



## Commission de la Fonction publique et de la Réforme administrative

### Procès-verbal de la réunion du 05 mars 2014

#### Ordre du jour :

1. 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  
- Rapporteur : Monsieur Yves Cruchten  
- Continuation de l'examen de l'avis du Conseil d'Etat
  
2. Divers

\*

Présents : M. Yves Cruchten , M. Lex Delles, M. Félix Eischen remplaçant Mme Diane Adehm, M. Gusty Graas, M. Max Hahn, Mme Martine Hansen remplaçant Mme Octavie Modert, Mme Cécile Hemmen remplaçant M. Claude Haagen, M. Aly Kaes remplaçant M. Gilles Roth, Mme Josée Lorsché remplaçant Mme Christiane Wickler, M. Paul-Henri Meyers, M. Marcel Oberweis remplaçant Mme Sylvie Andrich-Duval,

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

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

Mme Anne Tescher, de l'Administration parlementaire

Excusés : Mme Diane Adehm, Mme Sylvie Andrich-Duval, M. Georges Engel, M. Claude Haagen, Mme Octavie Modert, M. Gilles Roth, M. Justin Turpel, Mme Christiane Wickler

\*

Présidence : M. Yves Cruchten , Président de la Commission

\*

1. 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

La Commission poursuit l'examen des articles à la lumière de l'avis du Conseil d'Etat :

#### Article 17

L'article sous examen insère dans le statut général un nouvel article 15*bis* 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 dans le cadre du projet de loi sous examen.

Le Conseil d'Etat voudrait encore 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.**

D'une manière générale, et au vu de nombreuses lacunes que présente le texte, 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.

*- Paragraphe 1<sup>er</sup>*

Le paragraphe 1<sup>er</sup> 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 assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit conclure des contrats de prestations de services avec une entreprise privée ou formuler un avis sur de tels contrats, soit 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 prévu est le « comité de prévention de la corruption » qui fut créé, avec une toute autre finalité, par la loi du 1<sup>er</sup> 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).

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 1<sup>er</sup> 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 pour le Conseil d'Etat.

## - Paragraphe 2

Au paragraphe 2, le Conseil d'Etat émet encore des oppositions formelles à l'égard des dispositions suivantes :

- La notion de « relations professionnelles » est 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.

- Afin de 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 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 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 ?

- Toujours dans le cadre de réprimer l'établissement de « relations professionnelles » indues, le Conseil d'Etat constate qu'il est question de « l'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 vertu du paragraphe 2, le ministre a 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 de 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.

- 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.**

*- Paragraphe 3*

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.

\*

Les membres de la Commission ont discuté s'il y a lieu de maintenir le comité de prévention de la corruption en tant qu'organe de contrôle, tout en tenant compte des critiques du Conseil d'Etat émises à propos de plusieurs dispositions, ou s'il y a lieu de se rallier à la conclusion générale du Conseil d'Etat de se 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.

M. le Ministre explique que le Gouvernement n'a pas encore fixé sa position à l'égard des critiques du Conseil d'Etat et qu'il souhaite d'abord recueillir l'avis de la Commission.

En réponse à la question de savoir comment le Gouvernement traite actuellement le passage d'un fonctionnaire dans une entreprise privée, l'expert gouvernemental explique que la législation en vigueur couvre uniquement le cas où le fonctionnaire demande un congé sans traitement pour raisons professionnelles. C'est dans ce cas que le Ministère peut vérifier, sous forme d'avis, si aucun conflit d'intérêt n'existe entre les nouvelles activités professionnelles du fonctionnaire en congé sans traitement et ses anciennes fonctions dans la fonction publique.

La Commission constate qu'il n'y a actuellement aucune disposition législative qui couvre la surveillance sur le passage temporaire ou définitif de fonctionnaires vers des entreprises du

secteur privé. Elle est d'avis qu'il faut impérativement régler cette matière. L'objectif visé par l'article sous examen est d'une importance capitale. La Commission se rallie à la proposition du Conseil d'Etat de supprimer le texte sous avis et de régler la matière dans le cadre du droit pénal.

#### Article 18

L'article 18 reste sans observation de la part du Conseil d'Etat.

#### Article 19

L'article sous examen insère un nouvel article 16<sup>ter</sup> 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.

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.

#### *- Paragraphe 1<sup>er</sup>*

Selon l'alinéa 1<sup>er</sup>, 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 l'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 l'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 disposition 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<sup>bis</sup> 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.**

*- Paragraphe 3*

Selon le paragraphe 3, les fonctionnaires soumis à l'obligation de rédiger un rapport d'expérience professionnelle conformément au paragraphe 1<sup>er</sup>, « 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 10bis 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.**

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 1<sup>er</sup>, 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 assurée entre collègues, entre anciens et jeunes, entre supérieurs et subordonnés, devrait, selon l'avis du Conseil d'Etat, pouvoir s'en passer.

M. le Ministre se rallie aux critiques du Conseil d'Etat et doute de l'utilité du rapport d'expérience professionnelle, d'autant plus que le contenu de ce rapport n'est pas déterminé. Par ailleurs, de nombreux fonctionnaires ne bénéficient plus du trimestre de faveur. M. le Ministre informe qu'il est en train de discuter la révision de cette disposition avec la CGFP.

Quant à la proposition du Conseil d'Etat de remplacer les vacances de postes en temps utile, c'est-à-dire quelques mois avant le départ effectif de l'agent afin de permettre une transmission des connaissances et du savoir-faire au remplaçant, M. le Ministre estime que cette pratique serait certes idéale mais pas toujours réalisable en pratique.

Les membres de la Commission ont évalué l'introduction d'un rapport d'expérience professionnelle dont il y a lieu de retenir les éléments suivants :

- La transmission des connaissances et du savoir-faire devrait se faire bien avant le départ à la retraite d'un fonctionnaire. Le seul avantage de ce rapport serait d'examiner, en fonction de son contenu, s'il faut effectivement pourvoir à la vacance du poste en question.
- Au vu de l'absence de critères auxquels devrait répondre le rapport, il y a lieu de s'interroger sur sa plus-value. Par ailleurs, il n'est pas précisé si le rapport devra être évalué, et, le cas échéant, par qui.
- M. le Ministre précise que la suppression du rapport d'expérience professionnelle n'a aucun impact sur l'introduction du principe de la gestion par objectifs et le développement professionnel du fonctionnaire.
- En tant que nouveau fonctionnaire, il n'est pas toujours évident d'entamer ses tâches s'il n'y aucune trace des activités de son prédécesseur. Mais une transmission du savoir-faire pourrait aussi bien se faire par le biais d'entretiens du fonctionnaire en voie de départ avec le chef de service.

Les membres de la Commission restent réticents quant à l'introduction d'un rapport d'expérience professionnelle. Dans la logique de la nouvelle philosophie de la gestion par objectifs, chaque administration devra établir son programme de travail de même qu'un programme de travail individuel pour chaque fonctionnaire. Le système d'appréciation des compétences du fonctionnaire et les entretiens individuels des agents avec leur supérieur hiérarchique permettent également de documenter les connaissances des fonctionnaires. La Commission conclut qu'il y a lieu de supprimer la disposition relative au rapport d'expérience professionnelle dans le projet de loi sous avis.

## Article 20

L'article sous examen introduit un nouvel article 19<sup>ter</sup> dans le statut général ayant pour objet la dispense de service pour pouvoir participer à un cycle d'études conduisant à un diplôme de niveau supérieur.

Le paragraphe 1<sup>er</sup> du nouvel article 19<sup>ter</sup> 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.

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 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du nouvel article 19<sup>ter</sup> les mots « *sous certaines conditions* » qui sont superflus au regard de l'alinéa 2 du même paragraphe.

Toujours dans le contexte du paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 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<sup>ter</sup> 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.

Quant à la critique du Conseil d'Etat que l'Etat financera dorénavant les études universitaires de ses agents, M. le Ministre invoque que le fait que certains fonctionnaires décrochent un diplôme supplémentaire peut être dans l'intérêt d'une administration publique. Afin de tenir

compte de l'opposition formelle du Conseil d'Etat, il y a lieu de reprendre des dispositions du projet de règlement grand-ducal dans la loi formelle.

Un membre de la Commission estime que l'accord de cette dispense de service sera difficile à gérer dans le secteur de l'enseignement si de nombreux enseignants demandent d'être dispensés de leçons afin de suivre leurs cours de formation, un souci auquel M. le Ministre peut se rallier.

Un autre membre estime qu'une dispense de service ne pourra être accordée que si les études suivies par le fonctionnaire sont dans l'intérêt du service. Or, il faut déterminer des critères dans la loi qui pourront motiver le refus d'une demande de dispense de service.

M. le Ministre rappelle que le projet de règlement grand-ducal établit un certain nombre de critères en vue de l'octroi de la dispense de service :

- L'agent devra avoir au moins dix années de service depuis la date de sa nomination voire depuis son début de carrière.
- Il devra s'inscrire à un cycle d'études en relation avec ses attributions et missions ou dans d'autres domaines susceptibles de promouvoir son développement professionnel auprès de l'Etat.
- Après avoir obtenu le diplôme brigué, l'agent s'engage à rester dans une administration de l'Etat pendant une période d'au moins dix ans.
- Le nombre maximum d'agents d'une administration ou d'un service admis à bénéficier de la dispense de service est limité à 20% de l'effectif total du groupe de traitement auquel l'agent appartient au moment de sa demande.
- Les périodes d'absences au travail dues à la participation aux cours seront à comptabiliser d'abord sur le contingent du congé individuel de formation. En cas d'insuffisance de ce congé, l'agent pourra bénéficier, suivant sa situation, d'une dispense de service se situant entre 15% et 20% sans réduction de sa rémunération. En outre, après introduction du compte épargne-temps, l'agent concerné pourra aussi utiliser le temps épargné sur ce compte pour participer aux cours et formations.
- Pendant la dispense de service, l'agent continue de bénéficier intégralement de son traitement. Au cas où l'agent quitte, pour quelque raison que ce soit, son service auprès de l'Etat avant cette période décennale, ce dernier doit rembourser à l'Etat le traitement correspondant à la dispense de service qu'il a touché.

En réponse à une question afférente, l'expert gouvernemental explique que la dispense de service introduite par l'article 19ter du statut général n'est pas à confondre avec le système de la carrière ouverte. Dans ce cas, un agent pourra accéder sous certaines conditions à un groupe de traitement supérieur au sein de son administration sans devoir décrocher un diplôme d'études supplémentaires. Les agents ayant obtenu un diplôme à l'aide de la dispense de service n'ont pas automatiquement droit à un poste d'une carrière supérieure. Ils pourront toujours participer à l'examen-concours pour un tel poste, mais le mécanisme de la dispense de service ne crée pas une nouvelle vacance de poste.

Au vu de ce qui précède, la Commission décide de maintenir la dispense de service. Afin de tenir compte de l'opposition formelle du Conseil d'Etat, les conditions de la dispense de service seront reprises, par voie d'amendement, dans la loi.

#### Article 21

L'article 21 reste sans 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.

La Commission adopte la proposition du Conseil d'Etat.

### 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.

M. le Ministre informe que le Gouvernement prépare actuellement des amendements à deux projets de loi introduisant un compte épargne-temps i) dans le secteur privé et ii) dans la Fonction publique. Ces amendements seront déposés au cours de la première moitié de 2014.

La Commission se rallie à la proposition du Conseil d'Etat d'enlever du projet de loi toute référence au compte épargne-temps. Ces dispositions seront introduites dans le statut par le nouveau projet de loi.

### 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 ».

Comme pour l'article 23, la Commission enlève toute référence au compte 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.

Le représentant du groupe politique CSV estime qu'il y a lieu de clarifier l'expression « le congé de récréation qui lui est dû ». S'agit-il du congé de l'année en cours ?

L'expert gouvernemental explique qu'il y a effectivement lieu de régler jusqu'à quel moment le congé de récréation non pris reste dû à l'agent et sera indemnisé au fonctionnaire qui cesse ses fonctions. L'expression « en temps utile » se réfère aux règles en matière de congés établies par le règlement grand-ducal fixant le régime des congés des fonctionnaires et employés de l'Etat.

Le règlement grand-ducal dispose que pour l'agent qui quitte le service et qui peut prétendre à pension conformément à la législation qui lui est applicable, l'intégralité du congé annuel de récréation de l'année est accordée. Par cette mesure, un fonctionnaire qui part en retraite le 2 janvier, bénéficie donc du congé intégral pour l'année en cours. Par la modification de l'article 28 du statut général, telle que proposée par l'article 24 du projet de loi sous examen,

le fonctionnaire qui part en retraite peut désormais se voir indemniser le congé de récréation non pris. Il y a lieu de limiter l'indemnisation du congé en cas de départ à la retraite au congé dû proportionnellement à la durée pour laquelle le fonctionnaire a été en service.

Le ministère proposera un nouveau libellé de l'article sous examen lors d'une réunion ultérieure.

D'une manière générale, plusieurs membres de la Commission estiment qu'il faut absolument éviter à ce des agents accumulent des jours de congé non pris au cours de plusieurs années en vue de partir plus tôt à la retraite. Prendre le congé de récréation dans les délais est dans l'intérêt personnel du fonctionnaire de même que dans l'intérêt du service. Ceci signifie cependant que l'organisation des administrations soit telle que les fonctionnaires aient effectivement la possibilité de prendre entièrement leur congé de récréation.

#### Article 25

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

La Commission constate que l'article sous avis est à supprimer par voie d'amendement pour être superfétatoire, alors que les références d'un acte législatif vers un autre sont dynamiques. Le Conseil d'Etat fait d'ailleurs une remarque similaire à l'endroit de l'article 31 du projet de loi.

#### Article 26

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

Quant au paragraphe 2, qui remplace les termes « le même employeur » par ceux de « l'Etat », le représentant du groupe politique CSV s'interroge si cette disposition a pour but de limiter le champ d'application. Il estime que le mot « Etat » est à interpréter au sens large dans la mesure où il ne vis pas seulement l'administration gouvernementale mais également les administrations de l'Etat et les établissements publics.

L'expert gouvernemental explique que, alors que les articles relatifs au congé parental ont été introduits par la loi du 12 février 1999 portant création d'un congé parental, la terminologie ne concorde pas toujours avec celle employée au statut. L'article sous examen doit adapter cette terminologie en précisant qui est visé par le « même employeur ». L'idée des auteurs du projet de loi n'est pas de modifier le champ d'application.

La Commission propose d'apporter des clarifications par voie d'amendement dont le libellé sera présenté lors d'une prochaine réunion.

#### Articles 27 à 30

Ces articles restent sans observation de la part du Conseil d'Etat.

#### Article 31

Le Conseil d'Etat constate que cet article est superfétatoire, alors que la modification qu'il se propose d'introduire se fait automatiquement. La Commission se rallie à cette proposition et supprime l'article 31.

### Articles 32 et 33

Ces articles restent sans 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 1<sup>er</sup>, 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.

Comme pour l'article 3 point 6, la Commission suit le Conseil d'Etat dans sa proposition en remplaçant les mots « par le ministre du ressort, sur avis conforme du ministre » par « par le Gouvernement en conseil ».

### Articles 35 et 36

Ces articles restent sans observation de la part du Conseil d'Etat.

### 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.

La Commission rappelle qu'un nouveau projet de loi relatif au compte épargne-temps est en cours d'élaboration. Alors que ce projet de loi introduira les dispositions nécessaires dans le statut général des fonctionnaires, la référence au compte épargne-temps est à enlever dans le projet de loi sous avis. L'article 37 est supprimé.

### Article 38

Cet article reste sans 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 défailante 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.

M. le Ministre informe que le Gouvernement discutera des institutions de médiation en général lors du prochain Conseil. La Commission décide d'examiner l'article 39 lors d'une prochaine réunion.

#### Article 40

Cet article reste sans 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 35bis 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.

- Alinéa 1<sup>er</sup>

D'après l'alinéa 1<sup>er</sup> 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 1<sup>er</sup> 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.

- Alinéa 2

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.

- *Alinéa 3*

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 1<sup>er</sup>, 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. Aussi faut-il parler des données « traitées » plutôt que des données « gérées ».

- *Alinéa 4*

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.

M. le Ministre informe que ses services sont en train d'examiner quelles entités interviennent concrètement dans le traitement des données. A noter que tout accès à des données personnelles est retraçable d'un point de vue informatique.

Alors que le ministère souhaite encore analyser davantage la problématique soulevée par le Conseil d'Etat, la Commission décide de tenir l'examen de l'article 41 en suspens.

#### Article 42

Cet article reste sans 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 1<sup>er</sup>.

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.

Afin de tenir compte de l'opposition formelle du Conseil d'Etat, la disposition sous examen est à supprimer. La mise en place d'un réseau de correspondants ayant pour mission la coopération entre ministères en matière de gestion des ressources humaines, de formation et de technologies de l'information relèvera ainsi d'une décision du Conseil de Gouvernement.

#### Article 44

L'article sous revue a pour objet d'insérer dans le statut général un nouvel article 37*bis* 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 37*bis*, le Conseil d'Etat trouve qu'il est superfétatoire alors qu'il ne fait qu'affirmer une évidence.

La Commission se rallie à la suggestion du Conseil d'Etat et supprime l'alinéa 4 de l'article 37*bis*, tel qu'introduit par l'article 44 du projet de loi.

#### Article 45

Cet article reste sans 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 ... »<sup>1</sup>. 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

---

<sup>1</sup>« la démission d'office résulte de plein droit ... de la démission pour inaptitude professionnelle ou disqualification morale ».

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 1<sup>er</sup> 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 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.

L'expert gouvernemental explique que le projet de loi remplace à l'article 49 la mise à la retraite d'office en tant que sanction disciplinaire par le terme démission. En effet, la sanction de la mise à la retraite d'office pose des problèmes lorsqu'il s'agit d'appliquer cette sanction à des agents qui, au moment du prononcé de la sanction, n'ont pas encore atteint dix années de service auprès de l'Etat et qui de ce fait ne disposent pas encore d'un droit à pension. Pour résoudre ce problème, les auteurs du projet de loi proposent de remplacer la notion de « mise à la retraite » par celle de « démission ».

D'une manière générale, la Commission s'est interrogée s'il y a lieu de maintenir la mise à la retraite d'office dans le catalogue des sanctions disciplinaires alors que depuis la réforme des pensions de 1998 les fonctionnaires sont désormais dans un régime contributif et acquièrent leurs droits de pension en versant des cotisations.

Afin de tenir compte de l'opposition formelle du Conseil d'Etat, l'expert gouvernemental propose d'abandonner ce changement de terminologie. Le Conseil de discipline devra dès lors prononcer une autre sanction s'il s'agit d'un agent avec une ancienneté de service inférieure à 10 ans.

En ce qui concerne la notion de « disqualification morale » à laquelle se heurte le Conseil d'Etat, il y a lieu de renvoyer à l'article 10 du statut général qui se réfère aux devoirs du fonctionnaire. La disqualification morale se rapporte en fait à l'obligation du fonctionnaire d'éviter, dans l'exercice comme en dehors de l'exercice de ses fonctions, tout ce qui pourrait porter atteinte à la dignité de ses fonctions ou à sa capacité de les exercer, donner lieu à scandale ou compromettre les intérêts du service public.

Luxembourg, le 12 mars 2014

La secrétaire,  
Anne Tescher

Le Président,  
Yves Cruchten