propose de rédiger comme suit le paragraphe 1er de l'article 2 de la loi modifiée du 9 décembre 2005 [...], en se basant sur la proposition datée du 24 juin 2015:

„(1) Le fonctionnaire visé à l'alinéa qui précède qui, avant sa nomination à une fonction dirigeante, relevait de la magistrature, obtient à nouveau une nomination comme magistrat dans son ordre d'origine et au grade et à la fonction qu'il occupait à son départ. Si le magistrat a été dépassé en grade pendant son absence par un magistrat de rang inférieur, il obtient une nomination à une fonction classée au grade obtenu par ce magistrat, à l'exception du grade M7, des fonctions visées aux articles 90 (seconde phrase) et 95*bis*, paragraphe 5 (seconde phrase) de la Constitution et des fonctions de procureur d'Etat ou de procureur général d'Etat adjoint. Le magistrat réintégré récupère son rang d'origine. Son classement se fait à l'échelon de traitement correspondant à celui atteint dans la fonction temporaire ou, à défaut d'échelon correspondant, à l'échelon de traitement immédiatement inférieur. À défaut de poste vacant adéquat, il est nommé hors cadre à une fonction correspondant à ce grade à l'exception des fonctions visées ci-dessus et ce jusqu'à la survenance de la première vacance de poste correspondante dans le cadre.“

Le Conseil d'Etat est conscient de ce que cette proposition 1) limite les possibilités de réintégration au sein des juridictions ordinaires à des fonctions ne nécessitant pas l'avis préalable de la Cour supérieure de justice, le magistrat voulant réintégrer une fonction soumise à avis devant se soumettre à la procédure constitutionnellement prévue, et 2) ne résout guère la question pour les personnes issues des juridictions administratives dans la mesure où seules les nominations aux postes de juge et de premier juge du tribunal administratif ne sont pas soumises à la procédure de l'avis préalable. Il semble cependant que les choix du législateur sont extrêmement limités en raison des dispositions constitutionnelles précitées.

Afin de tenir compte des critiques du Conseil d'Etat, la Commission propose un **nouvel amendement** qui se lit comme suit:

„**Art. 2.** L'article 2, paragraphe 1er de la loi modifiée du 9 décembre 2005 déterminant les conditions et modalités de nomination de certains fonctionnaires occupant des fonctions dirigeantes dans les administrations et services de l'Etat est complété par un nouvel alinéa 5 libellé comme suit:

„Le fonctionnaire visé à l'alinéa 4er qui précède qui, avant sa nomination à une fonction dirigeante, relevait de la magistrature, obtient à nouveau une nomination comme magistrat dans son ordre d'origine et au grade et à la fonction qu'il occupait à son départ. Si le magistrat a été dépassé en grade pendant son absence par un magistrat de rang inférieur, il **obtient peut obtenir** une nomination à une fonction classée au grade obtenu par ce magistrat, **à l'exclusion des fonctions de procureur d'Etat, de président du Tribunal administratif, de président du Tribunal d'arrondissement, de président de la Cour administrative, de président de la Cour supérieure de justice et de procureur général d'Etat suivant la procédure de nomination applicable.** Le magistrat réintégré récupère son rang d'origine. Son classement se fait à l'échelon de traitement correspondant à celui atteint dans la fonction temporaire ou, à défaut d'échelon correspondant, à l'échelon de traitement immédiatement inférieur. A défaut de poste vacant adéquat, il est nommé hors cadre, jusqu'à la survenance de la première vacance de poste correspondante dans le cadre.“

Concernant les deux oppositions formelles émises par le Conseil d'Etat dans son avis complémentaire par rapport aux amendements (parlementaire et gouvernemental), la Commission partage la vue de la Haute Corporation qu'il y a lieu d'exclure toute nomination automatique qui se heurterait aux dispositions des articles 90 et 95*bis*, paragraphe 5 de la Constitution. La Commission rejoint également le Conseil d'Etat sur le fait que sa proposition de texte résoudrait le problème d'une inconstitutionnalité, mais qu'elle „limite les possibilités de réintégration au sein des juridictions ordinaires à des fonctions ne nécessitant pas l'avis préalable de la Cour supérieure de justice (...)“ et „ne résout guère la question pour les personnes issues des juridictions administratives dans la mesure où seules les nominations aux postes de juge et de premier juge du tribunal administratif ne sont pas soumises à la procédure de l'avis préalable“.

Pour cette raison, la Commission propose d'amender le texte critiqué en abandonnant le principe d'un droit à la nomination à une certaine fonction au bénéfice d'une simple possibilité d'obtenir une nomination à des fonctions relevant de grades plus élevés. De ce fait, l'autorité de nomination resterait libre dans son choix et la procédure de nomination prévue par la Constitution serait respectée, en ce

sens que certaines nominations ne pourront être faites que sur avis de la Cour supérieure de Justice, respectivement de la Cour administrative.

La **Commission** voudrait revenir à la question soulevée par le Conseil d'Etat quant au principe d'égalité inscrit à l'article 10*bis* de la Constitution auquel le présent projet de loi pourrait éventuellement se heurter dans la mesure où il envisage de régler différemment la situation des fonctionnaires dirigeants réintégrant la magistrature par rapport aux magistrats détachés „appelés à collaborer pendant une période déterminée aux travaux d'organisations internationales ou d'une administration“.

D'après la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle, „la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure invoquée“.

Or, la situation d'un magistrat visé par le présent projet de loi n'est pas comparable à celle d'un magistrat détaché. Ce dernier garde en effet son statut de magistrat tout au long du détachement, tandis que le magistrat concerné par le présent projet de loi abandonne ce statut par l'effet de sa nomination par le Grand-Duc à une fonction dirigeante. A ce sujet, l'exposé des motifs relève ce qui suit: „En l'état actuel de la législation, le magistrat concerné serait contraint d'abandonner de manière définitive son statut de magistrat, soit directement au moment de la nomination, soit au plus tard à l'expiration d'un éventuel congé sans traitement pour raisons professionnelles, actuellement limité à quatre années. En effet, contrairement au détachement, qui est la position du magistrat temporairement placé hors de son corps d'origine tout en continuant à y bénéficier de ses droits à l'avancement et à la retraite, une nouvelle nomination à une fonction dirigeante emporte implicitement, mais nécessairement la cessation du statut de magistrat.“

Par ailleurs, en raison du fait qu'il garde son statut de magistrat, le magistrat détaché garde également ses possibilités d'avancement dans la mesure où il relève en continu du corps de la magistrature et conserve de ce fait la possibilité de postuler à une fonction plus élevée dans la magistrature. L'ancien magistrat nommé à une fonction dirigeante ne dispose pas de cette possibilité puisqu'il ne fait plus partie de la magistrature à partir de sa nomination à la fonction dirigeante. L'un des objectifs du présent projet de loi est de conférer à ce dernier une possibilité de retour dans la magistrature, possibilité qui est donnée de toute façon au magistrat détaché.

Les situations en question diffèrent également d'un autre point de vue. Un magistrat détaché peut exercer toute une panoplie de missions au cours de son détachement qui ne correspondent pas nécessairement à des fonctions à haute responsabilité. Par contre, un magistrat appelé à occuper une fonction dirigeante est précisément chargé de l'une des fonctions se situant au niveau hiérarchique le plus élevé dans l'administration publique, clairement définies et limitativement énumérées par la loi modifiée du 9 décembre 2005 déterminant les conditions et modalités de nomination de certains fonctionnaires occupant des fonctions dirigeantes dans les administrations et services de l'Etat.

Il résulte de ce qui précède que la Commission estime que le présent projet de loi ne devrait pas se heurter au principe constitutionnel d'égalité devant la loi.

Dans son **2ème avis complémentaire**, le **Conseil d'Etat** constate que les auteurs de l'amendement partagent ses vues exprimées dans son avis complémentaire et proposent par conséquent d'amender le texte critiqué „en abandonnant le principe d'un droit à la nomination à une certaine fonction au bénéfice d'une simple possibilité d'obtenir une nomination à des fonctions relevant de grades plus élevés“, ce qui, tant, préserverait la liberté de choix de l'autorité de nomination, que respecterait la procédure de nomination telle qu'inscrite à la Constitution en réservant, pour certaines fonctions, respectivement les avis de la Cour supérieure de Justice, respectivement de la Cour administrative.

Le Conseil d'Etat note que ce nouvel amendement ne limite plus les possibilités de nomination par le recours à l'exclusion de certaines fonctions auxquelles le magistrat demandeur de réintégration ne pourrait pas prétendre. Même si l'exposé des motifs ne contient pas de motivation particulière quant à cette partie de l'amendement, le Conseil d'Etat admet qu'elle est la contrepartie de la liberté de désignation recouvrée – dans les limites tracées par la Constitution – par l'autorité de nomination. Il n'a pas d'observation particulière à formuler à ce propos.

VI. TEXTE PROPOSE PAR LA COMMISSION

Sous le bénéfice des observations qui précèdent, la Commission de la Fonction publique et de la Réforme administrative recommande à la Chambre des Députés d'adopter le projet de loi 6799 dans la teneur qui suit:

*

PROJET DE LOI 6799

modifiant

- 1) la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police;
- 2) la loi modifiée du 9 décembre 2005 déterminant les conditions et modalités de nomination de certains fonctionnaires occupant des fonctions dirigeantes dans les administrations et services de l'État.

Art. 1er. L'article 73 de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police est modifié comme suit:

- 1° A l'alinéa 2, entre les parties de phrases „soit les membres du cadre supérieur de la Police“ et „soit les fonctionnaires de la carrière supérieure de l'administration“ est insérée la partie de phrase „soit les magistrats,“.
- 2° A l'alinéa 3, entre les termes „Inspection générale de la Police“ et „soit“ sont insérés les termes „soit au sein de la magistrature“.

Art. 2. L'article 2, paragraphe 1er de la loi modifiée du 9 décembre 2005 déterminant les conditions et modalités de nomination de certains fonctionnaires occupant des fonctions dirigeantes dans les administrations et services de l'Etat est complété par un nouvel alinéa 5 libellé comme suit:

„Le fonctionnaire visé à l'alinéa qui précède qui, avant sa nomination à une fonction dirigeante, relevait de la magistrature, obtient à nouveau une nomination comme magistrat dans son ordre d'origine et au grade et à la fonction qu'il occupait à son départ. Si le magistrat a été dépassé en grade pendant son absence par un magistrat de rang inférieur, il peut obtenir une nomination à une fonction classée au grade obtenu par ce magistrat suivant la procédure de nomination applicable. Le magistrat réintégré récupère son rang d'origine. Son classement se fait à l'échelon de traitement correspondant à celui atteint dans la fonction temporaire ou, à défaut d'échelon correspondant, à l'échelon de traitement immédiatement inférieur. A défaut de poste vacant adéquat, il est nommé hors cadre, jusqu'à la survenance de la première vacance de poste correspondante dans le cadre.“

Luxembourg, le 10 juillet 2015

Le Président-rapporteur,
Yves CRUCHTEN

