

Projet de règlement grand-ducal

relatif à la détermination et le contrôle de l'aptitude médicale du personnel militaire de l'Armée luxembourgeoise

Avis du Conseil d'État

(21 mai 2024)

Le Conseil d'État a été saisi pour avis le 22 septembre 2023, par le Premier ministre, ministre d'État, du projet de règlement grand-ducal sous rubrique, élaboré par le ministre de la Défense.

Le texte du projet de règlement grand-ducal était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, d'une fiche d'évaluation d'impact ainsi que d'une fiche financière.

L'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics a été communiqué au Conseil d'État en date du 19 mars 2024.

Considérations générales

Le projet de règlement sous avis vise à déterminer les modalités du contrôle de l'aptitude médicale du personnel militaire de l'Armée. Il trouve sa base légale à l'article 14 de la loi du 7 août 2023 sur l'organisation de l'Armée luxembourgeoise qui dispose notamment en ses paragraphes 1^{er} et 4 que :

« Le service médical de l'Armée a pour mission : [...] 2° d'évaluer et de certifier l'aptitude médicale des candidats au service volontaire de l'Armée et des recrues ; [...] 4° d'évaluer et de certifier l'aptitude médicale initiale des candidats à une carrière militaire ; 5° d'évaluer et de certifier l'aptitude médicale du personnel de l'Armée pour toute forme de déploiements, d'opérations, d'exercices et d'entraînements dans le cadre des missions de l'Armée ; [...]. Dans le cadre des missions visées aux points 2°, 4°, 5° et 6°, le service médical de l'Armée recourt à un système de catégorisation médicale, permettant d'attribuer à la personne examinée un profil médical, divisé en rubriques et marquées chacune d'un coefficient, afin de déterminer si la personne examinée répond aux exigences physiques et psychiques nécessaires. Un règlement grand-ducal fixe la procédure et les modalités relatives à cette catégorisation médicale. [...] Dans le cadre des missions visées au paragraphe 1^{er}, points 2°, 4°, 5° et 6°, le service médical réalise des tests de dépistage de substances psychoactives selon les modalités prévues par règlement grand-ducal. »

L'évaluation de l'aptitude médicale est effectuée par le service médical de l'Armée et concerne non seulement le personnel militaire de l'Armée (comme le prévoit l'intitulé du texte en projet), mais également les candidats au service volontaire de l'Armée, les recrues ainsi que les candidats à une carrière militaire.

Le Conseil d'État rappelle que l'intitulé d'un acte ne doit pas induire en erreur sur le contenu du dispositif. L'objet principal de l'acte est ainsi à définir de façon à couvrir l'ensemble de la matière réglée. Or, l'intitulé du texte sous revue ne vise que le personnel militaire, à l'exclusion donc des candidats et des recrues qui sont également soumis au contrôle d'aptitude médicale et qui sont visés à travers le terme générique de « militaire » à l'endroit de l'article 1^{er}. Le Conseil d'État estime qu'il conviendrait d'adapter l'intitulé de sorte à viser l'ensemble des personnes soumises au contrôle médical précité.

L'examen médical visant à certifier l'aptitude médicale se base sur un système de catégorisation médicale qui permet d'attribuer à la personne examinée un profil médical sur la base duquel il est déterminé, en tenant compte des exigences médicales propres à chaque poste ou mission, si la personne visée répond aux exigences physiques et psychiques nécessaires. À l'exposé des motifs, les auteurs du texte en projet expliquent qu'« un catalogue sera élaboré, reprenant un profil médical lié aux différents postes à occuper au sein de l'Armée ainsi qu'aux exigences médicales dans le cadre de déploiements dans des missions de l'Armée », mais qu'« en raison de la complexité et de la voluminosité du catalogue de catégorisation médicale, les profils d'aptitude figureront dans un règlement interne, ce qui facilitera également l'adaptation des profils en raison de l'évolution de la médecine ». Le Conseil d'État y reviendra à l'occasion de l'examen des articles.

Toujours selon les auteurs du texte en projet, le projet de règlement sous examen viserait également à exécuter l'article 23, paragraphe 2, de la loi modifiée du 25 mars 2015 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'État qui prévoit ce qui suit :

« [...] L'aptitude opérationnelle est évaluée annuellement sur base d'un examen médical, d'un test de condition physique et d'un parcours d'instruction et d'entraînements militaires dont les modalités sont déterminées par règlement grand-ducal. [...] ».

D'après le préambule du projet de règlement grand-ducal sous revue, son fondement légal serait constitué non seulement par l'article 14 de la loi précitée du 7 août 2023 et l'article 23 de la loi précitée du 25 mars 2015, mais également par l'article 2 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'État. Le Conseil d'État estime que l'article 2 de la loi précitée du 16 avril 1979 invoqué à l'endroit du préambule ne constitue toutefois pas le fondement légal du règlement grand-ducal en projet sous examen, ce dernier trouvant son fondement légal exprès dans les lois précitées des 7 août 2023 et 25 mars 2015. Le visa en question est dès lors à supprimer en conséquence.

De manière plus générale, le Conseil d'État voudrait rappeler qu'à l'occasion de l'examen du projet de loi n° 7880 devenu la loi précitée du 7 août 2023, et plus spécifiquement de l'examen de l'article 14 qui sert de fondement légal au projet de règlement grand-ducal sous examen, il avait attiré l'attention des auteurs sur le fait que le dispositif visé relevait d'une matière réservée à la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution en ce qu'il touche aux droits des travailleurs. Or, certaines dispositions du règlement sous revue traitent d'éléments essentiels qui devront figurer au niveau de la

loi ; elles risquent ainsi d'encourir la sanction de l'article 102 de la Constitution. Le Conseil d'État y reviendra lors de l'examen des articles.

Examen des articles

Article 1^{er}

L'article 1^{er} contient une liste de définitions de termes utilisés par le projet de règlement grand-ducal.

Le point 3^o définit l'« examen médical » comme « un terme générique désignant l'examen médical initial, périodique et spécifique permettant l'obtention d'une aptitude médicale à servir ». Le Conseil d'État propose de reformuler la définition visée comme suit :

« un terme générique désignant l'examen médical initial, périodique et spécifique ~~permettant l'obtention d'une aptitude médicale à servir~~ visant à évaluer et à certifier l'aptitude médicale ».

L'article sous revue n'appelle pas d'autre observation.

Article 2

Sans observation.

Article 3

L'article 3 vise à déterminer les modalités du dépistage, ceci conformément au paragraphe 4 de l'article 14 de la loi précitée du 7 août 2023 qui dispose que « [d]ans le cadre des missions visées au paragraphe 1^{er}, points 2^o, 4^o, 5^o et 6^o, le service médical réalise des tests de dépistage de substances psychoactives selon les modalités prévues par règlement grand-ducal ».

Le paragraphe 1^{er} n'appelle pas d'observation.

Le paragraphe 2 prévoit qu'« [u]n examen médical comprenant un dépistage de substances psychoactives peut être effectué en cas de présomption d'un usage abusif desdites substances [...] ».

Au commentaire de l'article sous examen, les auteurs expliquent que « [l]e second paragraphe prévoit un scénario différent qui s'inscrit également dans le point 6^o de l'article 14 de la loi précitée » et que « dans le cadre de sa mission de surveiller, de maintenir et d'améliorer l'état de santé individuel et collectif du personnel militaire, le service médical doit pouvoir soumettre un membre du personnel militaire à un test de dépistage lorsqu'il existe une présomption d'un abus de substances psychoactives ».

Si le Conseil d'État partage la lecture que font les auteurs de l'article 14, paragraphe 1^{er}, point 6^o, de la loi précitée du 7 août 2023, il relève toutefois que les dépistages de substances psychoactives effectués dans le cadre de la mission de surveillance confiée au service médical devront se limiter au cadre prédéfini par la loi et ne sauraient dès lors être étendus à d'autres cas de figure. Or, alors que le paragraphe 1^{er} vise de manière précise et spécifique les différents points de l'article 14 dans le cadre desquels les dépistages sont

effectués, le paragraphe 2 reste muet à cet égard. Si les auteurs entendent maintenir le paragraphe 2, le Conseil d'État demande que la disposition en question soit complétée comme suit :

« Dans le cadre de la mission visée à l'article 14, paragraphe 1^{er}, point 6^o, de la loi précitée du 7 août 2023, un examen médical [...] ».

Article 4

L'article 4 prévoit l'adoption d'un règlement intérieur pour fixer :

- les profils minimaux d'aptitudes ;
- le déroulement de l'examen clinique général et des actes techniques médicaux ;
- la périodicité des examens médicaux, et
- les critères d'attribution des coefficients du profil d'aptitude et les critères d'inaptitude.

En ce qui concerne les points 1^o et 4^o, le Conseil d'État rappelle que les articles 14 de la loi précitée du 7 août 2023 et 23, paragraphe 2, de la loi précitée du 25 mars 2015, qui servent de bases légales au règlement grand-ducal en projet sous examen, prévoient qu'il relève du pouvoir réglementaire de préciser les modalités relatives à la catégorisation médicale ainsi que les modalités de l'examen médical. En effet, les modalités précitées, dont font partie notamment les éléments énumérés aux points 1^o et 4^o, doivent être prévues au niveau du règlement grand-ducal et non pas dans un règlement d'ordre intérieur. La disposition sous examen est par conséquent contraire à la loi lui servant de base et risque ainsi d'encourir la sanction de l'article 102 de la Constitution.

Le Conseil d'État suggère de s'inspirer notamment du « Guide OTAN d'évaluation de l'aptitude médicale à la projection du personnel militaire – TR-HFM-174 »¹, qui donne un modèle de matrice des risques rouge-jaune-vert par maladie.

Quant au point 3^o qui vise la périodicité des examens médicaux, le Conseil d'État rappelle que dans son avis du 6 juin 2023 relatif au projet de loi devenu la loi précitée du 7 août 2023, il avait relevé qu'« [i]l serait indiqué de préciser davantage dans le texte de la loi à quels moments et selon quelles modalités et quels critères l'aptitude médicale des membres du personnel de l'Armée doit être vérifiée ». Étant donné que la matière couverte par le dispositif relève d'une matière réservée à la loi formelle en vertu de l'article 34 de la Constitution, la périodicité des examens médicaux est un élément essentiel qui devra figurer au niveau de la loi. L'article sous revue risque, sur ce point également, d'encourir la sanction de l'article 102 de la Constitution.

Étant donné qu'il se trouve actuellement saisi du projet de loi n° 8329 portant modification de la loi du 7 août 2023 sur l'organisation de l'Armée luxembourgeoise, le Conseil d'État suggère aux auteurs de profiter de la modification projetée pour compléter le projet de loi n° 8329 précité en tenant compte des observations formulées dans le présent avis.

¹ NATO Guide for Assessing Deployability for Military Personnel with Medical Conditions.

Dans la mesure où il s'agit de mesures d'ordre matériel et factuel découlant d'une disposition légale ou réglementaire qui constitue le support normatif suffisant à l'application ou à l'exécution de ces mesures, seul le déroulement de l'examen clinique général et des actes techniques médicaux visé au point 2° pourrait dès lors être détaillé sans passer par la voie réglementaire. Le Conseil d'État relève toutefois que le terme « règlement interne » est inapproprié dans le contexte visé. Il s'agit plutôt d'instructions ou de directives du chef d'administration. De toute manière, il n'est pas nécessaire que le règlement grand-ducal indique l'instrument par lequel le chef d'état-major règle ces modalités et le point 2° est donc à supprimer.

Article 5

L'article 5 précise que le médecin tient un dossier médical des consultations et rappelle que le médecin est tenu au secret médical.

La deuxième phrase et l'alinéa 2 règlent en outre le cas de figure de la levée dudit secret.

Le Conseil d'État tient à souligner que le traitement des données à caractère personnel, dont celles relatives à la santé, relève d'une matière réservée à la loi en application de l'article 31 de la Constitution. L'article 31 de la Constitution dispose que « [t]oute personne a droit à l'autodétermination informationnelle et à la protection des données à caractère personnel la concernant » et que « [c]es données ne peuvent être traitées qu'à des fins et dans les conditions déterminées par la loi ». Il s'ensuit que les conditions selon lesquelles le médecin pourra communiquer les données de santé des personnes visées sont à faire figurer dans la loi, la disposition sous revue risquant d'encourir la sanction de l'article 102 de la Constitution.

Articles 6 et 7

Sans observation.

Article 8

Le paragraphe 1^{er} prévoit que le médecin peut demander l'avis du psychologue de l'Armée et du médecin-dentiste attaché au service médical de l'Armée afin d'établir le profil médical d'aptitude.

Le paragraphe 2 prévoit que le médecin peut envoyer la personne examinée chez son médecin traitant ou un médecin spécialiste, si besoin avec une demande d'avis ou de rapport.

À l'instar des observations formulées à l'endroit de l'article 5, le Conseil d'État estime que les dispositions sous avis en ce qu'elles impliquent nécessairement l'échange de données entre les professionnels de santé relèvent de la matière réservée à la loi en vertu de l'article 31 de la Constitution. Il s'ensuit que la disposition sous examen est à faire figurer dans la loi. En l'état actuel, la disposition sous revue risque d'encourir la sanction de l'article 102 de la Constitution.

Article 9

L'article 9 prévoit que les candidates dont la grossesse est constatée par le médecin lors de l'examen médical sont considérées comme inaptes.

L'alinéa 2 de la disposition sous revue règle plus particulièrement les conséquences en cas de constat ultérieur d'une telle grossesse.

Le Conseil d'État relève que les dispositions sous revue constituent une discrimination directe fondée sur le sexe et risquent de porter atteinte au principe de non-discrimination consacré par l'article 15, paragraphes 2 et 3, de la Constitution au vu de l'exclusion générale qu'elles consacrent dès que l'état de grossesse est constaté par le médecin, et ce même si le texte ne prévoit qu'une exclusion temporaire puisque limitée à la durée de la grossesse.

Si le Conseil d'État concède que la mesure prévue pourrait être rationnellement justifiée dans l'optique d'assurer l'opérationnalité de l'Armée, il estime néanmoins que par son caractère général elle est disproportionnée par rapport au but poursuivi étant donné que des solutions alternatives à un refus d'engagement, fût-il même temporaire, existent.

L'article 9 risque par conséquent d'encourir la sanction de l'article 102 de la Constitution. De l'avis du Conseil d'État, il appartiendra au service médical d'évaluer, et ce conformément aux missions qui lui sont confiées à travers l'article 14 de la loi précitée du 7 août 2023, l'aptitude médicale de chaque candidate. Dans cette perspective, la disposition sous revue est à supprimer.

Article 10

Sans observation.

Article 11

L'alinéa 1^{er} détermine sous quelles formes et dans quels délais les avis, rapports ou résultats des actes techniques médicaux doivent parvenir au service médical.

L'alinéa 2 a trait aux conséquences d'un défaut de communication des documents requis dans le délai imparti.

Le Conseil d'État rappelle l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 2 mars 2018² dans lequel celle-ci a retenu que le délai de forclusion constitue un élément essentiel relevant de la compétence du législateur dans une matière réservée à la loi, en l'occurrence l'article 11 de la Constitution. Il est donc exclu que le principe d'un délai de forclusion soit prévu par le pouvoir réglementaire. Par conséquent, l'article sous examen risque d'encourir la sanction de l'article 102 de la Constitution.

² Arrêt n° 133 de la Cour Constitutionnelle du 2 mars 2018.

Article 12

L'article sous revue prévoit la possibilité pour le service médical de requérir un examen médical en cas de changement d'affectation d'un militaire vers un poste pour lequel le profil médical serait plus exigeant.

Le Conseil d'État constate que la disposition en question règle un élément essentiel en ce qu'elle établit un nouveau cas de figure dans lequel il peut être procédé à un examen médical. La disposition en question, qui risque d'encourir la sanction de l'article 102 de la Constitution, est ainsi à transférer au niveau de la loi, et plus précisément à l'endroit de l'article 14 de la loi précitée du 7 août 2023 qui détermine les différentes hypothèses dans lesquelles un examen médical peut être effectué.

Article 13

L'article 13 entend instaurer une description en six facteurs du profil médical d'aptitude. Selon les auteurs du texte, cette méthode « permet de représenter les grands systèmes fonctionnels médicaux qui nécessitent une évaluation médicale pour vérifier et certifier la bonne adaptation ainsi que la résilience suffisante pour effectuer les tâches confiées au militaire ». Or, force est de constater que les points 2, 3, 4, 5, 6, 7, 11, 12 et 13 de l'article 2 sont tous regroupés dans le facteur « E » - état général. Toujours selon le commentaire des articles, l'approche appelée « EVASIX » s'inscrirait dans le cadre des réglementations OTAN (« Guide OTAN d'évaluation de l'aptitude médicale à la projection du personnel militaire – TR-HFM-174 »). À la lecture de ce guide, une approche différenciée, critère par critère conformément à l'article 2 et maladie par maladie, semble prévaloir plutôt qu'une approche synthétique de type EVASIX. Le Conseil d'État se demande si une telle approche ne risque *in fine* pas de diminuer la précision de l'évaluation médicale.

Article 14

Sans observation.

Article 15

L'alinéa 1^{er} de la disposition sous revue indique que « le médecin peut appliquer une ou plusieurs des restrictions ou recommandations spécifiques suivantes », alors que l'alinéa 2 dispose que « les autorités militaires statueront sur l'aptitude du militaire à participer aux activités en question sur base des recommandations ou restrictions du médecin ».

Le Conseil d'État relève que la formulation choisie par les auteurs du projet prête à confusion en ce qu'elle laisse entendre que la décision quant à l'aptitude appartiendra en définitive aux autorités militaires et non pas, comme prévu par la loi précitée du 7 août 2023, au service médical. Telle que libellée, la disposition sous revue est contraire à la loi et risque ainsi d'encourir la sanction de l'article 102 de la Constitution. Le Conseil d'État estime qu'il conviendrait de prévoir à l'alinéa 1^{er} que le médecin formule des restrictions qui seront contraignantes pour les autorités militaires. Le second alinéa devra être adapté en conséquence.

Articles 16 et 17

Sans observation.

Article 18

L'article 18 vise à introduire une dérogation à l'article 11 du règlement grand-ducal modifié du 5 mars 2004 concernant la santé et la sécurité du travail et le contrôle médical dans la fonction publique en instituant une procédure de réclamation spécifique auprès du ministre ayant la Défense dans ses attributions.

Le Conseil d'État comprend qu'une telle réclamation préalable doit nécessairement être introduite avant tout recours contentieux et que le défaut de le faire pourrait avoir comme conséquence l'irrecevabilité « omisso medio » du recours introduit devant les juridictions administratives.

Le Conseil d'État relève que la disposition détermine ainsi un élément essentiel qui devrait figurer au niveau de la loi étant donné que le dispositif relève d'une matière réservée à la loi, à savoir, selon le cas, de la protection des droits des travailleurs et du statut des fonctionnaires (articles 34 et 50, paragraphe 3, de la Constitution). L'article sous revue risque par conséquent d'encourir la sanction de l'article 102 de la Constitution.

À titre subsidiaire, le Conseil d'État s'interroge si l'ajout des termes « exerçant au sein de l'Armée » au paragraphe 1^{er} vise à restreindre le champ des personnes susceptibles d'adresser une réclamation. Si tel n'est pas le cas, il échet de supprimer ces termes.

Article 19

Sans observation.

Observations d'ordre légistique

Observation générale

Le Conseil d'État relève que lorsque pour le groupement des articles il est recouru exclusivement à des chapitres, ceux-ci sont numérotés en chiffres arabes. À titre d'exemple, l'intitulé du chapitre 1^{er} se lira comme suit :

« Chapitre 1^{er} – Définitions ».

Intitulé

Il y a lieu de remplacer les termes « le contrôle » par les termes « au contrôle ».

Préambule

Le cinquième visa relatif à la consultation de la Chambre des fonctionnaires et employés publics est à adapter pour le cas où l'avis demandé ne serait pas parvenu au Gouvernement au moment de la soumission du règlement grand-ducal en projet à la signature du Grand-Duc.

À l'endroit des ministres proposant, le projet de règlement grand-ducal sous avis étant accompagné d'une fiche financière renseignant un impact sur le budget de l'État, il y a lieu d'insérer une référence au ministre des Finances. Cette observation vaut également pour la formule exécutoire.

Article 1^{er}

La phrase liminaire est à reformuler de la manière suivante :
« Pour l'application du présent règlement, on entend par : ».

Au point 7^o, il convient de remplacer le point après les termes « ses emplois » par une virgule et de commencer la phrase suivante par une lettre initiale minuscule.

Au point 14^o, le Conseil d'État soulève qu'il convient, dans un souci de cohérence, d'indiquer la dénomination exacte de l'« Organisation du traité de l'Atlantique nord » au lieu de son acronyme.

Au point 15^o, il y a lieu de déplacer le terme « et » pour écrire « les soldats volontaires, ~~et~~ le personnel militaire de carrière, et le personnel commissionné ».

Article 2

À l'alinéa 2, phrase liminaire, le Conseil d'État suggère de remplacer le terme « critères » par celui de « points ».

Article 3

Il y a lieu de laisser une espace entre la forme abrégée « **Art.** » et le numéro d'article.

Au paragraphe 1^{er}, phrase liminaire, il faut ajouter une virgule après le chiffre « 6^o ».

Au paragraphe 2, phrase liminaire, le Conseil d'État préconise de remplacer le terme « présomption » par celui de « suspicion ».

Article 4

À la phrase liminaire, le Conseil d'État relève que les textes normatifs sont en principe rédigés au présent et non au futur. Ainsi, il convient de remplacer le terme « fixera » par le terme « fixe ». Par analogie, cette observation vaut également pour les articles 15, alinéa 2, et 17, phrase liminaire.

Au point 4^o, il convient d'employer les termes « profil médical d'aptitude », conformément à la définition afférente à l'article 1^{er}, point 1^o. Cette observation vaut également pour les articles 12, alinéa 1^{er}, 14, première phrase, et 17, phrase liminaire.

Article 6

Il convient de supprimer la virgule après le terme « restriction ».

Article 8

Au paragraphe 2, il est suggéré d'insérer une virgule après les termes « un médecin spécialiste ».

Article 9

À l'alinéa 2, il est suggéré d'insérer une virgule après les termes « opérations de sélection ».

Article 11

À l'alinéa 2, le Conseil d'État signale que lors des renvois, les différents éléments auxquels il est renvoyé sont à séparer par des virgules, en écrivant « l'article 8, paragraphe 2, endéans ».

Article 12

À l'alinéa 1^{er}, il convient de remplacer les termes « profil médical » par les termes « profil minimal d'aptitude », conformément aux définitions figurant à l'article 1^{er}, points 1^o et 2^o.

Article 13

Au paragraphe 1^{er}, il y a lieu de remplacer le terme « et » à sa première occurrence par une virgule.

Au paragraphe 2, aux points 1^o à 6^o, le Conseil d'État constate que les auteurs utilisent tantôt le verbe « considérer », tantôt le verbe « concerner ». Or, pour autant que le sens visé est toujours le même, il convient d'harmoniser la terminologie à travers le paragraphe sous revue.

Article 16

À l'alinéa 1^{er}, les termes « dans l'article 77 » sont à remplacer par les termes « à l'article 77 ».

À l'alinéa 2, le Conseil d'État suggère de remplacer les termes « le médecin se réserve le droit d'envoyer » par ceux de « le médecin peut en outre envoyer ». Il relève par ailleurs que les institutions, ministères, administrations, services, organismes, etc., prennent une majuscule au premier substantif uniquement. Partant, il y a lieu d'écrire « Ministère de la mobilité et des travaux publics ».

Article 17

À la phrase liminaire, il convient de remplacer les termes « du port d'armes » par ceux de « du port d'une arme de service » et d'écrire « profil médical d'aptitude », conformément à la définition afférente à l'article 1^{er}, point 1^o.

Titre VI.

Il convient, dans un souci de cohérence et d'uniformité, de remplacer l'intitulé « Titre VI. – Modalités de recours en cas de contestation des conclusions médicales » par l'intitulé « Chapitre 5 – Modalités de recours en cas de contestation des conclusions médicales ».

Article 18

Au paragraphe 1^{er}, étant donné qu'est visée la fonction et non pas le titulaire qui l'exerce au moment de la prise du règlement en question, il convient d'écrire « ministre » avec une lettre initiale minuscule.

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 18 votants, le 21 mai 2024.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Marc Thewes