

Projet de loi

ayant pour objet la discipline dans l'armée, la police grand-ducale et l'inspection générale de la police.

Avis du Conseil d'Etat

(26 juin 2012)

Par dépêche du 4 janvier 2012 du Premier Ministre, Ministre d'Etat, le Conseil d'Etat fut saisi du projet de loi sous rubrique qui fut élaboré par le ministre de l'Intérieur et à la Grande région. Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles ainsi qu'une fiche d'évaluation d'impact.

Au moment d'émettre le présent avis, le Conseil d'Etat n'a pas connaissance de l'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics dont l'avis doit pourtant être demandé en la matière.

Le projet de loi sous examen a pour objet d'adapter le régime disciplinaire de l'Armée, de la Police grand-ducale et de l'Inspection générale de la police qui remonte pour l'essentiel à une loi modifiée du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la Force Publique. Les changements principaux sont la prise en charge de l'instruction des affaires disciplinaires par du personnel expérimenté des trois corps et la mise en place d'une procédure disciplinaire unique inspirée de celle valable pour l'ensemble de la fonction publique.

Considérations générales

Le projet de loi sous examen reste dans la ligne de la loi de 1979 mentionnée ci-dessus qui appliquait à l'Armée et à la Police le même régime disciplinaire. De l'avis du Conseil d'Etat, ces deux corps présentent cependant des caractéristiques différentes pour ce qui est de leur façon d'agir. Alors que les militaires de l'Armée agissent en règle générale en tant qu'unité militaire, c'est-à-dire en formation structurée et commandée par un chef hiérarchique, les fonctionnaires de la Police accomplissent d'habitude leurs missions en équipe très restreinte, à deux ou à trois, sinon même en solitaire. Là où il est demandé aux militaires de l'Armée d'obéir aux ordres reçus, les fonctionnaires de la Police dépendent dans l'exercice de leurs missions beaucoup plus de leur sens d'initiative personnelle. Ces comportements de base différents militent en faveur de l'application de régimes disciplinaires différents aux deux corps.

Etant donné que les auteurs du projet de loi sous examen entendent rendre applicables, en principe, aux agents visés par ce projet les dispositions du statut général des fonctionnaires de l'Etat, de sorte que le texte sous examen aura le caractère d'une loi spéciale qui se greffera sur une loi générale avec toutes les complications et insécurités que ce chevauchement comporte, le Conseil d'Etat recommande de maintenir la ligne que les auteurs du projet de loi se fixent, mais de l'appliquer avec

davantage de rigueur. Dans la mesure où les dispositions du texte général de la loi modifiée de 1979 seront d'application, il ne sera pas nécessaire ni de les recopier dans le texte de la loi spéciale, ni de les paraphraser. Le projet de loi sous examen devrait donc se limiter à énoncer les règles qui divergent de celles du statut général des fonctionnaires de l'Etat.

Si le Conseil d'Etat était suivi dans sa proposition, il deviendrait plus aisé de résoudre un autre problème, concernant la Police, à savoir la coexistence en son sein d'agents relevant du cadre policier et d'agents n'en relevant pas. En particulier, l'inspecteur général peut être un fonctionnaire issu de la carrière supérieure de l'administration; le texte de la loi du 31 mai 1999 qui fait une place bien à part à l'Inspection générale ne fait pas de l'inspecteur général un agent du cadre policier de la même loi. Or, le projet de loi sous examen, dans son article 1^{er}(2), lui rend applicable le régime disciplinaire particulier applicable au cadre policier de la Police. Le personnel technique et administratif de la Police, de même que le personnel civil affecté à l'Inspection générale de la Police, n'est pourtant pas soustrait à l'application du régime disciplinaire défini par le statut général. Quant à la situation faite à l'inspecteur général, le commentaire de l'article 1^{er} se confine à une affirmation qui n'est ni un commentaire ni une argumentation: « L'inspecteur général n'est certes (...) plus membre du cadre policier voire ne l'a jamais été. Il n'en demeure pas moins qu'en tant que dirigeant de l'un des trois Corps constituant la Force publique, il doit être soumis au régime disciplinaire militaire au même titre que son personnel ». Cette affirmation surprend par son caractère tranchant alors qu'il est avéré que le corps de l'Inspection générale comprend aussi du personnel non soumis au régime disciplinaire militaire.

Le Conseil d'Etat constate que l'Inspection générale de la Police ne recrute en fait pas indépendamment de la Police puisque les agents qui en relèvent effectuent au cours de leur carrière une, voire plusieurs navettes entre la Police et l'Inspection. Cette façon de procéder aboutit au résultat que les deux corps recrutent dans le même vivier. Entre les agents de l'Inspection qui sont supposés inspecter ceux de la Police, et les agents inspectés, il n'y a donc pas de compartimentage. Comment, dans ces conditions, les collègues d'hier disposeraient-ils demain de la distance et de l'objectivité nécessaires pour s'acquitter sans préjugé de leur mission d'inspection à l'égard de leurs collègues? Comment des perspectives de promotion futures dans le corps de la Police n'influeraient-elles pas sur la façon d'agir des agents affectés temporairement à l'Inspection? Les règles d'une bonne gouvernance exigent de l'avis du Conseil d'Etat que les agents des deux corps soient ségrégés dans deux cadres indépendants et imperméables l'un vis-à-vis de l'autre. Pour le moins, les passages d'un cadre vers l'autre devraient être limités à un seul, sans possibilité de retour dans le cadre d'origine. Et encore le Conseil d'Etat se demande-t-il s'il ne faudrait pas limiter ce passage unique au mouvement de la Police vers l'Inspection générale. Dans le même ordre d'idées, l'inspecteur général devrait être un agent provenant soit de l'administration générale soit de la magistrature.

Le Conseil d'Etat relève que la situation disciplinaire des agents fréquentant l'Ecole de police risque d'être très compliquée. Le régime de base des agents provenant de l'Armée et de la Police est différent; à ces régimes et à leurs spécificités s'ajoute le régime de discipline scolaire applicable aux agents qui fréquentent l'Ecole; en plus, certains des faits répréhensibles commis dans le contexte de l'Ecole continuent à relever du

droit pénal ordinaire. Les observations formulées ci-après *in fine* des observations concernant l'article 3 et celles concernant l'article 31 s'appliquent donc aussi au régime disciplinaire des agents qui fréquentent l'Ecole de police, qui devraient être soumis en principe à un régime disciplinaire unique pour ce qui est de la sanction des actes répréhensibles commis dans le contexte de l'Ecole.

Dans le cadre de l'examen du projet sous avis, le Conseil d'Etat se pose encore la question de savoir si le régime disciplinaire qui se dédouble du régime pénal est en tout point conforme avec le principe *non bis in idem* tel qu'inscrit à l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme. Le texte sous examen fait en effet à plusieurs reprises référence à un tel dédoublement en précisant que les sanctions disciplinaires peuvent être prononcées « sans préjudice de l'application éventuelle d'une sanction pénale ».

Pour examiner si le principe *non bis in idem* se trouve affecté, il y a d'abord lieu d'examiner si les sanctions disciplinaires sont de nature pénale au titre de l'article 6 de la prédite Convention. A cet égard, la Cour européenne des droits de l'Homme considère que les poursuites disciplinaires ne relèvent pas comme telles de la matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention. Pour ce qui est plus particulièrement du régime disciplinaire institué par le projet sous examen, la Cour, à plusieurs reprises, a observé qu'en embrassant une carrière militaire l'agent se plie de son propre gré au système de discipline militaire (voir notamment la décision sur la recevabilité de la requête n° 38604/97, *Mehmet Şükrü Batur c/ Turquie*). Ce système implique par sa nature la possibilité d'apporter à certains droits et libertés des membres des forces armées des limitations ne pouvant être imposées aux civils. Les Etats peuvent donc adopter pour leurs armées des règlements disciplinaires interdisant tel ou tel comportement, notamment une attitude qui va à l'encontre de l'ordre établi répondant aux nécessités du service militaire, sans que ces règlements relèvent de la matière pénale au sens du prédit article 6. Le Conseil d'Etat constate donc que, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en la matière, les sanctions susceptibles d'être infligées aux agents visés se situent dans le domaine de la discipline requise dans les forces armées et ne s'adressent qu'à un groupe déterminé doté d'un statut particulier. Dès lors, ces sanctions ne sauraient passer pour des sanctions pénales imposées à la suite d'une condamnation pour une « infraction » au sens de l'article 6, paragraphe 1^{er} de la Convention et partant affecter le principe *non bis in idem* car ne prévoyant pas de procédure et de sanction de nature pénale à côté de la procédure pénale ordinaire et des peines de droit commun (voir encore décision sur la recevabilité de la requête n° 1012/07, *Serge Durand c/ France*, 31 janvier 2012).

Examen des articles

En raison de la suppression de différents articles suggérés par le Conseil d'Etat, les articles du projet devront être renumérotés en fonction du texte retenu en définitive.

Articles 1^{er} à 3

Sans observation.

Article 4

Le Conseil d'Etat estime que le contenu de cet article n'a aucun effet normatif objectif. La terminologie employée est très floue et ne définit pas de règles précises de comportement, que ce soient des obligations de faire ou des interdictions. Dès lors, il propose d'abandonner le texte complet de l'article sous examen, qui n'a pas sa place dans un régime disciplinaire.

Article 5

Le Conseil d'Etat constate que les auteurs du projet de texte sous examen éprouvent des difficultés à donner à cet article un contenu normatif. La mention côte à côte des notions de patrie, Nation et Etat, l'affirmation que les militaires de l'armée et les membres du cadre policier servent leur patrie, respectent et défendent la liberté de la Nation, respectent et défendent les institutions de l'Etat ne suffisent pas à elles seules pour définir des obligations auxquelles serait tenu le personnel visé. Quelle est l'attitude concrète attendue de la part d'un fonctionnaire de la Police respectueux de la liberté de la Nation? A quelles obligations spécifiques est-il soumis? Par quelles actions concrètes contreviendrait-il à ces obligations? La même attitude n'est-elle pas attendue de la part de tout fonctionnaire de l'Etat? Comment l'Armée défend-elle les institutions de l'Etat?

A ce sujet, la Cour constitutionnelle a rappelé dans ses arrêts n^{os} 23/04 et 24/04 du 3 décembre 2004 « que le principe de la légalité de la peine entraîne la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et de préciser le degré de répression pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la portée de ces dispositions; que le principe de la spécification est le corollaire de celui de la légalité de la peine consacrée par l'article 14 de la Constitution ». Dès lors, le maintien du texte de cet article dans sa substance actuelle amènerait le Conseil d'Etat à refuser la dispense du second vote constitutionnel en raison de l'imprécision des actes susceptibles d'être sanctionnés.

Articles 6 et 7

Face à l'imprécision des actes susceptibles d'être sanctionnés, le Conseil d'Etat renvoie aux observations présentées *in fine* de son examen de l'article 5 et s'oppose par conséquent formellement au texte tel que libellé dans le projet.

Article 8

Alors que le texte de l'article sous examen paraît calqué sur le texte correspondant du statut général de la fonction publique, le Conseil d'Etat propose, si le texte devait être maintenu, de reprendre tout simplement le texte de référence au lieu de le paraphraser. En particulier, la formule « le caractère officiel dont ils sont revêtus » pourrait être remplacée par celle de « la dignité de leur fonction ».

Article 9

Le Conseil d'Etat estime d'une façon générale que les obligations et les interdictions qui résultent du texte de l'article sous examen sont

couvertes par la notion de devoir de réserve qui figure à l'article 7. L'article sous revue peut par conséquent être rayé.

Quant à l'alinéa 3, le Conseil d'Etat propose d'en faire un article à part établissant nettement que la présence en uniforme, lors d'une manifestation publique, d'un militaire de l'armée et d'un membre du cadre policier n'est autorisée que si les agents visés sont en service commandé. A l'alinéa 3, le Conseil d'Etat propose en outre d'étendre l'interdiction du port de l'uniforme à « toute manifestation publique » au lieu de la limiter aux seules manifestations politiques.

Par ailleurs, le même texte devrait également régler le port de l'uniforme à titre privé.

Le Conseil d'Etat propose de transformer en interdiction l'obligation de ne pas faire mentionnée à l'alinéa 4. Le texte pourrait se lire comme suit:

« Il est interdit au supérieur hiérarchique d'influencer l'opinion politique de ses subordonnés. »

Article 10

En se référant aux observations qu'il a présentées à l'endroit de l'article 5, le Conseil d'Etat réitère sa critique que le texte proposé est trop imprécis. Par rapport au texte initial correspondant à l'article 3, les qualificatifs « fidèlement » et « courageusement » ont été abandonnés. Les notions de « loyauté », « solidarité », « camaraderie », « honneur » et « dignité » sont tout aussi difficiles à cerner. Obliger un soldat à respecter les « règles découlant de la camaraderie » ouvre les portes à l'arbitraire lorsqu'il s'agira d'apprécier dans un cas concret l'action ou l'inaction de ce soldat. Puisque l'inobservation de ces « règles » risque de donner ouverture à des actions disciplinaires, seule la précision nécessaire dans l'expression des normes à respecter permettra à chaque agent de calquer son comportement sur des règles connues de tous.

Le Conseil d'Etat demande aux auteurs du projet de loi de s'en tenir aux règles du statut général. Le maintien du texte de l'article 10 dans sa forme actuelle l'amènerait à refuser la dispense du second vote constitutionnel pour raison d'insécurité juridique provoquée par une formulation trop imprécise des actes engendrant des sanctions disciplinaires.

Article 11

Les obligations de fonction qui sont imposées au supérieur hiérarchique se limitent à « la surveillance du service et de la discipline de ses subordonnés » (qui sont complétées à l'alinéa 2 par la formule qu'il « veille à ce que les personnes placées sous ses ordres accomplissent les devoirs qui leur incombent... ») et au devoir de « faire preuve à [son] égard, de sollicitude, de justice et d'impartialité ». D'un côté, à défaut d'un organigramme documentant « les devoirs qui leur incombent », le domaine d'appréciation personnelle du chef hiérarchique est immense et risque d'exposer les subordonnés, à quelque niveau de responsabilité qu'ils se trouvent, à l'arbitraire. La structure retenue par les auteurs du projet de loi est bâtie sur des ordres émanant d'en haut et l'exécutant sera jugé sur la façon dont il les aura accomplis. La qualité du service presté par chacun sera donc la résultante à la fois de la qualité des ordres donnés et de celle de l'exécution des ordres reçus. Si, dans un domaine précis, aucun ordre n'a été

donné, les subordonnés restent inactifs et ne prennent pas d'initiative. De l'autre côté, le travail personnel du chef se résume à donner des ordres et à en surveiller l'exécution. Examiner, dans une situation donnée et du point de vue disciplinaire, le comportement d'un chef hiérarchique, revient donc à examiner si les ordres donnés étaient ceux qui répondaient au mieux aux besoins du moment. Comment dans ces conditions répondre à toutes les attentes, de la nécessité de respecter la « confiance mutuelle » (article 4), qui présume qu'une certaine marge d'autonomie doit être garantie aux subordonnés, à la nécessité d'aboutir au but recherché moyennant des ordres clairs, précis et donnés en temps opportun? Comment conjuguer l'application du principe de la « camaraderie » avec l'exigence de surveiller la discipline des subordonnés? Si « tout manquement à la discipline engage la responsabilité du supérieur hiérarchique qui reste en défaut de provoquer ou d'infliger une sanction disciplinaire », la réaction prévisible de personnes vivant dans une société portée à faire intervenir les juridictions pour trancher tout incident présumé et tout manquement perçu dans le chef d'autrui, cette réaction sera celle de se prémunir contre tout reproche d'inaction et de lancer soi-même à titre préventif des enquêtes et des actions disciplinaires.

Le Conseil d'Etat craint que l'approche suivie par les auteurs du projet de texte sous examen ne repose sur trop de sous-entendus et ne soit pas suffisamment explicite dans l'énoncé des obligations pour que soit garanti le fonctionnement paisible et ordonné des trois corps auxquels doit s'appliquer la future loi.

Il renvoie à l'observation qu'il a faite sous les « Considérations générales » au sujet de la distinction de principe à faire entre Armée et Police.

Article 12

Si le Conseil d'Etat comprend et approuve l'approche fondamentale des auteurs du projet de texte sous avis – les principes fondamentaux sur lesquels sont bâtis notre société et notre Etat doivent prévaloir dans le fonctionnement des corps militaires –, il estime cependant que l'imbrication des droits et libertés fondamentaux des personnes avec les droits et devoirs des agents des corps visés par la loi en projet, dont notamment les militaires de l'Armée aboutira à des situations inextricables. En vertu de l'article 11(1) de la Constitution, « l'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine », mais dans certaines circonstances l'ordre d'un sergent ou d'un officier expose leurs subordonnés à la quasi-certitude de perdre leur vie ou de subir de graves conséquences en ce qui concerne leur intégrité physique et leur santé. L'Armée luxembourgeoise cesserait-elle donc de fonctionner en temps de guerre?

Le Conseil d'Etat estime que le régime disciplinaire de l'Armée devrait distinguer entre l'état de paix et la situation de conflit armé, les deux situations exigeant des comportements tellement différents qu'un seul et même texte ne peut pas les régler toutes les deux identiquement.

Article 13

Le Conseil d'Etat estime que la disposition sous examen trouverait mieux sa place dans la loi sur l'organisation militaire.

Si elle était maintenue, le Conseil d'Etat demande qu'afin de prévenir le désordre pouvant résulter d'interventions intempestives de chefs autoproclamés, quelques aménagements soient apportés au texte du projet de loi sous examen. La capacité de donner des ordres même à des agents qui leur sont supérieurs en grade, accordée à des militaires lorsque le supérieur hiérarchique normalement responsable n'est pas disponible, doit rester limitée à des situations critiques. Il y aurait donc lieu d'écrire:

« Exceptionnellement, à défaut de supérieur hiérarchique normalement responsable, et dans une situation critique, les militaires de l'armée qui disposent de la compétence professionnelle requise ont le droit de donner des ordres à des membres de leur corps même si ces derniers leur sont supérieurs en grade, lorsqu'il s'agit de prêter secours en cas de nécessité urgente, de maintenir la discipline ou la sécurité, ou d'établir un commandement centralisé. »

Article 14

Le Conseil d'Etat réitère les observations présentées sous l'article qui précède.

Article 15

A l'alinéa 1^{er}, le lien de dépendance établi par le texte sous examen rend mal les intentions des auteurs de ce texte. Le Conseil d'Etat suggère d'écrire:

« Le subordonné est tenu d'exécuter les ordres de son chef hiérarchique. »

Si le Conseil d'Etat est suivi quant à ses observations concernant les articles 4, 5 et 10, le terme « loyalement » sera à omettre.

L'alinéa 2 fait intervenir un élément d'insécurité juridique en ce qu'il parle d'une pluralité de supérieurs hiérarchiques qu'aurait l'agent subordonné. Or, chaque agent ne peut avoir qu'un chef direct dont il est obligé d'exécuter les ordres. Tout agent supérieur en grade n'est pas à ce titre autorisé à donner des ordres à n'importe quel agent inférieur en grade. Les situations dans lesquelles le chef d'un chef peut donner des ordres à des agents subordonnés à ce dernier en « économisant » le degré hiérarchique intermédiaire ne peuvent certes pas être précisées dans le texte du projet de loi sous avis, mais devraient l'être dans la loi portant sur l'organisation militaire.

Le Conseil d'Etat estime que le texte de l'alinéa 4 est trop imprécis. L'« incompatibilité avec la dignité humaine » est-elle à apprécier dans le chef du subordonné (qui estimerait que l'ordre est incompatible avec sa propre dignité) ou dans le chef des personnes à l'égard desquelles l'ordre exécuté aurait des répercussions? Le fait que l'erreur dans l'appréciation de l'ordre contesté joue dans les deux sens (l'ordre que le subordonné a refusé d'exécuter était compatible avec la dignité humaine; l'ordre que le subordonné n'a pas refusé d'exécuter était incompatible avec la dignité humaine) crée des marges propices à l'hésitation et à l'ergoterie. Or, les décisions visées sont normalement prises dans des situations où les acteurs sont exposés au stress nerveux. En cas d'action disciplinaire, même la présence au sein du conseil de discipline d'officiers du corps auquel appartient l'agent présumé fautif n'est pas une garantie que tous les tenants et aboutissants soient évalués équitablement. Le Conseil d'Etat donnerait

l'avantage à une solution retenant l'erreur d'appréciation comme excuse exonératoire uniquement dans la situation où le subordonné a refusé d'exécuter un ordre parce qu'il le considérait incompatible avec la dignité humaine.

Quant au contenu de l'alinéa 5, il est prévu en substance dans le statut général de la fonction publique que l'article 3, alinéa 1^{er} du texte sous examen rend cette disposition également applicable au personnel soumis au régime disciplinaire militaire. En raison de cette redondance, le Conseil d'Etat propose de rayer ce passage de l'article 15.

Article 16

Le Conseil d'Etat estime que le contenu de l'article n'a pas sa place dans le projet de loi sous examen. En effet, la question de la responsabilité civile des militaires de l'Armée et des agents du cadre policier de la Police ne relève en rien du régime disciplinaire qui leur est applicable. En matière de responsabilité civile, c'est le droit commun (art. 1382 et ss. du Code civil) ainsi que le statut général des fonctionnaires de l'Etat (art. 9(2) qui sont d'application.

Dans ce même contexte, le Conseil d'Etat renvoie encore à son avis du 6 juin 2012 sur la proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution (doc. parl. n° 6030) et plus particulièrement aux observations faites à l'endroit des articles 39, 40 et 102.

Article 17

Le Conseil d'Etat estime que le texte de cet article aboutit à un amalgame incompréhensible, en ce qu'il établit des liens avec un texte externe (le statut général), voire avec un texte d'un degré juridique inférieur à la loi (le règlement grand-ducal). Il invite les auteurs du texte à établir la clarté nécessaire en précisant les textes auxquels ils se réfèrent.

A l'alinéa 1^{er}, il y a lieu de toute façon d'éviter la confusion provoquée par l'accolement des mots « activités accessoires » à ceux de « harcèlement sexuel ».

Le Conseil d'Etat estime que les dispositions de l'alinéa 3 ne devraient pas s'appliquer aux seuls volontaires, mais à tous les agents des trois corps visés par le projet sous examen.

D'une façon générale, le Conseil d'Etat réitère l'exigence de s'en tenir à rendre applicables les règles du statut général.

Articles 18 et 19

Sans observation, mis à part le fait que les règles de légistique formelle structurent les subdivisions d'un article de sorte à éviter toute confusion, tout spécialement lors de l'ajout ou de la suppression ultérieure de différents points. Dès lors, les auteurs des deux textes veilleront à subdiviser les articles sous revue en faisant usage des lettres alphabétiques minuscules a); b); c), etc. au lieu de la numérotation 1.; 2.; 3., etc.

Article 20

Le Conseil d'Etat suggère de calquer ce texte sur celui de l'article 47 du statut général des fonctionnaires de l'Etat, et d'écrire:

« Les sanctions disciplinaires sont:

- 1.
 - 2.
- etc. »

Le Conseil d'Etat relève que la sanction mentionnée au point 3 constitue un palier qui n'est pas prévu par le statut général des fonctionnaires de l'Etat. Le statut général prévoit en effet à son article 47, point 3, que l'amende minimale est d'un dixième du traitement de base brut mensuel.

Au point 8, dernier alinéa, le Conseil d'Etat suggère d'écrire: « Le militaire... ne peut avancer ... ».

La démission, visée au point 10, ne constitue pas une sanction.

Le Conseil d'Etat estime que le texte de l'article sous examen est superflu, étant donné qu'il ne fait que reprendre les sanctions existant dans le régime disciplinaire défini par le statut général.

Il n'y a que la sanction prévue au point 10 (démission) qui fait exception au constat qui précède. Encore le Conseil d'Etat se demande-t-il en quoi la démission, conçue comme acte résultant de l'initiative de l'agent, constituerait une sanction disciplinaire. Si les auteurs du projet de loi sous avis entendent se référer à une sorte de démission d'office, ils devraient simplement rayer le point 10, la révocation faisant l'objet du point 11.

Article 21

Le point 3 prévoit à son tour une amende inférieure à un dixième de l'indemnité mensuelle, contrairement à l'article 47, point 3, du statut général des fonctionnaires de l'Etat, ce qui pose de nouveau la question de la correspondance entre le statut général et le régime militaire.

Article 22

Aux points 4 à 6, la consigne, l'astreinte simple et l'astreinte de rigueur, prévues par l'article sous examen, ne constituent pas, d'après l'arrêt *Engel* du 8 juin 1976 de la Cour européenne des droits de l'Homme, une mesure privative de liberté au sens de l'article 5(1) de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Le Conseil d'Etat peut donc y marquer son accord.

Quant à la forme, le Conseil d'Etat suggère au point 4 d'écrire à la deuxième phrase « à des travaux d'intérêt général » au lieu de « aux travaux d'intérêt général ».

Le Conseil d'Etat relève encore que, pour les volontaires, l'amende minimale ne peut être inférieure à un dixième d'une mensualité brute de solde, ce qui les place dans une situation différente de celle des militaires et des membres du cadre policier (point 7). Il estime que cette divergence plaide à son tour en faveur d'un alignement plus net du régime militaire sur

celui résultant du statut général. D'un point de vue rédactionnel, le terme « la », dans « mensualité brute de la solde » est à supprimer.

Article 23

Sans observation, hormis le constat que l'application pure et simple de l'article 49 du statut général des fonctionnaires de l'Etat permettrait de faire l'économie du texte sous examen.

Article 24

Le Conseil d'Etat constate qu'aucun recours n'est prévu contre une mesure de suspension. Il tient à rappeler, pour autant que de besoin, que la mesure de suspension, bien qu'étant dans le contexte de l'article sous examen une mesure préventive et non une sanction disciplinaire, constitue une mesure grave et une décision administrative faisant grief, contre laquelle l'agent concerné peut former de toute façon un recours en annulation.

Au paragraphe 1^{er}, il y a lieu de préciser la conséquence de la suspension de l'exercice des fonctions, alors que le texte se borne à parler du militaire de l'armée ou du membre du cadre policier « dont la présence est incompatible avec l'intérêt du service ». Le Conseil d'Etat suggère d'écrire «... dont la présence sur le lieu de travail... ».

A l'alinéa 2 du même paragraphe, il échet d'écrire « ... par un supérieur disciplinaire tels que ceux-ci sont définis par l'article 27 autre que... ».

L'observation sur les règles de légistique formelle émise à l'endroit de l'article 18 est également d'application pour l'article sous revue.

Article 25

La référence dans la première phrase de l'alinéa 1^{er} vise un texte qui n'existe pas. En effet, le paragraphe 2 ne comporte que 3 points. Les auteurs du projet de loi sous examen devront redresser le texte pour le faire correspondre à leurs intentions.

Article 26

Sans observation.

Articles 27 à 29

Sans observation, mis à part l'observation sur les règles de légistique formelle émises à l'endroit de l'article 18 qui est également d'application pour l'article 27.

Article 30

Le texte de l'article sous avis constituant une simple redite de l'article 53 du statut général des fonctionnaires de l'Etat, il y a lieu de l'abandonner tout simplement.

Articles 31 à 34

Sans observation.

Article 34

A l'alinéa 3, il y a lieu d'écrire: « ...ou l'inspecteur général fait l'objet de l'instruction, celle-ci est confiée à... ».

Article 35

A l'alinéa 2, il convient de remplacer le futur par l'indicatif présent et d'écrire « ... désigné ci-après par « agent instructeur » rassemble... ».

Article 36

Le Conseil d'Etat suggère aux auteurs du projet de loi sous avis de s'en tenir le plus près possible au texte du statut général des fonctionnaires de l'Etat.

Article 37

Sans observation.

Article 38

Le Conseil d'Etat propose de limiter le texte de l'article sous examen à la partie introductive du paragraphe 1^{er}:

« Les militaires de l'armée et les membres du cadre policier ont le droit de prendre inspection du dossier. »

D'une part en effet, la procédure administrative non contentieuse est d'application et, d'autre part, le texte qu'il est proposé de rayer ne constitue que la reproduction de l'article 56, 4, du statut général des fonctionnaires de l'Etat, à l'exception du délai que le statut général fixe à 10 jours.

Article 39

Le Conseil d'Etat suggère d'écrire *in fine* du dernier alinéa: « ... à l'alinéa 2 ci-dessus ».

Article 40

Le Conseil d'Etat suggère de remplacer aux alinéas 1^{er}, 2, 3 et 4 le terme « concerné » par ceux de « agent comparaissant devant le Conseil de discipline ». Quant à la formule « fonctionnaire supérieur de l'administration gouvernementale », le Conseil d'Etat suggère de la remplacer par « fonctionnaire de la carrière supérieure de l'administration gouvernementale ».

Articles 41 à 43

Sans observation.

Article 44

Le Conseil d'Etat propose de remplacer aux deux occurrences de l'alinéa 2 le terme « concerné » par ceux de « agent comparaissant devant le Conseil de discipline ».

Articles 45 à 48

L'observation faite à l'endroit de l'article 44 s'applique également aux articles sous revue.

Articles 49 à 51

Sans observation.

Article 52

L'observation figurant au regard de l'article 44 vaut également pour cet article.

Article 53

L'article 20 qui énumère les sanctions possibles ne mentionne pas l'astreinte d'intérêt général, qui est réservée aux volontaires, sans que le commentaire de l'article s'explique sur cette lacune. Si la sanction visée n'est pas compatible avec la dignité des militaires, ne vaudrait-il pas mieux l'écarter aussi à l'égard des volontaires?

Pour ce qui est du paragraphe 3, alinéa 2, le Conseil d'Etat s'interroge sur la justification juridique de la différence résultant du fait qu'un effet suspensif est institué au niveau du recours auprès de l'autorité hiérarchique, tandis qu'un tel effet n'est pas prévu en cas de recours juridictionnel, et ce ni dans le cadre du recours en annulation contre les décisions visées à l'article 53, ni dans celui des recours en réformation visés à l'article 54.

L'observation sur les règles de légistique formelle émise à l'endroit de l'article 18 est également d'application pour l'article sous revue tout comme celle figurant au regard de l'article 44, laquelle vaut de même pour l'avant-dernier alinéa de l'article sous examen.

Article 54

Le texte prévoit que le juge peut réformer la peine prononcée en défaveur de l'agent. Le Conseil d'Etat se doit toutefois de rendre attentif au fait qu'une telle faculté, bien qu'inscrite d'ores et déjà dans le texte actuellement en vigueur, contrevient au principe de l'interdiction de la *reformatio in pejus* si le recours ou l'appel a été intenté par le seul agent. A cet égard, le Conseil d'Etat français admet « qu'une sanction disciplinaire ne peut être aggravée sur le seul recours de la personne qui en a fait l'objet (arrêt du 16 mars 1984, *Moreteau*, Rec. p. 108, concl. B. Genevois). Il est également rappelé qu'en droit disciplinaire, la légalité des peines suit les principes généraux du droit pénal et doit dès lors observer les mêmes exigences constitutionnelles de base, c'est-à-dire le principe des délits et des peines consacré à l'article 14 de la Constitution. Sous peine d'opposition formelle, l'article sous revue est à revoir en supprimant les mots « en défaveur de l'agent ».

L'observation figurant au regard de l'article 44 vaut également pour l'alinéa 3.

Articles 55 à 59

Sans observation.

Article 60

Le texte de cet article trouve sa place logique à la suite de l'article 54 actuel.

Article 61

Le texte de cet article trouve sa place logique derrière le nouvel article 55, si l'observation faite au regard de l'article 60 est suivie.

Le Conseil d'Etat renvoie par ailleurs à son observation générale qui conteste la reproduction de textes qui figurent tels quels dans le statut général des fonctionnaires de l'Etat.

Article 62

Sans observation.

Article 63

Cet article est superfétatoire et dès lors à supprimer.

Article 64

Du fait que la publication au Mémorial ne détermine pas seulement l'entrée en vigueur du texte normatif mais emporte encore son opposabilité générale, la formule choisie par les auteurs du texte, c'est-à-dire « le premier jour du mois qui suit la publication au Mémorial » peut, le cas échéant, conduire à une réduction du délai de quatre jours usuellement appliqué dans l'hypothèse où la publication a lieu vers la fin du mois.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 26 juin 2012.

Pour le Secrétaire général,
L'Attaché 1^{er} en rang,

s. Yves Marchi

Le Président ff.,

s. Georges Pierret