

Projet de loi

sur le régime d'indemnisation et de compensation opérationnel de l'Armée luxembourgeoise et portant abrogation de la loi du 22 avril 2009 portant réglementation des compensations et récupérations en faveur du personnel militaire de carrière pour sa participation aux entraînements et instructions militaires ainsi qu'au service de garde

Avis du Conseil d'État

(23 avril 2024)

Par dépêche du 31 août 2022, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de la Défense.

Le texte du projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, d'une fiche financière et d'une fiche d'évaluation d'impact.

Les avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics, du Syndicat Professionnel de l'Armée Luxembourgeoise et de la Lëtzebuurger Ënneroffizier asbl ont été communiqués au Conseil d'État respectivement en date des 2 et 22 novembre 2022.

L'avis de l'Association Professionnelle des Officiers Luxembourgeois relatif à l'avant-projet de loi a été communiqué au Conseil d'État en date du 22 novembre 2022.

Considérations générales

Le projet de loi sous avis a pour objet de fixer un cadre légal pour les compensations en nature et les indemnisations pécuniaires auxquelles le personnel de l'Armée a droit pour la participation à des activités militaires d'instruction et d'entraînement et à des activités opérationnelles nationales. Il remplace ainsi le régime de compensation et d'indemnisation mis en place par la loi du 22 avril 2009 portant réglementation des compensations et récupérations en faveur du personnel militaire de carrière pour sa participation aux entraînements et instructions militaires ainsi qu'au service de garde¹. En l'occurrence, les compensations en nature prennent la forme d'heures de récupération allouées aux personnels concernés pour leur participation aux activités militaires d'instruction et d'entraînement ou encore aux activités opérationnelles nationales, tandis que l'indemnisation pécuniaire se fera sous la forme d'une allocation d'indemnités dans le

¹ Mém. A – n° 95 du 11 mai 2009.

contexte de la participation aux activités militaires d'instruction et d'entraînement.

Le dispositif proposé comporte des améliorations majeures pour les personnels concernés par rapport à celui en vigueur depuis 2009, améliorations qui sont au nombre de quatre :

- extension du champ d'application des compensations et indemnisations à des catégories supplémentaires du personnel ;
- extension du champ des activités de l'Armée couvertes par le dispositif de compensation et d'indemnisation ;
- revalorisation substantielle des taux de l'indemnisation pécuniaire ;
- précisions apportées aux modalités d'application du dispositif de compensation et d'indemnisation.

Le régime d'indemnisation et de compensation est tout d'abord étendu aux fonctionnaires de l'État commissionnés et aux soldats volontaires.

Ensuite, le dispositif d'indemnisation et de compensation ne sera plus limité aux seules « activités militaires d'instruction et d'entraînement », mais sera étendu aux « activités opérationnelles nationales », auxquelles sont assimilées certaines activités opérationnelles dans le cadre de coopérations multilatérales et bilatérales avec les pays voisins. D'après les termes de l'article 6, paragraphe 2, du projet de loi, cette deuxième catégorie d'activités comprendra l'affectation du personnel de l'Armée « à la protection des points et espaces vitaux du territoire national » et à la fourniture d'« assistance aux administrations publiques et à la population, en temps de crise ».

Le projet de loi sous avis prévoit encore une importante revalorisation des indemnisations pécuniaires auxquelles le personnel de l'Armée concerné a droit en cas d'activité militaire d'instruction et d'entraînement supérieure à vingt-quatre heures.

Ce dispositif d'indemnisation pécuniaire est complété par des compensations en nature – sous forme d'heures de compensation – pour toute activité militaire d'instruction et d'entraînement, avec une différence selon que la durée de l'activité est inférieure ou supérieure à vingt-quatre heures, ainsi que pour les activités opérationnelles nationales et les activités y assimilées, de nouveau avec une différence selon que la durée de l'activité est inférieure ou supérieure à vingt-quatre heures.

À ce sujet, il ressort de l'exposé des motifs que les améliorations du dispositif des compensations en nature (augmentation des heures de compensation) inscrites dans l'accord relatif au temps de travail et de repos dans l'Armée signé entre le Ministre de la Défense, la Confédération générale de la Fonction publique, le Syndicat Professionnel de l'Armée Luxembourgeoise et l'Association Professionnelle des Officiers Luxembourgeois en date du 12 juillet 2019 n'ont pas été reprises dans le projet de loi, mais que les indemnisations pécuniaires ont, en contrepartie, été augmentées par rapport à celles qui sont prévues par cet accord. D'après les calculs du Conseil d'État effectués sur la base de la fiche financière, cette augmentation serait en définitive de 81,2 pour cent par rapport au dispositif actuel. Toujours selon l'exposé des motifs, l'amélioration de l'indemnisation sous forme pécuniaire a été jugée plus appropriée que l'augmentation des

compensations horaires au motif que ces dernières présentaient un risque considérable pour l'opérationnalité et le bon fonctionnement de l'Armée.

De la part du Conseil d'État, le dispositif qui est ainsi proposé donne lieu aux observations suivantes :

Le Conseil d'État s'interroge tout d'abord sur le principe même d'une indemnisation ou d'une compensation des activités visées par le projet de loi.

Le problème posé peut être abordé dans deux perspectives, à savoir celle de la prestation d'heures supplémentaires – le Conseil d'État y reviendra dans la suite du présent avis – ou encore celle de l'allocation d'une rémunération dépassant le traitement de base en raison de la prestation de services extraordinaires.

C'est dans cette deuxième perspective que le Conseil d'État s'était situé dans son avis du 9 décembre 2008 relatif au projet de loi n° 5938² qui est devenu la loi précitée du 22 avril 2009. Le Conseil d'État y avait en effet relevé qu'à défaut de connaître la « tâche ordinaire du personnel militaire » (« contrepartie ordinaire du traitement ordinaire »), il serait difficile de déterminer les « prestations considérées comme n'étant pas normales » ouvrant droit à une rémunération extraordinaire qui se greffe sur le traitement normal.

Le Conseil d'État rappelle les principes prévus en la matière tels qu'ils ressortent de l'article 22 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'État aux termes duquel « [e]n dehors de son traitement, aucune rémunération n'est accordée à un fonctionnaire, sauf dans les cas spécialement prévus par les lois ». Le Conseil d'État concède que, par dérogation au principe qui est ainsi défini, le législateur peut prévoir des cas où une rémunération est accordée au fonctionnaire en dépassement du traitement de base. L'article 1^{er}, paragraphe 4, de la loi précitée du 16 avril 1979 stipule d'ailleurs également que le statut s'applique sous réserve des dispositions spéciales établies pour certains corps de fonctionnaires par les lois et règlements. Cela dit, le Conseil d'État note qu'ensuite, au même article 22, le législateur a précisé les cas de figure dans lesquels l'allocation d'une rémunération supplémentaire devait être exclue en stipulant qu'« [a]ucune indemnité ne peut être allouée à un fonctionnaire en raison d'une extension ou d'une modification de sa charge, ni pour un service ou un travail qui par sa nature ou par les conditions dans lesquelles il a été fourni, rentre ou doit être considéré comme rentrant dans le cadre des attributions et devoirs de ce fonctionnaire, ou comme rentrant dans l'ensemble du service collectif du personnel dont le fonctionnaire fait partie ». Ce n'est que dans des cas exceptionnels que l'article 23 de la loi précitée du 16 avril 1979 ouvre ensuite la voie à une rémunération extraordinaire dépassant le traitement de base en vue de la compensation de services ou de travaux extraordinaires justement qualifiés et nettement caractérisés comme tels, tant par leur nature que par les conditions dans lesquelles ils sont fournis. Le Conseil d'État note au passage que l'article 19 de la loi précitée du 16 avril 1979 renvoie à l'article 23 de la même loi pour les modalités de l'indemnisation des heures supplémentaires qui ne sont pas couvertes par un congé de compensation.

² Avis du Conseil d'État n° 48.190 du 9 décembre 2008 (doc. parl. n° 5938).

Dans la perspective que le Conseil d'État vient de développer, des activités de l'Armée, pour pouvoir donner lieu à une rémunération extraordinaire, devraient se situer en dehors de ses prestations « normales ». En ce qui concerne les activités opérationnelles nationales visées à l'article 6, qui, d'après les termes du paragraphe 2, alinéa 2, du même article peuvent également comporter des activités se déroulant en dehors du territoire national, le Conseil d'État constate qu'elles relèvent des missions qui sont énumérées aux articles 3, points 2° et 3°, et 4, point 2°, de la loi du 7 août 2023 sur l'organisation de l'Armée luxembourgeoise. Pour ce qui est des activités militaires d'instruction et d'entraînement visées à l'article 3 du projet de loi sous avis, elles constituent un moyen pour assurer l'opérationnalité de l'Armée et relèvent à ce titre du cœur même des activités d'une armée en temps de paix.

Le Conseil d'État note que l'accord susvisé du 12 juillet 2019 opère bien une distinction entre le fonctionnement de l'Armée dans des conditions habituelles et son fonctionnement dans des conditions non habituelles. Selon l'accord, relèveraient du deuxième cas de figure, c'est-à-dire des activités de l'Armée qui se déroulent dans des conditions non habituelles, notamment « les activités d'instruction et d'entraînement à des fins de préparation opérationnelle », ce qui correspond à la première catégorie d'activités qui sont indemnisées ou compensées aux termes des articles 3 à 5 du projet de loi. Si cette distinction est appropriée dans la perspective de l'application de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail et de la législation nationale portant réglementation du temps de travail qui a transposé la directive en question, elle ne reflète cependant pas la réalité du fonctionnement de l'Armée dans le cadre des principes qui devraient régir la rémunération des personnels de l'Armée que le Conseil d'État vient de rappeler. Dans ce contexte, les activités mises en avant dans le projet de loi et qui donnent lieu à indemnisation et à compensation ne revêtent en effet pas un caractère extraordinaire qui les ferait sortir du cadre des attributions normales des personnels de l'Armée ou encore de « l'ensemble du service collectif du personnel » dont les agents en question font partie.

Le Conseil d'État estime que l'application stricte des principes posés par l'article 22 précité ne laisse en tout cas que peu de place à une indemnisation ou à une compensation attribuée en contrepartie de prestations extraordinaires et qui viendrait s'ajouter au traitement de base et aux autres avantages dont bénéficient les personnels concernés.

Dans le sillage de la perspective qu'il vient de développer, le Conseil d'État s'interroge ensuite effectivement sur la nature des avantages dont bénéficieront les personnels concernés et sur les choix opérés par les auteurs du projet de loi à ce niveau. Le texte proposé comporte en effet des éléments qui laissent à penser que les auteurs du projet de loi ont voulu rémunérer la prestation d'heures supplémentaires, tout en situant le dispositif en dehors du champ d'application de la réglementation sur le temps de travail. Il en est ainsi des dispositions figurant aux articles 5, paragraphe 1^{er}, et 7, paragraphe 1^{er}, qui ne prévoient la comptabilisation des compensations en nature y prévues que pour les unités de temps réellement prestées au-delà de la huitième heure. En revanche, les dispositions des articles 4, 5, paragraphe 2, et 7, paragraphe 2, prévoient des dispositifs qui s'appliquent dès la première heure de l'activité visée, et font apparaître l'avantage concédé, qui par ailleurs revêt un caractère forfaitaire, comme la compensation d'une sujétion ou plus

généralement d'un service extraordinaire dépassant les services rendus en contrepartie du traitement de base. Un certain nombre de développements figurant à l'exposé des motifs et destinés à justifier le fait de privilégier les indemnités pécuniaires au détriment des compensations en nature pointent d'ailleurs dans la même direction en avançant des considérations liées au « degré [...] de « hardship », donc de contraintes et de risques » de certaines activités.

Si on lit le texte dans une perspective « prestation d'heures supplémentaires », et même si le dispositif résultant d'une telle approche peut s'avérer lourd et complexe à manier, le Conseil d'État est disposé à en accepter le principe, tout en estimant que certaines modalités d'application du dispositif choisies par les auteurs du projet de loi ne s'imposent ensuite pas avec la clarté de l'évidence. Il note ainsi que la réglementation en matière d'heures supplémentaires en vigueur au niveau de la fonction publique – articles 19 et 28-4 de la loi précitée du 16 avril 1979 et règlement grand-ducal modifié du 25 octobre 1990 concernant la prestation d'heures de travail supplémentaires par des fonctionnaires ainsi que leur astreinte à domicile – prévoit une indemnisation, non pas forfaitaire comme en l'occurrence, mais calculée en fonction du traitement de base de l'agent concerné. Cette même réglementation exclut par ailleurs le cumul de l'indemnisation pécuniaire et de la compensation en nature, alors qu'en l'occurrence le cumul est admis du moins en ce qui concerne les activités militaires d'instruction et d'entraînement qui ont une durée supérieure à vingt-quatre heures. Le Conseil d'État ne voit pas de raisons objectives pour se départir en l'occurrence de ces principes d'application du dispositif.

Pour ce qui est d'une lecture alternative du texte dans une perspective « compensation de sujétions et rémunération de services extraordinaires », le Conseil d'État renvoie à ses développements en relation avec le principe même d'une indemnisation ou d'une compensation des activités visées par le projet de loi et l'incompatibilité d'une telle démarche avec l'article 22 de la loi précitée du 16 avril 1979.

Toujours en ce qui concerne le principe même du dispositif, le Conseil d'État se doit encore de relever qu'en dehors des indemnités et compensations cumulées prévues par le projet de loi sous avis, les personnels concernés bénéficient déjà à l'heure actuelle de multiples compensations qui s'ajoutent au traitement de base, comme la prime de régime militaire, « dont le personnel de l'Armée bénéficie en raison de la spécificité militaire et des contraintes y afférentes » (extrait du commentaire de l'article 3 du projet de loi), la prime d'astreinte, la prime d'opérationnalité pour certaines catégories du personnel et les congés de récréation supplémentaires. Les auteurs du projet de loi admettent d'ailleurs, toujours lorsqu'ils commentent l'article 3 du projet de loi, que « les compensations et indemnités prévues par le présent projet de loi suivent la même finalité que les autres avantages » dont bénéficient les personnels concernés.

En conclusion aux développements qui précèdent, le Conseil d'État retient que si la réglementation sur la durée de travail et l'aménagement du temps de travail normalement applicable à la fonction publique ne fournit pas, sur un certain nombre de points, un cadre adapté au fonctionnement de l'Armée, et justifie dès lors des aménagements, divers aspects du dispositif dérogatoire d'indemnisation et de compensation figurant dans le projet de loi peuvent prêter le flanc à la critique en raison notamment du cumul des

indemnités et des compensations dans certains cas de figure prévus par le projet de loi ou encore du cumul des avantages dont bénéficieront les personnels concernés en vertu de la future loi avec leur traitement de base et d'autres éléments de rémunération qui s'ajoutent au traitement de base. Les missions couvertes par le régime d'indemnisation et de compensation relevant en effet du fonctionnement normal de l'Armée, l'attribution, dans une perspective de « prestations de services extraordinaires », d'avantages en dépassement du traitement de base et d'autres éléments de rémunération ne se justifie guère.

Par ailleurs, au regard du fait que les activités couvertes par le dispositif proposé par les auteurs du projet de loi relèvent du fonctionnement normal de l'Armée, et vu également que la logique d'un dispositif « heures supplémentaires » n'est pas totalement absente du dispositif proposé en l'occurrence, le Conseil d'État estime encore qu'un système de contreparties pour les prestations effectuées adossé au système des heures supplémentaires figurant dans la loi précitée du 16 avril 1979 – compensation en nature des heures supplémentaires ne dépassant pas un certain seuil, indemnisation des heures supplémentaires dépassant ce seuil et indemnisation intégrale des heures supplémentaires si les nécessités du service ne permettent pas la compensation moyennant congé dans le mois qui suit celui au cours duquel les heures supplémentaires ont été effectuées – devrait pouvoir être envisagé.

Le Conseil d'État renvoie dans ce contexte au dispositif prévu par la législation applicable aux Forces armées belges³ qui part d'une durée moyenne des prestations de service des militaires du cadre de trente-huit heures par semaine. La réglementation prévoit un dispositif d'« imputation », selon différentes modalités de pratiquement l'ensemble des prestations de service du militaire dans les différentes « positions » dans lesquelles il peut se trouver, dont celle par exemple « en service intensif » qui couvre la participation à un exercice ou une manœuvre d'au moins vingt-quatre heures, sur la durée moyenne de trente-huit heures par semaine. Le militaire dont les prestations de service effectuées au cours d'une période de référence fixée à un semestre civil dépassent la durée moyenne de travail hebdomadaire, et pour autant que cela soit compatible avec le bon fonctionnement des Forces armées, peut se voir accorder, voire imposer une récupération d'heures supplémentaires. Enfin, une allocation est accordée au militaire pour chaque heure de prestation supplémentaire pour laquelle aucune récupération ne peut être imposée ni accordée avant la fin du trimestre civil qui suit la période de référence. Un tel système aurait l'avantage d'une plus grande cohérence par rapport au dispositif proposé par les auteurs du projet de loi, dispositif qui mélange en fait, comme le Conseil d'État vient de l'exposer, deux approches, et permettrait par ailleurs d'éviter les écueils en termes de cumul des avantages qui caractérisent le dispositif sous avis. Le Conseil d'État y reviendra à l'occasion de l'examen de l'article 2.

³ Loi modifiée du 28 février 2007 fixant le statut des militaires et candidats militaires du cadre actif des Forces armées et arrêté royal modifié du 18 mars 2003 relatif au statut pécuniaire des militaires de tous rangs et au régime des prestations de service des militaires du cadre actif au-dessous du rang d'officier

Examen des articles

Article 1^{er}

L'article 1^{er} vise à définir le « personnel de l'Armée » qui bénéficiera de l'application du dispositif d'indemnisation et de compensation.

En ce qui concerne le paragraphe 2, point 1^o, le Conseil d'État note que la définition de « personnel militaire de carrière » renvoie à des notions – en l'occurrence celles de « rubrique » et de « sous-groupe » – qui n'ont pas de sens sans une référence au texte qui a introduit ces notions dans le droit de la fonction publique, à savoir la loi modifiée du 25 mars 2015 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'État. Il y a dès lors lieu de compléter le texte par une référence à la loi précitée ou de renvoyer aux dispositions pertinentes de la loi du 7 août 2023 sur l'organisation de l'Armée luxembourgeoise qui définissent la notion de « personnel militaire de carrière ».

Au point 2^o sont visés les fonctionnaires commissionnés. Or, l'article 106, paragraphe 1^{er}, de la loi sur l'organisation de l'Armée qui a trait au personnel commissionné vise non seulement les fonctionnaires, mais également les employés et salariés de l'État. Par conséquent, il y a lieu de s'interroger sur les raisons qui sous-tendent le choix effectué par les auteurs de limiter le régime de compensation aux seuls fonctionnaires commissionnés.

Pour le cas où il s'agirait d'un oubli, il y aura lieu de compléter la disposition en question sur ce point.

Si, toutefois, il était dans l'intention des auteurs d'exclure les employés et salariés du régime de compensation prévu par le projet sous avis, le Conseil d'État se pose la question des raisons à la base de cette exclusion d'une partie du personnel commissionné.

Article 2

L'article sous revue exclut, en dépassement de l'objectif principal du projet de loi qui est de définir le régime d'indemnisation et de compensation opérationnel de l'Armée, l'application « des dispositions portant sur la durée de travail et aménagement du temps de travail » de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'État aux activités militaires d'instruction et d'entraînement ainsi qu'aux activités opérationnelles nationales visées par le projet de loi.

Le Conseil d'État note que la référence utilisée par les auteurs du projet de loi semble viser tout le chapitre 7 dudit statut, comportant les articles 18 à 19^{quater}. Le Conseil d'État constate que d'autres dispositions du statut du fonctionnaire ne trouvent pas application en l'occurrence, comme la règle de non-cumul entre le congé de compensation qui peut être alloué dans le cas de l'accomplissement d'heures supplémentaires et la possible indemnisation de ces mêmes heures. Le Conseil d'État renvoie encore à ses observations faites à l'endroit des articles 8 et 9 du projet de loi sous avis.

L'article 4 de la loi du 22 avril 2009 portant réglementation des compensations et récupérations en faveur du personnel militaire de carrière

pour sa participation aux entraînements et instructions militaires ainsi qu'au service de garde que le projet sous avis vise à remplacer, contient une exclusion comparable qui est cependant limitée à l'article 19 du statut des fonctionnaires qui constitue l'article unique de la section III qui est consacrée aux heures supplémentaires et à l'astreinte à domicile.

Cette façon de procéder n'est en elle-même pas incompatible avec la configuration du statut du fonctionnaire de l'État. La loi précitée du 16 avril 1979 prévoit en effet en son article 1^{er}, paragraphe 4, que le statut s'applique sous réserve des dispositions spéciales établies pour certains corps de fonctionnaires par les lois et règlements. Le Conseil d'État concède que certaines des règles figurant au chapitre 7 lui semblent cependant effectivement incompatibles avec le déroulement des activités visées par le projet de loi sous avis.

Les auteurs du projet de loi sous revue précisent ensuite, toujours dans la même perspective, que la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail ne s'applique pas aux activités visées par le projet de loi sous avis.

Le Conseil d'État constate que la Cour de justice de l'Union européenne a effectivement jugé que « ladite directive ne s'applique pas aux activités des militaires et, notamment à leurs activités de garde, lorsque celles-ci interviennent dans le cadre de leur formation initiale, d'un entraînement opérationnel ou encore dans le cadre d'opérations impliquant un engagement militaire des forces armées, que celles-ci se déploient, de façon permanente ou occasionnelle, à l'intérieur des frontières de l'État membre concerné ou à l'extérieur de celles-ci. Par ailleurs, la directive 2003/88 est tout aussi inapplicable aux activités militaires qui sont à ce point particulières qu'elles ne se prêtent pas à un système de rotation des effectifs permettant d'assurer le respect des exigences de cette directive. Il en va de même lorsqu'il apparaît que l'activité militaire est exécutée dans le cadre d'événements exceptionnels, dont la gravité et l'ampleur nécessitent l'adoption de mesures indispensables à la protection de la vie, de la santé ainsi que de la sécurité de la collectivité et dont la bonne exécution serait compromise si l'ensemble des règles énoncées par ladite directive devaient être respectées ou lorsque l'application de cette directive à une telle activité, en imposant aux autorités concernées de mettre en place un système de rotation ou de planification du temps de travail, ne pourrait se faire qu'au détriment du bon accomplissement des opérations militaires proprement dites. »⁴

Le Conseil d'État note que les réglementations en matière de temps de travail applicables aux armées des pays voisins se situent effectivement, pour de larges pans de leur fonctionnement, en dehors de la réglementation normalement applicable aux travailleurs et sont par ailleurs assez fragmentaires.

Tel est le cas plus particulièrement de la France dont l'armée fonctionne selon le principe de la disponibilité « en tout temps et en tout lieu » (article L4121-5 du Code de la défense).

⁴ CJUE, grande chambre, 15 juillet 2021 (C-742/19) / Communiqué de presse n° 131/21 du 15 juillet 2021

En Allemagne, le « Soldatengesetz »⁵ prévoit en son §30c qu'en principe la durée de travail hebdomadaire est de quarante et une heures. Le §30c, Absatz 4, de la même disposition exclut cependant l'application de ce plafond aux activités du type de celles visées par le projet de loi sous revue et la « Soldatenarbeitszeitverordnung »⁶ se limite ensuite, dans son §22, à enjoindre aux supérieurs hiérarchiques de limiter dans la mesure du possible les contraintes temporelles particulières et à accorder au personnel concerné, après des phases comportant des contraintes extrêmes, des périodes de récupération. Enfin, le §23 de la « Soldatenarbeitszeitverordnung » prévoit la compensation des contraintes temporelles particulières sous la forme d'une dispense de service.

Le Conseil d'État constate encore que la jurisprudence de la Cour de justice européenne couvre effectivement les activités visées par le projet de loi, de sorte que le dispositif proposé par les auteurs du projet de loi est conforme à la réglementation européenne. Il a par ailleurs l'avantage d'être plus précis que les dispositifs appliqués en France et en Allemagne. Ainsi qu'il l'a déjà annoncé à l'endroit des considérations générales, le Conseil d'État aurait cependant une préférence pour un système calqué sur celui applicable aux Forces armées belges. Le Conseil d'État rappelle qu'il s'agit d'un dispositif unique et cohérent qui, au lieu de combiner deux systèmes, à savoir la durée de travail et l'aménagement du temps de travail qui s'appliquent en principe à la Fonction publique dans son ensemble et un régime dérogatoire pour les activités visées par le projet de loi sous avis, se fonde sur l'horaire de travail légal normal, la différence se faisant ensuite au niveau des modalités d'imputation sur cet horaire de l'ensemble des activités de l'armée, quelle que soit par ailleurs leur nature.

Article 3

Cet article détermine en partie le champ d'application du projet de loi sous avis en définissant les activités militaires d'instruction et d'entraînement qui donnent lieu à indemnisation et à compensation.

Le Conseil d'État note que si le champ d'application correspond dans sa substance à celui de la loi précitée du 22 avril 2009, les auteurs du projet de loi y ont ajouté des éléments qui figurent à l'heure actuelle dans le règlement grand-ducal du 2 juillet 2009 portant indemnisation respectivement compensation des entraînements et des instructions militaires ainsi que du service de garde du personnel militaire cadre de l'armée tout en les étoffant sur certains points et en précisant notamment quelles activités d'instruction et de formation ne sont pas considérées comme des activités militaires d'instruction et entraînement en vue de l'application de la future loi.

Le Conseil d'État approuve cette façon de procéder, qui a en outre l'avantage de mettre le dispositif en conformité avec les articles 34, 50, paragraphe 3, et 45, paragraphe 2, de la Constitution.

⁵ Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten, Soldatengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 30. Mai 2005 (BGBl. I S. 1482), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 22. Januar 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 17) geändert worden ist.

⁶ Verordnung über die Arbeitszeit der Soldatinnen und Soldaten, Soldatenarbeitszeitverordnung vom 16. November 2015 (BGBl. I S. 1995), die zuletzt durch Artikel 5 der Verordnung vom 23. September 2022 (BGBl. I S. 1533) geändert worden ist.

Pour le surplus, le Conseil d'État renvoie à ses observations de principe formulées au niveau des considérations générales.

Article 4

Cet article fixe l'indemnisation pécuniaire forfaitaire journalière dont bénéficient le personnel de l'Armée et les soldats volontaires pour toute activité militaire d'instruction et d'entraînement supérieure à vingt-quatre heures. L'indemnisation en question sera non pensionnable, non cotisable et non imposable.

À l'alinéa 1^{er}, le Conseil d'État suggère de viser toute activité « d'une durée supérieure à vingt-quatre heures ». Cette observation vaut également pour les activités visées à l'article 5 et à l'article 7 du projet sous avis.

Plus généralement, il estime que le cadre temporel des exercices et instructions devrait être précisé. La simple mention de la « durée », supérieure ou égale à vingt-quatre heures, d'un exercice ou d'une instruction est en effet insuffisante. Qu'en est-il par exemple des prestations de service des militaires à indemniser qui se situent dans une partie seulement de la durée d'un exercice ou d'une instruction ?

Le Conseil d'État demande dès lors que le dispositif soit complété par la prise en compte d'éventuelles fractions de jours au niveau de la durée de l'activité et par le calcul, dans tous les cas de figure envisagés, de l'indemnisation au prorata de la présence des personnels concernés.

Ces observations valent également pour les articles 5 et 7 du projet de loi.

En ce qui concerne l'alinéa 2, celui-ci est inutile et peut être supprimé, vu que l'article 96 de la loi du 7 août 2023 sur l'organisation de l'Armée luxembourgeoise prévoit désormais que le soldat volontaire touche une solde exprimée en points indiciaires et que « par solde, il y a lieu d'entendre la solde telle que fixée pour chaque grade de soldat volontaire de l'Armée selon les dispositions de la présente loi et selon la valeur du point indiciaire telle que définie à l'article 2, paragraphe 4, point 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. »

Le Conseil d'État s'interroge sur le caractère non imposable de l'indemnité. Il s'agit en effet manifestement d'une rémunération qui aux yeux des auteurs du projet de loi vient, du moins en partie, rémunérer des services prestés au-delà des services normaux rémunérés par le traitement de base. Même si une disposition analogue figure déjà à l'heure actuelle à l'article 3, alinéa 4, de la loi du 22 avril 2009 portant réglementation des compensations et récupérations en faveur du personnel militaire de carrière pour sa participation aux entraînements et instructions militaires ainsi qu'au service de garde, cette non-imposabilité n'est pas sans poser des questions au regard du principe d'égalité devant la loi inscrit à l'article 15, paragraphe 1^{er}, de la Constitution, en l'occurrence la loi fiscale. Dans l'attente d'explications de nature à fonder la différence de traitement répondant aux critères établis par la Cour constitutionnelle, à savoir que la différence de traitement procède de disparités objectives, qu'elle est rationnellement justifiée, adéquate et

proportionnée à son but, le Conseil d'État réserve sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel.

Enfin, le Conseil d'État renvoie encore à ses observations de principe formulées au niveau des considérations générales en relation avec le dispositif proposé et notamment à son constat que les activités en question relèvent de la normalité du fonctionnement de l'Armée, ce qui plaide contre une indemnisation forfaitaire pour services extraordinaires prestés en dehors des services donnant droit au traitement de base, mais plutôt pour un système mettant en avant une logique d'« heures supplémentaires ».

Article 5

Cet article prévoit la compensation en nature dont bénéficie le personnel de l'Armée pour toute activité militaire d'instruction et d'entraînement.

Le paragraphe 1^{er} traite des activités inférieures à vingt-quatre heures, pour lesquelles uniquement l'unité de temps réellement prestée au-delà de la huitième heure est compensée. Le paragraphe 2 prévoit quant à lui la compensation en nature forfaitaire journalière pour les activités supérieures à vingt-quatre heures.

Le Conseil d'État note qu'en l'occurrence, le paragraphe 1^{er} prévoit une prise en compte du temps effectivement passé sur le terrain dans le cadre d'une activité militaire d'instruction et d'entraînement. Au paragraphe 2, cette précision fait défaut, ce qui amène le Conseil d'État à demander que le dispositif soit précisé sur ce point.

Le Conseil d'État renvoie encore à ses observations de principe formulées au niveau des considérations générales, et notamment à ses critiques en relation avec le cumul de l'indemnisation pécuniaire et de la compensation en nature pour les activités militaires d'instruction et d'entraînement d'une durée supérieure à vingt-quatre heures.

Article 6

Le paragraphe 1^{er} de l'article sous revue prévoit le principe des compensations en nature pour la participation du personnel de l'Armée aux activités opérationnelles nationales, qui sont définies au paragraphe 2, alinéa 1^{er}, activités auxquelles sont assimilées, d'après les termes de l'alinéa 2 du même paragraphe, « les activités opérationnelles en cas de crise ou de catastrophe en dehors du territoire national afin de contribuer à des coopérations multilatérales et bilatérales avec les pays voisins ».

Le Conseil d'État constate que les activités opérationnelles nationales au sens strict visées par la disposition sous revue relèvent des missions de l'Armée sur le plan national figurant à l'article 3 de la loi du 7 août 2023 sur l'organisation de l'Armée luxembourgeoise.

Pour ce qui est de la contribution aux coopérations multilatérales et bilatérales, le Conseil d'État note que celle-ci figure également parmi les missions de l'Armée, énumérées cette fois-ci à l'article 4 de loi précitée sur l'organisation de l'Armée luxembourgeoise, sauf qu'en l'occurrence l'activité sera cantonnée « aux pays voisins ».

En ce qui concerne le terme de « crise » utilisé au paragraphe 2, alinéa 1^{er}, il ressort du commentaire des articles qu'il convient de l'entendre au sens de la loi modifiée du 23 juillet 2016 portant création du Haut-Commissariat à la Protection nationale qui définit ce terme à l'article 2, point 2°. Le Conseil d'État estime qu'il y a lieu d'ajouter cette précision dans le texte du dispositif afin d'éviter toute équivoque quant à la définition du terme en question.

Article 7

Cet article détermine la compensation en nature dont bénéficie le personnel de l'Armée pour toute activité opérationnelle nationale.

Le paragraphe 1^{er} vise les activités inférieures à vingt-quatre heures, pour lesquelles uniquement l'unité de temps réellement prestée au-delà de la huitième heure est compensée jusqu'à un maximum de quatre heures, et le paragraphe 2 prévoit la compensation en nature forfaitaire journalière pour les activités supérieures à vingt-quatre heures.

En ce qui concerne le paragraphe 1^{er}, il convient de relever que la limitation des heures de compensation en nature qui peuvent être comptabilisées jusqu'à un maximum de quatre heures introduite par la disposition sous revue pour les activités opérationnelles nationales inférieures à vingt-quatre heures, n'est pas prévue par l'article 5, paragraphe 1^{er}, du projet de loi sous revue qui a trait aux activités militaires d'instruction et d'entraînement inférieures à vingt-quatre heures. Le Conseil d'État prend note de l'explication fournie au commentaire de l'article, qui ne le convainc cependant guère.

Le Conseil d'État constate qu'en l'occurrence, les activités en question, qui relèvent ici encore de la normalité du fonctionnement de l'Armée, font l'objet dans le chef des personnels concernés d'une contrepartie qui prend exclusivement – c'est-à-dire qu'il n'y aura pas de cumul avec une indemnisation – la forme de compensations en nature qui, au niveau du paragraphe 1^{er} du moins, se rapproche d'un système d'indemnisation des heures supplémentaires tel qu'il est normalement appliqué dans la fonction publique. Au niveau du paragraphe 2, le dispositif bascule ensuite de nouveau vers une compensation forfaitaire.

Le Conseil d'État ne formule pas d'autres observations et renvoie encore à ses considérations générales.

Article 8

L'article 8 du projet de loi sous revue règle en son paragraphe 1^{er} certains aspects pratiques de la compensation en nature en prévoyant l'obligation pour le personnel de l'Armée de prendre un tiers des heures de compensation dans les trente jours qui suivent la fin de l'activité ayant donné lieu à cette compensation et la comptabilisation des deux tiers restants sur un relevé spécifique.

Le Conseil d'État note que les auteurs prévoient ainsi un dispositif qui déroge à celui qui a été mis en place par la loi modifiée du 1^{er} août 2018 portant fixation des conditions et modalités d'un compte épargne-temps dans

la fonction publique. Tel que le dispositif est configuré, le Conseil d'État comprend toutefois qu'il est dans les intentions des auteurs du projet de loi de le limiter aux activités visées par le projet de loi sous avis et que le dispositif sous revue coexistera dès lors avec celui de la loi précitée du 1^{er} août 2018, loi qui n'exclut pas l'Armée de son champ d'application, pour les activités non concernées par le régime d'indemnisation et de compensation opérationnelle de l'Armée.

Le paragraphe 2 prévoit que les heures comptabilisées sur le relevé spécifique sont « accordées ou ordonnées selon les besoins de service par le supérieur hiérarchique ».

D'après le commentaire des articles, il est prévu de continuer à recourir à un relevé spécifique pour comptabiliser les heures de compensation, relevé qui serait plus adapté que le régime prévu pour les fonctionnaires par la loi précitée du 1^{er} août 2018.

Le Conseil d'État note la différence de logique par rapport au régime général tel qu'il découle de la loi précitée du 1^{er} août 2018 qui prévoit que l'utilisation du compte épargne-temps peut uniquement être refusée à un agent si « les nécessités du service » s'y opposent, sans pour autant accorder au supérieur hiérarchique le pouvoir d'imposer des jours de congé.

Selon l'article sous revue, le supérieur hiérarchique pourrait en effet imposer à un agent d'utiliser ses heures de compensation à un moment déterminé. La référence à la notion de « besoins de service » souligne clairement la perspective dans laquelle les auteurs du projet de loi se situent et qui vise à permettre au supérieur hiérarchique d'imposer au militaire la prise de congés lors de périodes où son absence n'impactera pas l'opérationnalité de l'Armée.

Au commentaire des articles, les auteurs avancent toutefois une autre justification à la base de ce pouvoir donné au supérieur hiérarchique, justification qui ne ressort néanmoins pas du dispositif du projet de loi. Ils s'expriment à ce sujet comme suit : « Afin de garantir la santé et la sécurité au travail, l'Armée doit pouvoir disposer d'une partie des heures de récupération pour ordonner du temps de repos à son personnel. »

D'après le Conseil d'État, cette approche soulève la question de la proportionnalité de la mesure choisie par les auteurs. Si le but est celui d'assurer le bon fonctionnement du service et de garantir la présence du personnel pendant des périodes d'activité accrue, le Conseil d'État est d'avis que le système général (refus du congé en raison de l'intérêt du service) est suffisant pour atteindre le but recherché. Or, il résulte du principe de proportionnalité, reconnu comme principe à valeur constitutionnelle par la Cour constitutionnelle, que les moyens mis en œuvre pour réaliser un objectif légitime doivent être aptes à réaliser cet objectif sans aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre. Le dispositif général applicable à la fonction publique semble à cet égard constituer un moyen moins incisif permettant d'atteindre le même objectif. L'article 7, paragraphe 2, de la loi précitée du 1^{er} août 2018 prévoit ainsi que le congé épargne-temps est accordé sur demande de l'agent par le chef de service, sous condition que les nécessités du service ne s'y opposent pas.

Il ressort de ces dispositions que le supérieur hiérarchique peut toujours s'opposer à la prise d'heures de compensation si les nécessités du service s'y opposent, en l'occurrence lorsque l'opérationnalité de l'Armée risque d'être remise en cause.

Ainsi, le régime général devrait permettre d'atteindre le but de garantir l'opérationnalité de l'Armée à tout moment, sans nécessité de prévoir une dérogation.

S'il s'agit toutefois, tel que l'affirment les auteurs dans le commentaire précité, d'assurer la protection de la santé du personnel de l'Armée, la question se pose si la mesure choisie par les auteurs du projet de loi est de nature à permettre la réalisation de l'objectif poursuivi. Le Conseil d'État estime qu'un supérieur hiérarchique peut suggérer, au titre de la prévention, de prendre des jours de compensation s'il a l'impression que ce serait dans l'intérêt de la personne en question. Dans l'hypothèse d'un risque pour la santé de l'agent, d'autres mécanismes peuvent être mis en œuvre (consultation d'un médecin ou du service psychosocial).

Au vu des considérations qui précèdent, le Conseil d'État estime qu'il est manifestement disproportionné d'investir le supérieur hiérarchique du pouvoir d'ordonner la prise d'heures de compensation, de sorte qu'il doit s'opposer formellement à l'article 8, paragraphe 2, du projet de loi sous avis pour contrariété au principe de proportionnalité reconnu comme ayant valeur constitutionnelle par la Cour constitutionnelle.

Article 9

Le paragraphe 1^{er} prévoit qu'au cas où un militaire de carrière, ou un soldat volontaire, ou bien quitte l'Armée, ou bien change de carrière au sein de l'Armée, il « se voit verser une rémunération correspondant au solde des heures de compensation accumulées ». Ce mécanisme est notamment destiné à éviter un solde trop important d'heures de compensation au début d'une nouvelle carrière.

Le paragraphe 2 prévoit une possibilité pour le militaire de carrière de demander le versement d'une rémunération correspondant au solde des heures de compensation accumulées « à partir du passage au niveau supérieur ». La disposition afférente se lit comme suit : « À partir du passage au niveau supérieur, le militaire de carrière peut se voir accorder, par décision du ministre ayant la défense dans ses attributions, le versement d'une rémunération correspondant au solde des heures de compensation accumulées sur le relevé prévu à l'article 8 sous forme d'indemnité non pensionnable. »

Le paragraphe 2 de l'article sous revue confère ainsi au ministre ayant la Défense dans ses attributions un pouvoir discrétionnaire non autrement encadré qui est exclu dans les matières réservées à la loi. Le dispositif sous avis relève en effet des matières réservées à la loi en vertu de l'article 50, paragraphe 3, et de l'article 115 de la Constitution.

Or, dans les matières réservées à la loi, une autorité administrative ne saurait se voir accorder par le législateur un pouvoir d'appréciation sans limites pour prendre des décisions. La loi doit définir les éléments essentiels de la matière avec une précision suffisante pour écarter tout pouvoir discrétionnaire absolu de la part de l'administration. Il y a partant lieu, dans

cette matière réservée à la loi, d'omettre, sous peine d'opposition formelle, l'emploi du verbe « pouvoir ».⁷

Article 10

Si cette disposition qui abroge la loi précitée du 22 avril 2009 n'appelle pas d'observation particulière, le Conseil d'État tient néanmoins à relever que l'abrogation d'un acte dans son intégralité n'est pas mentionnée dans l'intitulé de l'acte qui le remplace pour ne pas allonger inutilement celui-ci.

Article 11

Au vu de l'observation formulée ci-avant à l'endroit de l'article 10 par rapport à l'intitulé du projet de loi sous avis, l'article sous examen qui prévoit un intitulé de citation devient sans objet et est partant à supprimer.

Observations d'ordre légistique

Observations générales

Il ne faut pas procéder à des groupements d'articles que ne justifieraient pas la diversité de la matière traitée, le nombre élevé d'articles, le souci de clarté ou la facilité de consultation du texte, de sorte qu'une subdivision en chapitres n'est pas de mise.

Subsidiairement, il est signalé 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} – Généralités ».

Article 1^{er}

Au paragraphe 2, point 1^o, il y a lieu de préciser qu'est visée l'annexe A 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. Cette observation vaut également pour le point 2^o.

Article 4

Le Conseil d'État signale que lors des renvois, les différents éléments auxquels il est renvoyé sont à séparer par des virgules, en écrivant, à l'article 4, alinéa 2, « l'article 2, paragraphe 4, point 2^o, de la loi modifiée du 25 mars 2015 fixant [...] ». Cette observation vaut également pour l'article 5, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, ainsi que pour l'article 7, paragraphe 2, alinéa 1^{er}.

Article 5

Au paragraphe 2, alinéa 1^{er}, il y a lieu d'ajouter l'exposant « ° » après les numéros des points auxquels il est renvoyé. Cette observation vaut également pour l'article 7, paragraphe 2, alinéa 1^{er}.

⁷ Avis du Conseil d'État du 6 juin 2023 (n° 60.760).

Article 6

Au paragraphe 2, alinéa 1^{er}, il faut supprimer la virgule avant les termes « en temps de crise ».

Article 9

Au paragraphe 1^{er}, il est suggéré d'entourer les termes « qui quitte l'Armée ou qui change de carrière au sein de l'Armée » de virgules.

Au paragraphe 2, la compétence gouvernementale en question prend une majuscule, de sorte qu'il y a lieu d'écrire « le ministre ayant la Défense dans ses attributions ».

Article 10

S'agissant d'un alinéa unique, il y a lieu d'omettre le numéro de paragraphe comme étant superfétatoire.

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 19 votants, le 23 avril 2024.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Marc Thewes