

N° 6457³

CHAMBRE DES DEPUTES

Session extraordinaire 2013-2014

PROJET DE LOI

modifiant:

- 1) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat;
 - 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;
 - 3) la loi du 16 avril 1979 portant réglementation de la grève dans les services de l'Etat et des établissements publics placés sous le contrôle direct de l'Etat;
 - 4) la loi modifiée du 15 juin 1999 portant organisation de l'Institut national d'administration publique;
 - 5) la loi modifiée du 30 juin 1947 portant organisation du corps diplomatique;
 - 6) la loi modifiée du 23 juillet 1952 concernant l'organisation militaire;
 - 7) la loi modifiée du 10 août 1992 portant création de l'entreprise des postes et télécommunications;
- et portant institution du médiateur au sein de la Fonction publique

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(21.1.2014)

Par dépêche du 27 juillet 2012, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative et par la ministre déléguée à la Fonction publique et à la Réforme administrative. Le projet de loi proprement dit était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, d'une fiche d'évaluation d'impact ainsi que d'une fiche financière.

L'avis de la Chambre des fonctionnaires et des employés publics a été communiqué au Conseil d'Etat par dépêche du 27 juin 2013. L'avis de la Commission nationale pour la protection des données est parvenu au Conseil d'Etat par dépêche du 20 juin 2013.

Le 17 octobre 2012, le Conseil d'Etat a eu une entrevue avec le ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative et la ministre déléguée à la Fonction publique et à la Réforme administrative. Le 28 novembre 2013, une entrevue complémentaire a eu lieu au Conseil d'Etat avec une délégation composée de deux fonctionnaires du Ministère de la Fonction publique et de la Réforme administrative.

Le projet de loi sous rubrique a été soumis à l'avis du Conseil d'Etat, conjointement avec huit autres projets de loi, à savoir:

- le projet de loi transposant certaines dispositions de l'accord salarial du 15 juillet 2011 dans la Fonction publique et modifiant la loi modifiée du 22 juin 1963 portant fixation de la valeur numé-

rique des traitements des fonctionnaires de l'Etat ainsi que des modalités de mise en vigueur de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat (doc. parl. n° 6458);

- le projet de loi fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'Etat (doc. parl. n° 6459);
- le projet de loi modifiant:
 1. la loi modifiée du 3 août 1998 instituant des régimes de pension spéciaux pour les fonctionnaires de l'Etat et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des Chemins de Fer luxembourgeois;
 2. la loi modifiée du 18 juillet 2000 ayant pour objet la coordination des régimes de pension (doc. parl. n° 6460);
- le projet de loi instituant un régime de pension spécial transitoire pour les fonctionnaires de l'Etat et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des Chemins de Fer luxembourgeois (doc. parl. n° 6461);
- le projet de loi fixant les conditions et modalités de l'accès du fonctionnaire de l'Etat à un groupe de traitement supérieur au sien et de l'employé de l'Etat à un groupe d'indemnité supérieur au sien (doc. parl. n° 6462);
- le projet de loi fixant les conditions et modalités selon lesquelles le fonctionnaire de l'Etat peut se faire changer d'administration (doc. parl. n° 6463);
- le projet de loi portant organisation de l'Administration gouvernementale (doc. parl. n° 6464);
- le projet de loi déterminant le régime et les indemnités des employés de l'Etat (doc. parl. n° 6465).

Dans le contexte de cette énumération, le Conseil d'Etat rappelle que le projet de loi transposant certaines dispositions de l'accord salarial du 15 juillet 2011, précité, a fait l'objet de son avis du 22 octobre 2013.

Avec le projet de loi sous rubrique, le Conseil d'Etat s'était vu communiquer, à titre d'information, les avant-projets d'une série de règlements grand-ducaux.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de loi sous examen, avec les projets de lois qui l'accompagnent et les avant-projets de règlements grand-ducaux joints pour information, constituent un „paquet de réformes“ de la fonction publique.

En ce qui concerne les avant-projets de règlements grand-ducaux, le Conseil d'Etat tient à relever que quelques-unes des dispositions du statut général et des autres projets de lois du „paquet des réformes“ qui doivent leur servir de base, font l'objet de critiques alors que d'autres demandent des éclaircissements. Le Conseil d'Etat renvoie à ce sujet à l'examen des articles afférents.

La réforme s'inscrit, selon les auteurs, dans la volonté du Gouvernement de „moderniser“ la fonction publique et de procéder à une „réforme administrative“.

Le Conseil d'Etat est conscient du fait que le „paquet de réformes“ de la fonction publique est le résultat de longues négociations, âpres et laborieuses entre le Gouvernement, d'une part, et les syndicats de l'autre. Le „paquet de réformes“ constitue dès lors un compromis que les parties à la négociation s'accordent à présenter comme un tout indivisible. Aussi le Conseil d'Etat renonce-t-il à une discussion générale des prémisses et choix politiques servant d'assises aux réformes envisagées. Il reviendra au fil de l'examen des projets de lois précités en détail sur les points de la réforme qui ont retenu son attention particulière.

Le Conseil d'Etat peut toutefois se rallier aux grands objectifs de la réforme tels qu'ils sont développés à l'exposé des motifs, auquel il renvoie, même si les textes des projets à aviser restent parfois en retrait par rapport aux ambitions y affichées.

La réforme préconisée apporte des aménagements au régime statutaire de la fonction publique, sans pourtant remettre ce régime en cause.

Le régime statutaire de la fonction publique est dérogatoire par rapport au droit commun du travail. Celui-ci est en effet fondé essentiellement sur des relations contractuelles, en principe librement négoc-

ciables entre l'employeur et le salarié. Dans le régime statutaire, par contre, les dispositions relatives au recrutement, au travail, aux droits et devoirs, à la discipline, à l'avancement, à la rémunération et à la mise à la retraite des agents sont fixées de manière unilatérale par les lois et les règlements. Contrairement à une idée bien répandue, le Conseil d'Etat est d'avis que le régime statutaire offre au législateur les bases nécessaires pour y asseoir une réforme de la fonction publique et du service public. Les vecteurs principaux de la réforme sont l'introduction de nouvelles méthodes, plus „managériales“, de la gestion du personnel, le développement des responsabilités au sein de la fonction publique par la création, notamment, de mécanismes d'évaluation, ainsi que le pilotage de la fonction publique par des objectifs plus ou moins précis, fixés, collectivement, aux différents services publics, et, individuellement, à chaque agent. Le régime statutaire maintient à l'Etat l'assurance d'une fonction publique de qualité, intègre, professionnelle, impartiale et loyale, tout en prémunissant celle-ci contre l'arbitraire et le favoritisme. A l'inverse du régime des relations de travail négociées individuellement, l'unilatéralité du régime statutaire présente en effet l'avantage de munir l'Etat des leviers nécessaires lui permettant de mettre plus particulièrement la fonction publique à même de répondre au mieux aux exigences de la société et de relever aussi les autres défis auxquels est confronté le service public dans un environnement conjoncturel en permanente mutation.

Le Conseil d'Etat note que certaines dispositions du statut général des fonctionnaires de l'Etat, dénommé par la suite „le statut général“, restent applicables aux fonctionnaires retraités. Il reviendra plus en détail sur certains points liés à cette problématique lors de l'examen des articles afférents du projet de loi, essentiellement l'article 1er, point 7 et l'article 17. Pour le moment, il voudrait seulement poser la question de savoir si l'ancienne idée du „fonctionariat à vie“ résultant d'une nomination à vie est toujours défendable dans l'environnement juridique actuel. Jusqu'à la réforme de la législation relative aux pensions des fonctionnaires de l'Etat par la loi du 3 août 1998 portant modification, entre autres, de la loi du 26 mai 1954 réglant les pensions des fonctionnaires de l'Etat, les fonctionnaires avaient droit à une pension financée directement et intégralement sur le budget de l'Etat, sans prélèvement sur leur traitement d'une quelconque contribution financière à titre de cotisation au cours de leur carrière. Sous ce régime, la pension versée au fonctionnaire de l'Etat constituait en quelque sorte une indemnité que l'Etat versait à son fonctionnaire en retraite, mais nommé à vie, jusqu'à la fin de ses jours. Dans la logique de ce système non contributif des pensions, il était cohérent que le fonctionnaire retraité, qui enfreignait les obligations statutaires auxquelles il demeurait soumis, pouvait être sanctionné, au pire des cas, par la perte de sa pension statutaire. La susdite réforme de 1998 fait toutefois balancer les fonctionnaires d'un régime non contributif vers un régime contributif. Dorénavant, ils acquièrent leurs droits de pension en versant des cotisations. Les droits de pension acquis ainsi constituent leur propriété¹ et tombent de ce fait dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 23 août 1953. La seule sanction efficace dont disposait l'Etat à l'encontre des fonctionnaires en retraite défailants au regard de leurs obligations statutaires tombe donc à plat, du moins par rapport aux fonctionnaires qui ne relèvent plus du régime non contributif ou du régime transitoire en ce qui concerne leurs pensions. Un autre argument pouvant militer en faveur de l'abandon de la thèse du fonctionariat à vie est l'abolition de la „péréquation“ par la même loi de 1998.

Toujours dans le contexte du régime statutaire de la fonction publique étatique, le Conseil d'Etat voudrait rendre attentif à certaines difficultés pouvant surgir de la pérennisation de l'assimilation, historique, du statut des agents de la société nationale des Chemins de fer luxembourgeois au statut des fonctionnaires de l'Etat. Le régime statutaire des agents des chemins de fer remonte à la loi modifiée du 28 décembre 1920 autorisant le Gouvernement à édicter un statut réglementant les conditions d'emploi, de travail, de rémunération et de mise à la retraite des employés et ouvriers occupés au service des exploitants des chemins de fer situés sur le territoire du Grand-Duché. La codification du statut des agents actifs des chemins de fer résulte de l'arrêté grand-ducal modifié du 26 mai 1930, alors que le règlement relatif aux pensions de ces mêmes agents est prévu à l'arrêté grand-ducal modifié du 27 août 1957. Ces deux arrêtés grand-ducaux ont permis d'assurer l'assimilation des agents des CFL à la fonction publique étatique, tout au long des dernières décennies, sauf en ce qui concerne le droit de grève. En effet, en 1979, au moment d'introduire dans le droit de la fonction publique le régime légal de la grève, le Conseil d'Etat avait demandé de créer des régimes légaux différents pour la fonction publique étatique, pour la fonction publique communale et pour les agents de la Société nationale des

1 Cour européenne des droits de l'homme, requête n° 5849/72, *Müller c/ Autriche*, 1995.

CFL. Pour la fonction publique étatique et pour la fonction publique communale, le droit de grève est réglementé, alors qu'il ne l'est toujours pas pour les agents des CFL. La loi du 21 décembre 2006 autorisant le Gouvernement à édicter un statut réglementant les conditions d'emploi, de travail, de rémunération et de mise à la retraite des employés et ouvriers occupés au service des exploitants des chemins de fer situés sur le territoire du Grand-Duché (doc. parl. n° 5560) a apporté des modifications à la loi précitée du 28 décembre 1920. Depuis lors, le statut légal des agents des chemins de fer, introduit en 1920, ne s'applique plus qu'aux seuls agents employés par les entreprises ferroviaires ayant exploité des lignes du réseau ferroviaire luxembourgeois avant le 1er janvier 2006. Le personnel employé par une entreprise ferroviaire établie au Luxembourg, exerçant à titre principal les activités de transporteur de marchandises par chemin de fer, s'en trouve exclu, peu importe d'ailleurs l'époque du début de ces activités ferroviaires. Même si dans son avis du 29 septembre 2006 (doc. parl. n° 5560⁴) relatif au projet de loi qui est devenu la loi précitée du 21 décembre 2006, le Conseil d'Etat n'avait pas soulevé d'objection à cet égard, il est toutefois à craindre que ce traitement inégalitaire du personnel employé par les entreprises de chemin de fer établies à Luxembourg et opérant sur le réseau luxembourgeois ne puisse poser problème au regard du principe d'égalité inscrit à l'article 10*bis* de la Constitution. Il est également à craindre que toute autre entreprise ferroviaire qui viendrait, à l'avenir s'installer à Luxembourg pour y effectuer des transports de voyageurs par rail, à l'instar des CFL, ne puisse prétendre à l'application au bénéfice de son personnel du statut de 1920, ceci d'autant plus que les agents des CFL engagés après la date du 1er janvier 2006 en bénéficient également. Les problématiques qui viennent d'être énoncées en rapport avec l'assimilation statutaire des agents des chemins de fer aux fonctionnaires de l'Etat n'étant pas explicitement abordées dans le présent „paquet de réformes“, le Conseil d'Etat demande aux auteurs de ne pas les perdre de vue et d'y tenir la main, surtout à la lumière de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 29 novembre 2013 dont il parlera dans la suite.

Le Conseil d'Etat regrette que les auteurs de la réforme n'aient pas présenté une codification générale du droit de la fonction publique. Cette manière de procéder aurait ouvert la voie à une plus grande systématisation de la matière et aurait permis d'harmoniser les vocabulaires employés et d'éliminer certaines incohérences, notamment légistiques, que le Conseil d'Etat relèvera à l'endroit de l'examen des articles.

Il faut se rendre compte que le statut général, datant de 1979, aura ses trente-cinq ans l'année prochaine alors que la législation sur les traitements, datant de 1963, vient de passer le cap de son cinquantième anniversaire. Même si la loi de 1963 sur les traitements est formellement abrogée par le „paquet des réformes“ et remplacée par un nouveau texte, on retrouve dans la nouvelle loi en projet de larges passages repris mot à mot du texte de 1963.

Or, depuis 1979 et, à plus forte raison depuis 1963, l'environnement juridique dans lequel s'inscrit le droit de la fonction publique a fortement évolué sous l'action notamment du constituant, du droit international et de la jurisprudence des juridictions internationales et nationales. A titre d'exemple: le Conseil d'Etat devra s'opposer formellement, à plusieurs reprises, à des dispositions qui méconnaissent les droits inscrits à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précitée, telle que celle-ci est interprétée actuellement par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il devra encore s'opposer formellement, à plusieurs reprises, à des dispositions méconnaissant les exigences de l'article 10*bis* ou encore de l'article 32(3) de la Constitution. L'article 10*bis* de la Constitution a connu une accentuation manifeste sous l'effet de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle créée en 1996; l'article 32(3) de la Constitution remonte à l'année 2004 seulement, donc à une époque bien postérieure à l'introduction du statut général en 1979. Le Conseil d'Etat sera encore amené à s'opposer formellement, à plusieurs reprises, pour des raisons de sécurité juridique, à l'application „par analogie“ ou „analogique“ de certaines dispositions légales à des situations qui se situent en dehors de leur champ d'application formel, de même qu'à l'emploi du terme „notamment“, chaque fois que l'utilisation de ce terme fait planer la moindre incertitude quant à la portée exacte de la norme juridique.

Le Conseil d'Etat pourra cependant s'opposer de manière formelle uniquement aux dispositions inconciliables avec les exigences découlant du droit constitutionnel et des engagements internationaux ainsi que des principes généraux du droit, pour autant qu'elles se présentent dans les textes soumis à avis. Or, il se trouve que d'autres occurrences des entorses décrites se retrouvent dans les textes qui restent inchangés et échappent pour le moment à l'examen du Conseil d'Etat alors que ces textes n'ont pas été soumis à son avis.

Le Conseil d'Etat voudrait attirer l'attention sur l'arrêt n° 108/13 rendu par la Cour constitutionnelle le 29 novembre 2013². Dans cet arrêt, la Cour procède à une lecture stricte des exigences posées par l'article 32(3) de la Constitution, auxquelles doivent satisfaire les dispositions légales servant de base au pouvoir réglementaire du Grand-Duc en vue de prendre des règlements dans des matières réservées par la Constitution à la loi formelle. La lecture que la Cour fait de ladite disposition constitutionnelle est plus exigeante que celle qu'en fait le Conseil d'Etat dans une approche sensiblement similaire à la base de l'arrêt n° 38/07 de la Cour constitutionnelle du 2 mars 2007³. Par cet arrêt, la Cour avait décidé qu'il était „satisfait à la réserve constitutionnelle si la loi se borne à tracer les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire la mise en œuvre du détail“. Dans son nouvel arrêt précité du 29 novembre 2013, la Cour constitutionnelle insiste à ce que la loi formelle spécifie „les fins, les conditions et les modalités“ selon lesquelles le pouvoir réglementaire est autorisé à intervenir dans les matières réservées. L'énonciation dans la base légale des grands principes que les normes doivent respecter ne répond dès lors pas au degré de précision désormais exigé par la Cour. Dans son avis du 6 juin 2012 (doc. parl. n° 6030⁶) au sujet de la proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution, le Conseil d'Etat a constaté que „l'expérience acquise avec l'application de l'article 32(3) de la Constitution, depuis son introduction le 19 novembre 2004, a montré que les exigences posées à cet effet donnent lieu à des problèmes d'application, tenant à l'obligation du législateur de déterminer à la fois les fins, les conditions et les modalités d'exercice du pouvoir réglementaire d'attribution“. Pour résoudre le problème constaté, le Conseil d'Etat a préféré abandonner l'exigence constitutionnelle voulant que, à côté de la finalité et des conditions, les „modalités“ doivent également être spécifiées par la loi pour mettre en œuvre le pouvoir réglementaire d'attribution dans les matières réservées“, et il a proposé pour la nouvelle Constitution le texte suivant: „Dans les matières réservées par la Constitution à la loi, il [le Chef de l'Etat] ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'aux fins et dans les conditions spécifiées par la loi“. En attendant une éventuelle évolution du droit constitutionnel sur ce point, le Conseil d'Etat invite les auteurs à tenir compte des enseignements du précité arrêt du 29 novembre 2013 et à amender, le cas échéant, les textes en conséquence.

Le Conseil d'Etat voudrait encore attirer l'attention sur l'arrêt n° 109/14, rendu par la Cour constitutionnelle le 10 janvier 2014. Par cet arrêt, l'article 17 de la loi modifiée du 26 mars 1986 fixant les conditions et les modalités selon lesquelles un fonctionnaire de l'Etat peut se faire changer d'administration, est déclaré non conforme à l'article 10*bis* de la Constitution, „dans la mesure où il instaure une différence de traitement en faveur des fonctionnaires y visés ayant changé d'administration et nommés hors cadre, en prévoyant qu'en cas de départ de l'agent de référence déterminé en vertu dudit article, ils conservent le rang auquel ils ont été initialement classés, alors que le fonctionnaire pourtant nommé hors cadre, mais n'ayant pas changé d'administration, ne bénéficie pas du maintien de rang visé par le troisième tiret du deuxième alinéa dudit article 17“. L'arrêt 109/14 n'a pas d'incidence directe sur le régime du changement d'administration tel que prévu par le „paquet des réformes“, alors que le placement hors cadre du fonctionnaire et son rattachement à un agent de référence n'y est plus prévu. L'arrêt aurait, par contre, une incidence sur les dispositions transitoires organisant le basculement du régime de changement d'administration actuel vers le régime prévu par les textes sous examen, si, en attendant la prise d'effets de la nouvelle législation, la législation actuellement en vigueur n'avait pas été modifiée en conséquence de cet arrêt. Dans ce cas, les dispositions transitoires seraient à modifier, afin de tenir compte des enseignements de l'arrêt.

De manière générale, le Conseil d'Etat voudrait encore faire observer que la présentation légistique des textes en projet laisse à désirer sur de nombreux points. Aussi demande-t-il aux auteurs de revoir tous les textes en tenant compte des règles usuelles de la légistique formelle. A titre d'exemple, le Conseil d'Etat se réfère à l'article 10 du projet de loi fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'Etat. Cet article est d'un accès difficile. Dans la version dactylographiée du projet de loi soumise au Conseil d'Etat, il comprend une vingtaine de pages. Il est subdivisé en plusieurs „rubriques“ numérotées par des chiffres romains majuscules, elles-mêmes subdivisées en paragraphes numérotés à chaque fois au moyen d'une nouvelle séquence de chiffres arabes. Les paragraphes sont subdivisés en alinéas dont certains contiennent des énumérations introduites par des lettres minuscules suivies d'une parenthèse alors que les énumérations contenues dans d'autres alinéas sont introduites par des tirets. Une telle présentation, bien que reflétant peut-être une

2 Mém. A n° 217 du 13 décembre, p. 3886.

3 Mém. A n° 36 du 15 mars 2007, p. 742.

certainne cohérence logique, n'est cependant pas de mise, alors qu'elle rend toute citation d'une partie déterminée du texte très malaisée et, à la limite, incompréhensible.

Toujours en ce qui concerne la légistique, le Conseil d'Etat rappelle encore que les références d'un acte législatif ou réglementaire vers un autre sont dynamiques, c'est-à-dire qu'elles sont modifiées de manière implicite du fait même de l'entrée en vigueur d'un nouvel acte. Pour autant qu'une référence vers une loi, que les projets de loi entendent abroger, garde sa pertinence et trouve un corollaire dans les lois en projet, elle n'a pas besoin d'être adaptée explicitement lorsque la loi actuellement en vigueur à laquelle elle se réfère est remplacée.

Compte tenu du fait que le Conseil d'Etat estime qu'il y a lieu de restructurer l'ensemble du texte du projet de loi sous examen, ainsi que d'y apporter des modifications nombreuses, il renonce à renuméroter le texte à chaque fois qu'il propose d'ajouter ou de supprimer un article. Il n'est donc pas renvoyé à de nouveaux numéros d'articles.

La date retenue pour l'entrée en vigueur des projets de lois précités est généralement fixée au 1er janvier 2014, sauf les exceptions prévues de cas en cas. Comme cette date ne saurait être maintenue, le calendrier pour l'entrée en vigueur du „paquet de réformes“ doit être adapté en conséquence de la progression des travaux législatifs. Le Conseil d'Etat ne reviendra plus sur ce point lors de l'examen des articles des différents projets de lois du „paquet des réformes“.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Article 1er

L'article sous examen apporte de nombreuses modifications, souvent très ponctuelles et techniques, à l'article 1er du statut général de la fonction publique, ci-après dénommé „statut général“.

Point 1

Sans observation.

Point 2

La référence à la Constitution est surabondante et à omettre alors que la loi doit en tous points être conforme à la norme constitutionnelle.

Le texte sous examen se réfère „aux dispositions inscrites au chapitre 2bis“. Les dispositions visées sont, à d'autres endroits du projet de loi sous examen, désignées par les numéros d'article, à savoir, les articles 4, 4bis et 4ter. Dans l'intérêt d'une meilleure intelligibilité du texte, une harmonisation des renvois divergents pour désigner la même disposition s'impose. Le Conseil d'Etat recommande de renvoyer aux articles.

Le Conseil d'Etat demande, sous peine d'opposition formelle, la suppression du mot „notamment“. Dans le contexte sous avis, l'emploi de ce mot est en effet contraire à la sécurité juridique alors qu'il confère à l'énumération qu'il introduit un caractère non limitatif, de nature à engendrer une incertitude quant aux normes applicables.

Point 3

A l'alinéa 2 du point 3, le Conseil d'Etat demande, sous peine d'opposition formelle, la suppression du mot „notamment“. Dans le contexte sous avis, l'emploi de ce mot est en effet contraire à la sécurité juridique alors qu'il confère à l'énumération qu'il introduit un caractère non limitatif, de nature à engendrer une incertitude quant aux normes applicables.

A l'alinéa 2 du point sous avis, le Conseil d'Etat demande de supprimer les mots „plus particulièrement“ qui n'apportent aucune plus-value normative au texte.

Le texte sous examen se réfère à l'article 7, paragraphe 2, alinéa 4 du statut général. Après la modification de l'article 7 par l'article 11 de la loi en projet, le paragraphe 2 de l'article 7 ne compte plus que trois alinéas. La référence est dès lors à corriger, sinon à supprimer.

Point 4

La disposition sous avis a pour objet d'étendre „le cas échéant“ certaines dispositions du statut général aux fonctionnaires-stagiaires, en précisant que cette extension se fait „par application analogique“.

Tout en étant conscient que le recours à la technique de l'application analogique des règles de droit se trouve encore dans d'autres dispositions du statut général qui ne sont pas visées par la présente réforme, le Conseil d'Etat considère toutefois que la marge d'imprécision inhérente à une démarche par analogie enlèvera aux modalités applicables toute garantie de sécurité juridique. Le Conseil d'Etat se voit par conséquent obligé de s'opposer formellement à la disposition sous avis, tout en exigeant dans l'intérêt de la sécurité juridique que les règles visées par l'application analogique soient énoncées avec la précision requise, de même que les cas dans lesquels elles s'appliquent. Il suggère par ailleurs que la présente modification du statut général soit mise à profit pour en éliminer, d'une manière générale, le recours à la technique de l'application analogique des règles de droit.

Point 5

Le Conseil d'Etat demande de supprimer les mots „plus particulièrement“ qui n'apportent aucune plus-value normative au texte.

Point 6

Le point 6 de l'article sous examen remplace le paragraphe 5 de l'article 1er du statut général par un nouveau texte. L'alinéa 1er du nouveau paragraphe 5 a pour objet d'étendre certaines dispositions du statut général aux employés de l'Etat, en précisant que cette extension se fait „le cas échéant par application analogique“. Pour les raisons énoncées ci-dessus à l'endroit du point 4 de l'article sous revue, liées aux exigences de la sécurité juridique, le Conseil d'Etat se voit contraint de s'opposer formellement à la disposition sous avis.

Le Conseil d'Etat voudrait encore, à titre tout à fait subsidiaire, attirer l'attention des auteurs sur l'alinéa 2 du nouveau paragraphe 5, lequel renvoie au paragraphe 5 de l'article 4*bis* du statut général. Or, l'article 4*bis*, tel qu'il est proposé par l'article 7 du projet de loi sous examen, ne compte que quatre paragraphes. La référence incorrecte est à corriger, sinon à supprimer.

L'alinéa 3 du nouveau paragraphe 5 de l'article 1er du statut général apporte une dérogation par rapport à l'obligation de publier les postes vacants auprès de l'Etat. Sachant que la liste de réserve de recrutement contient quelque 4.000 candidatures, il devient possible de faire dans la quasi-totalité des cas abstraction de l'obligation de publication. Ceci paraît contraire au principe d'égal accès aux emplois publics dont l'obligation de publier les vacances de poste est un corollaire. Le commentaire des articles justifie cette dérogation avec l'argument qu'il „est inutile de susciter de nouvelles candidatures“ „lorsque le Ministère de la Fonction publique et de la Réforme administrative peut recourir à la liste de réserve de recrutement sur laquelle figurent les candidats remplissant les conditions d'admission, mais qui n'ont pas encore été engagés“. Le Conseil d'Etat est d'avis que l'argument invoqué n'est pas suffisant pour supporter une dérogation quasi générale à l'obligation de publication des postes vacants destinés aux employés. A défaut par les auteurs du projet de loi de justifier la dérogation en cause de manière plus appropriée, le Conseil d'Etat réserve sur ce point sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel, par référence à l'article 10*bis* de la Constitution.

Point 7

En ce qui concerne le point 7 de l'article sous examen, il faut soulever que la référence à l'article 9, paragraphe 1er, alinéa 3 est erronée alors que l'article 9 n'est plus subdivisé en paragraphes. Une référence à l'article 9, alinéa 3 est suffisante.

Par la disposition sous examen, le fonctionnaire retraité restera soumis tout au long de sa vie à certaines dispositions du statut général, énumérées de manière limitative.

Dans ce contexte, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations formulées aux considérations générales en ce qui concerne le „fonctionariat à vie“.

Parmi les nombreuses dispositions qui demeurent applicables au fonctionnaire au-delà de sa mise à la retraite, figure l'article 10 du statut général qui astreint le fonctionnaire à l'obligation de dignité et à celle d'éviter le scandale qui pourrait éclabousser le service public. Tout bon citoyen doit se comporter de façon à ne pas troubler l'ordre public et à ne pas heurter la loi pénale. En cas de transgression, il

s'expose à des poursuites pénales. Pourquoi les limites tracées par l'ordre public et la loi pénale ne seraient-elles pas suffisantes pour orienter la conduite du fonctionnaire retraité?

Dans ce même contexte, le Conseil d'Etat rappelle que l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précitée, garantit à toute personne le droit au respect de sa vie privée et familiale et dispose qu'„il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui“.

Le Conseil d'Etat considère que la soumission, sans limitation de durée, du fonctionnaire retraité aux dispositions du statut général énumérées par la disposition sous examen, constitue *a priori* une ingérence dans sa vie privée et familiale, à moins que les auteurs du projet de loi montrent que cette ingérence est justifiée, compte tenu des exigences de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précitée, sans quoi le Conseil d'Etat se verrait obligé de réserver sur ce point sa position en ce qui concerne le second vote constitutionnel.

Article 2

En attribuant la qualification de „chef d'administration“ au „fonctionnaire chargé de la coordination d'un département ministériel“, la disposition sous examen se trouve en divergence avec l'article 4 de l'arrêté royal grand-ducal du 9 juillet 1857 portant organisation du Gouvernement grand-ducal, pris en exécution de l'article 76 de la Constitution de 1856, lequel article fut maintenu sous le même numéro et avec le même contenu dans la Constitution actuellement en vigueur. En effet, d'après ce texte, „chaque membre du Gouvernement a la direction d'un département ministériel“; c'est donc le ministre qui doit être considéré comme chef d'administration de son département ministériel.

Par la disposition sous examen, le législateur empiète sur les prérogatives constitutionnelles du Grand-Duc qui, aux termes de l'article 76 de la Constitution, „règle l'organisation de son Gouvernement“. Dans ces circonstances, le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à la disposition sous examen.

Article 3

L'article 3 du projet de loi sous avis a pour objet de modifier à plusieurs égards l'article 2 du statut général.

Point 1, lettre b)

Le point sous examen prévoit que les membres du Gouvernement ayant respectivement la Fonction publique, l'Education nationale ou l'Enseignement supérieur dans leurs attributions peuvent accorder des équivalences de diplômes ou de certificats par rapport à ceux exigés pour l'accès au service de l'Etat en vertu du point e) du 1er paragraphe de l'article 2 du statut général. D'après cette disposition, le candidat, pour être admis au service de l'Etat en qualité de fonctionnaire, doit „satisfaire aux conditions d'études et de formation professionnelle requises“. Celles-ci sont fixées par règlement grand-ducal.

L'octroi d'une équivalence de diplôme ou de certificat constitue une mesure à caractère individuel, pour laquelle le projet de loi doit tracer le cadre légal. A défaut de critères d'équivalence précis, l'autorité compétente dispose d'un pouvoir discrétionnaire très large.

Comme autorité compétente en matière d'équivalences, le projet de loi énumère „le ministre [ayant la Fonction publique dans ses attributions], le ministre ayant l'Education nationale dans ses attributions ou le ministre ayant l'Enseignement supérieur dans ses attributions“. D'après le texte sous examen, il semble que les trois ministres soient compétents, indistinctement et chacun individuellement, pour toutes les équivalences de diplômes et de certificats dans le domaine de la fonction publique.

Le Conseil d'Etat est d'avis qu'il serait plus judicieux d'attribuer la compétence en ce qui concerne la reconnaissance des équivalences de diplômes et de certificats aux seuls ministres de l'Education nationale et de l'Enseignement supérieur qui exercent déjà des compétences en matière de reconnaissance et d'homologation de diplômes. Le cadre légal à mettre en place devrait délimiter la sphère de compétence des deux ministres et encadrer leur pouvoir discrétionnaire afin d'éviter des recours en justice.

Le texte sous examen prévoit encore que les décisions à prendre par les ministres le sont „le cas échéant sur avis d’une commission à instituer par règlement grand-ducal“. Le Conseil d’Etat demande de faire abstraction de l’institution par le texte sous avis d’une commission facultative. Chaque autorité, donc chaque ministre, est en effet libre de se doter d’un organe consultatif pour les décisions qu’elle est amenée à prendre, chaque fois qu’elle le trouve indiqué. Les avis en question sont soumis aux exigences découlant de la procédure administrative non contentieuse et plus particulièrement de l’article 4 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l’Etat et des communes.

Point 2

La disposition sous examen crée la possibilité pour le ministre de la Fonction publique d’organiser un examen-concours spécial auquel sont admis des candidats ne maîtrisant pas les trois langues administratives. Cette faculté n’est ouverte qu’après deux examens-concours infructueux, lorsque „un ou plusieurs postes n’ont pas pu être occupés par des candidats correspondant au profil des postes vacants“.

Dans ce contexte, plusieurs questions se posent.

Que faut-il entendre par „profil du poste vacant“? Le profil prend-il en compte uniquement les formations et résultats scolaires ou universitaires et l’expérience professionnelle du candidat, ou également les résultats obtenus aux tests psychologiques? La prise en compte dans l’établissement du profil de critères à connotation subjective expose la décision constatant l’adéquation ou l’inadéquation du candidat au profil au reproche de l’arbitraire.

Qui prend la décision constatant l’inadéquation des candidats ayant le cas échéant réussi à l’examen-concours „normal“ par rapport au profil exigé, ouvrant la voie à un examen-concours spécial en exemption des exigences linguistiques de droit commun?

Ne serait-il pas plus objectif et plus transparent dans ces conditions de déterminer au préalable les postes dans la fonction publique, pour lesquels les trois langues administratives sont requises dans tous les cas, sans qu’il soit possible d’y déroger?

Qu’en est-il, finalement, des critères d’engagement des agents de la carrière de l’employé public ne maîtrisant pas la langue luxembourgeoise, sachant que ces agents ne doivent pas se soumettre à un examen-concours préalable?

Point 3, lettre a)

La référence au „ministre ayant l’Administration gouvernementale dans ses attributions“ (le Conseil d’Etat préfère parler de „services administratifs du Gouvernement“) est à supprimer pour les raisons plus amplement développées dans l’avis du Conseil d’Etat au sujet du projet de loi portant organisation de l’Administrations gouvernementale (doc. parl. n° 6464).

Point 3, lettre b)

Il est encore à noter que le nouveau texte ne prévoit plus la possibilité pour le stagiaire, dont le stage est résilié, d’être au préalable entendu dans ses observations. Le Conseil d’Etat rappelle qu’à défaut de procédure spéciale présentant pour l’administré des garanties au moins équivalentes à celles de la procédure administrative non contentieuse, celle-ci est d’application.

Point 3, lettre e)

La disposition sous examen prévoit qu’„en cas d’incapacité de travail, le paiement de l’indemnité de stage est continué pour la moitié pendant une période maximale de six mois“.

Il s’agit d’une disposition fortement pénalisante pour le stagiaire, alors que celui-ci se voit réduire son indemnité de moitié dès le premier jour de son incapacité de travail. Dans ce contexte, il faut noter que selon l’article L. 121-6 du Code du travail, „le salarié incapable de travailler a droit au maintien intégral de son salaire ... jusqu’à la fin du mois de calendrier dans lequel se situe le soixante-dix-septième jour d’incapacité de travail pendant une période de douze mois de calendrier successifs“.

Le Conseil d’Etat demande d’aligner la disposition sous revue sur la disposition citée du Code du travail, alors qu’il estime qu’à cet égard le fonctionnaire-stagiaire et le salarié se trouvent *a priori* dans des situations comparables. Le traitement différent de situations par ailleurs comparables risque d’exposer la disposition sous examen au reproche d’une rupture injustifiée de l’égalité devant la loi, inscrite à l’article 10*bis* de la Constitution. A défaut d’arguments répondant aux critères élaborés par la Cour

constitutionnelle, à savoir que la différence de traitement alléguée procède de disparités objectives, qu'elle est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but, le Conseil d'Etat réserve sa position en ce qui concerne la dispense du second vote constitutionnel.

La disposition sous examen soulève encore la question de savoir si la „période maximale de six mois“ s'entend d'une période de six mois entiers et consécutifs ou bien d'un cumul de plusieurs périodes réparties sur les trois années de stage, totalisant la durée de six mois. Le Conseil d'Etat demande d'apporter les précisions qui s'imposent.

Point 3, lettre f)

Le principe de la hiérarchie des normes interdit qu'une norme juridique supérieure comporte une référence à une norme qui lui est inférieure dans la hiérarchie des sources de droit. Dès lors, le renvoi au règlement grand-ducal fixant les modalités du contrôle de la connaissance des trois langues administratives pour le recrutement des fonctionnaires et employés publics de l'Etat est à supprimer. En cas de maintien du texte dans sa rédaction actuelle, le Conseil d'Etat se verrait dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel.

Point 6

Le point sous examen confère une nouvelle teneur à l'article 2, paragraphe 6 du statut général. L'alinéa 1er du nouveau paragraphe 6 rend la décision d'un membre du Gouvernement tributaire de l'avis conforme d'un autre membre du Gouvernement. Le fait de faire dépendre la décision du ministre du ressort de l'avis conforme du ministre ayant la Fonction publique dans ses attributions reviendrait à déplacer le pouvoir décisionnel du premier vers le second, car le premier serait lié par l'avis du second pour rendre sa décision, laquelle n'aurait alors plus qu'un caractère purement formel. Aussi le Conseil d'Etat préconise-t-il de laisser la compétence décisionnelle entre les mains du Conseil de gouvernement, comme c'est actuellement le cas. Cette solution aurait l'avantage d'être conforme à l'arrêté royal grand-ducal modifié du 9 juillet 1857 portant organisation du gouvernement grand-ducal, dont l'article 8, alinéa 5 dispose que „les affaires qui concernent à la fois plusieurs départements, sont décidées en Conseil“.

Articles 4 et 5

Ces articles n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 6

Les articles 6 à 8 du projet de loi sous avis introduisent dans le statut général des notions jusque-là inconnues dans le droit de la fonction publique luxembourgeoise. Il s'agit des notions de „développement professionnel du fonctionnaire“, de „gestion par objectifs“, de „programme de travail“ de l'administration ou du service, de „programme de travail individuel du fonctionnaire“, d'„appréciation des compétences professionnelles et personnelles du fonctionnaire“, de „procédure d'amélioration des performances professionnelles“ ou encore de „procédure d'insuffisance professionnelle“.

Il apparaît que la notion-clef de la réforme introduite par les articles 6, 7 et 8 est celle du „développement professionnel du fonctionnaire“, laquelle, selon l'article sous examen, „s'inscrit dans la gestion par objectifs à établir par chaque administration sur une période de référence de trois ans. La gestion par objectifs comprend à chaque fois le programme de travail de l'administration avec, le cas échéant, celui des services qui en font partie, ainsi que le plan de travail individuel qui en découle pour chaque fonctionnaire“.

Le „développement professionnel du fonctionnaire“ suppose donc, pour se déployer, l'existence d'un système de gestion par objectifs dans l'ensemble des administrations et services de l'Etat. L'introduction d'un tel système de gestion pour la totalité de l'administration publique luxembourgeoise, inexistant pour le moment, induit une modification radicale de la culture administrative. Des changements aussi importants auraient, selon le Conseil d'Etat, mérité une loi spéciale avec des règlements d'exécution propres. Le statut général aurait alors pu s'appuyer sur cette loi spéciale pour en tirer les conséquences au niveau de la gestion du „développement professionnel du fonctionnaire“. Le Conseil d'Etat estime en effet qu'il est de mauvaise technique législative d'opérer un changement aussi novateur et fondamental pour le fonctionnement futur de l'administration publique au moyen d'une simple phrase relative à inscrire à l'article 4 du statut général. Aussi le Conseil d'Etat aurait-il préféré pour les articles précités un style de rédaction plus normatif et plus structuré au lieu du style descriptif

employé par les auteurs. Un style normatif présenterait l'avantage de faire ressortir clairement et de manière impérative les nombreuses obligations et exigences auxquelles les nouveaux textes assujettissent les administrations et leurs agents.

A la lecture des articles 6, 7 et 8 du projet de loi sous avis et des projets de règlement d'exécution y relatifs, le Conseil d'Etat se rend compte que les nouvelles mesures introduites par ces textes engendreront un considérable surcroît de travail administratif pour l'ensemble des administrations et services de l'Etat. Il voudrait, dans le même ordre d'idées, attirer l'attention sur la pléthore de contentieux administratif que les nouvelles mesures ne manqueront sans doute pas de susciter. Sans vouloir mettre en cause les choix politiques pris par les auteurs du projet de loi, mais toujours dans le même ordre d'idées, le Conseil d'Etat est à se demander si les bénéfices escomptés se situeront dans une juste proportion par rapport aux moyens à mettre en œuvre et aux inconvénients à assumer.

La grande innovation apportée par l'article sous examen consiste à astreindre chaque administration et service de l'Etat à élaborer un programme de travail pour l'administration dont découlent par cascade les programmes de travail pour chacune de ses entités et les programmes de travail individuels pour chaque fonctionnaire. Les différents programmes de travail sont établis pour une durée de trois années et font, à l'issue de chaque période triennale, l'objet d'une évaluation. Le contenu, la forme, la procédure d'élaboration, la mise en œuvre des différents plans et la manière de leur évaluation rétrospective en fin de période, feront l'objet d'un règlement grand-ducal.

La lecture du projet de règlement grand-ducal précité fait apparaître que l'organigramme constitue l'une des composantes du plan de travail de l'administration, bien qu'il ne soit pas expressément mentionné au projet de loi sous revue, à l'endroit de l'article sous examen. Cependant, l'article 41 du projet de loi sous revue, les articles 11, 31 et 50 du projet de loi fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'Etat (doc. parl. n° 6457) ou encore l'article 31 du projet de loi déterminant le régime et les indemnités des employés de l'Etat (doc. parl. n° 6465), font référence à la notion d'organigramme. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat demande de formuler clairement l'exigence d'un organigramme dans le cadre de l'article sous revue, afin de ne pas avoir à se référer dans d'autres dispositions légales à un instrument créé par règlement grand-ducal.

L'article sous revue est à reformuler pour tenir compte des observations qui précèdent.

Article 7

Cet article a pour objet d'insérer un nouvel article *4bis* dans le statut général.

A la suite de l'article précédent qui inscrit le „développement professionnel du fonctionnaire“ dans un système plus vaste de „gestion par objectifs“, l'article sous revue a pour objet d'introduire dans le droit de la fonction publique un „système d'appréciation des compétences professionnelles et personnelles“ du fonctionnaire. Le système d'appréciation, qui fait partie du „développement professionnel du fonctionnaire“, constitue, lui aussi, une nouveauté.

Le paragraphe 1er du nouvel article *4bis* organise un „système d'appréciation des compétences professionnelles et personnelles“ du fonctionnaire. Cette appréciation se fonde sur quatre critères qui sont la qualité de son travail, son assiduité, sa valeur personnelle et relationnelle ainsi que le degré de réalisation de son plan de travail individuel. Dans ce contexte, le Conseil d'Etat voudrait émettre ses réserves quant à l'objectivité et la mesurabilité de ces critères, et en particulier de celui concernant la „valeur personnelle et relationnelle“. Une trop grande imprécision dans la définition des critères allant de pair avec une trop grande subjectivité dans leur appréciation risque en effet d'exposer le système d'appréciation au reproche de l'arbitraire, tout en formant une source de contentieux supplémentaire.

Selon l'alinéa 1er du paragraphe 1er du nouvel article *4bis*, „il [le système d'appréciation] est organisé à l'issue d'une procédure d'appréciation“. Ici, le Conseil d'Etat est d'avis qu'en bonne logique la „procédure d'appréciation“ doit, tout comme le „rapport d'appréciation“ dont il sera question plus loin dans l'article sous revue, faire partie intégrante du „système d'appréciation“. La „procédure d'appréciation“ se déroule en quatre étapes, dont les trois premières sont obligatoires, alors que „la quatrième et dernière étape n'est atteinte qu'en cas de saisine, facultative, d'une commission spéciale“. D'un point de vue rédactionnel, le Conseil d'Etat aurait préféré le verbe „entamer“ plutôt que celui d'„atteindre“. Il suggère aussi de ne pas préciser que la quatrième étape, facultative, est en même temps la dernière. Cette affirmation risque d'être mal comprise, alors que la décision à prendre par la commission est susceptible de recours. Dans cette éventualité, d'autres étapes viendraient s'y ajouter.

D'après l'alinéa 2 du paragraphe 1er de l'article sous revue, „le système d'appréciation des compétences professionnelles et personnelles donne lieu, à la fin de la période de référence respective, à un rapport d'appréciation du fonctionnaire. Il [le système d'appréciation?] s'applique à partir du dernier grade du niveau général pour le passage au niveau supérieur ainsi que pour chaque promotion ou avancement à une promotion dans le niveau supérieur“. A la lumière des développements de l'exposé des motifs et du commentaire des articles, le Conseil d'Etat croit comprendre que le système d'appréciation s'applique la première fois au moment du passage du fonctionnaire du niveau de traitement général vers le niveau de traitement supérieur, et, ensuite, à l'occasion de chaque promotion ou de chaque avancement y assimilé. Si tel devait être le cas, le texte gagnerait en clarté si cette précision était bien mise en évidence dès le début de l'alinéa 2, pour préciser ensuite que la procédure d'appréciation est déclenchée à la fin de la période de référence triennale qui précède, l'événement subordonné à une appréciation préalable dans le déroulement de la carrière du fonctionnaire. Dans sa rédaction actuelle, le texte sous examen commence par poser le principe d'une appréciation triennale. La deuxième phrase laisse subsister une hésitation sur le point de savoir si le pronom personnel „il“ se rapporte au „système d'appréciation“ ou au „rapport d'appréciation“. Dans la première hypothèse, le sens de la disposition est celui que le Conseil d'Etat vient d'énoncer. Dans la deuxième hypothèse, par contre, l'on pourrait être amené à croire que l'appréciation ait lieu tous les trois ans, indépendamment de tout événement de carrière, qu'un rapport d'appréciation soit établi à chaque fois, mais que ce rapport n'ait une incidence réelle qu'à partir du moment du passage du fonctionnaire du groupe de traitement inférieur vers le groupe de traitement supérieur.

Tenant compte des observations qui précèdent, le Conseil d'Etat estime qu'une reformulation du paragraphe 1er du nouvel article 4*bis* devient nécessaire.

Les autres paragraphes du nouvel article 4*bis* n'appellent pas d'observation.

Le Conseil d'Etat note par ailleurs qu'il résulte de la combinaison de l'article sous revue avec l'article 65 du projet de loi sous examen que le système d'appréciation des compétences professionnelles et personnelles prévu par le présent article ne s'applique pas aux fonctionnaires occupant une fonction dirigeante au sens de l'article 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.

Article 8

L'article sous examen insère un nouvel article 4*ter* au statut général, lequel a pour objet d'introduire dans le droit de la fonction publique un autre instrument innovateur en matière de gestion des agents: la „procédure d'amélioration des prestations professionnelles“. Le nouvel instrument s'insère lui aussi dans le contexte du „développement professionnel du fonctionnaire“ et de la „gestion par objectifs“ du service public.

La nouvelle procédure en amélioration des prestations professionnelles connaît deux cas d'ouverture.

Premier cas: La procédure s'applique au fonctionnaire dont le niveau de performance déterminé en application de l'article qui précède s'établit au niveau le plus bas, à savoir le niveau de performance 1. En présence d'un niveau de performance 1, le chef d'administration est tenu de déclencher à l'égard du fonctionnaire concerné la procédure en amélioration des prestations professionnelles.

Deuxième cas: La procédure en amélioration des prestations professionnelles peut être déclenchée par le chef d'administration à l'encontre d'un fonctionnaire qui n'a pas encore fait l'objet d'une appréciation par application de l'article 4*bis* projeté du statut général, lorsque „les prestations du fonctionnaire sont insuffisantes“. Dans ce cas, le constat de l'insuffisance des prestations relève de l'appréciation discrétionnaire du chef d'administration. Il est vrai que la décision de celui-ci de déclencher la procédure en amélioration des prestations professionnelles relève de la procédure administrative non contentieuse. Elle doit donc être motivée et le fonctionnaire visé doit être mis en mesure de présenter ses observations préalablement à la décision. La décision est également susceptible de recours juridictionnel. Malgré les garanties résultant pour le fonctionnaire en cause de l'application des règles de la procédure administrative non contentieuse, le Conseil d'Etat aurait souhaité que le fonctionnaire dont le chef d'administration estime que les prestations professionnelles sont insuffisantes soit soumis à l'appréciation prévue à l'article 4*bis* en projet, sans attendre la prochaine échéance triennale, et que la procédure soit alors déclenchée à son égard dans les conditions prévues pour le premier cas d'ouverture, décrit à l'alinéa qui précède. Cette solution aurait le mérite de rendre possible, également dans ce cas,

la saisine de la commission prévue à l'article 4bis, ce qui, aux yeux du Conseil d'Etat, constituerait une garantie supplémentaire d'objectivité dans l'intérêt du fonctionnaire concerné.

Quant à la terminologie employée, le Conseil d'Etat est à se demander si, pour des raisons de cohérence du vocabulaire, il ne serait pas plus correct de remplacer dans la dénomination de la procédure le terme „prestations“ par celui de „performances“, étant donné que l'appréciation prévue à l'article 4bis en projet a pour objet de mesurer le „niveau de performance“ des fonctionnaires et que c'est en vertu des résultats de cette appréciation que la procédure en amélioration est déclenchée.

Tenant compte des observations qui précèdent, le Conseil d'Etat estime que l'article sous revue aurait avantage à être reformulé.

Articles 9 et 10

Ces articles n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 11

Le numéro 2, point b) de l'article sous examen a pour objet de compléter l'alinéa 1er du paragraphe 2 de l'article 7 du statut général par la partie de phrase suivante: „pour une durée maximale de deux ans renouvelable à son terme, sans préjudice de dispositions particulières“.

Suite à cette modification, la disposition en question se lira désormais comme suit: „L'autorité compétente peut, dans l'intérêt du bon fonctionnement des services et dans le respect de l'affectation du fonctionnaire, procéder à des détachements pour une durée maximale de deux ans renouvelable à son terme, sans préjudice de dispositions particulières.“

A défaut d'autre précision au sujet des „dispositions particulières“ qui sont visées par le nouveau texte, le Conseil d'Etat demande de supprimer le bout de phrase „sans préjudice de dispositions particulières“.

L'article sous examen n'appelle pas d'autre observation.

Article 12

L'article sous revue a pour objet, dans son numéro 2, d'inscrire à l'endroit de l'article 9, paragraphe 1er du statut général un nouvel alinéa 3 obligeant le fonctionnaire à se conformer „aux valeurs essentielles de la Fonction publique et aux règles déontologiques régissant l'exercice de ses fonctions“, et de créer en même temps la base légale pour un règlement grand-ducal appelé à fixer les règles déontologiques dans la fonction publique.

Selon le commentaire des articles, la plupart des dispositions à caractère déontologique figurant actuellement dans le statut général sont transférées au règlement grand-ducal à prendre, parfois sous une version légèrement modifiée. Il en est par exemple ainsi des dispositions figurant actuellement aux articles 9, paragraphes 2 et 4, article 10, paragraphe 1er, alinéa 2 et paragraphe 3, article 11 ou encore article 15, paragraphes 1er et 2 du statut général actuellement en vigueur.

Le fait pour un fonctionnaire de contrevenir aux règles déontologiques l'expose à des poursuites disciplinaires. D'après la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, „en droit disciplinaire, la légalité des peines suit les principes généraux du droit pénal et doit observer les mêmes exigences constitutionnelles de base“⁴. Dans ce contexte, le Conseil d'Etat voudrait attirer l'attention des auteurs du projet de loi sur l'article 14 de la Constitution aux termes duquel „nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi“. Cet article consacre le principe de la légalité des peines et, à titre de corollaire, également celui de la légalité des incriminations. Il s'ensuit que tant l'établissement de la peine que la spécification des infractions sont des matières réservées à la loi formelle. Dans ces matières, le pouvoir réglementaire du Grand-Duc ne doit intervenir que dans la mesure où les exigences de l'article 32(3) de la Constitution sont remplies. La loi formelle doit par conséquent spécifier les fins, les conditions et les modalités dans lesquels un règlement grand-ducal peut intervenir, ce qui n'est pas le cas. Le Conseil s'oppose dès lors formellement à la disposition sous examen. Il suggère de maintenir les règles relatives à la déontologie dans la loi formelle.

⁴ Cour constitutionnelle, arrêts 23/04 et 24/04 du 3 décembre 2004, Mém. A – 201 du 23 décembre 2004, p. 2960; dans le même sens, voir aussi Cour constitutionnelle, arrêts 41/07, 42/07 et 43/07 du 14 décembre 2007, Mém. A – 1 du 11 janvier 2008, pp. 2 à 8.

Articles 13 à 15

Ces articles n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 16

L'article sous examen apporte des modifications importantes à l'article 14 du statut général. La plupart des règles déontologiques inscrites actuellement à l'article 14 sont supprimées du texte de loi pour être transférées au règlement grand-ducal fixant les règles déontologiques dans la fonction publique, actuellement en l'état de projet. A cet égard, le Conseil d'Etat se réfère à ses observations formulées à l'endroit de l'article 12.

Dans la teneur que propose de lui conférer la disposition sous revue, l'article 14 du statut général aura pour objet de régler exclusivement les grands principes régissant les occupations accessoires des fonctionnaires. Les détails devraient être réglés dans un règlement grand-ducal fixant les règles déontologiques dans la fonction publique, actuellement en l'état de projet.

Le nouveau texte se départage de l'actuelle définition de l'activité accessoire. Actuellement, en effet, seule l'activité payée (rétribuée) est considérée comme telle. Le nouveau texte, par contre, considère comme activité accessoire „toute activité exercée en dehors de la fonction principale du fonctionnaire“, qu'elle soit „à but principalement de nature idéale ou d'épanouissement“ ou qu'elle soit „à but principalement lucratif“. Le critère de la rémunération (rétribution), abandonné au niveau de la définition de l'activité accessoire, réapparaît pour déterminer les activités accessoires qui sont soumises à autorisation ministérielle. Selon le texte sous avis, l'exercice de toute activité accessoire rémunérée est soumis à autorisation, à l'exception de l'activité rémunérée „qui poursuit principalement un but de nature idéale ou d'épanouissement personnel“.

Le texte sous revue part du principe que toute activité exercée par le fonctionnaire en dehors de sa fonction principale est une activité accessoire qui ne peut, selon le paragraphe 1er de l'article 14 du statut général, „être exercée ou autorisée si elle ne se concilie pas avec l'accomplissement consciencieux et intégral des devoirs de la fonction ou s'il y a incompatibilité, de fait ou de droit, au regard de l'autorité, de l'indépendance ou de la dignité du fonctionnaire“.

Toute activité du fonctionnaire, rémunérée ou non, qu'elle soit „à but principalement de nature idéale ou d'épanouissement personnel“ ou qu'elle soit „à but principalement lucratif“, est dès lors soumise aux règles du statut général.

L'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précitée, garantit à toute personne le droit au respect de sa vie privée et familiale et dispose qu'„il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui“.

Le Conseil d'Etat considère que le fait de soumettre au statut général toute activité du fonctionnaire, sans aucune exception ni réserve, y compris les activités idéales ou d'épanouissement personnel, constitue une ingérence dans sa vie privée et familiale. En attendant que les auteurs du projet de loi montrent que cette ingérence est justifiée, compte tenu des exigences de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précitée, le Conseil d'Etat réserve sur ce point sa position en ce qui concerne le second vote constitutionnel.

En ce qui concerne la rédaction, le Conseil d'Etat demande, sous peine d'opposition formelle, la suppression du mot „notamment“. Dans le contexte sous avis, l'emploi de ce mot est en effet contraire à la sécurité juridique alors qu'il confère à l'énumération qu'il introduit un caractère non limitatif, de nature à engendrer une incertitude quant aux normes applicables.

Article 17

L'article sous examen insère dans le statut général un nouvel article 15bis qui a pour objet d'organiser une surveillance sur le passage temporaire ou définitif de fonctionnaires vers des entreprises du secteur privé. Le Conseil d'Etat partage le souci des auteurs du projet de loi, consistant à mettre l'administration à l'abri de tout soupçon d'improbité. Il aurait toutefois souhaité que le passage d'agents du secteur privé vers le secteur public soit également thématiquement traité dans le cadre du projet de loi sous examen.

Le nouvel article 15bis en projet du statut général est divisé en trois paragraphes.

Avant d'entrer dans le détail de l'article sous examen, il faut noter que le paragraphe 1er est conçu dans une finalité consistant à empêcher la corruption et le trafic d'influence. Le paragraphe 2, par contre, poursuit une finalité différente, à savoir: la préservation de l'intégrité de l'administration.

Le paragraphe 1er vise „le fonctionnaire qui souhaite cesser ou a cessé ses fonctions de façon temporaire ou définitive“ pour se tourner vers d'autres activités du secteur privé, et institue à son égard un délai de viduité de trois années prenant cours dès la cessation temporaire ou définitive des fonctions.

Si, pendant ce délai, le fonctionnaire en cause souhaite, soit

1. „assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée“, soit
 2. „conclure des contrats de prestations de services avec une entreprise privée ou formuler un avis sur de tels contrats“, soit
 3. „participer d'une autre façon à la prise de décisions de cette entreprise ou à l'élaboration de contrats“,
- il doit se présenter devant un organe de contrôle qui émet alors „un avis sur la compatibilité de cette activité avec les fonctions que l'agent a exercées au cours des trois années précédant la cessation de ses fonctions“.

L'organe de contrôle, appelé à intervenir dans le cadre de l'article sous examen, est le „comité de prévention de la corruption“ qui fut créé, avec une toute autre finalité, par la loi du 1er août 2007 portant 1. approbation de la Convention des Nations Unies contre la corruption, adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies à New York le 31 octobre 2003 et ouverte à la signature à Mérida (Mexique) le 9 décembre 2003, 2. modification de l'article 12, point 5 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu (L.I.R.) (doc. parl. n° 5697). D'après l'article 2 de la loi précitée du 1er août 2007, le comité de prévention de la corruption est chargé des missions suivantes: „constituer une table ronde multidisciplinaire d'échanges sur le phénomène de la corruption; contribuer à l'élaboration, à la coordination et à l'évaluation des politiques nationales de prévention de la corruption; faire le suivi des conventions internationales conclues par le Luxembourg en matière de lutte contre la corruption; assurer une diffusion adéquate des connaissances concernant la prévention de la corruption“. A la lecture de ces missions, le Conseil d'Etat est d'avis que l'élargissement envisagé des missions du comité, par le texte sous examen, n'est pas compatible avec d'autres missions que le comité assume déjà. Comment, en effet, le comité peut-il, en toute indépendance, contribuer à l'élaboration et la coordination, et, surtout, assurer „l'évaluation des politiques nationales de prévention de la corruption“ s'il participe lui-même à la mise en œuvre journalière de ces mêmes politiques? Dans ces circonstances, l'impartialité du comité n'est plus garantie. Le comité intervient en effet à la fois dans l'élaboration et la coordination, dans la mise en œuvre concrète ainsi que dans l'évaluation des politiques nationales de prévention de la corruption. Le Conseil d'Etat considère par ailleurs qu'il est de mauvaise technique législative de conférer de nouvelles compétences à un organe créé par une loi spéciale, sans passer par la modification de cette loi.

En raison de l'incohérence entre la disposition sous examen et celles de la loi précitée du 1er août 2007 fixant les missions du comité de prévention de la corruption, le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à la disposition sous examen, alors que l'incohérence relevée est contraire aux exigences de la sécurité juridique.

La création d'un nouvel organe, dont les compétences se limiteraient au contrôle du passage des fonctionnaires concernés du secteur public vers le secteur privé, aurait été préférable.

En plus, le texte sous avis présente des lacunes en ce qui concerne le fonctionnement de l'organe de contrôle. Un seul mode de saisine est prévu, à savoir: la saisine spontanée par le fonctionnaire concerné. Le Conseil d'Etat est d'avis que le pouvoir de saisir l'organe de contrôle doit également être accordé au ministre, au ministre du ressort et éventuellement au chef de l'administration d'attache du fonctionnaire concerné. L'auto-saisine de l'organe de contrôle doit également être possible. Dans l'état actuel du texte, se pose en effet la question de savoir ce qu'il adviendrait si le fonctionnaire concerné ne se présentait pas devant l'organe de contrôle. Pourrait-il y être contraint? Par quel moyen? Quelle sanction encourrait-il, surtout s'il s'agit d'un fonctionnaire ayant déjà quitté définitivement le service? Le texte sous examen reste encore muet sur la procédure à suivre devant l'organe de contrôle et ne lui fixe aucun délai pour émettre ses avis. Il omet également de préciser les destinataires des avis. Selon le Conseil d'Etat, les avis devraient être adressés au fonctionnaire concerné, au ministre, au ministre du ressort et au chef de l'administration d'attache du fonctionnaire concerné. Ces questions pourraient évidemment faire l'objet d'un règlement grand-ducal. A cet égard, il faut toutefois constater que dans

la série de règlements grand-ducaux en projet, transmis au Conseil d'Etat en complément du projet de loi sous examen, il n'en est nulle part question. Pour des raisons de parallélisme avec d'autres dispositions du statut général, le Conseil d'Etat propose de prévoir dans le texte sous avis la prise d'un règlement grand-ducal, même si cela n'est pas indispensable d'un point de vue constitutionnel.

Le texte sous examen soulève toutefois encore d'autres questions et problèmes.

Il en est ainsi des trois cas dans lesquels le fonctionnaire concerné est tenu de se présenter devant le comité.

Le premier cas vise le fonctionnaire ou l'ancien fonctionnaire qui souhaite „assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée“. Il semble que le mot „contrôle“ ne soit pas utilisé dans son acception première, dans laquelle il est généralement employé en droit administratif et où il est synonyme de „vérification“, d'„inspection“, d'„examen“, de „révision“ ou encore de „surveillance“. Il semble plutôt qu'il soit utilisé dans une autre acception, dérivée du mot anglais „control“, dans laquelle il désigne le fait de dominer ou de maîtriser et où il est synonyme de „direction“, de „maîtrise“, de „conduite“ ou de „commande“. A défaut de précision dans le texte du projet de loi et du commentaire des articles, la „surveillance“ et le „contrôle“ demeurent des concepts aux contours flous. Quelle est en effet l'intensité du pouvoir de contrôle et l'étendue du périmètre de surveillance requis pour considérer qu'une personne „assure la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée“? Dans ce contexte, le Conseil d'Etat suggère de faire intervenir la notion de „dirigeant d'entreprise“ (de droit ou de fait) déjà utilisée en droit des sociétés, en droit d'établissement et en droit des assurances. La notion d'entreprise privée n'est pas sans poser problème non plus. Il s'agit d'une notion très vaste qui englobe au premier abord toutes les entreprises industrielles, commerciales et artisanales, nationales et étrangères, de même que les cabinets des professions libérales au Luxembourg et à l'étranger. La disposition sous examen reviendrait pratiquement à frapper le fonctionnaire en question d'une interdiction d'activité quasi générale en dehors de la fonction publique. Voilà pourquoi le Conseil d'Etat demande de restreindre le périmètre des entreprises visées à celles qui se trouvaient sous le contrôle effectif du fonctionnaire concerné. Il faudra, en tout état de cause, veiller à ce que le fonctionnaire ne soit pas systématiquement empêché de travailler dans la profession pour laquelle il a été formé. Ainsi, par exemple, un juriste doit en principe pouvoir exercer un métier juridique, un ingénieur un métier d'ingénieur, un médecin un métier médical, à condition que l'exercice concret du métier ne permette pas au fonctionnaire de pouvoir mettre à profit des connaissances confidentielles spécifiques acquises au cours de son activité au sein de l'administration publique.

Le deuxième cas vise le fonctionnaire qui souhaite „conclure des contrats de prestations de services avec une entreprise privée ou formuler un avis sur de tels contrats“. L'emploi du pluriel en relation avec les contrats de prestation de services laisse-t-il sous-entendre que la passation d'un seul contrat de prestation de services ou la formulation d'un seul avis sur un contrat unique n'est pas visé? Une précision s'impose sur ce point.

Le troisième cas vise le fonctionnaire qui souhaite „participer d'une autre façon à la prise de décisions de cette entreprise ou à l'élaboration de contrats“. A défaut de précisions à ce sujet, le Conseil d'Etat croit comprendre que par „participer d'une autre façon à la prise de décisions“ le texte vise la participation du fonctionnaire à l'exercice collégial du pouvoir de décision au sein d'une entreprise privée, par exemple au sein d'un conseil d'administration ou d'un comité de direction. A cet endroit, le Conseil d'Etat voudrait répéter sa suggestion de faire intervenir le concept de „dirigeant d'entreprise“. Est-ce que le texte s'applique également à la participation du fonctionnaire aux assemblées générales d'une société dans laquelle il est associé ou actionnaire, même avec une participation infime? Ici des précisions s'imposent également. En ce qui concerne „la participation d'une autre façon ... à l'élaboration de contrats“, le Conseil d'Etat note qu'il n'est désormais plus question uniquement des contrats de prestations de service. Il ne saisit toutefois pas très bien ce qu'il faut entendre par „participer à l'élaboration de contrats“: s'agit-il d'un mandat de courtier ou d'intermédiaire dans la phase de conclusion du contrat (*negotium*) ou d'une mission d'aide ou de conseil au moment de l'élaboration matérielle du contrat (*instrumentum*)? Ici une précision serait également de mise.

A la lecture du texte sous avis, il n'est par ailleurs pas clair dans quelle situation se trouve le fonctionnaire qui passe au secteur privé, sans y prendre la surveillance ou le contrôle d'une entreprise et sans participer au processus de prise de décision dans une telle entreprise. A titre d'illustration, on peut imaginer le cas d'un fonctionnaire qui quitte la fonction publique pour exercer dans le secteur privé un emploi dans lequel il peut mettre à profit ses connaissances acquises au sein de son administration

d'origine (par exemple: un fonctionnaire des Contributions qui devient salarié d'une fiduciaire où il est en charge des déclarations d'impôts des clients de son patron).

Selon la première phrase de l'alinéa 1er du paragraphe 2 de l'article 15*bis* en projet, lorsqu'il y a „risque d'atteinte aux principes de la neutralité ou de l'intégrité de l'administration, le comité peut émettre une réserve concernant l'établissement de relations professionnelles entre l'entreprise en question et l'administration à laquelle appartenait le fonctionnaire“. Ce texte soulève quelques questions. Que faut-il en effet entendre par „entreprise en question“? S'agit-il de l'entreprise privée visée au paragraphe 1er, et uniquement dans le cas où, en vertu du paragraphe 1er, le comité a émis un avis au sujet de la compatibilité? Comment le risque est-il évalué? Un risque minime est-il suffisant? Il paraît que oui, alors que l'alinéa suivant envisage „le risque d'une atteinte grave“. La notion de „relations professionnelles“ est également très floue. Comprend-elle les marchés publics? Pareille exclusion d'une entreprise de certains marchés publics serait, aux yeux du Conseil d'Etat, inconciliable avec le principe de non-discrimination régissant les marchés publics au niveau national et au niveau européen et avec l'égalité d'accès des entreprises à la commande publique qui en découle. En attendant que les auteurs du projet de loi sous avis apportent des précisions, le Conseil d'Etat se voit contraint, par référence à l'article 10*bis* de la Constitution et, le cas échéant, par rapport au droit européen, de réserver sur ce point sa position en ce qui concerne la dispense du second vote constitutionnel.

Selon la deuxième phrase, lorsque le comité a émis „une réserve concernant l'établissement de relations professionnelles entre l'entreprise en question et l'administration“ et que cette réserve n'est pas respectée, „le ministre du ressort peut prononcer une amende d'ordre de 250 à 250.000 euros à l'égard de l'ancien fonctionnaire et de l'entreprise concernée ou de l'un d'eux“.

Le but de la disposition sous examen consiste à réprimer l'établissement de „relations professionnelles“ indues, qui sont susceptibles de porter atteinte à l'intégrité et à la neutralité de l'administration. Des sanctions pécuniaires sont prévues à l'encontre de l'„ancien fonctionnaire“ et de l'entreprise. Qu'en est-il cependant du fonctionnaire qui, du côté de l'administration, a intentionnellement facilité ou permis l'établissement de ce genre de „relations professionnelles“? Le texte sous examen ne prévoit pas de sanction à son encontre, bien que ce fonctionnaire doive être considéré comme coauteur ou comme complice de l'acte répréhensible. Ce fonctionnaire est, certes, passible des sanctions disciplinaires de droit commun, mais les sanctions pécuniaires que le ministre peut prononcer ne lui sont pas applicables. Le texte sous examen ne dénote-t-il pas une atteinte injustifiée au principe de l'égalité des citoyens devant la loi, inscrit à l'article 10*bis* de la Constitution? Dans l'attente de précisions supplémentaires, le Conseil d'Etat se voit obligé de réserver sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel.

Le Conseil d'Etat constate que dans la disposition en question, intervient la notion d'„ancien fonctionnaire“. Est-ce à dire que le fonctionnaire en cessation temporaire d'activité, mais qui est toujours fonctionnaire, n'est pas visé? Si tel devait être le cas, il y aurait rupture injustifiée du principe de l'égalité des citoyens devant la loi, inscrit à l'article 10*bis* de la Constitution. En attendant que les auteurs du projet de loi sous avis apportent des précisions, le Conseil d'Etat se voit contraint de réserver également sur ce point sa position en ce qui concerne la dispense du second vote constitutionnel.

La disposition sous revue sanctionne „l'établissement“ des relations professionnelles. Mais qu'en est-il de la continuation des relations professionnelles qui existent déjà au moment où „l'ancien fonctionnaire“ entre dans „l'entreprise“? Dans ce cas, le non-respect de la réserve habiliterait-il le ministre à prononcer des sanctions pécuniaires?

Finalement, la disposition sous examen confère au ministre la faculté de prononcer des amendes d'ordre dans une fourchette très large de 250 à 250.000 euros. Le ministre peut en outre décider s'il frappe d'amende l'entreprise, „l'ancien fonctionnaire“ ou les deux. Le Conseil d'Etat donne à considérer que compte tenu du montant de l'amende pécuniaire, celle-ci est à considérer comme une sanction pénale au sens des articles 6 et 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précitée. Il en résulte que le texte sous avis risque de poser problème à l'égard du principe du „*non bis in idem*“ en ce qui concerne les différentes dispositions de la loi pénale réprimant la corruption et le trafic d'influence. Le Conseil d'Etat doit dès lors s'opposer formellement à la disposition sous examen, au regard de l'article 4 du protocole 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précitée.

En outre, il constate que la disposition sous examen dépasse le cadre du statut général, dans lequel elle doit s'inscrire. Elle permet en effet de sanctionner une entreprise qui n'est pas soumise au statut. La disposition sous examen recèle en plus un large potentiel discrétionnaire, alors que le ministre est

libre de prononcer ou de ne pas prononcer d'amende, de même qu'il est libre de choisir la partie à l'encontre de laquelle il prononce l'amende.

Après avoir envisagé à l'alinéa 1er du paragraphe 2 l'hypothèse du „risque d'atteinte aux principes de la neutralité ou de l'intégrité de l'administration“, l'alinéa 2 envisage l'hypothèse du „risque d'une atteinte grave aux principes de neutralité ou de l'intégrité“ sans préciser cette fois-ci qu'il s'agit de la neutralité et de l'intégrité de l'administration. Dans ce cas, „le comité peut en outre émettre un avis d'incompatibilité entre les nouvelles activités du fonctionnaire et ses fonctions précédentes lorsqu'il cesse temporairement celles-ci“. Ici se pose la question de savoir si les hypothèses envisagées successivement par les deux alinéas du paragraphe 2 de l'article sous examen sont exclusives l'une de l'autre. L'alinéa 1er, s'applique-t-il exclusivement au fonctionnaire qui a cessé définitivement ses fonctions alors que l'alinéa 2 s'appliquerait exclusivement au fonctionnaire ayant cessé ses fonctions temporairement? Si tel devait être le cas, il faudrait le préciser expressément et structurer le texte de manière plus claire. Dans ce contexte, le Conseil d'Etat voudrait faire remarquer qu'il n'est pas possible dans tous les cas de juger *a priori* si l'intégrité ou la neutralité de l'administration sont mises à mal par un fonctionnaire qui change de camp; elles peuvent aussi l'être *a posteriori*. Aussi estime-t-il que le droit pénal devrait suffire pour appliquer des sanctions dans ce cas de figure.

Dans l'hypothèse envisagée par l'alinéa 2, le comité peut „en outre émettre“ un avis d'incompatibilité entre les nouvelles fonctions du fonctionnaire et ses fonctions précédentes lorsqu'il cesse temporairement celles-ci. Le Conseil d'Etat ne saisit pas la différence entre „l'avis de compatibilité“ dont question au paragraphe 1er et „l'avis d'incompatibilité“ que le comité émet „en outre“, par rapport à quoi? Y a-t-il une différence entre le fait de ne pas émettre un avis de compatibilité et le fait d'émettre un avis d'incompatibilité? Ce point doit être clarifié.

En présence de l'avis d'incompatibilité dont question à l'alinéa 2, l'autorité de nomination du fonctionnaire qui a cessé temporairement ses fonctions „prononce la démission du fonctionnaire à moins que ce dernier ne renonce à ces (ses?) nouvelles activités“. Le Conseil d'Etat note l'introduction dans le statut général d'une nouvelle terminologie, dans la mesure où le ministre „prononce“ la démission du fonctionnaire. Le statut général emploie le substantif „démission“ normalement en rapport avec la démission volontaire. Dans les cas où il s'agit de relever le fonctionnaire contre sa volonté de ses fonctions, le statut emploie l'expression „être démis d'office“.

La mesure introduite dans le statut général par la disposition sous examen consiste à écarter le fonctionnaire concerné, qui se trouve déjà en cessation temporaire de fonction, définitivement de la fonction publique, en dehors de la procédure disciplinaire et sans autres garanties que celles de la procédure administrative non contentieuse. Le fonctionnaire en pleine activité de service, par contre, qui enfreindrait ses obligations déontologiques en exerçant à côté du fonctionnariat une activité non autorisée et manifestement incompatible, serait passible du droit disciplinaire, alors que le fonctionnaire en cessation temporaire d'activité qui se trouverait dans la même situation de fait, serait révoqué en dehors de toute action disciplinaire. Pour le Conseil d'Etat, cette différence de traitement est contraire au principe d'égalité devant la loi, inscrit à l'article 10*bis* de la Constitution. Les auteurs du projet de loi sont dès lors invités à montrer que la différence de traitement alléguée procède de disparités objectives, qu'elle est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but. Dans l'attente des précisions supplémentaires ainsi demandées, le Conseil d'Etat se voit obligé de réserver sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel.

Selon le paragraphe 3 de l'article sous examen, „le Gouvernement en conseil peut accorder l'autorisation d'exercer une des activités visées ci-dessus“, „dans des cas exceptionnels et dûment motivés“. „Dans ce cas, le fonctionnaire n'est pas tenu de se présenter devant le comité“. Le Conseil d'Etat peut très bien comprendre qu'il existe des cas où l'intérêt supérieur de l'Etat exige qu'un ancien fonctionnaire ou un fonctionnaire en cessation temporaire d'activité, qui bénéficie de la confiance du gouvernement, exerce l'une des activités visées par le présent article. Dans ces cas, le fonctionnaire ou l'ancien fonctionnaire n'agit pas par esprit de lucre dans son intérêt, mais son action s'inscrit dans l'intérêt général, ce qui peut justifier que la procédure instituée par le présent article ne soit pas applicable. Seulement, le texte, dans sa rédaction actuelle, confère au Gouvernement un pouvoir discrétionnaire absolu qui n'est pas circonscrit, sauf l'obligation de motiver sa décision. Afin de mieux cadrer le caractère discrétionnaire de la disposition sous examen et d'éviter ainsi des recours en justice, le Conseil d'Etat demande que le texte sous revue soit assorti d'un minimum de critères.

Dans le contexte de l'article sous examen, le Conseil d'Etat voudrait encore une fois attirer l'attention sur l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,

précitée. A l'égard dudit article 8, les dispositions de l'article sous examen constituent *a priori* des ingérences de l'autorité publique dans la vie privée et familiale des fonctionnaires concernés. Les ingérences sont toutefois justifiées lorsque „l'ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui“.

Etant donné que les limitations du droit au respect de la vie privée et familiale sont d'interprétation stricte, il pourra s'avérer difficile de justifier les dispositions de l'article sous examen. Si ce texte devait être maintenu, il y aurait lieu de justifier sa conformité avec l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précitée. Dans l'attente des explications justificatives, le Conseil d'Etat se voit obligé de réserver sa position en ce qui concerne la dispense du second vote constitutionnel.

Compte tenu des considérations qui précèdent, le Conseil d'Etat propose de supprimer le texte sous avis et de s'en remettre au droit pénal en matière de corruption et de trafic d'influence pour réprimer les abus de fonction et l'octroi d'avantages illicites dont un fonctionnaire désireux de passer au secteur privé pourrait se rendre coupable, quitte à retravailler et à adapter, le cas échéant, les textes pénaux existants.

Article 18

Cet article n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 19

L'article sous examen insère un nouvel article 16^{ter} dans le statut général, exigeant de certains fonctionnaires qui démissionnent, qui partent à la retraite ou qui cessent temporairement leurs fonctions, de rédiger un rapport d'expérience professionnelle dont les conditions et modalités d'établissement sont arrêtées par règlement grand-ducal. D'après l'exposé des motifs, le rapport d'expérience professionnelle, „immortalisant ... par écrit le savoir-faire de toute une vie active, permet de transmettre celui-ci aux générations futures d'agents au lieu d'en faire un „gaspillage““. Sa finalité consiste donc „à assurer un transfert des compétences et à éviter ainsi la perte de l'expérience acquise au fil du temps par l'agent“.

Le Conseil d'Etat doute que la méthode du rapport d'expérience soit le moyen adéquat pour assurer la transmission des connaissances. Il est à se demander si la transmission ne pourrait pas se faire de manière plus efficace en permettant aux administrations de pourvoir aux postes devenant vacants un certain temps, par exemple six mois avant l'échéance de la vacance, de manière à permettre au titulaire en instance de départ de transmettre lui-même ses connaissances au successeur pendant le temps qu'ils travailleront ensemble.

Selon le paragraphe 1er, alinéa 1er, sont astreints à l'obligation de rédiger un rapport, les fonctionnaires ayant une ancienneté de service de dix années au moins, s'ils cessent leurs fonctions définitivement ou temporairement pour une durée égale ou supérieure à quatre années.

Selon le paragraphe 1er, alinéa 2, les fonctionnaires ayant une ancienneté de service de moins de dix ans, ou cessant leurs fonctions définitivement ou temporairement pour une durée inférieure à quatre années, doivent rédiger le rapport sur demande du chef d'administration. Cette demande du chef d'administration, qui oblige le fonctionnaire concerné, est à considérer comme une décision administrative, susceptible de recours.

Selon le paragraphe 1er, alinéa 3, l'exigence du rapport d'expérience professionnelle ne s'applique pas au fonctionnaire qui est mis à la retraite pour cause d'invalidité. A cet égard, il faut toutefois observer que, selon le type de son invalidité, le fonctionnaire en question pourrait être parfaitement en mesure de rédiger le rapport en question. Le Conseil d'Etat constate par ailleurs que le fonctionnaire qui change d'administration n'est pas non plus soumis à l'obligation d'établir un rapport d'expérience professionnelle. Or, tant le fonctionnaire mis à la retraite pour cause d'invalidité mais dont la nature de l'invalidité ne fait pas obstacle à l'établissement d'un rapport, que le fonctionnaire qui change d'administration, quittent leur administration sans être obligés de laisser à la postérité le récit écrit de leur expérience professionnelle. Or, aux yeux des auteurs du projet de loi, le défaut de remettre le rapport d'expérience professionnelle constitue un „gaspillage“. En adoptant le point de vue de la finalité déclarée de la disposition sous examen, le Conseil d'Etat voit dans le champ d'application de la dis-

position un traitement inégalitaire entre fonctionnaires qui, objectivement, se trouvent dans la même situation: ils sont sur le point de quitter leur administration après y avoir acquis une certaine ancienneté de service. Le traitement inégalitaire consiste dans le fait que les uns sont soumis à l'obligation d'établir un rapport d'expérience professionnelle, alors que les autres y échappent. Ceci est contraire au principe d'égalité devant la loi, inscrit à l'article 10*bis* de la Constitution. A défaut par les auteurs du projet de loi de justifier la disparité de traitement par des arguments répondant aux critères élaborés par la Cour constitutionnelle, à savoir que la différence de traitement procède de disparités objectives, qu'elle est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but, le Conseil d'Etat réserve sa position en ce qui concerne la dispense du second vote constitutionnel.

Selon le paragraphe 3, les fonctionnaires soumis à l'obligation de rédiger un rapport d'expérience professionnelle conformément au paragraphe 1er, „qui démissionnent de leurs fonctions et qui peuvent prétendre à pension“, sont sanctionnés par la „réduction d'un mois du trimestre de faveur“ s'ils se trouvent „en défaut d'établissement“ de leur rapport d'expérience professionnelle.

Le Conseil d'Etat constate qu'aucune sanction n'est prévue pour les fonctionnaires qui ne répondent pas à l'obligation d'établir un rapport d'expérience professionnelle à laquelle ils sont astreints, mais qui ne peuvent pas prétendre à pension et au trimestre de faveur. Ce traitement inégalitaire risque d'exposer la disposition sous revue au reproche d'une rupture illicite du principe d'égalité des citoyens devant la loi, inscrit à l'article 10*bis* de la Constitution. A moins pour les auteurs du projet de loi de justifier que la différence de traitement alléguée procède de disparités objectives, qu'elle est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but, le Conseil d'Etat réserve sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel.

Dans le contexte du paragraphe 3 sous examen, le Conseil d'Etat voudrait relever l'imprécision de l'expression „réduction d'un mois du trimestre de faveur“. S'agit-il de supprimer complètement l'une des trois mensualités du trimestre de faveur, ou bien de soumettre une mensualité à réduction? Au premier cas, il conviendrait de parler ou bien de la perte ou de la suppression d'une mensualité du trimestre de faveur ou bien de la réduction du trimestre de faveur à deux mois. Au dernier cas, il faudrait savoir de quel montant ou de quelle quotité la mensualité à réduire serait amputée. Dans l'hypothèse où le „trimestre de faveur“ serait réduit à deux mois, se poserait la question de savoir si, pour le mois pour lequel le bénéfice du „trimestre de faveur“ serait refusé, le fonctionnaire sanctionné aurait droit à sa pension „normale“?

Le Conseil d'Etat voudrait encore attirer l'attention sur une incohérence de vocabulaire. Selon le paragraphe 1er, le fonctionnaire est soumis à l'obligation „de rédiger“ un rapport d'expérience professionnelle alors que le paragraphe 3 sanctionne le défaut „d'établissement“ d'un tel rapport. A partir de quel moment le rapport est-il établi, et comment cet „établissement“ est-il constaté? Ne faudrait-il pas harmoniser le vocabulaire utilisé et éventuellement faire intervenir au paragraphe 3 la notion de „remise“ ou de „communication“ du rapport? D'après le projet de règlement grand-ducal fixant les conditions et modalités de l'établissement du rapport d'expérience professionnelle, „l'agent est tenu de communiquer son rapport d'expérience professionnelle à son chef d'administration au plus tard le dernier jour précédant celui de son départ“. Toutefois, „dans des cas exceptionnels, le chef d'administration peut soit d'office soit à la demande de l'agent prolonger le délai et fixer la communication du rapport à une date ultérieure, cette prolongation ne pouvant toutefois excéder une période de trois mois à compter à partir du départ de l'agent“. Sans vouloir aviser ici le projet de règlement grand-ducal, le Conseil d'Etat voudrait toutefois dès à présent faire remarquer que, selon le projet de règlement grand-ducal, la communication du rapport d'expérience professionnelle peut intervenir trois mois après le départ du fonctionnaire, donc après l'écoulement du trimestre dit „de faveur“ auquel il ne pourrait éventuellement pas avoir droit.

Le Conseil d'Etat constate qu'il n'est nulle part question ni de l'appréciation ni de l'acceptation du rapport. Que se passe-t-il au cas où le rapport établi par le fonctionnaire est d'une qualité manifestement insuffisante? Ce rapport est-il accepté? Qui a compétence pour contrôler la qualité des rapports et pour les refuser, le cas échéant? Un rapport refusé, est-il assimilé au défaut d'établissement du rapport? La pratique laxiste qui se contenterait d'accepter tous les rapports qui seraient présentés, indépendamment de leur qualité, pour en faire ensuite des guides pour jeunes fonctionnaires, comporterait le risque de se voir perpétuer certaines insuffisances ou mauvaises habitudes administratives. Voilà donc quelques questions qui méritent une réponse.

Tenant compte des considérations qui précèdent, le Conseil d'Etat est à se demander si l'article sous revue est vraiment opportun. Une administration où les processus administratifs sont explicitement

codifiés, les descriptions des tâches clairement circonscrites et la transmission du savoir spécifique de l'administration assuré entre collègues, entre anciens et jeunes, entre supérieurs et subordonnés, devrait, selon l'avis du Conseil d'Etat, pouvoir s'en passer.

Article 20

L'article sous examen introduit un nouvel article 19^{ter} dans le statut général.

Le paragraphe 1er du nouvel article 19^{ter} crée la possibilité pour le fonctionnaire qui désire s'inscrire à un cycle d'études pouvant conduire à un diplôme de niveau supérieur, de se voir accorder une dispense de service pour pouvoir participer aux cours de ce cycle d'études. Le texte sous examen relègue la détermination des conditions et modalités d'octroi de la dispense au règlement grand-ducal, dont le projet, intitulé „projet de règlement grand-ducal déterminant les conditions et modalités d'octroi de la dispense de service prévue à l'article 19^{ter} de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat“, était joint au projet de loi sous avis.

Lorsque la dispense de service sollicitée est accordée, elle entraîne, à la charge du fonctionnaire, des obligations qui sont actuellement inscrites au projet de règlement grand-ducal précité. Ainsi, le fonctionnaire bénéficiaire de la dispense doit-il s'engager au service de l'Etat pendant une durée minimale de 10 ans, à défaut de quoi il serait tenu de rembourser à l'Etat le traitement perçu pendant la durée de la dispense de service.

Dans la mesure où la dispense de service est considérée comme un droit pour le fonctionnaire, le Conseil d'Etat est d'avis que le cadre de la dispense de service doit être tracé par la loi. Il est amené à s'opposer formellement à la disposition sous examen, étant donné que les droits des travailleurs constituent une matière réservée à la loi formelle par l'article 11, paragraphe 5 de la Constitution. Dans cette matière, l'intervention du pouvoir réglementaire du Grand-Duc est autorisée uniquement si la base légale satisfait aux exigences de l'article 32(3) de la Constitution.

Selon le Conseil d'Etat, le cadre légal d'octroi de la dispense de service devrait, par ailleurs, être complété par une disposition prévoyant le remboursement par le fonctionnaire à l'Etat du traitement touché pendant la dispense de service, au cas où le fonctionnaire abandonnerait les études ou qu'il ne parviendrait pas dans les délais convenus à obtenir le diplôme brigué.

Le Conseil d'Etat aurait par ailleurs préféré que la dispense de service fût remplacée par un congé sans solde pourvu d'une limite, ceci afin d'éviter que l'Etat ne finance dorénavant systématiquement les études universitaires de ses agents.

D'un point de vue purement rédactionnel, le Conseil d'Etat suggère de supprimer au paragraphe 1er, alinéa 1er, du nouvel article 19^{ter} les mots „sous certaines conditions“ qui sont superfétatoires au regard de l'alinéa 2 du même paragraphe.

Toujours dans le contexte du paragraphe 1er, alinéa 1er, le Conseil d'Etat voudrait attirer l'attention sur l'imprécision de l'expression „diplôme de niveau supérieur“. S'agit-il d'un diplôme sanctionnant des études supérieures ou s'agit-il d'un diplôme d'un niveau supérieur par rapport à d'autres diplômes dont le fonctionnaire est déjà titulaire?

Le Conseil d'Etat attire finalement l'attention des auteurs du projet de loi sur la circonstance que, d'après l'article sous examen, la dispense de service est accordée par le chef d'administration, alors que, d'après le projet de règlement grand-ducal déterminant les conditions et modalités d'octroi de la dispense de service prévue à l'article 19^{ter} de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, transmis au Conseil d'Etat en complément du projet de loi sous examen, cette compétence est réservée au ministre du ressort, sur avis du chef d'administration et sur avis conforme du ministre ayant la Fonction publique dans ses attributions.

Article 21

Cet article n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 22

Le Conseil d'Etat demande de faire abstraction de l'institution facultative d'une commission au service du ministre ayant les Finances dans ses attributions. Comme déjà soulevé lors de l'examen de l'article 3, point 1 sous b), chaque autorité administrative, donc chaque ministre, est en effet libre de se doter d'un organe consultatif pour les décisions qu'elle est amenée à prendre, chaque fois qu'elle le trouve indiqué. Les avis à émettre par un tel organe consultatif, non expressément prévu par la loi,

sont cependant soumis aux exigences découlant de la procédure administrative non contentieuse et plus particulièrement de l'article 4 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes. Le bout de phrase „qui peut demander l'avis d'une commission spéciale“ est dès lors à supprimer.

Article 23

Le Conseil d'Etat constate que le compte épargne-temps n'existe pas encore dans la fonction publique, alors que la loi portant fixation des conditions et modalités d'un compte épargne-temps dans la fonction publique se trouve à l'heure actuelle toujours à l'état de projet (doc. parl. n° 6233). Le congé épargne-temps n'ayant pas encore été introduit dans la législation nationale, il y a lieu d'enlever toute référence y relative.

Article 24

Au point 1°, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations au sujet de l'article 23 et demande de supprimer la référence au „congé épargne-temps“.

En ce qui concerne la rédaction de la disposition sous revue, le Conseil d'Etat estime que l'expression „en temps utile“ ne convient pas à un texte normatif alors que le contenu de cette expression est indéfinissable.

Article 25

Le Conseil d'Etat demande de supprimer les mots „plus particulièrement“ qui n'apportent aucune plus-value normative au texte.

Articles 26 à 30

Ces articles n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 31

Cet article est superfétatoire, alors que la modification qu'il se propose d'introduire se fait automatiquement.

Articles 32 et 33

Ces articles n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 34

Le point 2, lettre a) de l'article sous examen modifie l'article 30, paragraphe 2, alinéa 1er, point b). Il y est à nouveau question d'une décision qu'un membre du Gouvernement doit prendre sur „avis conforme“ d'un autre membre du Gouvernement. A ce sujet, le Conseil d'Etat renvoie au commentaire qu'il a fait à l'endroit de l'article 3, point 6.

Article 37

Le Conseil d'Etat renvoie aux observations qu'il a déjà faites à l'endroit des articles 23 et 24 concernant le „compte épargne-temps“ ainsi que le „congé épargne-temps“ et demande la suppression de l'article sous examen.

Article 38

Cet article n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 39

L'article sous examen insère dans le statut général un nouvel article 32*bis* qui traite de la procédure devant le médiateur au sein de la fonction publique. La fonction de médiateur dans la fonction publique est une fonction nouvelle qui est créée par l'article 86 du projet de loi sous avis.

Selon le point 1 de l'article sous revue, le médiateur au sein de la Fonction publique est compétent pour connaître des „différends liés aux relations entre fonctionnaires au lieu de travail ou à la situation de travail des fonctionnaires“. Il n'est pas compétent lorsque des décisions en matière disciplinaire ont

déjà été prises, ni pour les différends relatifs au calcul et au paiement des traitements et de leurs accessoires. La saisine du médiateur a lieu à la demande écrite d'un fonctionnaire. Elle n'est pas obligatoire.

Le point 2, alinéa 2 de l'article sous revue dispose que le médiateur „peut entendre d'autres fonctionnaires, même ceux qui ne sont pas directement concernés par le différend“. Comme le texte sous examen précise expressément que „le médiateur ne dispose pas de pouvoirs d'instruction ou disciplinaires“, la question reste ouverte de savoir si les fonctionnaires que le médiateur veut entendre, et surtout ceux qui ne sont pas concernés par le différend, sont obligés de lui répondre. Le texte précise encore que le médiateur peut „se rendre sur le lieu de travail du ou des fonctionnaires concernés afin de pouvoir examiner la situation sur place“. Ici également se pose la question de savoir si le chef d'administration peut refuser au médiateur l'accès au lieu de travail.

Selon le point 3, alinéa 1 de l'article sous revue, „l'accord de médiation n'est pas signé par le médiateur, sauf demande expresse de tous les fonctionnaires concernés“. Le Conseil d'Etat ne saisit pas la raison pour laquelle le médiateur est par principe soustrait à la signature de son propre accord de médiation, sauf dans le cas où tous les fonctionnaires concernés le demandent.

Selon le point 4 de l'article sous revue, „la saisine du médiateur suspend le cours de la prescription durant la médiation“. En l'absence de plus amples précisions, on peut supposer qu'il s'agit de la prescription de l'action disciplinaire visée par l'article 74 du statut général. Mais qu'en est-il de la prescription de l'action publique au cas où le fait justifiant une action disciplinaire constitue en même temps une infraction pénale? Et qu'en est-il de la prescription d'autres actions en justice, notamment devant les juridictions administratives ou civiles? Quelle est, en général, l'incidence de la saisine du médiateur au sein de la Fonction publique sur les délais de recours? Le Conseil d'Etat voudrait, dans ce contexte, souligner que la loi du 22 août 2003 instituant un médiateur dispose en son article 3, paragraphe 2 que „la réclamation adressée au médiateur n'interrompt pas les délais de recours, notamment devant les juridictions compétentes“.

En présence de ces interrogations à propos de la portée du point 4 de l'article sous examen, le Conseil d'Etat doit s'y opposer formellement pour des raisons de sécurité juridique liées à l'intelligibilité défaillante du texte en question.

Dans un ordre d'idées plus général, le Conseil d'Etat est à se demander s'il ne serait pas indiqué de renoncer à l'instauration d'un médiateur spécial pour la fonction publique et d'étendre à ce domaine les compétences du médiateur instauré par la loi du 22 août 2003 instituant un médiateur. Si cette idée ne devait pas être retenue, le Conseil d'Etat suggérerait de transposer aux effets de la saisine du médiateur dans la fonction publique le régime juridique applicable à la saisine du médiateur institué par ladite loi du 22 août 2003.

Le Conseil d'Etat saisit l'occasion pour suggérer au législateur d'endiguer la prolifération des médiateurs. Il se réfère à cet égard à l'exemple de la France qui a regroupé en une institution unique dénommée „Défenseur des droits“, quatre anciennes institutions, à savoir: le Médiateur de la République, le Défenseur des enfants, la Commission nationale de déontologie de la sécurité et la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

Article 40

Cet article n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 41

La disposition sous examen a pour objet d'insérer dans le statut général un nouvel article 35*bis* qui se rapporte au traitement des données à caractère personnel des agents de l'Etat en activité de service, des agents de l'Etat pensionnés et des candidats aux postes vacants.

D'après l'alinéa 1er du nouvel article 35*bis*, „le ministre traite ... conjointement avec les autres départements ministériels, administrations et services de l'Etat ... les données à caractère personnel nécessaires à l'exécution des processus centraux et locaux de gestion du personnel“. Selon le commentaire des articles, „cette responsabilité est partagée, en fonction des missions et des attributions respectives, avec l'ensemble des départements ministériels, administrations et services de l'Etat“.

Le texte sous avis fait référence aux „départements ministériels“. Comme ceux-ci ne disposent pas d'une existence propre, il est de mauvaise technique législative de les mentionner dans un texte de loi; l'emploi des notions de „ministre“ ou de „membre du Gouvernement“ serait plus approprié. En outre,

il n'appartient pas à la loi formelle de régir la collaboration interministérielle, alors que celle-ci relève de l'organisation du Gouvernement. Puisque l'article 76 de la Constitution réserve cette compétence exclusivement au Grand-Duc, le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à la disposition sous examen.

Même si une responsabilité pluraliste en matière de traitement des données à caractère personnel est possible, suivant l'article 2 de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, le Conseil d'Etat demande, en conséquence de l'opposition formelle qui précède, mais aussi pour des raisons de transparence, que le ministre ayant la Fonction publique dans ses attributions figure comme seul responsable du traitement au sens de l'article 2 de la loi précitée de 2002. La future loi pourrait prévoir la possibilité pour le ministre, responsable du traitement, de confier le traitement des données nominatives à l'Administration du personnel de l'Etat comme sous-traitant au sens de l'article 2, lettre o) de la loi précitée de 2002. A cet effet, les auteurs pourraient utilement s'inspirer de l'article 4*bis*, paragraphe 4 de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques.

Le Conseil d'Etat suggère par ailleurs de prévoir la nomination d'un chargé de la protection des données nominatives, conformément à l'article 40 de la loi précitée de 2002, à l'instar de l'article 2, paragraphe 3 de la loi du 18 mars 2013 relative aux traitements de données à caractère personnel concernant les élèves.

L'alinéa 1er énonce encore de manière trop sommaire les finalités du traitement des données à caractère personnel. Une liste exemplative des finalités est introduite par le terme „notamment“ qui, d'une manière générale, ne convient pas à un texte normatif. Dans le cas présent, qui relève de la matière très sensible du traitement des données à caractère personnel, les finalités du traitement doivent être arrêtées restrictivement et de manière transparente, et il ne doit pas être possible d'y rajouter des finalités additionnelles en se basant sur l'interprétation du mot „notamment“. Le Conseil d'Etat doit en conséquence s'opposer formellement au texte proposé, alors que les finalités qu'il énonce ne sont pas suffisamment déterminées au sens de l'article 5 de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, approuvée par la loi du 19 novembre 1987 portant a) approbation de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, faite à Strasbourg, le 28 janvier 1981; b) modification de la loi du 31 mars 1979 réglementant l'utilisation des données nominatives dans les traitements informatiques.

Selon l'alinéa 2 du nouvel article 35*bis*, „les données gérées sont celles fournies par les personnes concernées elles-mêmes et celles résultant de leurs activités, du déroulement de leur carrière ainsi que de leurs droits et obligations en matière de rémunération et de pension“. Le Conseil d'Etat note que les données de base sont mises à disposition exclusivement par les intéressés eux-mêmes et qu'aucune interconnexion avec d'autres fichiers exploités par l'Etat ou par les organismes de sécurité sociale n'est prévue. Il n'y a donc pas lieu d'examiner au stade actuel la problématique liée à l'interconnexion de fichiers.

L'alinéa 2 du nouvel article 35*bis*, mis à part sa première phrase, contient des redites par rapport à la loi précitée du 2 août 2002, qui est la loi générale en la matière. Cet alinéa peut dès lors être supprimé, à l'exception de sa première phrase.

L'alinéa 3 du nouvel article 35*bis* contient également des redites par rapport à la loi précitée du 2 août 2002, et peut également être supprimé. En revanche, il est indispensable d'insérer dans l'article sous examen une disposition relative à l'obligation de répondre lors de la collecte des données et quant aux conséquences encourues par la personne qui ne s'acquiesce pas de cette obligation. L'article 26, paragraphe 1er, point c. de la loi précitée du 2 août 2002 prévoit en effet que la personne concernée doit être informée des „conséquences éventuelles d'un défaut de répondre“.

La terminologie employée par le texte sous examen doit être alignée sur celle utilisée par la loi précitée du 2 août 2002. Ainsi faut-il parler des données „traitées“ plutôt que des données „gérées“.

L'alinéa 4 du nouvel article 35*bis* ne satisfait pas aux exigences de la sécurité juridique, alors que les conditions d'application de la règle qu'il énonce sont introduites par l'expression trop vague „pour autant que“. Le Conseil d'Etat a par ailleurs du mal à saisir la problématique visée par les auteurs. Un règlement grand-ducal régissant des processus administratifs, qui serait contraire à la loi précitée du 2 août 2002, risquerait d'encourir la sanction de l'article 95 de la Constitution et serait à mettre en conformité avec la loi. Les problèmes résultant du conflit d'une loi avec la loi précitée du 2 août 2002

devraient trouver leur solution par application des règles classiques régissant les conflits de lois. Pour le Conseil d'Etat, l'alinéa 4 sous avis est superfétatoire et doit être supprimé.

Article 42

Cet article n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 43

Cet article complète l'article 36-1 du statut par l'ajout d'un nouveau paragraphe 2, les dispositions actuelles de cet article, instituant le délégué à l'égalité des chances, étant regroupées sous le paragraphe 1er.

La nouvelle disposition a pour objet de créer au sein de l'administration étatique luxembourgeoise „un réseau de correspondants qui a pour mission d'assurer la collaboration entre le département de la fonction publique et les autres départements ministériels et administrations dans les domaines entre autres de la gestion des ressources humaines, de la formation et des technologies de l'information“.

Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement au maintien de la disposition sous revue, dans sa forme actuelle, alors que l'organisation des relations entre départements ministériels est une matière qui échappe à la loi formelle comme faisant partie de l'organisation du Gouvernement, laquelle, selon l'article 76 de la Constitution, fait partie des prérogatives constitutionnelles du Grand-Duc. Le Conseil d'Etat donne encore à considérer que la gestion des ressources humaines de l'employeur Etat est une matière qui est de toute façon étrangère au statut général.

Article 44

L'article sous revue a pour objet d'insérer dans le statut général un nouvel article 37bis contenant la transcription *quasi* textuellement dans le statut général des dispositions qui sont actuellement inscrites à l'article 2.IV de la loi modifiée du 26 mai 1954 et à l'article 67.IV de la loi modifiée du 3 août 1998.

En ce qui concerne l'alinéa 4 du nouvel article 37bis, le Conseil d'Etat trouve qu'il est superfétatoire alors qu'il ne fait qu'affirmer une évidence.

Article 45

Cet article n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 46

La première modification que l'article sous revue apporte à l'article 40 du statut général contient une tautologie dans la mesure où cet article, dans sa nouvelle teneur, disposerait que „la démission ... résulte ... de la démission ...“⁵. Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement au maintien du texte sous revue dans sa teneur actuelle, en raison de l'incohérence qu'il contient et qui est contraire à la sécurité juridique.

Le Conseil d'Etat saisit par ailleurs l'occasion de la présente modification de l'article 40 du statut général pour s'attarder sur la notion de „disqualification morale“. Cette notion, qui n'est pas nouvelle dans le statut général, pose toutefois problème, dans la mesure où elle n'est pas objectivement mesurable et où elle n'est pas nécessairement liée à l'exercice de la fonction. Le Conseil d'Etat estime que la notion de disqualification morale peut facilement donner lieu à des interprétations extensives et favoriser l'arbitraire hiérarchique. Dans la mesure où la disqualification morale peut trouver sa cause dans la vie privée du fonctionnaire et qu'elle n'est donc pas nécessairement liée à l'exercice des fonctions publiques dont le fonctionnaire est investi, le Conseil d'Etat est même à se demander si le maintien de la notion est compatible avec l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, précitée. Selon l'alinéa 1er de l'article 8, toute ingérence de l'autorité publique dans la vie privée et familiale du citoyen – fût-il fonctionnaire – est en principe interdite.

Dans ces conditions, le Conseil d'Etat demande la suppression de toutes les occurrences de la notion de „disqualification morale“ du statut général, d'autant plus qu'en présence de l'article 10 du statut

⁵ „la démission d'office résulte de plein droit ... de la démission pour inaptitude professionnelle ou disqualification morale“.

général, le maintien de ladite notion n'est pas nécessaire. Pour le cas où les auteurs entendraient maintenir quand-même la notion de „disqualification morale“ dans le texte sous revue, le Conseil d'Etat devrait réserver sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel en attendant qu'ils établissent que l'ingérence dans la vie privée du fonctionnaire qui peut en résulter s'inscrit dans les exceptions au principe de non-ingérence énoncées à l'article 8, alinéa 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Articles 47 et 48

L'article 47 abroge l'article 42 du statut général. L'article 48 y introduit un nouvel article 42. D'un point de vue légistique, il s'agit de remplacer l'article 42 du statut général par un nouveau texte et non pas d'abroger l'article 42 pour en réintroduire un nouveau sous le même numéro. L'article 47 se lira donc comme suit: „L'article 42 est remplacé par le texte suivant: ...“.

L'article 48 deviendra superflu et les articles subséquents sont à renuméroter.

Cet article 48 a pour objet d'introduire à l'article 42 du statut général une nouvelle „procédure spéciale“ dénommée „procédure d'insuffisance professionnelle“. Cette procédure peut être mise en œuvre à l'encontre du fonctionnaire dont les performances professionnelles se situent selon le „rapport d'amélioration des prestations professionnelles“ au niveau le plus faible, c'est-à-dire au niveau 1. Il s'agit d'une procédure qui n'a pas de caractère disciplinaire, mais qui peut aboutir au déplacement, à la réaffectation ou à la révocation du fonctionnaire défaillant.

Le cas de figure selon lequel l'Etat peut se séparer d'un fonctionnaire sans passer par la voie disciplinaire constitue une nouveauté dans le droit luxembourgeois de la fonction publique.

Selon le dernier alinéa du paragraphe 1er, „le fonctionnaire est informé du déclenchement de la procédure“. S'agissant d'une procédure qui n'est pas autrement réglementée, les règles de la procédure administrative non contentieuse devront s'appliquer.

La procédure n'appelle, quant au fond, pas d'observation, sauf que le point b) du paragraphe 4 du nouvel article 42 du statut général semble contenir une erreur de formulation, ainsi que le soulève à juste titre la Chambre des fonctionnaires et employés publics dans son avis précité. La formulation proposée par les auteurs est en effet dépourvue de sens et devrait se lire comme suit: „elle classe le dossier si elle estime qu'aucune des trois décisions visées au point a) n'est indiquée“. Le Conseil d'Etat voudrait toutefois réitérer ici ses réserves déjà formulées à l'endroit de l'article 7 quant à l'objectivité et à la mesurabilité des critères d'appréciation du fonctionnaire, et en particulier de celui concernant sa „valeur personnelle et relationnelle“. Il ne faut en effet pas perdre de vue que c'est sur la base d'une appréciation négative des critères énoncés à l'article 7 que le fonctionnaire se verra, le cas échéant, confronté à la procédure en insuffisance professionnelle engagée à son encontre.

Sur le plan rédactionnel, le Conseil d'Etat constate que la dénomination de la procédure n'est énoncée qu'au paragraphe 7 de l'article sous revue. Il suggère d'énoncer la dénomination dès le paragraphe 1er, par exemple en écrivant que „...le fonctionnaire fait l'objet de la procédure d'insuffisance professionnelle, dans les conditions et modalités précisées ci-dessous ...“. Cette formulation aurait en plus l'avantage de supprimer le qualificatif de „procédure spéciale“.

Article 49

Cet article n'appelle pas d'observation, sauf que dans l'expression „... sans que cette suspension ne puisse ...“ il faut rayer le mot „ne“.

Article 50

Cet article n'appelle pas d'observation.

Article 51

Le Conseil d'Etat saisit la modification de l'article 49 du statut général pour aborder la problématique suivante.

Selon l'article 49, alinéa 1er, „le fonctionnaire condamné pour un acte commis intentionnellement à une peine privative de liberté d'au moins un an sans sursis ou à l'interdiction de tout ou partie des droits énumérés à l'article 11 du Code pénal perd de plein droit son emploi, son titre et son droit à la pension“. Cette disposition établit un automatisme entre la condamnation pénale et la sanction disciplinaire de la perte de l'emploi, du titre et du droit à la pension.

A cet égard, le Conseil d'Etat voudrait attirer l'attention, d'une part, sur la grande variété des différents métiers exercés à l'intérieur de la Fonction publique et, d'autre part, sur la multiplicité des infractions pénales pouvant entraîner une condamnation dont le degré de sévérité répond aux exigences du texte sous revue. Tenant compte de ces considérations, il doute que la juste adéquation entre la sanction disciplinaire encourue automatiquement par le fonctionnaire du fait de sa condamnation pénale, soit toujours garantie. Il invite en conséquence les auteurs à remplacer dans le statut général l'automatisme aveugle entre la peine disciplinaire et la condamnation pénale, par un mécanisme régulateur permettant de moduler la sévérité de la peine disciplinaire en tenant compte à la fois du métier exercé par le fonctionnaire concerné et de la condamnation pénale prononcée à son encontre.

Article 52

Pour plus de clarté, le numéro 1 de cet article est à rédiger comme suit: „A l'alinéa 1er, les caractères „b)“ sont supprimés“.

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations formulées à l'endroit de l'article 46 en ce qui concerne la notion de „disqualification morale“.

Articles 53 à 56

Ces articles n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 57

L'article sous avis réduit de huit à trois jours le délai de la prise d'effet d'une décision qui inflige une sanction disciplinaire à un fonctionnaire ou qui le renvoie à des fins de poursuite. Le point de départ du délai est resté inchangé par rapport au régime actuellement en vigueur: il est déterminé par le dépôt au bureau des postes de la lettre recommandée par laquelle la décision est notifiée au fonctionnaire.

Le Conseil d'Etat estime que ce délai est trop court. La décision à l'encontre du fonctionnaire risque en effet de produire ses effets avant qu'elle ne lui soit parvenue. Il peut en être ainsi dans l'hypothèse où la lettre recommandée, portant notification de la décision, est postée le vendredi avant 24 heures et le lundi subséquent est un jour férié légal comme, par exemple, le lundi de Pâques ou le lundi de Pentecôte. Dans ce cas, la décision prend effet le mardi à zéro heure, donc à un moment où la lettre recommandée, postée le vendredi précédent, ne sera très probablement pas encore arrivée à destination.

Dans le but d'éviter la situation où le fonctionnaire n'a pas encore connaissance certaine de la sanction disciplinaire prononcée contre lui alors que celle-ci a déjà acquis force exécutoire à son encontre, le Conseil d'Etat exige que le délai de trois jours soit remplacé par un délai suffisamment long, pour permettre au fonctionnaire de prendre ses dispositions.

Articles 58 à 63

Ces articles n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 64

Le point 2 de l'article sous examen remplace l'article 80 du statut général par un nouveau texte traitant de la fonctionnarisation des employés de l'Etat.

Le point a) de l'alinéa 2 du nouvel article 80 n'admet à la fonctionnarisation que les employés de l'Etat ayant accompli au moins quinze années de service, à temps plein ou à temps partiel, à compter de la date d'engagement auprès de l'Etat en qualité d'employé. Cette exigence exclut du fonctionnariat les agents qui entrent au service de l'Etat à un âge plus avancé tout en apportant à l'Etat un appréciable bagage de connaissances et un savoir-faire spécifique acquis dans le secteur privé dont le service public pourra profiter. Dans ce contexte, le Conseil d'Etat s'interroge sur l'opportunité de prévoir pour ces agents une exception à l'exigence des quinze ans de service.

Article 65

L'article sous examen a pour objet de modifier l'article 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.

Le numéro 1 de l'article sous avis complète la liste des fonctions dirigeantes énoncée à l'alinéa 2 de l'article 1er de la loi de 2005 par la fonction de médiateur au sein de la fonction publique, créée par l'article 86 du projet de loi sous examen. Cette modification n'appelle pas d'observation, sauf que le Conseil d'Etat renvoie aux observations qu'il a formulées à l'endroit des articles 39 et 86 en ce qui concerne l'opportunité de créer cette nouvelle fonction de médiateur.

Le numéro 2 de l'article sous avis ajoute à l'article 1er de la loi de 2005 les nouveaux alinéas 3, 4 et 5.

Le nouvel alinéa 3 pose le principe que les titulaires des fonctions dirigeantes doivent faire preuve des compétences de direction et d'encadrement requises pour l'exercice de leurs fonctions, lesquelles compétences sont appréciées dans les conditions et suivant les modalités à fixer par règlement grand-ducal. Cette modification n'appelle pas d'observation, sauf que le Conseil d'Etat propose de remplacer l'expression „... les fonctionnaires nommés à une fonction dirigeante sur base de la présente loi ...“ par l'expression „... les fonctionnaires nommés à une fonction dirigeante énumérée à l'alinéa 2 ...“. Le Conseil d'Etat renvoie dans ce contexte encore à ses observations dans le contexte de l'article 7 au sujet des mécanismes d'appréciation.

Le nouvel alinéa 4 dispose que les titulaires des fonctions dirigeantes „peuvent être révoqués s'il existe un désaccord fondamental et persistant avec le Gouvernement sur l'exécution de leurs missions ou s'ils se trouvent dans une incapacité durable d'exercer leurs fonctions“.

La nouvelle disposition permet au Gouvernement de révoquer des fonctionnaires de leurs fonctions dirigeantes, sans passer ni par la procédure disciplinaire ni par la procédure de la mise à la retraite d'office. Le fonctionnaire ainsi révoqué reste membre de la fonction publique. Mais il est, par application de l'article 66 du projet de loi sous examen, lequel a pour objet de modifier l'article 2 de la loi précitée du 9 décembre 2005, reclassé dans une fonction inférieure avec allocation d'un supplément de traitement jusqu'à concurrence de sa rémunération dans sa fonction dirigeante. Le fonctionnaire révoqué de cette façon ne perd donc pas son emploi et ne subit, selon les auteurs du projet de loi, „aucun désavantage matériel“.

La nouvelle possibilité de révocation du fonctionnaire dirigeant qui se trouve dans une incapacité durable d'exercer ses fonctions se justifie, selon les auteurs du projet de loi, par la nécessité du service, laquelle ne supporte pas les délais imposés par les procédures de droit commun. Ces procédures peuvent, selon l'exposé des motifs, „générer des délais qui sont inacceptables lorsque le fonctionnaire en faisant l'objet assure la direction d'une administration comprenant parfois des centaines de fonctionnaires“.

La révocation, en dehors des procédures de droit commun, de ses fonctions dirigeantes, du fonctionnaire qui se trouve avec le Gouvernement en désaccord grave et persistant en ce qui concerne l'exécution de ses missions, se justifie, selon l'exposé des motifs, par la nécessaire existence d'une confiance absolue du Gouvernement dans ses fonctionnaires. Ceux-ci sont, toujours selon l'exposé des motifs, à même, de „par leurs agissements, [d']engager la responsabilité politique du Ministre“, laquelle peut, „dans des cas extrêmes, conduire à la démission du responsable politique“. Il s'agit donc de „déléguer“ en quelque sorte une partie de la responsabilité politique ministérielle aux fonctionnaires exerçant une fonction dirigeante. S'il était accepté en plus que le désaccord à la base d'une révocation puisse être de nature „politique“, la disposition sous examen conduirait à une fonction publique „politisée“. Or, dans sa conception actuelle, la fonction publique luxembourgeoise est politiquement neutre, et se trouve liée par les valeurs du professionnalisme, de l'impartialité et de l'objectivité.

Le texte sous examen permettrait encore de démettre de ses fonctions un fonctionnaire loyal mais peu commode qui s'opposerait en toute bonne foi à son ministre. En l'absence de tout mécanisme effectif permettant de vérifier au préalable la bonne foi du fonctionnaire en question, le mode de révocation préconisé par les auteurs conduirait à une fonction publique docile et la possibilité d'abus ne serait pas à exclure dans le contexte de ce mode de révocation.

L'exposé des motifs prend toutefois soin d'affirmer à plusieurs reprises que les nouvelles formes de révocation sont exceptionnelles, et qu'il n'en sera fait usage que dans des cas très rares.

Le Conseil d'Etat constate que la disposition sous examen accorde au Gouvernement un pouvoir discrétionnaire très large en vue de révoquer un fonctionnaire de ses fonctions dirigeantes. Si la décision de révocation à intervenir est peut-être sans conséquences sur le traitement du fonctionnaire concerné, elle n'est pas sans gravité pour autant, puisqu'elle atteint le fonctionnaire dans sa situation professionnelle et, éventuellement, dans sa réputation. Il est donc évident que ces décisions doivent être prises

dans le strict respect de la procédure administrative non contentieuse et qu'elles ouvrent au fonctionnaire en cause un recours devant les juridictions administratives. Celles-ci auront à vérifier, d'une part, si les faits invoqués sont matériellement établis et de nature à motiver légalement la décision de révocation intervenue et, d'autre part, si la mesure prise n'est pas manifestement disproportionnée, de sorte à constituer un excès ou un détournement de pouvoir.

Les nouvelles procédures de révocation sont déroatoires au droit commun. En tenant compte de la règle que les normes spéciales dérogent aux normes générales, le Conseil d'Etat est à se demander si une action disciplinaire ou une mise à la retraite d'office selon le droit commun de la fonction publique demeurent possibles à l'encontre du fonctionnaire ayant fait l'objet d'une révocation de ses fonctions dirigeantes sur la base de la disposition sous examen. Il souhaite obtenir des explications à ce sujet.

D'après le nouvel alinéa 5, „les agents nommés aux fonctions de chef d'état-major, de directeur général de la Police ou de directeur du Service de renseignement, peuvent être révoqués de leurs fonctions avec effet immédiat et sans autre forme de procédure. Les décisions prises au sens du présent alinéa sont sans recours devant les juridictions administratives“.

D'un point de vue purement rédactionnel, il faut préciser qu'il s'agit du chef d'état-major de l'Armée.

Il faut noter que, par application de l'article 66 du projet de loi sous avis, les fonctionnaires ainsi révoqués de leurs fonctions de chef de corps ou d'administration conserveront, tout comme leurs collègues révoqués sur la base de l'alinéa 4, la qualité de fonctionnaire et ne subiront pas de perte de traitement.

En conférant au Gouvernement le pouvoir de révoquer *ad nutum* les trois fonctionnaires mentionnés plus haut, la disposition sous examen constituerait, elle aussi, une innovation de taille dans le droit de la fonction publique.

La procédure de révocation que la disposition sous examen se propose d'instituer se caractérise par l'absence de tout critère, même de celui, très imprécis, de l'intérêt national, pour cerner le pouvoir de révocation *ad nutum* qu'elle confère au Gouvernement. L'absence de critère légal imprime toutefois au pouvoir de révocation un caractère d'arbitraire.

La procédure de révocation instituée par la disposition sous examen se caractérise encore par l'absence, en amont de la décision de révocation, de toute garantie procédurale, y compris celle de la procédure administrative non contentieuse. Et encore par l'absence, en aval de la décision de révocation, de tout recours juridictionnel.

Il est vrai que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme permet de refuser à certains fonctionnaires de l'Etat, sous certaines conditions, le droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précitée. Il n'en est pas ainsi de l'article 10*bis* de la Constitution qui, selon l'avis du Conseil d'Etat, ne permet pas de soustraire certains fonctionnaires aux garanties légales accordées aux autres.

En refusant les garanties procédurales et le recours juridictionnel, la disposition sous examen soumet certains fonctionnaires occupant des fonctions dirigeantes (ceux de l'alinéa 5) à un régime de révocation différent de celui applicable aux titulaires d'autres fonctions dirigeantes (ceux de l'alinéa 4). A l'appui de la différence de traitement, les auteurs du projet de loi invoquent l'intérêt national, sans toutefois le mentionner dans le texte de loi, et sans expliquer pour quelle raison et dans quelle mesure celui-ci serait davantage rattaché aux fonctions visées par le nouvel alinéa 5 plutôt qu'à d'autres fonctions dirigeantes dans la fonction publique. En omettant de justifier que la différence de traitement alléguée procède de disparités objectives, qu'elle est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but, ils exposent la disposition sous examen au reproche d'instaurer une inégalité de traitement, contraire à l'article 10*bis* de la Constitution.

A défaut par les auteurs de fournir les arguments de nature à réfuter les reproches d'arbitraire et de rupture injustifiée du principe de l'égalité inscrit à l'article 10*bis* de la Constitution, le Conseil d'Etat est amené à réserver sa position en ce qui concerne la dispense du second vote constitutionnel à l'égard de la disposition sous examen.

Finalement, il faut s'interroger si la disposition sous examen n'est pas encore contraire à l'article 12 de la Constitution. En privant les fonctionnaires révoqués de leurs fonctions dirigeantes dans les conditions de la disposition sous examen de tout recours juridictionnel à l'égard de la décision de révocation, la disposition sous examen méconnaît le principe du contradictoire qui fait partie intégrante des droits de la défense. L'arrêt rendu le 25 octobre 2013 par la Cour constitutionnelle dans

l'affaire inscrite au registre sous le numéro 104/13⁶ semble en effet rattacher les droits de la défense à l'article 12 de la Constitution. La méconnaissance du principe du contradictoire pourrait dès lors être considérée par la Cour constitutionnelle comme constituant une violation des droits de la défense, protégés par l'article 12 de la Constitution.

Article 66

L'article sous revue a pour objet de modifier l'article 2 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.

Le nouveau paragraphe 2 que le numéro 3 de l'article sous revue a intégré à l'article 2 de la loi précitée du 9 décembre 2005, règle, au regard du paragraphe 1er de cet article 2, la situation des conseillers adjoints au Gouvernement nommés sur la base de l'article 76 de la Constitution. Dans ce contexte, le Conseil d'Etat voudrait rappeler que dans son avis concernant le projet de révision portant refonte et nouvel ordonnancement de la Constitution (doc. parl. n° 6030⁸), il s'est prononcé à l'endroit de l'article 100 du projet de révision (103 selon le Conseil d'Etat) en faveur de l'abandon de la pratique actuelle consistant à nommer les Conseillers de gouvernement sur la base de l'article 76 de la Constitution. Le Conseil d'Etat a réitéré ce point de vue dans l'avis de ce jour concernant le projet de loi portant organisation de l'administration gouvernementale (doc. parl. n° 6464).

Le point numéro 5 ne précise pas si le supplément de traitement qui y est prévu est pensionnable ou non. Si tel devait être le cas, il faudrait le préciser expressément.

Articles 67 et 68

Le Conseil d'Etat constate tant à la lecture de l'exposé des motifs (Chapitre XIII, 2.) que des articles 67 et 68 que le projet de loi sous examen se limite à des interventions constituant des retouches plutôt que des réformes. Les changements par rapport au texte en vigueur visent des dispositions ponctuelles et des points de détail. La disposition la plus importante tente de mieux cerner les notions de „litige collectif“, „litige généralisé“ et „litige non généralisé“.

Le Conseil d'Etat estime cependant que la loi du 16 avril 1979 portant réglementation de la grève dans les services de l'Etat et des établissements publics placés sous le contrôle direct de l'Etat (doc. parl. n° 1726) doit subir une révision de fond. Les difficultés d'application qui se sont fait jour, avec de plus en plus d'acuité, au fil des trente-quatre années d'existence de cette loi, demandent une réflexion approfondie sur la grève dans la fonction publique et sur les moyens à mettre en œuvre afin de la canaliser dans des voies qui ne mettent pas en danger la survie de l'Etat ni le fonctionnement ordonné des services garantissant les fonctions vitales de l'Etat.

Il rappelle à cet égard les recommandations faites le 13 février 2013 par le médiateur⁷: „... le litige qui est à la base des présentes recommandations a montré d'autres lacunes substantielles de la loi de 1979, notamment: le manque de critères permettant de distinguer clairement un litige généralisé d'un litige sectoriel, l'opacité de la loi quant aux critères précis qui permettraient d'apprécier le degré de représentativité des organisations syndicales dans un secteur déterminé, le manque de clarté pour ce qui est du déclenchement de la grève (les procédures à mettre en œuvre entre la non-acceptation par le syndicat des recommandations du médiateur et la décision du „personnel“ de déclencher la grève), l'inexistence de règles procédurales précises au niveau de la conciliation et de la médiation; ...“.

Le Conseil d'Etat considère en outre qu'une procédure en deux étapes située entre la déclaration de l'intention de faire la grève par une organisation syndicale et le déclenchement de cette grève est trop lourde, surtout lorsque la seconde étape recommence par une tentative de conciliation, alors que la première étape s'est soldée précisément quelques jours plus tôt par l'échec d'une procédure de conciliation. L'existence d'un litige collectif, généralisé ou sectoriel, n'est pas nécessairement l'annonce d'une grève à venir. Même un litige collectif qui n'a pas trouvé, aux yeux du syndicat, de réponse appropriée pour les problèmes qui se posent n'est pas obligatoirement suivi d'une grève. Le recours à l'intervention de représentants d'institutions de l'Etat (Président du Conseil d'Etat, Président de la Cour supérieure de Justice) n'est pas nécessaire pour des litiges sectoriels. Le délai de six mois laissé par le

⁶ Mémorial A n° 194 du 12 novembre 2013, p. 3662.

⁷ Dans le cadre du différend qui a opposé les syndicats SEW/OGBL et APSS au Gouvernement, en présence de la CGFP, relatif au projet de réforme de la Fonction publique dans le secteur de l'enseignement.

projet de loi sous avis entre l'échec des procédures préalables et le déclenchement de la grève ne met pas fin aux abus constatés actuellement; laisser sourdre un différend collectif avec ses répercussions négatives sur le climat de travail ne sert à rien – et un syndicat déterminé à faire la grève saura l'organiser dans les délais les plus brefs; les deux parties ont un intérêt manifeste à ce que le bras de fer social qui s'engage se termine le plus vite possible. Enfin, il y a lieu de préciser dans la loi les procédures qui permettent d'établir qu'il y a bien une volonté générale ou sectorielle non pas pour constater l'existence du différend, mais pour faire la grève.

En ce qui concerne le point a) du numéro 1 du texte proposé, le Conseil d'Etat demande, sous peine d'opposition formelle, la suppression du mot „notamment“. Dans le contexte sous avis, l'emploi de ce mot est en effet contraire à la sécurité juridique alors qu'il confère à l'énumération qu'il introduit un caractère non limitatif, de nature à engendrer une incertitude quant aux normes applicables.

Article 69

Cet article n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 70

L'avant-dernier alinéa du point 2 de l'article sous examen ne précise pas „sur demande“ de qui l'Institut national d'administration publique assiste les administrations et établissements publics de l'Etat à la conception et à la mise en place de programmes de formation spéciale. Le Conseil d'Etat propose de prévoir que la demande en assistance de l'Institut doit émaner du chef d'administration.

L'alinéa 6 du point 2 de l'article sous revue prévoit la prise d'un règlement grand-ducal „sur avis obligatoire du Ministre ayant la Fonction publique dans ses attributions“. Au regard des règles régissant l'organisation du Gouvernement, la disposition sous examen paraît quelque peu étonnante. En effet, les actes réglementaires à soumettre à la signature du Chef de l'Etat doivent obligatoirement être délibérés au préalable par le Gouvernement en conseil. A cette occasion, chaque membre du gouvernement peut faire valoir son avis, y compris et à plus forte raison le ministre du ressort qui, en l'espèce, est celui de la Fonction publique. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat demande de faire abstraction de l'avis ministériel obligatoire. Le Conseil d'Etat doit par ailleurs s'opposer formellement au texte dans sa rédaction actuelle, alors que par l'exigence d'un avis ministériel obligatoire comme condition de l'adoption du règlement grand-ducal, les prérogatives que tient le Grand-Duc de l'article 36 de la Constitution seraient limitées, ou pourraient même être tenues en échec si le ministre s'obstinait à ne pas émettre d'avis, ce qui ne saurait se concevoir au regard du caractère autonome conféré par la Constitution au Grand-Duc dans la mise en œuvre du pouvoir réglementaire d'exécution.

Article 71

L'article sous examen fait état d'une formation spéciale „organisée par le ministère de l'Intérieur et les administrations et établissements publics des communes en collaboration avec l'Institut“. L'expression „ministère de l'Intérieur“ est impropre alors que les départements ministériels n'ont pas d'existence propre. En plus, les agents communaux relèvent soit des administrations communales, soit des syndicats de communes, soit des établissements publics placés sous la surveillance des communes. De ce point de vue, les formulations employées par les auteurs sont inappropriées.

Au-delà des critiques relatives à la terminologie employée, le Conseil d'Etat considère que la répartition des compétences entre le Gouvernement, le secteur communal et l'Institut national d'administration publique n'est pas claire. Il propose de reléguer à un règlement grand-ducal la détermination des interventions respectives des trois partenaires précités dans la formation des agents communaux. La disposition sous examen pourrait être remplacée par le texte suivant:

„La formation assurée par l'Institut national d'administration publique pendant le service provisoire comprend une partie de formation générale et une partie de formation spéciale. La partie formation générale est assurée par l'Institut. Un règlement grand-ducal détermine l'intervention du ministre de l'Intérieur, du secteur communal et de l'Institut dans la formation spéciale.“

Article 72

L'article sous examen remplace le paragraphe 1er de l'article 9bis de la loi modifiée du 15 juin 1999 portant organisation de l'Institut national d'administration publique. Dans le nouveau texte, il est question d'un contrôle de connaissances.

Selon le paragraphe 2 de l'article 9bis, précité, qui reste inchangé, „l'organisation et les modalités de la formation de début de carrière sont fixées par règlement grand-ducal“. Ici se pose la question de savoir si les modalités du contrôle des connaissances introduit par le nouveau texte sont également prévues par un règlement grand-ducal.

Articles 73 et 74

Ces articles n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 75

L'article sous avis modifie l'article 1er de la loi modifiée du 30 juin 1947 portant organisation du Corps diplomatique. En énonçant que le personnel diplomatique comprend des „directeurs du département des Affaires étrangères“ et un „secrétaire général du département des Affaires étrangères“, l'article sous examen n'est pas conforme à l'article 76 de la Constitution, lequel réserve au Grand-Duc l'organisation des services administratifs du Gouvernement à tous les niveaux. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à l'article sous examen dans sa forme actuelle. Il propose de laisser au règlement grand-ducal l'organisation du département des Affaires étrangères, tout en autorisant le détachement de personnel diplomatique aux services administratifs du Gouvernement et en autorisant les personnes détachées à porter les titres que le Gouvernement leur confèrera.

Articles 76 à 81

Ces articles n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 82

Au numéro 1 de cet article, le Conseil d'Etat demande, sous peine d'opposition formelle, la suppression du mot „notamment“. Dans le contexte sous avis, l'emploi de ce mot est en effet contraire à la sécurité juridique alors qu'il confère à l'énumération qu'il introduit un caractère non limitatif, de nature à engendrer une incertitude quant aux normes applicables.

Articles 83 à 85

Ces articles n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 86

Le Conseil d'Etat renvoie aux observations qu'il a formulées à l'endroit de l'article 39. C'est dès lors à titre tout à fait subsidiaire qu'il procède à l'examen de l'article sous rubrique.

L'article sous examen porte création de la fonction de „médiateur au sein de la Fonction publique“. A cet égard, il faut observer qu'il eût été plus élégant de créer la fonction de médiateur, non pas dans une loi essentiellement modificative, mais dans une loi autonome.

Selon le paragraphe 1er, le médiateur est „institué auprès du ministre“. Le médiateur se conçoit pourtant comme un service administratif, qui, comme tout service administratif étatique, est placé sous l'autorité d'un ministre. Dans cette logique, il faudrait écrire:

„Il est institué un médiateur au sein de la Fonction publique, placé sous l'autorité du ministre ayant la Fonction publique dans ses attributions. Le médiateur a pour mission ...“

Au paragraphe 2, il y a lieu de préciser l'autorité de nomination qui, selon le commentaire des articles, est le Grand-Duc. Le Conseil d'Etat demande de remplacer dans ce contexte l'exigence d'un avis „obligatoire“ de la Chambre des fonctionnaires et employés publics par l'exigence de demander l'avis de cette chambre. Il serait même possible d'accorder à la Chambre des fonctionnaires et employés publics un délai pour émettre son avis; si l'avis n'intervenait pas dans le délai fixé, l'autorité de nomination pourrait passer outre. Le maintien de l'avis „obligatoire“ limiterait en effet de manière indue les prérogatives de l'autorité de nomination et pourrait même les tenir en échec.

Pour des raisons de cohérence terminologique, il y a lieu de remplacer au paragraphe 4 l'expression „faire appel“ par le verbe „recruter“, ou bien d'écrire que „les services du médiateur comprennent des employés de l'Etat“. Ce paragraphe pourrait d'ailleurs utilement énoncer le cadre du personnel affecté aux services du médiateur.

Articles 87 et 88

Ces articles n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 89

L'article sous examen est superfétatoire, alors qu'il vise les fonctionnaires déjà concernés par l'article 1er de la loi précitée du 9 décembre 2005.

Article 90

Cet article n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 91

D'après le Conseil d'Etat, cet article est superfétatoire, alors qu'il est de règle que la loi spéciale déroge à la loi générale. Néanmoins, il ne s'oppose pas à son maintien si, dans l'idée des auteurs, le présent article doit contribuer à dissiper toute équivoque.

Article 92

Cet article n'appelle pas d'observation, mise à part celle faite *in fine* des considérations générales, en rapport avec la date d'entrée en vigueur de la loi en projet.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 21 janvier 2014.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Victor GILLEN

