



Commission de la Fonction publique et de la Réforme administrative

Procès-verbal de la réunion du 06 mars 2014

Ordre du jour :

1. Adoption du projet de procès-verbal de la réunion du 25 février 2014
2. 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
3. Divers

*

Présents : Mme Diane Adehm, Mme Sylvie Andrich-Duval, 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, Mme Josée Lorsché remplaçant Mme Christiane Wickler, M. Paul-Henri Meyers, M. Gilles Roth

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 Octavie Modert, M. Justin Turpel, Mme Christiane Wickler

*

Présidence : M. Yves Cruchten, Président de la Commission

*

1. Adoption du projet de procès-verbal de la réunion du 25 février 2014

Le projet de procès-verbal sous rubrique est adopté.

- 2. 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 lumière de l'avis du Conseil d'Etat :

Articles 47 et 48

L'article 47 abroge l'article 42 du statut général. L'article 48 y introduit un nouvel article 42. D'un point de vue légistique, le Conseil d'Etat note qu'il s'agit de remplacer l'article 42 du statut général par un nouveau texte et non pas d'abroger l'article 42 pour en réintroduire un nouveau sous le même numéro. L'article 47 se lira donc comme suit: « *L'article 42 est remplacé par le texte suivant: ...* ». L'article 48 deviendra superflu et les articles subséquents sont à renuméroter.

La Commission adopte la proposition de nature légistique du Conseil d'Etat.

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

Le Conseil d'Etat souligne que le cas de figure selon lequel l'Etat peut se séparer d'un fonctionnaire sans passer par la voie disciplinaire constitue une nouveauté dans le droit luxembourgeois de la Fonction publique. Selon le dernier alinéa du paragraphe 1^{er}, « le fonctionnaire est informé du déclenchement de la procédure ». S'agissant d'une procédure qui n'est pas autrement réglementée, les règles de la procédure administrative non contentieuse devront s'appliquer.

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

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

M. le Ministre souligne que l'introduction de la procédure d'insuffisance professionnelle est un des éléments clés de la réforme. La Commission constate que le Conseil d'Etat n'a pas de critiques à l'encontre de cette nouvelle procédure.

Quant au paragraphe 3, le représentant du groupe politique CSV estime que la formulation « qui dispose des mêmes droits » prête à équivoque. Il faudrait plutôt préciser que le délégué du Gouvernement dispose des mêmes moyens de procédure que l'intéressé.

M. le Ministre rappelle qu'il a été décidé de reprendre les dispositions du projet de loi relatives au développement professionnel du fonctionnaire dans une loi spéciale. L'article sous examen au sujet de la procédure d'insuffisance professionnelle sera donc également revu à la lumière de ce nouveau projet de loi.

La Commission décide de tenir l'examen de cet article en suspens.

Article 49

Cet article n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat, sauf que dans l'expression « ... sans que cette suspension ne puisse ... » il faut rayer le mot « ne ».

La Commission redresse cette erreur rédactionnelle.

Le représentant du groupe politique CSV fait remarquer qu'au point 4 le terme « démission », appelé à remplacer les termes « mise à la retraite d'office », signifie qu'il s'agit d'une décision de l'intéressé lui-même. Or, dans le cas de la mise à la retraite, il s'agit d'une décision imposée à l'intéressé.

L'expert gouvernemental rappelle que la Commission avait décidé dans le cadre de l'examen de l'article 46 de renoncer à ce changement de terminologie afin de lever l'opposition formelle du Conseil d'Etat. Le point 4 de l'article 49 est donc à supprimer.

Article 50

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

Article 51

Le Conseil d'Etat saisit la modification de l'article 49 du statut général pour aborder la problématique suivante. Selon l'article 49, alinéa 1^{er}, « le fonctionnaire condamné pour un acte commis intentionnellement à une peine privative de liberté d'au moins un an sans sursis ou à l'interdiction de tout ou partie des droits énumérés à l'article 11 du Code pénal perd de plein droit son emploi, son titre et son droit à la pension ». Cette disposition établit un automatisme entre la condamnation pénale et la sanction disciplinaire de la perte de l'emploi, du titre et du droit à la pension.

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

M. le Ministre s'entonne de ce que le Conseil d'Etat propose un mécanisme qui peut mener à des situations inégalitaires dans la mesure où chaque fonctionnaire pourrait ainsi être traité de manière différente selon le métier qu'il exerce dans la Fonction publique. Or, le but des auteurs du projet de loi était justement d'éviter toute décision arbitraire en maintenant un critère valant pour tous les fonctionnaires, à savoir une peine privative de liberté d'au moins un an sans sursis.

Plusieurs membres de la Commission s'interrogent sur la portée de l'article 49 du statut :

- Quelle est la portée du mot "intentionnellement" alors que tout délit part du principe de l'intention dolosive ?
- L'automatisme d'associer la sanction disciplinaire de la perte d'emploi à une condamnation pénale ne serait-il pas discriminatoire alors qu'une telle disposition n'existe pas pour le secteur privé ?
- L'article 11 du Code pénal, auquel l'article 49 du statut se réfère, dispose que « Toute décision de condamnation à la réclusion de plus de dix ans prononce contre le condamné l'interdiction à vie du droit: 1) de remplir des fonctions, emplois ou offices publics;.. ». En suivant la proposition du Conseil d'Etat de moduler la sévérité de la peine disciplinaire, il faut veiller à toute contradiction avec l'article 11 du Code pénal.
- Un représentant du groupe politique CSV rappelle que l'ancien Ministre de la Justice François Biltgen avait envisagé un examen des peines, et notamment des peines supplémentaires comme par exemple l'interdiction du droit de vote, pour les différentes infractions du droit pénal luxembourgeois. L'approche de l'ancien Gouvernement a été de se limiter aux amendes et aux peines privatives de liberté.

- Le fait qu'une peine privative de liberté soit sans sursis n'a rien à voir avec la gravité de l'infraction. Le sursis est uniquement un moyen d'aménagement de l'exécution de la peine.
- A la lumière de sa sévérité, la sanction disciplinaire de la perte d'emploi pourrait être qualifiée de pénale en vertu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans cette optique, le fait d'associer la sanction pénale de la peine privative de liberté à la sanction disciplinaire de la perte d'emploi violerait le principe *non bis in idem*.
- Un représentant du groupe CSV estime qu'il y a lieu de revoir le premier alinéa de l'article 49 du statut par rapport à deux éléments : i) s'il y a un élément discriminatoire pour les fonctionnaires par rapport au secteur privé et ii) s'il ne constitue pas un cumul de sanctions et est donc contraire au principe *non bis in idem*.
- Un autre représentant du groupe CSV estime que la proposition du Conseil d'Etat de moduler la sévérité de la peine disciplinaire en tenant compte à la fois du métier exercé par le fonctionnaire concerné et de la condamnation pénale prononcée à son encontre est difficile à mettre en œuvre sans violer le principe de l'égalité.

L'expert gouvernemental rappelle qu'en vertu de l'article 49 du statut tel qu'actuellement en vigueur, le fonctionnaire perd son emploi lorsqu'il est condamné à une peine de prison supérieure à un an. L'article sous examen modifie la limite existante dans ce sens que les peines de prison ferme d'un an sont désormais incluses.

M. le Ministre est d'avis que si l'article 49 violait le principe *non bis in idem*, le Conseil d'Etat aurait sans aucun doute émis une opposition formelle. Rappelons que cette disposition du statut date de 1979 et n'a jamais fait l'objet d'une opposition formelle de la part du Conseil d'Etat.

M. le Ministre explique que la modification de la limite de la peine de prison trouve son origine dans un cas où un enseignant a été condamné à une peine d'un an pour avoir consulté du matériel pédopornographique. Cet enseignant, condamné à une peine d'un an, n'est pas tombé sous l'application de l'article 49 du statut et a donc gardé son emploi dans la Fonction publique.

La Commission décide de maintenir l'alinéa 1^{er} de l'article 49 du statut dans la teneur proposée par l'article 51 du projet de loi.

Article 52

Pour plus de clarté, le Conseil d'Etat propose de rédiger le numéro 1 de cet article comme suit: « A l'alinéa 1^{er}, les caractères « b) » sont supprimés ».

La Commission se rallie à la proposition rédactionnelle du Conseil d'Etat.

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

En ce qui concerne la notion de « disqualification morale » à laquelle se heurte le Conseil d'Etat, la Commission rappelle sa décision relative à l'article 46 du projet de loi : 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.

Article 53 à 56

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

Article 57

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

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

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

Afin de tenir compte de la critique du Conseil d'Etat, les auteurs du projet de loi proposent de fixer par voie d'amendement le délai à 5 jours.

Article 58 à 63

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

Article 64

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

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

L'expert gouvernemental explique que jusqu'à présent, la fonctionnarisation d'employés de l'Etat n'était possible que lorsqu'une loi créait une nouvelle administration ou réorganisait une administration existante, et même dans ce cas la fonctionnarisation dépendait d'un choix des départements ministériels respectifs. Le système actuel n'est donc pas équitable dans la mesure où il dépend de l'administration d'affectation de l'employé. De ce fait, il a été décidé d'introduire, sous certaines conditions, la possibilité pour les employés d'être admis au statut de fonctionnaire de l'Etat.

Il a été jugé utile de fixer quelques conditions préalables que l'employé doit remplir avant de pouvoir bénéficier de la possibilité d'une fonctionnarisation. Ainsi doit-il pouvoir se prévaloir d'une ancienneté de service de quinze années, quel que soit le degré de la tâche. Il doit maîtriser les trois langues administratives, c'est-à-dire qu'il devra passer les épreuves linguistiques au cas où il aurait bénéficié d'une dispense de l'une ou de l'autre langue au moment de son engagement en qualité d'employé. Lorsqu'il fait partie d'un sous-groupe d'indemnité pour lequel la législation relative aux employés de l'Etat prévoit un examen de carrière, il devra avoir passé avec succès cet examen. Finalement, il devra le cas échéant avoir accompli son programme de travail individuel déterminé dans le cadre de la gestion par objectifs et qui résultent des entretiens individuels.

Ces conditions se justifient alors que l'employé de l'Etat ne s'est pas présenté à un examen-cours et n'a pas suivi la formation initiale à l'INAP.

Le représentant du groupe politique DP se heurte à l'existence de statuts différents au sein de la Fonction publique. Il accueille favorablement cette mesure qui vise à créer une situation égale pour tous les employés de l'Etat, indépendamment du service ou de l'administration auxquels ils sont affectés.

En réponse aux questions des membres de la Commission il y a lieu de retenir les explications suivantes :

- La fonctionnarisation des employés n'est pas à confondre avec le droit de l'employé d'être admis au régime de pension des fonctionnaires après vingt années de service ou à partir de l'âge de 55 ans.
- La pratique actuelle de la fonctionnarisation des employés se fait suivant les conditions et les modalités fixées par l'instruction du Gouvernement en conseil du 5 mars 2004.
- Le statut des employés est à maintenir alors qu'il permet de recruter des spécialistes d'une manière accélérée. Par ailleurs, le recrutement d'employés est indispensable afin de pourvoir aux remplacements temporaires dans la Fonction publique.
- La cadence des avancements en grade des employés est différente de celle des fonctionnaires. Par ailleurs, les employés n'accèdent pas au même grade de fin de carrière que les fonctionnaires.
- La possibilité pour le Conseil de Gouvernement d'engager une personne de la carrière supérieure sous le statut de l'employé et de la fonctionnariser après un an de service est maintenue.
- En ce qui concerne le secteur de l'enseignement, il y a lieu de noter que certains chargés d'éducation ne remplissent pas les conditions d'études pour accéder à la carrière de professeur. Ces chargés d'éducation ne pourront pas être fonctionnarisés. Pour se voir fonctionnariser, les chargés d'éducation remplissant toutes les conditions préalables devront réussir à une épreuve qui équivaut à l'examen de fin de stage des professeurs-fonctionnaires.

Quant à la question relative à la budgétisation des mesures de fonctionnarisation, M. le Ministre propose de présenter les coûts afférents lors d'une prochaine réunion.

Afin d'éviter des cas de rigueur et en vertu du principe d'égalité, la Commission estime qu'il n'y a pas lieu de donner suite à la proposition du Conseil d'Etat de prévoir une exception à l'exigence des quinze ans de service.

Article 65

L'article sous examen a pour objet de modifier l'article 1^{er} de la loi modifiée du 9 décembre 2005 déterminant les conditions et modalités de nomination de certains fonctionnaires occupant des fonctions dirigeantes dans les administrations et services de l'Etat.

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

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

- *Alinéa 3*

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

- *Alinéa 4*

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

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

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

La révocation, en dehors des procédures de droit commun, de ses fonctions dirigeantes, du fonctionnaire qui se trouve avec le Gouvernement en désaccord grave et persistant en ce qui concerne l'exécution de ses missions, se justifie, selon l'exposé des motifs, par la nécessaire existence d'une confiance absolue du Gouvernement dans ses fonctionnaires. Ceux-ci sont, toujours selon l'exposé des motifs, à même, de « par leurs agissements, [d']engager la

responsabilité politique du Ministre », laquelle peut, « dans des cas extrêmes, conduire à la démission du responsable politique ». Il s'agit donc de « déléguer » en quelque sorte une partie de la responsabilité politique ministérielle aux fonctionnaires exerçant une fonction dirigeante. S'il était accepté en plus que le désaccord à la base d'une révocation puisse être de nature « politique », la disposition sous examen conduirait à une fonction publique « politisée ». Or, dans sa conception actuelle, la Fonction publique luxembourgeoise est politiquement neutre, et se trouve liée par les valeurs du professionnalisme, de l'impartialité et de l'objectivité.

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

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

Le Conseil d'Etat constate que la disposition sous examen accorde au Gouvernement un pouvoir discrétionnaire très large en vue de révoquer un fonctionnaire de ses fonctions dirigeantes. Si la décision de révocation à intervenir est peut-être sans conséquences sur le traitement du fonctionnaire concerné, elle n'est pas sans gravité pour autant, puisqu'elle atteint le fonctionnaire dans sa situation professionnelle et, éventuellement, dans sa réputation. Il est donc évident que ces décisions doivent être prises dans le strict respect de la procédure administrative non contentieuse et qu'elles ouvrent au fonctionnaire en cause un recours devant les juridictions administratives. Celles-ci auront à vérifier, d'une part, si les faits invoqués sont matériellement établis et de nature à motiver légalement la décision de révocation intervenue et, d'autre part, si la mesure prise n'est pas manifestement disproportionnée, de sorte à constituer un excès ou un détournement de pouvoir.

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

Les membres de la Commission ont encore longuement discuté la portée de cette nouvelle procédure de révocation de la fonction dirigeante :

- En réponse à une question afférente, l'expert gouvernemental explique que les dispositions sous examen concernant la fonction dirigeante s'appliquent à partir de la fonction du premier conseiller de Gouvernement.
- Un membre de la Commission estime que le champ d'application de cette mesure est très élargi alors qu'elle ne concerne pas seulement le champ restreint de quelques fonctions sensibles de la Fonction publique mais au total 43 premiers conseillers de Gouvernement et 6 administrateurs généraux.
- D'autres membres estiment qu'il est intenable qu'un premier conseiller n'exécute plus ses missions conformément à l'approche politique du Gouvernement.

- Il va de soi qu'un fonctionnaire ne peut être obligé par un ministre d'exécuter des missions qui seraient illégales et être menacé de se voir révoquer de sa fonction dirigeante dans ce cas.
- M. le Ministre précise que la disposition sous rubrique n'entraîne aucunement la démission des hauts fonctionnaires. Les hauts fonctionnaires n'encourent par ailleurs aucune perte au niveau de la rémunération. Il ne s'agit donc d'aucune manière d'une sanction disciplinaire.
- En réponse à la question soulevée par la Conseil d'Etat si une action disciplinaire ou une mise à la retraite demeurent possibles à l'encontre du fonctionnaire révoqué de sa fonction dirigeante, M. le Ministre réitère que la disposition sous examen n'est pas une sanction disciplinaire, de sorte que ces mesures disciplinaires restent possibles.
- Un membre de la Commission est d'avis qu'en vertu de l'article 76 de la Constitution, disposant que le Grand-Duc règle l'organisation de son Gouvernement, le Gouvernement est libre d'organiser la direction de ses ministères. Cette disposition est à interpréter dans ce sens que le Gouvernement choisit son haut fonctionnariat, tel qu'il est prévu d'introduire formellement par la disposition sous examen

La Commission décide finalement de maintenir l'alinéa 4 dans sa teneur initiale.

- Alinéa 5

D'après le nouvel alinéa 5, « les agents nommés aux fonctions de chef d'état-major, de directeur général de la Police ou de directeur du Service de renseignement, peuvent être révoqués de leurs fonctions avec effet immédiat et sans autre forme de procédure. Les décisions prises au sens du présent alinéa sont sans recours devant les juridictions administratives ». Le Conseil d'Etat souligne que, d'un point de vue purement rédactionnel, il faut préciser qu'il s'agit du chef d'état-major de l'Armée.

Le Conseil d'Etat note que, par application de l'article 66 du projet de loi sous avis, les fonctionnaires ainsi révoqués de leurs fonctions de chef de corps ou d'administration conserveront, tout comme leurs collègues révoqués sur la base de l'alinéa 4, la qualité de fonctionnaire et ne subiront pas de perte de traitement. En conférant au Gouvernement le pouvoir de révoquer *ad nutum* les trois fonctionnaires mentionnés plus haut, la disposition sous examen constituerait, elle aussi, une innovation de taille dans le droit de la Fonction publique.

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

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

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

En refusant les garanties procédurales et le recours juridictionnel, la disposition sous examen soumet certains fonctionnaires occupant des fonctions dirigeantes (ceux de l'alinéa

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

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

Finalement, il faut s'interroger si la disposition sous examen n'est pas encore contraire à l'article 12 de la Constitution. En privant les fonctionnaires révoqués de leurs fonctions dirigeantes dans les conditions de la disposition sous examen de tout recours juridictionnel à l'égard de la décision de révocation, la disposition sous examen méconnaît le principe du contradictoire qui fait partie intégrante des droits de la défense. L'arrêt rendu le 25 octobre 2013 par la Cour constitutionnelle dans l'affaire inscrite au registre sous le numéro 104/13¹ semble en effet rattacher les droits de la défense à l'article 12 de la Constitution. La méconnaissance du principe du contradictoire pourrait dès lors être considérée par la Cour constitutionnelle comme constituant une violation des droits de la défense, protégés par l'article 12 de la Constitution.

Alors que l'alinéa 5 traite de trois fonctions de nature sensible, un membre de la Commission propose d'analyser si des critères objectifs peuvent être déterminés afin d'encadrer la décision du ministre au sujet de la révocation des trois fonctions précitées.

Afin de tenir compte des critiques du Conseil d'Etat relatifs à l'alinéa 5, M. le Ministre propose de renoncer au régime de révocation différent pour les fonctions du chef d'état-major, du directeur général de la Police et du directeur du Service de renseignement. La Commission se rallie à cette position.

La Commission décide encore de supprimer la dernière phrase de l'alinéa 5 disposant que les décisions sont sans recours devant les juridictions administratives. En effet, en vertu de la législation sur les juridictions administratives, le recours en annulation est de droit commun. Par ailleurs, la procédure administrative non contentieuse est d'application et la décision de révocation du haut fonctionnaire doit être motivée.

L'alinéa 5 sera donc supprimé.

Article 66

L'article sous revue a pour objet de modifier l'article 2 de la loi modifiée du 9 décembre 2005 déterminant les conditions et modalités de nomination de certains fonctionnaires occupant des fonctions dirigeantes dans les administrations et services de l'Etat.

Le nouveau paragraphe 2 que le numéro 3 de l'article sous revue a intégré à l'article 2 de la loi précitée du 9 décembre 2005, règle, au regard du paragraphe 1^{er} de cet article 2, la situation des conseillers adjoints au Gouvernement nommés sur la base de l'article 76 de la Constitution. Dans ce contexte, le Conseil d'Etat voudrait rappeler que dans son avis

¹ Mémorial A n° 194 du 12 novembre 2013, p. 3662.

concernant le projet de révision portant refonte et nouvel ordonnancement de la Constitution (doc. parl. n° 6030⁹), il s'est prononcé à l'endroit de l'article 100 du projet de révision (103 selon le Conseil d'Etat) en faveur de l'abandon de la pratique actuelle consistant à nommer les Conseillers de gouvernement sur la base de l'article 76 de la Constitution. Le Conseil d'Etat a réitéré ce point de vue dans l'avis de ce jour concernant le projet de loi portant organisation de l'administration gouvernementale (doc. parl. n° 6464).

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

Un membre de la Commission explique que dans le cadre de ses travaux relatifs à la révision constitutionnelle, la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle a décidé de supprimer l'article 76 de la Constitution. Un nouvel article (nouvel article 87) est prévu au libellé suivant : « Le Gouvernement se compose d'un Premier ministre, d'un ou de plusieurs Vice-premiers ministres, de ministres et, le cas échéant, d'un ou de plusieurs secrétaires d'Etat. » et que « le Gouvernement détermine son organisation et son fonctionnement par voie de règlement interne, approuvé par arrêté grand-ducal, à l'exception des matières que la Constitution réserve à la loi ». Une nouvelle base légale pour la nomination des conseillers de gouvernement s'impose. Il faudra en outre une disposition transitoire dans la Constitution afin de régler la situation des conseillers

nommés sur base de l'article 76. En ce qui concerne la remarque du Conseil d'Etat relatif à l'article 100 de la proposition de révision, la Commission des Institutions propose de conférer à l'article 100 (et désormais article 111) la teneur suivante :

« Art. 111.(1) Le Chef de l'Etat nomme aux emplois publics, conformément à la loi, et sauf les exceptions établies par elle.

(2) Aucune fonction salariée par l'Etat ne peut être créée qu'en vertu d'une loi.

(3) Le statut des fonctionnaires de l'Etat est déterminé par la loi. »

Luxembourg, le 13 mars 2014

La secrétaire,
Anne Tescher

Le Président,
Yves Cruchten