



Commission de la Fonction publique et de la Réforme administrative

Procès-verbal de la réunion du 03 juillet 2015

Ordre du jour :

1. Adoption des projets de procès-verbal des réunions des 10 et 17 juin 2015
2. 6799 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
 - Rapporteur : Monsieur Yves Cruchten
 - Présentation d'amendements gouvernementaux
 - Examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat
 - Examen et adoption d'un amendement supplémentaire
3. Divers

*

Présents : M. Claude Adam, Mme Diane Adehm, M. Marc Angel remplaçant M. Georges Engel, M. André Bauler remplaçant M. Lex Delles, M. Alex Bodry remplaçant M. Claude Haagen, M. Yves Cruchten, M. Gusty Graas, M. Max Hahn, Mme Martine Hansen remplaçant Mme Sylvie Andrich-Duval, M. Paul-Henri Meyers, Mme Octavie Modert

M. Dan Kersch, Ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative

M. Bob Gengler, Mme Paulette Lenert, du Ministère de la Fonction publique et de la Réforme administrative

Mme Anne Tescher, de l'Administration parlementaire

Excusés : Mme Sylvie Andrich-Duval, M. Lex Delles, M. Georges Engel, M. Claude Haagen, M. Gilles Roth, M. David Wagner

*

Présidence : M. Yves Cruchten, Président de la Commission

*

1. Adoption des projets de procès-verbal des réunions des 10 et 17 juin 2015

Les projets de procès-verbal sous rubrique sont adoptés.

2. 6799 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

- Examen de l'amendement gouvernemental

La Commission prend note de l'amendement gouvernemental introduit en date du 25 juin 2015. Cet amendement vise à modifier le libellé de l'amendement parlementaire du 17 juin 2015. 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.

- Examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat

Avant de procéder à l'examen des amendements, 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 1^{er} 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'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. »

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. Ce n'est donc que sous cette réserve que sont examinés les deux amendements précités.

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 réglée par les articles 90 (juridictions ordinaires) et 95*bis*, 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 95*bis*, 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 1^{er} 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.

- Adoption d'un amendement supplémentaire

Afin de tenir compte des critiques du Conseil d'Etat, la Commission propose de conférer à l'article 2 la teneur suivante :

« **Art. 2.** L'article 2, paragraphe 1^{er} 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 4^{er} 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.

Soumis au vote, l'amendement est adopté à l'unanimité des membres présents.

*

Quant à la critique du Conseil d'Etat relative à une éventuelle violation du principe d'égalité inscrit dans l'article 10*bis* de la Constitution, la Commission décide d'exposer au Conseil d'Etat l'argumentaire suivant :

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.

3. **Divers**

L'adoption d'un projet de rapport sur le projet de loi 6799 est prévue pour vendredi, le 10 juillet, à 14h25, sous réserve que le Conseil d'Etat rend son 2^{ème} avis complémentaire ce même jour.

Luxembourg, le 6 juillet 2015

Le Secrétaire-administrateur,
Anne Tescher

Le Président,
Yves Cruchten