

AVIS

DE LA

CHAMBRE DES FONCTIONNAIRES ET EMPLOYES PUBLICS

S U R

le projet de règlement grand-ducal modifiant
le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 rela-
tif à la procédure à suivre par les adminis-
trations relevant de l'Etat et des communes

Par dépêche du 15 juin 1989, Monsieur le Ministre de la Justice a demandé l'avis de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics sur le projet sous rubrique.

Considérations générales

En tant que Chambre chargée spécialement de la sauvegarde des intérêts professionnels des fonctionnaires et employés publics, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics se félicite de ce que ce projet de réforme de la procédure administrative non contentieuse (PANC) lui ait été soumis pour examen.

En effet, si jusqu'à présent les agents publics étaient affectés dans leur vie professionnelle par les charges nouvelles que leur imposaient la loi du 1er décembre 1978 et le règlement grand-ducal du 8 juin 1979, eux-mêmes en revanche ne bénéficiaient pas de ses dispositions favorables.

Car le Conseil d'Etat, dans le cadre d'une jurisprudence qui sera exposée plus en détail à l'occasion du commentaire des articles, les avait, à partir d'une décision de 1984, privés du bénéfice de cette procédure chaque fois qu'étaient en cause les relations de service de l'agent avec son autorité hiérarchique.

La comparaison avec les salariés ne laissait pas d'inquiéter: quand un patron du secteur privé licencie son employé sans indication de motifs ou sans en fournir à la demande du licencié, alors ce licenciement devient abusif et le patron sera condamné à payer une indemnité.

Mais quand une décision administrative lui causant grief est notifiée au fonctionnaire, l'absence de motifs n'entre pas en ligne de compte. Le fonctionnaire ne peut demander ni l'annulation de la décision pour manque de motivation ni même obtenir une prorogation du délai de recours contentieux.

L'état-patron, contrairement au patron privé, n'est pas sanctionné en cas de comportement anti-social.

Le présent projet tend, entre autres, à réformer cette jurisprudence et à étendre aux agents publics le champ d'application de la procédure administrative non contentieuse. Il rétablit ainsi le droit commun, en se conformant à l'esprit de la PANC, telle que le législateur l'avait originellement adoptée.

Il suscitera sans doute une meilleure acceptation par les agents publics de la charge de travail que la PANC leur impose par ailleurs.

Mais, même après la publication au Mémorial du règlement grand-ducal sous rubrique, il demeurera, par rapport aux salariés du secteur privé, une injustice de taille: alors que ceux-ci bénéficient d'un premier degré de juridiction (au niveau des deux tribunaux de travail, arbitral et prud'hommes) avec possibilité de recours devant la Cour d'appel, sans même parler de la révision devant la Cour de Cassation, l'absence d'un double degré de juridiction pour le contentieux de la fonction publique affaiblit la qualité de sa protection juridique.

La création d'une juridiction administrative du premier degré relèverait donc le niveau de cette protection. Contraignant la justice administrative à une meilleure motivation de ses décisions, elle empêcherait sans doute la genèse de jurisprudences dérogatoires semblables à celles dont il a été question ci-dessus.

D'éminents juristes n'estiment-ils pas que le double degré "est la précaution ordinaire d'une justice qui veut se tromper le moins possible" (Jean-Denis BREDIN, La justice et l'erreur, "Le Monde" du 1er juillet 1989)?

La Chambre des Fonctionnaires et Employés publics accordera dès lors une attention toute particulière à la mise en oeuvre par le nouveau gouvernement du chapitre de son programme relatif à la mise en place d'un tribunal administratif.

Pour le reste, la Chambre appuie pleinement le projet de règlement grand-ducal, même en ce qui concerne la volonté d'aggraver, dans le chef de l'administration, les conséquences de la non-observation par cette administration des dispositions de la PANC, et ce au nom de la cohérence d'ensemble de la procédure en question:

- une décision dépourvue de toute motivation n'aura plus pour unique effet de suspendre le délai de recours, mais sera nulle;
- un accusé de réception devra faire suite à toute requête d'un administré;
- si l'administré en fait la demande, le silence de l'administration devra être motivé;
- le refus de communiquer un dossier quant à lui ne sera plus discrétionnaire: le juge pourra en vérifier le bien-fondé;
- les droits des tiers seront étendus: leur participation aux procédures administratives les concernant sera codifiée;
- ceux des administrés directement concernés par une décision seront mieux protégés, du fait de la limitation dans le temps des possibilités de recours émanant de tiers.

* * *

Faut-il rappeler en effet que la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics soutient depuis ses débuts sans ambages la démarche inhérente à la PANC et consistant à réformer en profondeur et au profit des deux parties les relations entre l'administration et les citoyens? Ceci même si elle n'a pas pu exprimer son soutien formel voici dix ans, au moment de l'adoption des premiers textes relatifs à la PANC, le gouvernement n'ayant pas cru utile, à l'époque, de les lui soumettre pour avis.

Mais la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics refuse de placer cette démarche sous le signe - conflictuel - de la "protection du citoyen face à l'administration", comme le fait le gouvernement dans son exposé des motifs. Elle lui préfère une approche plus positive, fondée sur la participation du citoyen à une activité administrative devenue plus transparente ainsi que sur la sauvegarde des intérêts légitimes de l'administré, dans le cadre plus général d'un Etat de droit qui demeure l'aune à la mesure de laquelle sont jugés les régimes politiques.

Examen des articles

ARTICLE 1er

Article 5 nouveau

Paragraphe (1)

L'introduction d'un accusé de réception trouve l'assentiment de principe de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics.

Afin de couler ce dispositif dans le moule juridique existant, à savoir la loi du 8 février 1961 portant organisation du Conseil d'Etat qui, en son article 32 prévoit précisément la délivrance par l'autorité administrative de "récépissés" faisant preuve de la date de dépôt de la demande, le projet aurait pu ajouter que l'accusé de réception constatera aussi la date de réception de la demande.

Ainsi, à l'avenir, ferait-on l'économie des débats autour de la question du point de départ des trois mois donnant naissance à une décision implicite de rejet. L'administré cependant garderait toujours le droit de faire la preuve contraire en cas de récépissé portant une date qu'il conteste, conformément à l'article 32 de la prédite loi.

Le point a) du paragraphe (1) ne rencontre pas l'entier accord de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics. En conformité avec l'article 1er du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 (article que le gouvernement ne projette pas de modifier), la Chambre aurait préféré voir l'"autorité" (terme qu'utilise l'article 1er) ou, à la rigueur, le "service" seuls être désignés à l'attention de l'administré.

Elle s'oppose à ce que le nom d'un fonctionnaire individuel soit livré à l'administré. Cela pour des raisons de principe: l'agent n'est jamais chargé que d'instruire un dossier, et le bourgmestre, le chef d'administration ou le ministre prennent la décision finale dont ils endossent la responsabilité. Le public risque de ne pas faire la différence et de poursuivre de son ire (ou, plus rarement, de sa gratitude) tel agent particulier. Mais il y va aussi de questions pratiques: blocage des dossiers par suite de l'indisponibilité du fonctionnaire ainsi désigné, changements d'affectation ou de mission bloqués, rigidité accrue au niveau des organigrammes dans l'administration ...

Si toutefois le gouvernement insistait pour communiquer aux administrés le nom de l'agent instruisant leur dossier, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics exigerait que cela se fasse uniquement avec l'accord exprès de l'agent dont s'agit.

Le point b) du paragraphe (1) ne donne pas lieu à objection quant au texte même, mais la Chambre s'étonne de ce qu'au commentaire des articles le gouvernement ait pu écrire que "En ce qui concerne le délai à l'expiration duquel, à défaut d'une décision expresse, la demande sera réputée rejetée, l'administration pourra indiquer un délai supérieur à trois mois ../.. car le délai de recours contentieux ne se confond pas avec le délai de recours non contentieux."

Ce commentaire ne paraît dès lors pas être en accord avec le projet lui-même, qui semble se limiter au système bien éprouvé de l'article 32 de la loi du 24 février 1961 portant organisation du Conseil d'Etat (décision implicite de rejet en cas de silence supérieur à trois mois).

Si fiant au seul délai indiqué par le gouvernement, alors qu'il lui est loisible d'attaquer le silence de l'administration dès l'écoulement des trois mois, l'administré risque d'être induit en erreur.

Si l'administration doit être autorisée à annoncer un délai ultérieur pour sa décision, délai qui ne saurait empêcher l'exercice par l'administré de son recours normal de l'article 32 susdit, cette possibilité devrait être aménagée avec soin, en veillant à ce que le délai administratif n'occulte pas le délai légal.

L'on spécifiera donc ce double délai dans l'accusé de réception, au nom de la clarté juridique.

Compte tenu de ce qui précède, la Chambre propose le libellé suivant en ce qui concerne l'article 5 (1):

"Lorsqu'une demande est adressée à l'administration, celle-ci est tenue d'adresser dans le mois qui suit sa réception à l'auteur de cette demande un accusé de réception indiquant:

- a) la date de sa réception;
- b) l'autorité, l'administration, le service ou le bureau qui instruit le dossier;
- c) la date à l'expiration de laquelle, à défaut d'une décision expresse, cette demande sera réputée rejetée;
- d) le cas échéant, la date à laquelle l'administration projette de prendre sa décision."

Paragraphe (2)

S'il peut paraître utile, dans l'abstrait, d'imposer à l'administration de pratiquer une instruction sommaire avant d'expédier l'accusé de réception - en la contraignant à indiquer les pièces manquantes dans son accusé de réception - il n'apparaît, en revanche, pas de bonne législation d'empêcher formellement l'administration de renouer le contact avec l'administré pour l'obtention de nouveaux documents dont la nécessité n'aurait pas résulté d'un premier examen, ou dont le besoin précisément ne résulterait que de l'examen des pièces envoyées à l'administration après l'accusé de réception les exigeant. Cela pourrait même contrevenir aux intérêts bien compris de l'administré.

Le texte même du projet de règlement n'interdit nullement une interrogation supplémentaire de l'administré comme le gouvernement entend l'interpréter dans son commentaire des articles.

La Chambre des Fonctionnaires et Employés publics approuve donc le paragraphe (2) en marquant, sur ce point, son désaccord avec le seul commentaire qu'en fait le gouvernement.

En ce qui concernant l'article 5 nouveau en général, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics note que le gouvernement ne semble pas avoir voulu ressortir d'une sanction la méconnaissance de l'obligation pour l'administration de délivrer un accusé de réception, telle par exemple la nullité de la décision (expresse ou implicite) à intervenir ultérieurement.

L'on peut donc s'interroger de savoir si cette mesure sera efficace, au vu notamment de l'expérience faite précédemment avec l'obligation de motiver aménagée par l'article 6 du règlement grand-ducal 8 juin 1979, disposition dépourvue de sanction efficace et dont la méconnaissance par l'administration motive précisément une partie de la réforme sous rubrique.

Article 5 - 1 nouveau

Le texte tend à empêcher l'administration d'adopter une décision à l'insu de l'intéressé.

Il échet cependant de remarquer que - sauf erreur - l'article 9 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 (que le gouvernement n'affirme pas entendre abroger) répond déjà à cet objectif, avec force détails.

Il est vrai que son inobservation ne comporte pas de sanction, alors que l'article 5-1 nouveau en prévoit une (" ... les décisions ... ne peuvent légalement intervenir ...").

La Chambre des Fonctionnaires et Employés publics propose donc de s'en tenir à l'article 9 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 en faisant précéder le texte de l'article d'une menace de sanction: "Sous peine de nullité et sauf s'il y a péril en la demeure etc."

Toute décision contrevenant à l'article 9 ainsi amendé serait illégale pour violation des formes et serait annulée par le Conseil d'Etat saisi d'un éventuel recours.

Si, malgré l'existence de l'article 9, le gouvernement entendait adopter l'article 5-1 nouveau, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics se verrait obligée de faire les réserves suivantes:

- aux administrés devrait être accordé un "juste délai" (huit jours à l'article 9) pour présenter leurs observations; sinon la protection risque d'être tournée;
- qu'arrivera-t-il en cas d'absence prolongée ou d'impossibilité de joindre la personne concernée? La Chambre pense que la clause relative à l'urgence s'appliquera alors. Si le gouvernement ne partageait pas son avis, il conviendrait de mentionner en toutes lettres le cas de figure ainsi soulevé pour lui apporter la solution codifiée à l'article 9 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979;

- le mode pluriel ("les décisions administratives ne peuvent etc.") ne semble pas indiqué: le singulier doit lui être préféré;
- à l'avant-dernière ligne, le subjonctif présent devrait remplacer l'indicatif présent (... qu'après que l'intéressé ait été mis à même ...").

Article 5-2 nouveau

Paragraphe (1)

La Chambre n'entend suggérer ici que des modifications de forme ou de style. En effet, elle appuie pleinement la volonté du gouvernement de sceller la situation juridique des citoyens qui n'auront plus à craindre que des recours soient engagés ou des retraits administratifs effectués menaçant une décision administrative antérieure ayant pleinement déployé ses effets.

Reste à l'administration à faire en sorte que la publicité en question soit belle et bien "adéquate", au voeu du nouveau texte.

Eu égard au fait que ce n'est pas tant l'administration (qui ne se voit aucunement menacée de sanctions en cas d'inobservation des formalités) que les citoyens (bénéficiaires des décisions administratives qu'ils souhaitent ne pas voir être annulées) qui pâtiront de la publication inadéquate des décisions, il est permis d'espérer que l'administration fasse preuve de soin et de diligence, et que le gouvernement lui en donne les moyens. Le droit rencontre ici ses limites et fait place à une nécessaire volonté politique.

Plus prosaïquement, la Chambre se demande si, conformément à l'article 5 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 et au commentaire des articles fait par le gouvernement, il ne conviendrait pas de lire "... affecter les droits et intérêts de tierces personnes ..." (au lieu de "... affecter des droits et intérêts etc.") et si le "tiers" de la dernière ligne du paragraphe (1) ne serait pas mieux qualifié par le terme "tierces personnes". La phrase se lirait comme suit: "La publicité vaut notification de la décision à ces tierces personnes." D'ailleurs le paragraphe (3) du nouvel article 5-2 évoque uniquement les "tierces personnes". Il s'agit donc d'assurer l'harmonie des termes employés.

Paragraphe (2)

Demeurant inchangé par rapport à l'article 5 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979, ce texte ne comporte pas d'observations.

Paragraphe (3)

Le droit des tierces personnes à être entendues est - à bon escient - renforcé, sans pour autant que cette obligation à charge de l'administration ne soit assortie de sanctions susceptibles d'en rendre l'application certaine.

Au vu des précédentes remarques relatives à l'article 5 (1) a), la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics n'est pas d'accord pour assurer à ces tiers un accès à l'"agent chargé du dossier". Les raisons invoquées plus haut valent, mutatis mutandis, à l'égard des tierces personnes.

Au deuxième passage du paragraphe (3), les mots "La décision définitive doit être portée à la connaissance des tierces personnes ..." devront être complétés par l'expression suivante, à insérer entre "portée" et "à la connaissance ...": "... par tous moyens appropriés ...": le Conseil d'Etat, lors de l'examen du projet devenu règlement grand-ducal du 8 juin 1979 avait en effet, à l'époque, formulé cette suggestion, qui avait été intégrée au texte final (cf. article 5).

La disposition autorisant les tierces personnes à se faire accompagner ou représenter par un mandataire est superflue: l'article 10 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 en prévoit déjà la possibilité pour "toute partie à une procédure administrative".

ARTICLE 2

La Chambre des Fonctionnaires et Employés publics marque son accord avec le renforcement, à l'article 6 du règlement grand-ducal, des dispositions concernant la motivation des actes administratifs.

L'obligation de motiver deviendra absolument générale, sauf trois exceptions mineures, facilitant ainsi le travail des agents publics qui actuellement doivent vérifier au cas par cas si la situation correspond à l'une des quatre causes limitatives d'inclusion ou non.

Dorénavant toute décision non motivée sera susceptible d'annulation de ce seul chef. Le nouveau texte - contrairement à l'ancien - sera donc assuré d'être appliqué. L'administration ne pourra plus, ultérieurement, modifier la motivation de ses décisions, même et surtout pas devant le juge.

La Chambre, qui consent à ces principes, se demande toutefois si un tiers intéressé ou concerné pourrait éventuellement agir en nullité d'une décision favorable à un administré, mais non motivée (exemple: promotion d'un agent public), et ce au seul vu de cette absence de motivation.

Etant donné que la formalité de la motivation protège aussi les intérêts de ces tiers, il semble qu'il convienne de répondre par l'affirmative. Les bénéficiaires des décisions administratives positives risquent dès lors de pâtir de ce nouveau cas d'ouverture contentieux, que viendra compléter le droit de l'administration de retirer sa décision, même favorable, car non motivée (cf. l'article 8 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979): l'Etat-patron, en ne motivant pas un arrêté de promotion, pourrait ainsi s'accorder à l'avance le droit de retirer, durant trois mois ou même davantage - en cas de publicité inadéquate - sa décision, pour simple vice de forme (cf. jurisprudence française CE du 6 mai 1966, Ville de Bagnaux, citée en commentaire des articles du projet devenu règlement grand-ducal du 8 juin 1979, doc. parl. n° 2313, page 10).

Jusqu'à présent il n'en allait pas de même. L'obligation de motiver est-elle donc véritablement nécessaire en matière de décisions positives?

Ne conviendrait-il pas plutôt d'y renoncer en ce cas précis, au bénéfice de l'actuel système ne comportant qu'une prorogation des délais de recours contentieux?

Seules donc les décisions à caractère défavorable seraient à soumettre à l'obligation absolue de motiver.

Un point de détail, au paragraphe (1): "... par l'énoncé au moins sommaire de la cause juridique qui sert de fondement ..." devra se lire: ... "par l'énoncé au moins sommaire de la cause juridique qui lui sert de fondement ...".

L'on peut d'ailleurs douter de l'utilité d'un paragraphe (1) comportant deux points distincts. Il serait possible de tout ramasser en un unique paragraphe:

"Toute décision administrative qui affecte les droits et les intérêts d'un administré ou de tiers ou qui refuse de faire droit à sa demande doit être fondée sur un ou plusieurs motifs qui doivent être légaux et indiqués dans la décision même par l'énoncé au moins sommaire de la cause juridique qui lui sert de fondement et des circonstances de fait à sa base, le tout sous peine de nullité."

Article 7 nouveau

Cet élément du projet de règlement aboutit pratiquement à mettre fin au recours en matière de décisions implicites de rejet: peu nombreux en effet seront les citoyens - et leurs conseils juridiques - qui se hasarderont à soumettre à la censure du juge administratif une décision implicite de rejet, par définition dépourvue de motivation, alors même que, en mettant en demeure l'administration de motiver son silence, ils sauront, d'une part, pour quelles raisons il y a eu rejet et ils auront, d'autre part, une chance d'obtenir la nullité absolue de la décision implicite de rejet pour simple vice de forme (la non-motivation à l'échéance du délai fixé à un mois).

L'on assistera même peut-être à une baisse des décisions implicites de rejet tout court: sans doute en effet les administrations préféreront-elles motiver ab initio leurs décisions plutôt que de laisser se produire des décisions implicites qu'il faudra de toute façon motiver.

D'accord en principe, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics trouve cependant excessivement bref le délai d'un mois que fixe le projet de règlement.

Un délai de deux ou même de trois mois répondrait mieux aux exigences d'une bonne administration.

Il est entendu qu'en cas de non-réponse par l'administration dans le délai d'un (ou deux à trois) mois, la décision implicite de rejet initiale sera illégale, certes, mais que le délai de recours contentieux ne commencera pas à courir à partir de la fin de ce premier (ou deuxième à troisième) mois, échéance qui ne vaut point notification de la décision implicite de rejet.

Cette dernière continuera par conséquent à pouvoir être attaquée sans limitation de durée.

Il est entendu aussi que les décisions implicites de rejet ne sauraient être irrémédiables et que, saisie par un administré d'une demande de motivation la concernant, l'administration pourra y substituer une décision favorable, dûment motivée, qui remplacera cette décision implicite de rejet.

Le texte proposé pour l'article 7 ne pratique pas de renvoi à l'article 6, qui définit pourtant la teneur et la qualité de la motivation. Il conviendrait de combler cet oubli ainsi que certaines autres lacunes de style par une reformulation qui se lirait comme suit:

"Une décision implicite de rejet résultant du silence gardé pendant plus de trois mois par l'administration à la suite d'une demande adressée à l'administration n'est pas susceptible d'annulation du chef d'absence de motivation. Cependant, à la demande de l'administré, la motivation de la décision implicite de rejet, conforme aux exigences de l'article 6, lui est notifiée dans le mois qui suit sa demande ... etc. etc."

ARTICLE 3

Article 13-1 nouveau

Paragraphe (1): aucune observation.

Paragraphe (2)

La formulation telle que la propose le gouvernement, par sa brièveté même, laisse ouvertes plusieurs questions:

- le droit d'accès - modalité du droit à la communication - tel que le prévoit l'article 13-1 (1) nouveau est-il lui aussi protégé par le paragraphe (2)?
- quelle est la date à partir de laquelle sera compté le délai de la nouvelle décision implicite de rejet abrégée d'un mois?
- les mesures de l'article 6 nouveau relatives à la qualité de la motivation et celles de l'article 7 nouveau relatives à la possibilité de demander les motifs de la décision implicite de rejet sont-elles d'application?

La Chambre des Fonctionnaires et Employés publics propose donc une rédaction plus étoffée du paragraphe (2), susceptible de rendre moins ardue l'application d'une disposition qui, dans son principe, rencontre toutefois son entier accord:

"Tout refus, total ou partiel, du droit à la communication prévus aux articles 11 à 13-1 (1), dans l'une de ses modalités, est notifié au demandeur sous forme de décision conforme aux exigences de l'article 6. Lorsqu'un délai d'un mois s'est écoulé à partir du dépôt de la demande de communication ou d'accès sans qu'il ne soit intervenu de décision, le demandeur peut se pourvoir devant le Comité du Contentieux du Conseil d'Etat statuant comme juge de fond, sans préjudice de l'application de l'article 7."

ARTICLE 4

Article 14 nouveau

Cet article vise à étendre aux tiers concernés par une décision administrative la "Rechtsmittelbelehrung" qui était déjà stipulée à l'article 14 actuel du règlement grand-ducal du 8 juin 1979, mais réservée aux seules "parties" directement impliquées.

A partir du moment en effet où ces tiers reçoivent également communication des décisions administratives à l'instruction desquelles, conformément à l'article 5-2 (3) elles ont pu participer, il est normal de leur indiquer aussi les délais

et voies de recours puisque, de "tiers", ils sont en quelque sorte devenus "partie", en étant associés à la procédure.

Là encore l'administration sera tenue d'accomplir un important effort de communication, qui suppose une organisation interne sans faille.

La Chambre des Fonctionnaires et Employés publics espère donc que les chefs d'administration fassent en sorte qu'à tous les niveaux des services, les agents soient dûment avisés de cette nouvelle exigence légale qui, pour figurer au projet du règlement en termes plutôt obscurs ("... les décisions administratives visées à l'article 5-2 ci-dessus doivent indiquer les voies de recours ...") ne souffre pas la méconnaissance.

Il ne sert à rien en effet de limiter les délais de recours contentieux des tiers, informés dorénavant par une "publicité adéquate" ayant valeur de notification expresse (cf. article 5-2 (1)) si l'on omet d'adresser la "Rechtsmittelbelehrung" aux tiers intervenus dans le courant de la procédure conformément à l'article 5-2 (3) nouveau: leur droit de recours pourrait être exercé indéfiniment et tout le bénéfice de l'article 5-2 (1) serait perdu. Un élément important de la présente réforme aurait été en vain.

Si donc, à moyen terme, l'application de la disposition sous rubrique s'avérait insuffisante et, partant, préjudiciable aux situations juridiques des administrés, il faudrait envisager d'y renoncer en l'abrogeant.

Il ne faut pas oublier en effet que les tiers intervenant dans la procédure continueront en tout état de cause à être informés sur le sort réservé à leurs interventions par la "publicité adéquate" faite à la décision définitive, conformément à l'article 5-2 (1) nouveau, et pourront engager les recours que prévoit la loi. Il ne convient point d'accorder une importance excessive à la "Rechtsmittelbelehrung", nul n'étant censé ignorer la loi.

ARTICLE 5

Article 15 nouveau

C'est le projet d'article 15 nouveau qui, bien entendu, rencontre l'appui le plus franc de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics, ceci toutefois à une double réserve près.

1. Quelle est, actuellement, la situation juridique?

Après l'entrée en vigueur de la loi du 1er décembre 1978 et du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 ayant institué la PANC telle que nous la connaissons actuellement, le Comité du Contentieux du Conseil d'Etat faisait bénéficier les agents publics de ses dispositions favorables (cf. par exemple: CE 26/01/82 KLEIN / MINISTRE DES FINANCES et CE 07/02/84 SERRES / COMMISSION DES PENSIONS).

Avec l'arrêt du 21 novembre 1984 (FOLSCHEID / COMMISSAIRE CENTRAL FF. DE LA VILLE DE LUXEMBOURG ET MINISTRE DE LA FORCE PUBLIQUE), il effectuait cependant un revirement de jurisprudence.

Les fonctionnaires devraient, selon lui, être exceptés de la procédure les protégeant au vu de leur statut, qui constituerait une loi spéciale dérogatoire

s'appliquant nonobstant la PANC (cf. dans le même sens: CE 09/01/85 WAGNER / MINISTRE DE LA FORCE PUBLIQUE et CE 06/11/87 GLAESENER-BISENIUS / ADMINISTRATION COMMUNALE DE BECH).

Mais dans une autre série d'arrêts, tous plus récents, il va plus loin encore. Abandonnant l'argument de la spécialité, il estime que le fonctionnaire ne serait pas un administré au sens de la PANC

2. En quoi cette jurisprudence est-elle critiquable?

- Le statut général de la fonction publique serait une loi spéciale:

L'argument tout d'abord manque de pertinence en pure logique: on pourrait en effet soutenir que c'est la législation sur la PANC qui est spéciale à l'ensemble de la procédure administrative, le statut de la fonction publique étant seulement général, en ce sens qu'il vise la fonction publique dans sa généralité, à l'exclusion de la procédure administrative la réglementant.

L'argument ensuite n'est pas exact en droit: la PANC a été conçue pour faire échec précisément à toutes les procédures contraires, mêmes "spéciales". Les travaux préparatoires en font foi: voir par exemple doc. parl. n° 2209, page 4, 1er et dernier paragraphe; page 5, 4e paragraphe ainsi que page 18, avant-dernier paragraphe. Le législateur a entendu soumettre à la PANC, la loi ayant vocation générale, toute procédure administrative, même spéciale.

Notons que P. PESCATORE (dans Introduction à la Science du Droit) estime que: "... il faut toujours tâcher de ramener les règles spéciales à l'ensemble du système juridique. En d'autres mots, dans le doute, il faut présumer toujours qu'une règle spéciale ne déroge pas au droit commun ..." (page 323, n°220).

Et la règle générale cède le pas seulement si la règle spéciale traduit "l'intention certaine d'y déroger" (ibidem). Ce qui n'est très certainement pas le cas en l'espèce, le statut de 1979 n'ayant rien dit de tel.

Le législateur lui-même a marqué la volonté de soumettre la fonction publique à la PANC postérieurement, au moment de l'adoption de la loi du 14 décembre 1983 ayant réformé le statut général en affirmant, sur un point précis ayant valeur d'exemple: "Son but est de mettre le statut du fonctionnaire en concordance avec la nouvelle procédure administrative non contentieuse" (doc. parl. n° 2680, page 19).

On peut, enfin, opposer à la règle qu'invoque le Conseil d'Etat ("specialia generalibus derogant") la règle "lex posterior derogat legi priori", règle tout aussi impérative en droit.

Or, en termes pratiques, le règlement habilité du 8 juin 1979 ayant le même effet qu'une loi et étant intervenu postérieurement à la loi du 16 avril 1979 sur la fonction publique, il prévaut donc sur cette loi, l'ayant complétée et abrogée dans toutes les dispositions mutuellement incompatibles.

- les fonctionnaires ne seraient pas des administrés:

Pourtant:

- a) Le fonctionnaire luxembourgeois est bel et bien soumis à une autorité administrative.

Il ne participe point d'un régime contractuel, caractérisé par l'autonomie des parties et le caractère subsidiaire des lois réglementant le louage de services.

Sa situation relève d'un statut, donc d'un ensemble de sujétions d'ordre légal et réglementaire: sa situation est fixée à l'avance par voie générale et impersonnelle, elle peut être modifiée unilatéralement par l'Etat, à tout instant, et ses litiges relèvent du contentieux administratif.

Le Conseil d'Etat commet donc un contresens en posant que, "dans ses relations statutaires", le fonctionnaire ne serait pas un administré. Car c'est précisément parce qu'il relève d'un statut qu'il est "administré", avec tout ce que ce terme comporte de connotations en matière de passivité et de sujétion. Citons à ce sujet LAUBADERE, Traité de droit administratif, 6e édition, pages 24 et 25:

"Si l'idée de la situation légale ou réglementaire et de droit public a pratiquement toujours été consacrée par la jurisprudence, c'est qu'elle correspond aux intérêts et exigences du service public: primauté des intérêts du service sur les intérêts personnels de l'agent, nécessité de pouvoir modifier à tout instant les règles d'organisation du service. Il est visible que ces exigences sont plus facilement satisfaites: 1° avec la situation de droit public qui permettra l'application de règles exorbitantes destinées à faire primer l'intérêt du service; 2° avec la situation légale et réglementaire qui permettra à l'Etat, seul juge des besoins du service, d'établir unilatéralement la situation de ses agents et de la modifier à tout instant pour l'adapter aux besoins de l'intérêt général".

- b) Il convient de ne point perdre de vue la loi sur la PANC elle-même. Celle-ci en effet, dans son article 4, définit un champ d'application très large: ses règles "s'appliquent à toutes les décisions administratives individuelles".

A qui viendrait l'idée de soutenir qu'une décision émanant du supérieur hiérarchique d'un fonctionnaire ne serait pas une "décision administrative individuelle"? - Poser la question, c'est déjà y répondre.

- c) Dans son article 5, la loi sur la PANC contient une exclusion (la matière des contributions directes), mais c'est la seule exclusion de toute la loi. Celle-ci n'en ayant pas prévu d'autres, les exceptions étant d'interprétation stricte et la loi ayant vocation générale à s'appliquer (articles 1er et 4), il convient de dire que la loi et son règlement d'exécution s'appliquent sans conteste à la fonction publique et créent des droits à son profit.

L'exclusion que pratique le Conseil d'Etat est finalement d'origine purement prétorienne: la juridiction administrative procède par pure pétition de principe.

- d) La loi et son règlement d'exécution n'utilisent pas que le terme d'"administré". Dès lors le Conseil d'Etat erre en se basant sur ce terme pour refuser aux fonctionnaires le bénéfice de la PANC

L'article 1er de la loi du 1er décembre 1978 n'utilise certes que le terme litigieux.

Mais les qualificatifs qu'utilise le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 ne sont, eux, pas univoques:

"administré" certes (article 2, 6 et 11)

mais aussi:

"demandeur" (article 1er)

"partie intéressée" (article 1er)

"personnes intéressées" (article 5)

"l'intéressé" (article 6)

"partie" (articles 9, 13 et 14)

"partie concernée" (article 9)

"personne concernée" (article 12)

"partie à une procédure administrative" (article 10).

Il convient donc de ne pas se lier les mains en ne regardant que le seul terme d'"administré": les mots "partie intéressée" ou "concernée" par exemple devraient permettre de conclure à la solution opposée à celle malheureusement adoptée par le Conseil d'Etat.

- e) Les travaux préparatoires de la loi sont à considérer également. Très nombreux sont les passages où il apparaît, soit que la loi devrait avoir vocation absolument générale à s'appliquer, et ce à toutes les décisions administratives, soit que les fonctionnaires ont été, dès le début, compris dans la loi:

* exposé des motifs

page 3 du document n° 2209:

"Les règles de procédure, en tant qu'expression de règles générales du droit protégeant les droits des particuliers contre l'arbitraire du Pouvoir, ont vocation à s'appliquer à toutes les manifestations de ce Pouvoir".

page 4:

"Le moment paraît venu de codifier l'ensemble de ces règles en l'étendant à l'ensemble des interventions de l'Administration".

page 12:

"Il est vrai qu'il existe des cas où ... l'obligation de motiver est de peu d'utilité pratique. Il en est ainsi par exemple de certaines nominations au choix du gouvernement ...".

page 14:

"une décision de notre Conseil d'Etat a admis qu'une nomination d'un fonctionnaire ayant créé des droits au profit du bénéficiaire dès sa signature ne pouvait plus être rapportée ...".

page 16:

"Article 11. - Cet article vise l'hypothèse où il existe un dossier personnel auprès de l'Administration relatif à la situation administrative d'un particulier. C'est le cas notamment pour les fonctionnaires et agents de l'Etat et des collectivités publiques. ... Dans tous ces cas il est important que l'administré puisse consulter son dossier pour vérifier etc."

"Articles 12 et 13. - Reprenant une idée consacrée dans l'article 15 de la loi suédoise il est proposé d'excepter de la communicabilité les dossiers relatifs aux nominations à des fonctions publiques..."

page 18:

"Le législateur luxembourgeois a déjà admis le principe de la procédure administrative contradictoire dans sa phase non contentieuse, soit par l'audition des intéressés, soit par la consultation ou l'information collective ou individuelle, dans différentes matières particulières. Ce sont entre autres: ... les droits et devoirs des fonctionnaires (loi modifiée du 8 mai 1872) etc."

"... Les procédures particulières déjà existantes, à l'exception de celle des contributions directes, devront être adaptées aux normes nouvelles".

* avis du Conseil d'Etat

page 20 du document n° 2209:

"(L'article 1er) est à interpréter en ce sens qu'il a une portée générale et qu'il vise toute personne morale, toute administration et tout service pouvant prendre une décision administrative à caractère individuel".

* avis du professeur BLOCH

page 2 du document n° 2209-1

"Ce renforcement suppose l'édition d'un corps de règles générales destiné à régir la procédure de prise de décisions administratives ...".

"L'objet de la codification - Au sens large, la procédure administrative non contentieuse peut se définir comme l'ensemble des règles destinées à gouverner l'édition des actes administratifs".

page 9:

"Une telle situation peut se rencontrer surtout en matière d'urbanisme, d'établissements dangereux, de nomination et de promotion dans la fonction publique et, plus tard, dans d'autres domaines pour l'instant encore peu ouverts à l'intervention de l'administration".

* rapport de la commission des finances et du budget:

page 2 du document n° 2209-2:

"Ces principes s'appliqueront à toutes les administrations publiques à quel-
que niveau qu'elles soient et à tous les services participant à la prise
d'une décision administrative individuelle".

page 3:

"... étant donné que la réglementation s'étendra à tout le secteur public".

"En ce qui concerne plus particulièrement ce champ d'application, il convient de relever que la réglementation est destinée à s'appliquer à tout organisme, quelle que soit sa dénomination et son statut, qui est habilité à prendre des décisions administratives, c'est-à-dire d'édicter des actes unilatéraux individuels qui s'imposent aux particuliers auxquels ils s'adressent. Il s'agit de décisions prises dans l'exercice de la puissance publique à laquelle l'organisme émetteur participe, soit organiquement, soit occasionnellement, en vertu d'une délégation de l'autorité publique et qui à ce titre sont régies par le droit administratif et soumises au contrôle juridictionnel du Comité du Contentieux du Conseil d'Etat".

* * *

La Chambre des Fonctionnaires et Employés publics pense donc avoir indiqué que ni l'exclusion des fonctionnaires pour cause de loi spéciale, ni leur exclusion pour défaut de qualité n'étaient justifiées, tant au niveau du contenu matériel des lois en présence que des règles d'interprétation des lois et des travaux préparatoires gisant à leur base.

3. L'article 15 rencontre-t-il notre accord?

Ne pouvant compter sur un retour de la jurisprudence à une interprétation orthodoxe du règlement grand-ducal du 8 juin 1979, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics pense que la voie réglementaire s'impose.

Le projet d'article 15 nouveau correspond à cette attente. Mais il contient une lacune et un passage superflu.

La lacune:

La fonction publique comprend les fonctionnaires de l'Etat et des communes, certes, mais aussi des employés de l'Etat ainsi que des fonctionnaires et employés

statutaires des établissements publics. Un arrêt du Conseil d'Etat avait d'ailleurs fait application de la PANC à l'égard des employés statutaires d'un établissement public (CE 27/01/87 SCHNEIDER / CAISSE DE PENSION DES EMPLOYES PRIVÉS).

Ce texte devra donc être complété, sous peine de créer de nouvelles injustices. Il s'agira soit de mentionner toutes les catégories d'agents publics, soit de les inclure en évoquant "tous les agents publics relevant de la juridiction administrative".

Le passage superflu:

Les quatre dernières lignes du projet d'article 15 (2) sont superflues, puisqu'elles ne font que reprendre le texte de l'article 4 de la loi du 1er décembre 1978, loi qu'il n'est pas prévu d'amender.

Les paragraphes (1) et (3) ne comportent pas de remarques de la part de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics.

ARTICLE 6

Pas de remarque non plus.

* * *

Le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 sera amputé de cinq articles, neuf articles venant s'y ajouter. La Chambre des Fonctionnaires et Employés publics suggère donc au gouvernement de faire publier le texte coordonné de la PANC, puisque ce texte sera appelé à devenir l'un des instruments de travail quotidiens des fonctionnaires.

Sous le bénéfice des remarques et suggestions ci-dessus présentées, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics émet un avis favorable sur le projet.

Ainsi délibéré en séance plénière le 14 juillet 1989.

Le Secrétaire,



Le Président,

