



CHAMBRE DES DEPUTES

Session extraordinaire 2013-2014

AT/vg

Commission de la Fonction publique et de la Réforme administrative

Procès-verbal de la réunion du 25 février 2014

ORDRE DU JOUR :

1. Adoption du projet de procès-verbal de la réunion du 6 février 2014
2. 6634 Débat d'orientation sur le rapport d'activité de la Médiateure 2013
- Rapporteur : Monsieur Marco Schank
- Adoption d'un projet de prise de position
3. 6457 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
- Désignation d'un nouveau rapporteur
- Examen de l'avis du Conseil d'Etat
4. Divers

*

Présents : Mme Diane Adehm, M. Yves Cruchten , M. Lex Delles, M. Georges Engel, M. Gusty Graas, M. Claude Haagen, M. Max Hahn, Mme Martine Hansen

remplaçant Mme Octavie Modert, M. Paul-Henri Meyers, M. Marcel Oberweis remplaçant Mme Sylvie Andrich-Duval, M. Gilles Roth, M. Justin Turpel, Mme Christiane Wickler

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

M. Bob Gengler, M. Pierre Neyens, Mme Françoise Schoos, du Ministère de la Fonction publique et de la Réforme administrative

Mme Anne Tescher, de l'Administration parlementaire

Excusés : Mme Sylvie Andrich-Duval, Mme Octavie Modert

*

Présidence : M. Yves Cruchten , Président de la Commission

*

1. Adoption du projet de procès-verbal de la réunion du 6 février 2014

Le projet de procès-verbal sous rubrique est adopté.

2. 6634 Débat d'orientation sur le rapport d'activité de la Médiateure 2013

Le projet de lettre transmis aux membres de la Commission par courrier électronique le 13 février 2014 en vue d'une prise de position au sujet du rapport d'activité de la Médiateure 2013 est adopté à l'unanimité des membres présents.

3. 6457 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

- Désignation d'un rapporteur

M. Yves Cruchten est désigné rapporteur du projet de loi n°6457.

- Examen de l'avis du Conseil d'Etat

Quant aux considérations du Conseil d'Etat relatives au « fonctionnariat à vie »

Article 1^{er}

Point 2

Le Conseil d'Etat souligne que 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.

La Commission se rallie aux propositions du Conseil d'Etat.

Point 3

Le Conseil d'Etat demande, **sous peine d'opposition formelle**, la suppression du mot « notamment ». Il 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.

La Commission se rallie aux propositions du Conseil d'Etat en ce qui concerne la suppression des mots « notamment » et « plus particulièrement ». Quant à la référence à l'article 7 seule la première phrase de l'alinéa 4 en question sera supprimée. Par conséquent, la référence à l'alinéa 4 sera maintenue.

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.

La Commission se rallie à la critique du Conseil d'Etat. Les termes « le cas échéant par application analogique » sont supprimés. Il y a lieu d'énumérer de manière exhaustive les dispositions applicables.

Point 5

Le Conseil d'Etat demande de supprimer les mots « plus particulièrement » qui n'apportent aucune plus-value normative au texte, une proposition qui est adoptée par la Commission.

Point 6

Le point 6 de l'article sous examen remplace le paragraphe 5 de l'article 1^{er} du statut général par un nouveau texte.

L'alinéa 1^{er} 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, le Conseil d'Etat se voit contraint de **s'opposer formellement** à la disposition sous avis.

Le Conseil d'Etat voudrait encore 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 1^{er} 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.

La Commission adopte les propositions rédactionnelles du Conseil d'Etat relatives aux alinéas 1^{er} et 2.

M. le Ministre souligne que la liste de réserve de recrutement compte 7000 personnes. D'où l'idée initiale des auteurs du projet de loi de recruter parmi cette réserve sans publier la vacance de postes qui suscitera des candidatures supplémentaires et ne fera qu'augmenter le nombre de personnes inscrites sur la liste de réserve. Le ministère n'a cependant aucun problème à maintenir le principe de la publication générale des vacances de postes, ce qui est d'ailleurs la pratique actuelle. En réponse à une question afférente, M. le Ministre explique que les candidats inscrits sur la liste de réserve ne peuvent se prévaloir d'aucun traitement prioritaire par rapport aux nouvelles candidatures en vue d'une embauche pour les postes vacants publiés.

Afin de lever l'opposition formelle du Conseil d'Etat, la Commission décide de supprimer la partie de phrase de phrase « ou qui peuvent être occupés par des candidats figurant sur la liste de réserve de recrutement ».

Point 7 (« fonctionnariat à vie »)

Le Conseil d'Etat soulève que la référence à l'article 9, paragraphe 1^{er}, 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. 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**.

D'une manière générale, le Conseil d'Etat s'interroge si l'ancienne idée du « fonctionnariat à vie » est toujours défendable dans l'environnement juridique actuel dans la mesure où depuis la réforme de la législation relative aux pensions des fonctionnaires en 1998, les fonctionnaires sont soumis à un régime contributif et acquièrent leurs droits de pension en versant des cotisations. Les droits de pension acquis ainsi constituent leur propriété 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 fonctionnariat à vie est l'abolition de la « péréquation » par la même loi de 1998.

M. le Ministre explique que le Gouvernement ne tient pas nécessairement à maintenir le principe du fonctionnariat à vie. Or, la CGFP attache une grande importance à ce principe,

lequel est par ailleurs ancré dans l'accord du Gouvernement et de la CGFP du 15 juillet 2011 dans le cadre de la réforme de la Fonction publique. M. le Ministre a déjà consulté la CGFP au sujet des critiques du Conseil d'Etat et a demandé de se voir fournir une argumentation en faveur du principe du fonctionnariat à vie qui pourrait amener le Conseil d'Etat à faire abstraction de sa menace d'opposition formelle à défaut d'explications pertinentes. Il y a également souligné que la proposition du Conseil d'Etat d'abolir le fonctionnariat à vie est en faveur du fonctionnaire dans la mesure où les fonctionnaires retraités sont dégagés de toute ingérence dans leur vie privée et familiale. La CGFP a cependant maintenu sa position. M. le Ministre est donc en attente d'une argumentation fondée de la part de la CGFP qu'il exposera à la Commission. Les dispositions du projet de loi relatives au fonctionnariat à vie seront donc à l'ordre du jour d'une réunion ultérieure de la Commission.

Un membre de la Commission s'interroge quelle argumentation en faveur du fonctionnariat à vie pourrait amener le Conseil d'Etat à lever son opposition formelle. Il rappelle que le Conseil d'Etat a toujours revendiqué le traitement égal des retraités du secteur public et du secteur privé. Or, le fait que les fonctionnaires retraités restent soumis aux droits et devoirs du statut est contraire à cette exigence de traitement égal. L'orateur estime que la commission parlementaire devrait examiner les avantages et les désavantages du fonctionnariat à vie et prendre position à cet égard.

Les membres de la Commission ont encore discuté de la situation des fonctionnaires élus députés ayant droit à une pension spéciale : dans l'optique du fonctionnariat à vie, est-ce que le député est soumis aux droits et devoirs du statut pendant l'exercice de son mandat ? Est-ce qu'une procédure disciplinaire pourra être infligée à un fonctionnaire élu député pendant l'exercice de son mandat pour des faits commis lors de son activité professionnelle ?

Alors que le principe du fonctionnariat à vie sera remis à l'ordre du jour d'une prochaine réunion, la Commission propose de clarifier dans ce contexte si le paragraphe 6 de l'article 1^{er} du statut, tel que proposé par l'article 1^{er}, point 7° du projet de loi sous avis, s'applique également aux fonctionnaires élus à la Chambre des Députés et ayant droit à une pension spéciale pendant l'exercice de leur mandat.

Article 2

Le Conseil d'Etat critique qu'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.

L'expert gouvernemental rappelle que cette disposition a pour objet d'aligner la coordination d'un département ministériel à celui d'une administration. En effet, pour les administrations, une loi-cadre prévoit à chaque fois un directeur en charge de la coordination de l'administration sous la tutelle d'un ministre donné.

Pour le représentant du groupe politique CSV il est inconcevable d'un point de vue politique de placer formellement un fonctionnaire en tant qu'intermédiaire responsable entre le

ministre et les autres fonctionnaires d'un département ministériel. Rien n'empêche un ministre de déléguer ponctuellement la gestion de certains dossiers à un fonctionnaire. M. le Ministre se rallie à ce constat, en estimant qu'un ministre est élu pour assumer la responsabilité de son département ministériel.

Afin de tenir compte de l'opposition formelle du Conseil d'Etat, le 4^e tiret de l'article 1^{quinquies} est à supprimer. A noter que les lois-cadres propres à chaque administration règlent la direction des ces administrations en disposant que le directeur est le chef d'administration. Si une disposition du statut des fonctionnaires parle donc du chef d'administration, qui devra par exemple rendre un avis dans une situation donnée, est visé soit le ministre en charge de son département pour ce qui est de l'administration gouvernementale, soit le directeur pour ce qui concerne une administration donnée.

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 1^{er} paragraphe de l'article 2 du statut général.

Le Conseil d'Etat souligne que 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.

M. le Ministre explique qu'il arrive que des diplômes reconnus comme équivalents par les ministres ayant l'éducation nationale respectivement l'enseignement supérieur dans leurs attributions ne donnent cependant pas accès aux examens-concours à la Fonction publique. Voilà pourquoi il est institué une commission d'équivalence au ministère de la Fonction publique qui analyse ces dossiers. M. le Ministre estime qu'il y a lieu de maintenir cette commission d'équivalence.

Au vu de cette explication, la Commission décide de maintenir le point 1° dans sa teneur gouvernementale.

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, le Conseil d'Etat se pose plusieurs questions :

- 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?

M. le Ministre explique que cette dérogation à la maîtrise des trois langues administratives vaut uniquement pour l'admission au stage. A la fin du stage, le stagiaire devra maîtriser les trois langues administratives du pays et se soumettre à un contrôle linguistique (cf. point 3° sous f)).

Suite à la question afférente du Conseil d'Etat, il y a lieu de préciser que c'est le ministère du ressort qui constate l'inadéquation des candidats ayant réussi à l'examen-concours normal.

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).

La Commission décide de ne pas adopter la proposition du Conseil d'Etat et maintient le texte dans sa teneur initiale.

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.

La Commission se rallie aux critiques du Conseil d'Etat de sorte que la disposition sous e) est à supprimer.

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.**

Afin de tenir compte de l'opposition formelle du Conseil d'Etat, la Commission supprime le renvoi au règlement grand-ducal.

Point 6

Le point sous examen confère une nouvelle teneur à l'article 2, paragraphe 6 du statut général. L'alinéa 1^{er} 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 ».

La Commission se rallie à la proposition du Conseil d'Etat de sorte que les mots « par le ministre du ressort, sur avis conforme du ministre » sont à remplacer par « par le Gouvernement en conseil ».

Article 4

L'article 4 reste sans observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 5

L'article 5 reste sans observation de la part du Conseil d'Etat.

Articles 6 à 8

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.

Le Conseil d'Etat conclut que l'article sous revue est à reformuler pour tenir compte des observations qui précèdent.

M. le Ministre souscrit à l'approche du Conseil d'Etat de régler le principe de la gestion par objectifs et des notions afférentes dans une loi spéciale. Le Gouvernement préparera un nouveau projet de loi à ce sujet qui sera soumis pour avis au Conseil d'Etat conjointement avec les amendements relatifs au paquet réforme.

Article 9

L'article 9 reste sans observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 10

L'article 10 reste sans observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 11

A défaut d'autre précision au sujet des « dispositions particulières » qui sont visées par le nouveau texte au point 2 sous b), le Conseil d'Etat demande de supprimer le bout de phrase « sans préjudice de dispositions particulières ».

La Commission fait sienne cette proposition du Conseil d'Etat. Par ailleurs, il y a lieu de redresser par voie d'amendement le libellé du point 2 sous d) qui devra se lire comme suit : « d) **A** l'alinéa 4, **la première phrase** est supprimée ».

Article 12

L'article sous revue a pour objet, dans son numéro 2, d'inscrire à l'endroit de l'article 9, paragraphe 1^{er} 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 article 9, paragraphes 2 et 4, article 10, paragraphe 1^{er}, alinéa 2 et paragraphe 3, article 11 ou encore article 15, paragraphes 1^{er} 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 »¹. 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 lesquelles 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.

M. le Ministre partage l'avis du Conseil d'Etat qu'il y a lieu de régler les règles déontologiques dans la loi. L'avant-projet de règlement grand-ducal fixant les règles déontologiques dans la Fonction publique sera donc adapté. Les dispositions déontologiques à reprendre au niveau du projet de loi sous examen seront présentées dans une réunion ultérieure.

Article 13

L'article 13 reste sans observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 14

L'article 14 reste sans observation de la part du Conseil d'Etat.

¹ 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.

Article 15

L'article 15 reste sans 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.

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 1^{er} 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 qui confère à l'énumération qu'il

introduit un caractère non limitatif, de nature à engendrer une incertitude quant aux normes applicables.

Afin de lever l'opposition formelle du Conseil d'Etat, M. le Ministre propose de supprimer le 2^e alinéa du point 3 de l'article 16. L'article 10 du statut général des fonctionnaires disposant que « le fonctionnaire doit, dans l'exercice comme en dehors de l'exercice de ses fonctions, éviter tout ce qui pourrait porter atteinte à la dignité de ces fonctions ou à sa capacité de les exercer, donner lieu à scandale ou compromettre les intérêts du service public » couvre en fait le but de nature déontologique prévu à l'article 16 du projet de loi.

Les membres de la Commission se sont encore penchés sur la question de savoir si un fonctionnaire peut participer à une société anonyme ou une société à responsabilité limitée. Un membre de la Commission s'interroge si le fonctionnaire est obligé à demander l'autorisation préalable du ministre du ressort s'il souhaite créer une SA ou une SARL avec des membres de sa famille par exemple pour gérer le patrimoine familial ou pour régler des questions de succession, même s'il agit d'une activité non rémunérée.

M. le Ministre rappelle que le paragraphe 5 de l'article 14 du statut général énonce les exceptions qui ne sont pas considérées comme étant une activité accessoire, à savoir la recherche scientifique, la publication d'ouvrages ou d'articles, l'activité artistique et l'activité syndicale. Toute autre activité accessoire est soumise à autorisation préalable. Le paragraphe 6 de l'article 14 précité dispose qu'il « est interdit au fonctionnaire de participer à la direction, à l'administration ou à la surveillance d'une entreprise commerciale ou d'un établissement industriel ou financier sans l'autorisation préalable du ministre du ressort prise sur avis préalable conforme du ministre de la Fonction Publique et de la Réforme Administrative ». Il n'y est pas précisé si cette participation à une entreprise est rémunérée ou pas.

L'expert gouvernemental explique que d'après la ligne de conduite actuelle, toutes les demandes des fonctionnaires relatives à la participation à des SA ou SARL afin de régler la transmission des biens familiaux sont autorisées. A noter qu'en cas de risque de conflit d'intérêt, une telle activité n'est pas autorisée.

M. le Président estime que la connaissance du statut général fait partie de la formation initiale des fonctionnaires-stagiaires de sorte que tout fonctionnaire est en connaissance des obligations qui lui incombent lorsqu'il souhaite participer à une société.

Plusieurs membres de la Commission estiment que cette obligation de demande préalable est une ingérence dans la liberté individuelle. Le but de l'article 14 du statut est d'éviter à ce que le fonctionnaire exerce d'autres activités à côté de son activité professionnelle ainsi que d'éviter tout conflit d'intérêt. Si la gestion du patrimoine familial remplit ces deux conditions, le fonctionnaire ne devrait pas être obligé à demander une autorisation préalable au ministre. La Commission invite M. le Président-rapporteur à rappeler le but de l'article 14 ainsi que l'exemple d'une société ayant pour objet l'organisation du patrimoine familial dans son rapport sous le commentaire de l'article sous examen.

4. Divers

Les prochaines réunions de la Commission auront lieu :

- mercredi le 5 mars à 15h30 ;
- jeudi le 6 mars à 10h30 ;
- jeudi le 13 mars à 10h30 ;
- mardi le 25 mars à 15h30 ;

- jeudi le 27 mars à 10h30.

Luxembourg, le 3 mars 2014

La secrétaire,
Anne Tescher

Le Président,
Yves Cruchten