A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi, douze janvier deux mille onze

Numéro 34710 du rôle.

Composition :

Edmée CONZEMIUS, présidente de chambre ;
Marc KERSCHEN, premier conseiller ;
Camille HOFFMANN, premier conseiller ;
Antoinette PASCUCCI, greffier.

E n t r e :

A, adjudant chef hors cadre auprès de l'Administration pénitentiaire, demeurant à (…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Roland FUNK de Luxembourg en date du 10/03/2009,

comparant par Maître Jean-Marie BAULER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

l'**ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG**, représenté par son Ministre d'Etat, Monsieur Jean-Claude JUNKER, établi à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation, au siège du Ministre d'Etat, et pour autant que de besoin, représenté par son Ministre de la Fonction Publique et de la Réforme administrative, Monsieur Claude WISELER, établi à L- 1931 Luxembourg, 63, avenue de la Liberté,

intimé aux fins du prédit exploit FUNK,

comparant par Maître Georges KRIEGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

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

Entré au service de l'Administration pénitentiaire en date du 1er décembre 1976, A a été nommé adjudant hors cadre le 26 novembre 2003 et détaché auprès du Ministère de la justice. Le 22 juin 2004, il a demandé à être nommé adjudant-chef hors cadre. Il n'a néanmoins été fait droit à cette demande que par arrêté ministériel du 23 mars 2007 avec effet au 1er avril 2007. Par un arrêté ministériel du 11 octobre 2007, l'effet de cette nomination a été avancé au 1er juillet 2004. Estimant avoir subi un préjudice matériel de 10.424,23 € et un préjudice moral de 5.000 € du chef du refus de l'Etat de lui accorder l'allongement de grade à l'échelon 13 du grade 8bis rétroactivement au 1er juillet 2004, il conclut à une exécution non correcte de l'arrêté ministériel du 11 octobre 2007 et a assigné l'Etat sur le fondement de l'article 1er de la loi du 1er septembre 1988 concernant la responsabilité de l'Etat et des collectivités publiques et subsidiairement sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil. Par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 14 janvier 2009, sa demande a été rejetée.

Pour décider ainsi, le tribunal a d'abord retenu que « le refus du ministre de nommer le demandeur au poste d'adjudant-chef avec effet au 1er juillet 2004 était erroné et partant constitutif d'une faute. Une faute dans le chef du défendeur est partant établie. Le tribunal estime que le refus du ministre de faire droit à l'allongement de grade sollicité par le demandeur ne constitue pas une faute autonome supplémentaire de la faute initiale de ne pas nommer le demandeur adjudant-chef dès l'année 2004, mais constitue un préjudice supplémentaire éventuel de la prédite faute initiale. Si la faute initiale de nommer le requérant adjudant-chef dès l'année 2004 n'avait pas été commise, le requérant aurait été en mesure de formuler sa demande d'allongement de grade dès cette date et le présent litige n'aurait pas vu le jour, ou du moins pas dans les termes actuellement soumis au tribunal ».

Pour refuser néanmoins l'allongement de grade, le tribunal a analysé, l'article 22 VI 1) de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime de traitement des fonctionnaires de l'Etat qui prévoit que « *Sur demande du fonctionnaire et sur avis du chef d'administration, le fonctionnaire peut bénéficier des allongements de grades ci-après à la condition d'avoir accompli, au cours de sa carrière, au moins trente journées de formation continue attestées par des certificats de perfectionnement établis par l'Institut national d'administration publique, ou d'en avoir été dispensé pour des raisons dûment motivées par le ministre ayant dans ses attributions la Fonction publique* » pour en déduire que l'allongement de grade n'est pas automatiquement attribué à la personne qui le demande et qu'il n'est pas soustrait à tout pouvoir d'appréciation de l'administration de sorte que le demandeur ne peut invoquer qu'une perte d'une chance. S'il ne peut lui être reproché de ne pas justifier avoir demandé, ou avoir eu l'intention de demander, l'allongement de grade dès l'année 2004, puisqu'il était dans l'impossibilité de le demander, il n'en resterait pas moins qu'il peut établir la probabilité d'une telle demande en établissant notamment que dans le

cadre de ces autres avancements, il a toujours et promptement sollicité l'allongement de grade. Concernant l'exigence d'un certificat établissant l'accomplissement de trente journées de formation continue ou d'en avoir été dispensé, le demandeur resterait en défaut de prouver avoir suffi à cette condition en juillet 2004. Le tribunal en a déduit que le demandeur n'a pas établi avoir rempli dès le mois de juillet 2004 les conditions donnant lieu au bénéfice de l'allongement de grade sollicité et qu'il ne saurait se prévaloir de la perte d'une chance pour réclamer des dommages et intérêts à l'Etat.

Ce jugement a été entrepris par A selon acte d'appel du 10 mars 2009. L'appelant y conteste que les conditions préalables à l'obtention de l'allongement du grade n'aient pas été remplies. Il aurait effectué des cours pendant 164,5 heures, disposerait des certificats de formation requis, aurait bénéficié de tous les autres allongements de grade demandés et serait un fonctionnaire exemplaire. Il formule à titre subsidiaire une offre de preuve par voie de consultation, offre de preuve qu'il modifie dans ses dernières conclusions.

L'Etat conclut en application de l'article 22 VI 1) de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime de traitement des fonctionnaires à la confirmation de la décision entreprise. Il conclut à dire irrecevable l'offre de preuve, une consultation n'étant pas la mesure d'instruction adéquate en la matière. L'Etat conteste subsidiairement le préjudice subi tant en son principe qu'en son quantum.

Dans ses conclusions en réplique l'appelant fait valoir que ses chances pour obtenir un allongement de grade étaient considérables voire certaines. Son préjudice serait certain. L'Etat aurait reconnu son erreur en procédant à sa nomination rétroactive.

A conclut au rejet des conclusions de L'Etat notifiées le 16 novembre 2010 pour violation des droits de la défense. Après émission d'un échéancier à charge de l'Etat de conclure une première fois pour le 21 mai 2009 et une seconde fois pour le 21 juillet 2009, et une injonction de conclure le 12 juin 2009, l'Etat a conclu une première fois le 30 juin 2009. Les conclusions en réplique de l'appelant lui ont été notifiées le 22 juillet 2009. Malgré la fixation de l'affaire en date du 10 juin 2010 pour clôture et plaidoiries à l'audience du 17 novembre 2010 et malgré un courrier de rappel de l'appelant du 15 juin 2010, l'Etat n'a répondu aux dernières conclusions de l'appelant que le 16 novembre 2010, à 17H58, à la fermeture des bureaux le jour précédant l'audience, mettant ainsi A dans l'impossibilité de prendre utilement position.

L'article 64 NCPC dispose que « les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense ». L'Etat avait disposé d'un délai amplement suffisant pour répliquer aux conclusions adverses. Il n'avait à aucun moment, avant l'audience de mise en état, sollicité une prolongation du délai pour conclure. En notifiant ses conclusions en réponse le soir précédant la clôture de l'instruction, l'intimé a délibérément mis l'appelant dans l'impossibilité de répondre à ses conclusions et notamment de prendre position aux arguments nouveaux y développés. Dans ces circonstances,

le principe du contradictoire a été violé et la demande en rejet des conclusions est justifiée.

Il y a lieu de préciser à titre liminaire que le litige n'a pas trait au traitement attaché à la fonction d'adjudant-chef, l'appelant ayant bénéficié en novembre 2007 d'un recalcul de son traitement rétroactivement au 1er juillet 2004, mais uniquement au fait que l'allongement de grade ne lui a été reconnu, sur sa demande du 23 avril 2007, qu'à partir du 27 avril 2007 et non pas rétroactivement au 1er juillet 2004.

La Cour d'appel confirme les premiers juges en ce qu'ils ont érigé en faute l'omission du ministre de procéder à la nomination et en ce qu'ils ont retenu une perte de chance dans le chef du fonctionnaire qui n'a pas pu bénéficier de l'allongement de grade dès le 1er juillet 2004. Vu le libellé de l'article 22 VI 1) de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime de traitement des fonctionnaires de l'Etat et les conditions préalables à réunir et vu surtout son caractère facultatif, une certaine incertitude plane sur le lien de causalité entre le fait générateur, qui est le défaut de nomination, et le dommage dans la mesure où l'on ne peut pas affirmer que sans ce fait le dommage ne se serait pas nécessairement produit.
La Cour d'appel rejoint de même la décision entreprise en ce qu'elle n'a pas retenu un défaut de demander l'allongement de grade dès 2004, aucun manquement ne pouvant être reproché au fonctionnaire qui ne bénéficiait pas de sa nomination et ne pouvait pas requérir l'allongement. S'il est vrai que la demande telle que formulée ne vise pas spécialement les échéances à courir depuis 2004, il n'en reste qu'à moins que l'appelant a immédiatement réagi dès l'obtention de son grade et que son courrier doit être interprété en ce sens qu'il sollicite l'allongement de grade comme étant attaché à la fonction qui lui a été accordée rétroactivement au 1er juillet 2004. Il a de surcroît fait tout de suite des démarches en chargeant un avocat de la défense de ses intérêts.

L'article 22 cité de la loi du 22 juin 1963 a subi plusieurs modifications dont une par la loi du 27 août 1986 qui avait donné à la disposition la teneur suivante : « Sur demande du fonctionnaire et sur avis du chef d'administration, le fonctionnaire peut, à la condition d'avoir participé au cours de sa carrière à au moins trois cours de recyclage ou de perfectionnement, ou d'en avoir été dispensé pour des raisons dûment motivées par son chef d'administration, bénéficier des allongements de grade ci-après…..

Ce texte a été modifié le 15 juin 1999 pour exiger trente journées de formation continue attestées par l'Institut national d'administration publique, au lieu de trois cours de recyclage. L'article 22 de cette loi - qui se réfère à l'article 12 de la loi de 1963 sous examen - n'est entré en vigueur que le 1er janvier 2001 (cf article 27 in fine du texte de loi). Comme le texte ne prévoit pas de dispositions transitoires les cours suivis sous l'ancienne législation ne devraient plus être considérés malgré le fait qu'il est fait référence en général à toute la carrière du fonctionnaire. L'Etat en accordant l'allongement de grade à partir du 27 avril 2007 a néanmoins considéré comme étant valables les certificats ajoutés à la requête et établis par l'Institut de formation administrative relevant du Ministère de la Fonction publique donnant ainsi la préférence au fait que des cours ont été suivis au courant de la carrière au lieu d'exiger un certificat par un établissement déterminé. Outre les certificats attestant la participation à trois cours de

recyclage et de perfectionnement en 1989, 1990 et 1991, A prouve l'assistance à des cours spéciaux en 1989, 1990, 1991, 1992 et 1993. Il a doit donc être considéré comme ayant suffi à la condition de formation et de recyclage. Après avoir reconnu la conformité des cours suivis pour accorder un allongement de grade in futurum, l'Etat ne pourra plus les mettre en cause pour refuser un allongement de grade à titre rétroactif. L'Etat admet lui-même dans ses conclusions du 30 juin 2006 (page 2 en haut) que A bénéficie avec effet au 27 avril 2007 de l'allongement de grade « pour avoir satisfait à cette date aux conditions légales quant à la formation suivie ». Comme il n'est pas soutenu qu'il ait suivi des cours de perfectionnement entre 2004 et 2007, la condition était nécessairement remplie depuis début 2004.

L'appelant produit de même un organigramme établissant le développement de sa carrière de gardien au Centre pénitentiaire, à brigadier, maréchal des logis, maréchal des logis-chef, adjudant-adjoint, adjudant et finalement adjudant-chef. L'évolution de sa carrière était normale et l'Etat ne fait valoir aucune rupture et aucun manquement concret de sorte qu'il faut admettre que, comme pour le passé, l'appelant aurait sollicité immédiatement l'allongement de grade s'il avait obtenu son avancement à la suite de sa demande initiale.

A verse finalement un certificat du Ministère des Affaires étrangères établissant qu'il « mérite amplement la promotion étant donné qu'il s'acquitte de ses missions avec zèle et compétence ». Dès lors qu'il bénéficie de l'allongement de grade 8bis depuis le 27 avril 2007 et que l'Etat ne formule pas la moindre critique à son encontre pour la période antérieure, on peut en déduire que l'avis de son chef d'administration aurait été pareil si la demande avait été formulée en 2004.

L'analyse des conditions auxquelles l'octroi de l'allongement est soumis et la certitude que ces conditions étaient remplies le 1er juillet 2004 dénote que la perte d'une chance dans le chef de l'appelant était réelle et sérieuse.

Il reste que l'allongement de grade constitue une faculté pour l'Etat. Or, même dans les situations dans lesquelles l'administration se voit reconnaître un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou non un allongement de grade, ce pouvoir ne doit pas dégénérer en pouvoir arbitraire, mais est au soumis au principe de légalité qui impose le respect de l'égalité des Luxembourgeois devant la loi. L'Etat ne saurait refuser à un fonctionnaire l'allongement de grade qu'il accorde à tel autre, si les conditions d'obtention à la base sont remplies. L'intimé ne soumettant pas à la Cour d'appel le moindre cas de refus de l'allongement, il faut admettre que tous les requérants remplissant les conditions d'obtention, ont obtenu l'allongement de grade sollicité. Il en suit que la perte de chance est établie à suffisance de droit et que A aurait pu profiter de l'allongement de grade depuis juillet 2004, s'il avait obtenu immédiatement l'avancement de grade tel que sollicité.

Cette perte de chance, due à la faute de l'administration, a entraîné dans le chef de l'appelant un préjudice matériel correspondant à la valeur de l'allongement de grade du 1er juillet 2004 au 27 juillet 2007. Afin de déterminer le montant exact revenant à l'appelant, il y a lieu de recourir à une expertise. En attendant le préjudice moral est réservé.

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,

reçoit l'appel en la forme,

le dit fondé en principe,

avant tout autre progrès en cause :

nomme expert Monsieur Emile DENNEWALD demeurant à L-2167 LUXEMBOURG, 125, rue des Muguets,

avec la mission de calculer pour la période du 1er juillet 2004 jusqu'au 27 juillet 2007 la différence entre le traitement reçu par l'appelant et celui qu'il aurait touché si son allongement de grade avait été considéré,

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'appelant 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 15 février 2011 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 mai 2011 au plus tard ;

charge Madame la Présidente de chambre Edmée CONZEMIUS 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 d’Antoinette PASCUCCI, greffier.