A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi, vingt mai deux mille neuf.

Numéro 33570 du rôle.

Composition :

Edmée CONZEMIUS, présidente de chambre ;
Marc KERSCHEN, premier conseiller ;
Camille HOFFMANN, premier conseiller ;
Patrick KELLER, greffier.

E n t r e :

A, éducatrice, demeurant à (…),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg en date du 1er avril 2008,

comparant par Maître Romain ADAM, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

L'ÉTAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG, représenté par son Ministre d'État, Monsieur Jean-Claude JUNCKER, ayant ses bureaux à L-1352 LUXEMBOURG, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du prédit exploit THILL,

comparant par Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

L A C O U R D ' A P P E L :

Il est constant en cause que A avait été engagée, de 1979 à 1981, comme remplaçante de moniteurs dans les services de l'Éducation différenciée à Ettelbruck, Echternach et Luxembourg ; qu'à partir de 1981 elle avait continué son activité professionnelle dans les services de l'Éducation différenciée à Echternach sous le statut d'employée communale jusqu'à un congé de maternité en 1989 ; qu'entre 1989 et 1999, elle avait bénéficié d'un congé sans solde.

A a repris son travail en 1999.
Le 25 février 1999, elle a signé un contrat d'engagement avec l'État suivant lequel elle est engagée en qualité d'employée à durée déterminée et à tâche partielle à raison de vingt heures par semaine pour la période du 6 mars 1999 au 18 février 2007 afin de remplacer une éducatrice. Ce contrat d'engagement fut résilié d'un commun accord des parties le 28 mai 2004 avec effet au 15 septembre 2004 et remplacé à partir de cette date par un contrat à durée indéterminée, signé le 28 mai 2004, selon lequel elle était engagée, toujours en qualité d'employée de l'État, comme éducatrice dans les services de l'Éducation différenciée à partir du 15 septembre 2004.

Par loi du 10 janvier 1989 la gestion, le financement et le personnel des centres et services d´éducation différenciée dans les communes de Clervaux, Diekirch, Differdange, Echternach, Esch-sur-Alzette, Ettelbruck, Kayl, Luxembourg, Redange, Roeser, Rumelange, Walferdange furent repris par l´État.

A fait valoir que suite à l'entrée en vigueur de cette loi, tous les moniteurs des centres d'éducation différenciée occupés à tâche complète furent collectivement assermentés en tant que fonctionnaires de l'État ; que l'article 12 IX de la loi précitée du 10 janvier 1989 prévoit que les agents communaux bénéficiant d'un congé sans traitement ou d´un congé pour travail à mi-temps au moment de l'entrée en vigueur de cette loi, pouvaient être nommés à l'une des fonctions, au terme de leur congé, selon les modalités identiques à celles accordées aux agents occupés à tâche complète.

Suite à sa demande en reclassement du 26 avril 2005, A fut également nommée fonctionnaire éducatrice dans les services de l'Éducation différenciée avec effet au 1er octobre 2005.

Elle argumente que l'État aurait engagé sa responsabilité sur base des articles 1er et suivants de la loi du 1er septembre 1988 en omettant de l'inviter à l'assermentation collective du 27 juillet 1989 et en lui soumettant un contrat de travail en date des 25 février 1999 et 28 mai 2004 en qualité d'employée de l'État au lieu de celle de fonctionnaire.

A s'est adressée au Ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative pour obtenir une reconstitution de carrière pour qu'il soit tenu compte de la période du 6 mars 1999 au 1er octobre 2005. Sa demande a été refusée par courrier du 31 juillet 2006.

Par exploit d'huissier de justice du 16 mars 2007, A a fait donner assignation à l'État du Grand-Duché de Luxembourg pour entendre dire que la responsabilité de l'État est engagée sur base des dispositions des articles 1er et suivants de la loi du 1er septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'État et des collectivités publiques. La demanderesse conclut principalement à la condamnation de l'État à lui payer des dommages et intérêts évalués à 13.250 € ou tout autre montant même supérieur à arbitrer par le tribunal, avec les intérêts légaux à partir du jour du dommage, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde. En ordre subsidiaire, la demanderesse sollicite la nomination d'un expert afin de voir évaluer le préjudice subi.

Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par jugement du 9 janvier 2008, retenu sa compétence d'attribution pour connaître de cette demande, mais a déclaré celle-ci non fondée.

Quant à la compétence, le tribunal a dit que la demande en responsabilité de l'État pour les conséquences dommageables subies par l'administré en conséquence des agissements illégaux de l'État, laisse entière la décision de l'administration, l'action de l'administré tendant uniquement à en compenser les effets moyennant une réparation par équivalent ; que saisi d'une telle action, le juge judiciaire doit pouvoir constater incidemment, comme préalable à l'allocation de dommages et intérêts, l'illégalité de l'acte administratif incriminé.

Quant au fond, en ce qui concerne l'obligation qu'aurait eu l'État de convoquer la demanderesse à l'assermentation collective du 27 juillet 1989 le tribunal s'est référé au texte de l'article 12, alinéa IX, de la loi du 10 janvier 1989 qui dispose que « *Les agents communaux ou privés bénéficiant d´un congé sans traitement au moment de l´entrée en vigueur de la présente loi, peuvent être nommés à l´une des fonctions, au terme de leur congé, selon les modalités identiques à celles accordées aux agents occupés à tâche complète* » ;
que ce texte précise expressément que l'agent communal bénéficiant d'un congé sans traitement au moment de l'entrée en vigueur de la loi, peut être nommé fonctionnaire aux mêmes conditions que les agents occupés à temps plein, mais seulement au terme de son congé ;
que la demanderesse ne conteste pas avoir été en congé sans traitement à la date de l'assermentation collective du 27 juillet 1989, et qu'elle ne saurait partant reprocher à l'État de ne pas l'avoir fait participer à cette assermentation.

Quant à la faculté ou l'obligation qu'avait l'État de fonctionnariser la demanderesse dès son retour de congé, le tribunal a dit que l'article 12, alinéa IX, de la loi du 10 janvier 1989 dispose que les agents communaux se trouvant en congé sans traitement «*peuvent*» être nommés selon les modalités accordées aux agents occupés à tâche complète ; que l'emploi du verbe «*pouvoir*» doit être compris en ce sens que l'État dispose de la faculté de fonctionnariser les personnes tombant dans le champ d'application de ce texte, mais qu'il n'en ait pas l'obligation ; que le législateur a clairement laissé une option à l'État ; que la fonctionnarisation de la demanderesse n'était partant pas une obligation pour l'État, de sorte qu'il ne saurait être reproché au défendeur d'avoir agi fautivement en ne faisant pas bénéficier la demanderesse, dès son retour de congé, du statut de fonctionnaire.

A a relevé appel de ce jugement par exploit d'huissier de justice du 1er avril 2008 pour entendre faire droit à sa demande indemnitaire. En ordre subsidiaire, elle demande l'institution d'une expertise afin de déterminer, pour la période du 6 mars 1999 jusqu'au 1er octobre 2005, la différence entre le traitement perçu par l'appelante en sa qualité d'employée de l'État et le traitement qu'elle aurait dû percevoir si elle avait été nommée fonctionnaire dès le 6 mars 1999.
Elle demande en outre une indemnité de procédure de 1.500 € pour la 1re instance et de 2.500 € pour l'instance d'appel.

A soutient à l'appui de son recours que l'État avait commis une faute en omettant de l'inviter à l'assermentation collective du 27 juillet 1989 et de lui avoir fait signer un contrat de travail les 25 février 1999 et 28 mai 2004 en qualité d'employée de l'État au lieu de celle de fonctionnaire bien qu'elle remplît les conditions légales dès le 25 février 1999 ;
que l'article 12, alinéa IX, de la loi du 10 janvier 1989 qui dispose que «*Les agents communaux ou privés bénéficiant d´un congé sans traitement au moment de l´entrée en vigueur de la présente loi, peuvent être nommés à l´une des fonctions, au terme de leur congé, selon les modalités identiques à celles accordées aux agents occupés à tâche complète*» , ne confère aucun pouvoir discrétionnaire à l'État pour nommer fonctionnaires les agents visés, mais signifie seulement que l'État examinera si l'agent remplit ou non les conditions légales pour être nommé fonctionnaire, et que si l'agent remplit ces conditions, il devra être fonctionnarisé.

Par conclusions notifiées le 20 novembre 2008, l'État a déclaré interjeter appel incident contre la disposition du jugement entrepris par laquelle le tribunal a retenu sa compétence pour connaître de la demande en dommages et intérêts de l'appelante.
L'État soutient que pour statuer sur cette demande, le tribunal devrait nécessairement apprécier la légalité de la décision administrative du 31 juillet 2006 rejetant la demande en recalcul du salaire de l'appelante ; que cependant le contrôle de la légalité d'une décision administrative relèverait de la compétence exclusive des juridictions administratives ; que la décision administrative en question aurait cependant acquis autorité de chose décidée et bénéficierait partant d'une présomption de légalité.

Subsidiairement, l'État demande la confirmation du jugement entrepris par adoption de ses motifs.
Il fait encore valoir qu'en signant les contrats de travail du 25 février 1999 et 28 mai 2004 en qualité d'employée de l'État, l'appelante aurait accepté le statut d'employée et aurait renoncé au statut de fonctionnaire ; que l'État n'aurait aucune obligation de proposer d'office le statut de fonctionnaire aux employés même s'ils remplissaient les conditions pour y accéder.

L'État a fait signifier le jugement entrepris à A par exploit d'huissier de justice du 4 avril 2008. L'appel est recevable comme ayant été interjeté dans le délai et suivant les formes imposés par la loi.

Quant à la compétence d'attribution des juridictions de l'ordre judiciaire pour connaître des demandes en dommages et intérêts dirigée contre l'État du fait des décisions individuelles de l'administration, le tribunal a retenu à juste titre que cette compétence des juridictions de l'ordre judiciaire doit être reconnue en vertu de l'article 84 de la Constitution, même en l'absence d'annulation préalable de l'acte litigieux par des juridictions administratives ; que ni l'appréciation de la faute ni celle du préjudice n'échappent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire même dans le cas où la lésion du droit invoqué trouverait sa source dans un excès de pouvoir d'une autorité administrative et pourrait donner lieu à l'annulation de l'acte accompli; que la demande indemnitaire laisse subsister l'acte administratif critiqué ; que son annulation relève de la compétence exclusive des juridictions administratives tandis que la demande en réparation ne peut être portée que devant les tribunaux judiciaires (Cour d'appel 17 mars 1998, n° rôle 19151 ; 30 avril 2002, n° rôle 25782).

Il y a encore lieu de relever que contrairement à l'argumentation de l'État, le préjudice allégué par A n'a pas été causé par le refus de l'État de procéder à une reconstitution de carrière à partir de l'année 1999, mais par son omission d'engager l'appelante en qualité de fonctionnaire dès la date de la reprise de son activité professionnelle auprès des services de l'enseignement différencié, la reconstitution de carrière n'étant elle-même qu'une mesure compensatoire d'un préjudice préexistant.

L'appel incident relevé par l'État est par conséquent à déclarer non fondé.

C'est encore à juste titre que le tribunal a décidé que l'État n'avait pas commis de faute en n'invitant pas A à l'assermentation collective du 27 juillet 1989.
Pour statuer ainsi, le tribunal s'est référé à bon droit au texte de l'article 12, alinéa IX, de la loi du 10 janvier 1989 qui précise que « *Les agents communaux ou privés bénéficiant d'un congé sans traitement au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi, peuvent être nommés à l'une des fonctions, au terme de leur congé, selon les modalités identiques à celles accordées aux agents occupés à tâche complète* ». Comme les agents se trouvant en congé sans solde au moment de la date de l'entrée en vigueur de la loi 10 janvier 1989 ne peuvent être nommés à l'une des fonctions qu'au

terme de leur congé, l'appelante ne pouvait obtenir de nomination qu'à partir du 6 mars 1999, date de la reprise de son travail. Comme l'assermentation est nécessairement postérieure à la nomination, l'appelante ne pouvait pas participer à l'assermentation collective du 27 juillet 1989.

C'est cependant à tort que le tribunal a décidé, en tirant argument de l'emploi du verbe « *pouvoir* » (« *Les agents communaux ou privés bénéficiant d´un congé sans traitement au moment de l´entrée en vigueur de la présente loi, peuvent être nommés à l´une des fonctions.. »)* que l'État disposerait de la faculté de nommer fonctionnaire les agents visés à l'alinéa IX de l'article 12, mais qu'il ne serait pas tenu d'une obligation en ce sens, même si les agents concernés remplissaient les conditions légales requises pour la nomination à l'une des fonctions prévues par la loi.
L'État s'entend disculper du reproche de n'avoir pas fonctionnarisé l'appelante à la date de sa réintégration dans les services de l'éducation différenciée en argumentant, par référence au libellé de l'alinéa IX de l'article 12, que même si l'appelante avait demandé à être nommée fonctionnaire, il aurait pu refuser de faire droit à cette demande alors même que l'intéressée eût rempli les conditions légales pour accéder à la fonction publique. La loi du 10 janvier 1989 ne soumettrait pas l'État à une compétence liée, mais le ferait bénéficier d'un pouvoir discrétionnaire pour décider de la fonctionnarisation du personnel des centres et services d'éducation différenciée.

Il y a cependant lieu de considérer que même dans les situations dans lesquelles l'administration se voit reconnaître un pouvoir discrétionnaire, elle reste soumise au principe de légalité. Le pouvoir discrétionnaire ne doit pas dégénérer en pouvoir arbitraire.

Or le principe de légalité impose le respect de l'égalité des Luxembourgeois devant la loi consacrée par l'article 10bis de la Constitution. L'égalité exige que les agents visés à l'article 12 de la loi du 10 janvier 1989, y compris ceux visés à l'alinéa IX, ont droit à se voir appliquer un même traitement selon les modalités particulières qui leur sont applicables suivant les distinctions opérées par la loi dans les points I à IX de l'article 12. Ceci implique que l'État ne peut traiter différemment des agents qui se trouvent dans une situation légale identique ; si les agents communaux ou privés remplissent les conditions légales pour être fonctionnarisés, il ne peut nommer fonctionnaires les uns et refuser la nomination à d'autres.

En décidant la reprise du personnel des centres et services d'éducation différenciée, en organisant les emplois et fonctions dans une hiérarchie de carrières et en édictant les conditions pour accéder à ces emplois et fonctions, le législateur a conféré un droit à la fonctionnarisation au personnel repris que l'État ne saurait méconnaître en se retranchant derrière un pouvoir discrétionnaire d'appréciation qui lui serait conféré par l'emploi du verbe « pouvoir ». Compte tenu du but et du contenu des dispositions transitoires de la loi du 10 janvier 1989 relatives à la fonctionnarisation du personnel repris, l'État se trouve, quant à l'exécution de ces dispositions,

dans une situation de compétence liée, sous réserve de son pouvoir d'appréciation inhérent à l'obligation de vérifier les conditions tenant à la personne du candidat fonctionnaire, notamment relatives à sa moralité et son aptitude physique, prévues à l'article 2 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'État. Si pouvoir discrétionnaire il y a, il ne peut s'appliquer qu'a ces conditions générales édictées par le statut général des fonctionnaires de l'État, mais non aux conditions particulières prévues par la loi du 10 janvier 1989, seules en cause en l'espèce.

Il y a lieu de remarquer qu'en l'espèce l'État n'a, dans ses conclusions, avancé aucune condition légale dont le défaut lui aurait permis de refuser la candidature de l'appelante à un poste de fonctionnaire dans un centre ou service d'éducation différenciée au terme de son congé sans traitement.
Il est au contraire reconnu que l'appelante remplissait dès sa réintégration dans les services de l'éducation différenciée toutes les conditions légales pour être nommée fonctionnaire.

Il suit de ces considérations que le moyen tiré du pouvoir discrétionnaire de l'État en matière de nomination de fonctionnaires n'est pas fondé.

L'État soutient ensuite que la loi ne prévoit aucun automatisme et qu'il n'était pas obligé de nommer l'appelante d'office fonctionnaire sans demande de celle-ci ; que l'on ne saurait exiger de l'État qu'il fasse régulièrement l'inventaire des membres de son personnel pour vérifier si certaines personnes remplissent les conditions pour accéder à un autre statut. Enfin, l'appelante en signant les contrats d'engagement avec l'État en qualité d'employée privée aurait renoncé à se prévaloir du statut de fonctionnaire de l'État.

Quant au moyen suivant lequel l'État n'aurait pas été obligé de nommer l'appelante d'office fonctionnaire en l'absence de demande de celle-ci, il y a lieu de distinguer entre, d'un côté, le personnel repris, et, de l'autre, les engagements nouveaux à effectuer à la suite de la mise en vigueur de la loi du 10 janvier 1989.
Les engagements nouveaux sont effectués suivant les modalités de recrutement de droit commun dans la limite des postes déclarés vacants et conformément aux prévisions de la loi budgétaire. Un engagement nouveau suppose donc que la personne intéressée à un poste déclaré vacant pose sa candidature.
Cependant, en ce qui concerne le personnel repris, l'État est tenu d'exécuter d'office la loi du 10 janvier 1989. L'obligation de reprendre l'ensemble du personnel des centres et services d'éducation différenciée implique l'obligation de classer d'office ce personnel, dans la mesure où il remplit les conditions légales, dans les carrières supérieure, moyenne et inférieure de l'enseignement ou de l'administration, et, à l'intérieur de ces carrières, dans les emplois et fonctions, prévus par la loi, correspondant à l'emploi que les agents communaux ou privés avaient occupé avant l'entrée en vigueur de la susdite loi.

Il se dégage des travaux parlementaires que l'État avait fait l'inventaire du personnel des différents centres et services à reprendre et qu'il était donc à même de vérifier qui des agents satisfaisaient aux conditions pour être nommés fonctionnaires dans les différentes carrières dès l'entrée en vigueur de la loi et qui devaient se patienter en attendant de remplir les conditions légales.
L'État devait notamment savoir au vu du dossier personnel de l'appelante que celle-ci remplissait les conditions pour accéder à la fonction publique dès sa réintégration dans le service. Au lieu de lui soumettre un contrat d'engagement comme employée privée, l'État aurait dû examiner sa situation au regard de la loi du 10 janvier 1989 et la nommer fonctionnaire dans la fonction qui lui revient. En s'abstenant de ce faire, les services compétents de l'État ont commis une négligence qui engage la responsabilité de l'État en application de l'article 1er, alinéa 1er, de la loi du 1er septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'État et des collectivités publiques.
Comme la renonciation à un droit ne se présume pas, la circonstance que l'appelante avait signé deux contrats d'engagement en qualité d'employée privée ne prouve pas son intention de renoncer à la fonctionnarisation. Il n'est notamment pas établi qu'elle ait eu connaissance de son droit d'accéder à la fonction publique lors de la signature les susdits contrats.

Comme le préjudice matériel subi par l'appelante n'est pas d'ores et déjà liquidé, il y a lieu de nommer un expert avec la mission telle que proposée par l'appelante dans son acte d'appel, reprise au dispositif du présent arrêt.

P a r c e s m o t i f s :

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

déclare les appel principal et incident recevables ;

dit l'appel incident non fondé ;

déclare l'appel principal fondé en principe ;

avant tout autre progrès en cause :

nomme expert Monsieur (…) demeurant à (…),

avec la mission de calculer pour la période du 6 mars 1999 jusqu'au 1er octobre 2005 la différence entre le traitement reçu par la requérante en tant qu'employée de l'État et celui qu'elle aurait dû percevoir en tant que fonctionnaire pendant ladite période ;

dit que dans l'accomplissement de sa mission, l'expert pourra s'entourer de tous renseignements utiles et même entendre de tierces personnes ;

dit que l'appelante est tenue de consigner la somme de 500 € à titre de provision à valoir sur la rémunération de l'expert à la Caisse des Consignations ou à un établissement de crédit à convenir entre parties pour le 12 juin 2009 au plus tard et d'en justifier au greffe de la Cour sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 468 du NCPC ;

dit que l'expert devra en toutes circonstances informer magistrat chargé du contrôle de l'expertise de la date de ses opérations, de l'état desdites opérations et des difficultés qu'il pourra rencontrer ;

dit que si ses frais et honoraires devaient considérablement dépasser le montant de la provision, il devra en avertir le magistrat chargé du contrôle de l'expertise et ne continuer ses opérations qu'après versement d'une provision supplémentaire ;

dit que l'expert devra déposer son rapport au greffe de la Cour le 15 septembre 2009 au plus tard ;

charge Monsieur le conseiller Camille HOFFMANN du contrôle de l'expertise ordonnée ;

dit que l'instruction de l'affaire sera poursuivie sous la surveillance du susdit magistrat de la mise en état ;

dit qu'en cas d'empêchement du magistrat désigné, il sera procédé à son remplacement par simple ordonnance de Madame la Présidente de Chambre ;

sursoit à statuer sur la demande formée par l'intimée en application de l'article 240 du Code de procédure civile ;

réserve les frais.

La lecture du présent arrêt a été faite en la prédite audience publique par Edmée CONZEMIUS, présidente de chambre, en présence de Patrick KELLER, greffier.