

A V I S

de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics

sur

**le projet de loi concernant l'accès de ressortissants
communautaires à la fonction publique luxembourgeoise**

Par dépêche du 3 juillet 1997, Monsieur le Ministre de la Fonction Publique a demandé l'avis de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics sur le projet de loi spécifié à l'intitulé.

Contrairement à ce que ce dernier fait croire, le projet en question ne concerne pas seulement "*l'accès de ressortissants communautaires à la fonction publique luxembourgeoise*", mais il a également pour objet de modifier les conditions d'admission au service public dans le sens d'introduire la possibilité de dispenses en ce qui concerne la condition de faire preuve d'une connaissance adéquate des trois langues administratives du pays.

Par ailleurs, pour ce qui est toujours de la forme, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics constate que le texte du projet n'est pas précédé d'un préambule, de sorte qu'il est par exemple impossible pour le lecteur de savoir si le Conseil d'Etat a été ou sera saisi pour avis.

Introduction

Quant au but principal du projet, à savoir l'ouverture de certains secteurs de la fonction publique luxembourgeoise aux ressortissants communautaires, le Gouvernement donne de cette façon une suite concrète à l'arrêt du 2 juillet 1996 de la Cour de Justice des Communautés Européennes, par lequel le Grand-Duché de Luxembourg a été condamné "*pour avoir manqué à ses obligations communautaires par son refus d'ouvrir sa fonction publique aux ressortissants des autres Etats membres de l'Union européenne dans les 'secteurs prioritaires' de la fonction publique visés par une action générale et systématique de la Commission de l'Union Européenne entamée en*

1988 et ayant pour but l'élimination de toutes les restrictions à la libre circulation des travailleurs dans les secteurs en question fondées sur la nationalité".

Ce faisant, le Gouvernement admet vouloir ainsi entériner "*une situation de fait*" puisqu'il a, depuis l'arrêt précité du 2 juillet 1996 déjà, systématiquement admis aux concours de recrutement dans la fonction publique les candidats d'autres Etats membres, sans attendre la modification de la législation afférente.

La Chambre n'entend pas autrement commenter une telle façon de procéder, que les auteurs justifient par un bref renvoi à "*la primauté absolue du droit communautaire*".

La Constitution

C'est d'ailleurs avec la même légèreté insouciant que les auteurs affirment, après avoir cité un extrait de l'article 11 de la Constitution ("*seuls les Luxembourgeois sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers*"), qu'"*il apparaît donc clairement (sic!) que le texte de la Constitution autorise déjà à l'heure actuelle le législateur à déroger au principe suivant lequel les emplois publics doivent être réservés aux ressortissants luxembourgeois*". A l'appui de cette affirmation pour le moins osée, l'on avance que "*le Gouvernement estime ... qu'il est parfaitement possible (re-sic!) de considérer que les 'domaines prioritaires' ... constituent précisément les 'cas particuliers' dont parle l'article 11*".

Sachant que lesdits domaines prioritaires sont

- la recherche,
- l'enseignement,
- la santé
- les transports,
- les postes et télécommunications et
- la distribution de l'eau, du gaz et de l'électricité,

et si la Chambre a bien compris la logique de raisonnement dont les auteurs se sont servis pour aboutir aux conclusions citées ci-dessus, les pères de notre Constitution auraient donc pensé, il y a plus d'un siècle et demi, "*précisément*" aux six domaines énumérés ci-avant

lorsqu'ils ont prévu des exceptions "*pour des cas particuliers*". Or, dans l'esprit de la Constitution, ces "*cas particuliers*" ne sont pas à identifier à des "*domaines*" ou à des "*emplois*" de la fonction publique, mais bien à des "*cas individuels*" pour lesquels pourra être établie, par une loi spéciale, une dérogation au principe général (cf. antécédents).

Etant par ailleurs donné que Majerus dit à ce sujet: "*Par exception, l'article 11 de la Constitution prévoit que dans des cas particuliers une loi spéciale peut admettre des étrangers à des fonctions publiques*" (Majerus, L'Etat Luxembourgeois, sixième édition, 1990, page 71), la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics serait bien curieuse d'entendre l'avis de nos experts en droit constitutionnel sur la logique gouvernementale.

La France, la Belgique et l'Allemagne

Il ressort de l'exposé des motifs joint au projet que les auteurs ont soigneusement analysé la situation telle qu'elle se présente dans nos trois pays voisins. Sans vouloir rentrer dans les détails, il y a lieu de constater que la France procède de façon beaucoup plus restrictive en la matière que la Belgique et l'Allemagne, étant donné qu'en France "*l'accès à des emplois pour les candidats ressortissant d'un Etat européen doit en effet être explicitement prévu par les statuts particuliers régissant les corps concernés*" et que "*le ministère employeur propose ou non (de cas en cas, en fonction des missions du corps) l'ouverture des corps aux ressortissants communautaires*".

Comme il fallait s'y attendre, le Gouvernement a évidemment choisi d'orienter sa réforme d'après l'approche beaucoup moins restrictive qui prévaut en Belgique et en Allemagne, sans cependant fournir le moindre mot d'explication ou de justification quant à ce choix, qui reste d'ailleurs incompréhensible pour qui a suivi la défense présentée par le Gouvernement luxembourgeois au cours de la procédure devant la Cour de Justice des Communautés Européennes.

Cet excès de zèle de la part du Gouvernement est particulièrement ahurissant à un moment où le problème du chômage, jusqu'ici relativement faible au Grand-Duché de Luxembourg, commence à prendre des dimensions inquiétantes. L'institution d'un comité permanent de l'emploi, de même que l'organisation de sommets pour l'emploi,

de tables rondes et autres conférences sur le sujet, sont en parfaite contradiction avec la volonté du Gouvernement d'ouvrir dans une mesure excessivement large la fonction publique nationale aux ressortissants communautaires, ce qui va d'évidence à l'encontre d'une politique de l'emploi bien comprise.

Les emplois réservés aux nationaux

Le texte proposé réalisera l'ouverture de la fonction publique aux ressortissants communautaires *"sauf dans les cas où ces emplois (dans les six secteurs cités) comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques"*.

Plusieurs observations fondamentales s'imposent à ce sujet.

En tout premier lieu se pose la question - essentielle - de savoir à qui il incombera de définir les exceptions ainsi prévues. En effet, à défaut de définition précise et résistante à toute contestation, de nouveaux litiges et recours sont d'ores et déjà programmés, avec toutes les conséquences que cela comporte.

Etant donné que les auteurs ont l'intention d'introduire la disposition précitée comme alinéa 2 nouveau au paragraphe 1er de l'article 2 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, cette façon de procéder aura pour conséquence que l'actuel alinéa 2 - qui prévoit qu'*"un règlement grand-ducal précise les conditions prévues ci-dessus"*, et qui deviendra l'alinéa 3 - s'appliquera donc aussi et surtout à la nouvelle disposition sur la libre circulation.

En théorie, ce serait donc ce règlement grand-ducal qui devrait énumérer les emplois réservés aux nationaux. En pratique, la situation se présente cependant différemment, étant donné que la technique législative choisie n'aura l'effet décrit ci-dessus que pour la seule modification du statut général des fonctionnaires de l'Etat. Pour ce qui est des articles 2 (employés de l'Etat) et 3 (fonctionnaires communaux) du projet, la nouvelle disposition sera en effet à chaque fois ajoutée comme alinéa final à un article ou paragraphe déterminé, de sorte qu'aucun règlement grand-ducal d'exécution n'y sera prévu.

La question reste donc posée sous quelle forme le Gouvernement entend définir le régime des exceptions. Hormis la désignation par règlement grand-ducal évoquée ci-dessus - à noter que le Gouvernement, conformément à ses habitudes, n'a pas cru nécessaire d'élaborer un tel texte en même temps que le projet de loi, ce que la Chambre ne cesse d'incriminer depuis des années - plusieurs possibilités s'offrent:

- la désignation nominative des emplois et fonctions réservés aux nationaux - même dans les secteurs ouverts à la libre circulation - dans le corps de la loi statutaire elle-même;
- leur fixation par règlement grand-ducal;
- la désignation par le Gouvernement en conseil pour chaque administration et service, éventuellement sur proposition d'une commission consultative, dont ferait également partie la représentation du personnel.

La Chambre des Fonctionnaires et Employés publics est parfaitement consciente des faiblesses inhérentes aux deux dernières solutions, qui laissent trop facilement la porte ouverte à l'arbitraire et aux manipulations de toute sorte. Le seul fait que les auteurs du projet sous avis n'ont même pas effleuré cet aspect, c'est-à-dire la définition des postes devant dans tous les cas rester réservés aux nationaux, ni dans le texte ni dans l'exposé des motifs, en dit long sur le manque de sérieux avec lequel tout le problème a été abordé, et sur lequel la Chambre aura encore l'occasion de revenir dans la suite du présent avis.

Une autre remarque en rapport avec le régime des exceptions concerne le texte proposé. La Chambre constate en effet qu'il a été recopié, mot pour mot, du paragraphe 2 de l'arrêt de la Cour de Justice, sauf que les auteurs se sont arrêtés en bon chemin. En effet, la définition que l'arrêt donne des emplois en question prévoit, entre autres, que ceux-ci "*supposent ainsi, de la part de leurs titulaires, l'existence d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'Etat ainsi que la réciprocité des droits et devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité*". Or, cette partie de la définition - donnée par la Cour, rappelons-le - a tout simplement été supprimée lors de sa transcription dans le projet sous avis. La Chambre des Fonctionnaires et Employés publics estime cependant que ces arguments sont particuliè-

rement caractéristiques des emplois devant rester réservés aux Luxembourgeois, et elle demande en conséquence de reprendre intégralement la définition fournie par la Cour.

Enfin, la Chambre se doit de renvoyer à un lapsus dont ont été victimes les auteurs de la réserve citée au début du présent chapitre ("*sauf dans les cas où ...*"). Il faut en effet lire "*comportent une participation ... à l'exercice de la puissance publique ou aux fonctions ...*" (et non pas "*et*"). L'erreur provient du fait que le texte original de la Cour parle de "*l'accès aux emplois ... comportant une participation ... et aux fonctions qui ...*" (avant-dernier alinéa de l'arrêt). Dans l'arrêt de la Cour, la conjonction "*et*" se rapporte donc à l'accès aux emplois "*et*" aux fonctions, alors que dans le projet sous avis, elle se rapporte à la participation à l'exercice de la puissance publique "*et*" aux fonctions de sauvegarde des intérêts nationaux, ce qui est évidemment tout autre chose. Pour rétablir le sens initial de la phrase, "*et*" doit donc être remplacé par "*ou*" dans le texte gouvernemental à l'endroit visé.

L'assermentation

La mise en vigueur des dispositions prévues au projet sous avis comporte certaines conséquences qui semblent avoir échappé aux auteurs, sinon ils auraient du moins dû en faire état. Une de ces conséquences est certainement l'assermentation des non-nationaux.

En effet, le fait de ne plus exiger la condition de nationalité pour l'admission au service public sous le statut de fonctionnaire entraînera automatiquement l'application de toutes les dispositions de la loi modifiée du 16 avril 1979 aux ressortissants communautaires admis, dont également celle prévue à l'article 3, paragraphe 1er, c'est-à-dire l'assermentation. Se rend-on compte dans quelle situation on met les non-nationaux, qui ont éventuellement passé leur service militaire dans leur pays d'origine et y ont prêté serment, quand on leur demande de "*jure(r) fidélité au Grand-Duc*" et "*obéissance à la Constitution*"? Une telle procédure est-elle concevable?

Par ailleurs, force est de constater que les auteurs ne soufflent mot au sujet des problèmes qui se poseront inévitablement en relation avec l'application des articles 13 (condition de résidence) et 14 (activité du conjoint, occupation accessoire, etc.), difficiles sinon impos-

sibles à contrôler, et d'autres dispositions du statut. Comme la Chambre l'a déjà signalé ci-avant, il semble que les auteurs du projet sous avis avaient instruction de transposer tout simplement en droit interne l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes, sans se préoccuper des conséquences en découlant sur d'autres plans.

Dispense des connaissances linguistiques

La lettre A. des articles 1er, 2 et 3 du projet sous avis a pour but d'introduire la possibilité de dispenser les candidats à un poste respectivement de fonctionnaire de l'Etat, d'employé de l'Etat ou de fonctionnaire communal de l'obligation de faire preuve d'une connaissance adéquate des trois langues administratives telles que définies par la loi du 24 février 1984 sur le régime des langues.

Soit dit en passant que ladite obligation, à laquelle le Gouvernement soumet également les candidats-employés de l'Etat, ne figure pas dans la loi du 27 janvier 1972 fixant leur régime, malgré la remarque pertinente que la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics avait faite à ce sujet dans son avis n° A-1269¹ du 2 décembre 1994 relatif, entre autres, au projet de règlement grand-ducal concernant les modalités du contrôle de la connaissance des trois langues administratives pour l'admission au service public. C'est donc avec une satisfaction certaine que la Chambre enregistre aujourd'hui le fait que le Gouvernement lui donne après coup raison en projetant d'inscrire ladite obligation dans la loi précitée du 27 janvier 1972, même si cela se fait pour d'autres motifs et avec un retard de presque trois années.

Ceci dit, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics ne peut que répéter ce qu'elle avait déjà écrit dans son avis n° A-1269 du 7 octobre 1994 au sujet des dispenses prévues en matière de connaissance linguistique, à savoir qu'elle "*s'oppose formellement à une telle possibilité*" et qu'"*il est impératif que la possibilité d'accorder la moindre dispense soit définitivement écartée*". A l'époque, le Gouvernement avait reconnu le bien-fondé des observations de la Chambre, puisqu'il avait retiré de son projet initial les possibilités de dispenses y prévues.

La Chambre est donc amenée à se poser la question de savoir pour quelles raisons obscures il y aurait aujourd'hui nécessité d'en réin-

troduire, le seul argument avancé à l'exposé des motifs, à savoir les problèmes de recrutement dans le domaine de la santé, pouvant tout au plus être considéré comme prétexte à d'autres motifs, non avoués ceux-là. En effet:

- le maintien des dispositions actuelles en la matière (impossibilité d'être dispensé de la connaissance du luxembourgeois, du français et de l'allemand) ne pose absolument pas obstacle au recrutement de personnel ne remplissant pas ces conditions, sauf qu'il ne saurait bénéficier du statut de fonctionnaire ou employé de l'Etat (cf. dispositions afférentes de la loi budgétaire). D'ailleurs, faut-il rappeler une nouvelle fois les tendances, de plus en plus nombreuses, à la "*privatisation*" d'établissements et de services publics (Hôpital Neuro-Psychiatrique, Centres de Gériatrie, Centres, Foyers et Services pour personnes âgées, etc.), comportant pour le personnel à engager après la réforme un contrat de travail de droit privé, de sorte que le problème ne se pose plus dans la même mesure;
- l'introduction d'une dispense, ne fût-ce que d'une seule et unique, aura pour conséquence qu'une brèche sera ouverte, qu'il sera par après impossible de revenir en arrière et qu'il n'y aura plus d'argument pour refuser les demandes de dispense ultérieures qui invoqueront toutes inévitablement ce précédent;
- les non-nationaux qui aspirent à un emploi sous le statut de fonctionnaire de l'Etat ne le font pas pour quitter le service public trois mois plus tard, leur nomination étant, comme celle de leurs collègues luxembourgeois, à vie. Dans ces conditions, est-ce trop demander si on leur impose en contrepartie l'effort d'assimiler la langue du pays qu'ils servent? Après tout, le luxembourgeois s'apprend, tout comme n'importe quelle autre langue étrangère;
- enfin, l'exemple du "*domaine de la santé*" est particulièrement mal choisi, à moins que le Gouvernement n'ait à coeur de favoriser dans ce secteur précis l'engagement massif de personnel incapable de comprendre la langue et, partant, les besoins et doléances des personnes qu'il s'agit de soigner, et qui, dans la plupart des cas, s'expriment en luxembourgeois et n'ont par ailleurs aucune connaissance de la terminologie médicale dans une langue autre que le luxembourgeois.

Finalement, il est significatif de constater que le Gouvernement ne se contente pas de vouloir dispenser l'un ou l'autre candidat de la

connaissance d'une langue déterminée, mais qu'il est question, à l'avant-dernier alinéa de l'exposé des motifs, de "*dispenses de la connaissance d'une ou de plusieurs de ces langues*", donc à la rigueur des trois à la fois!

Pour toutes ces raisons, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics maintient son opposition formelle et catégorique à la possibilité d'accorder la moindre dispense de la condition de la connaissance suffisante des trois langues administratives du pays pour quiconque brigue un emploi de fonctionnaire ou employé des secteurs étatique ou communal. D'ailleurs, la disposition projetée non seulement n'a strictement rien à voir avec l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes, mais elle lui est même contraire! En effet, le paragraphe 35 de l'arrêt affirme:

- que "*la sauvegarde de l'identité nationale des Etats membres constitue un but légitime respecté par l'ordre juridique communautaire*";
- que "*l'intérêt invoqué par le Grand-Duché peut toutefois ... être utilement préservé par d'autres moyens que l'exclusion, à titre général, des ressortissants des autres Etats membres*" et
- que "*à cet égard, il convient de relever, ainsi que le souligne M. l'avocat général aux points 132 à 141 de ses conclusions, que les ressortissants des autres Etats membres doivent, tout comme les ressortissants nationaux, remplir toutes les conditions exigées pour le recrutement, notamment celles tenant à la formation, à l'expérience et aux connaissances linguistiques.*"

Dans ces conditions, les propositions gouvernementales visant à introduire des possibilités de dispenses vont clairement à l'encontre non seulement des intérêts du pays, mais encore des conclusions de l'avocat général de la Cour de Justice des Communautés Européennes et surtout du dispositif de l'arrêt!

A titre tout à fait subsidiaire, la Chambre note que le Gouvernement a l'intention de s'immiscer dans les affaires du secteur communal en ce sens que les dispenses qu'il est projeté d'accorder aux candidats à un poste de fonctionnaire communal ne le seraient pas par le conseil communal ou le collège des bourgmestre et échevins, mais par "*le Gouvernement en conseil*". La Chambre doute que ce dernier soit bien placé pour juger des "*raisons dûment motivées tenant à l'intérêt du service (communal) et aux nécessités de son fonctionnement*"!

En conclusion, la disposition figurant sous la lettre A. des articles 1er (fonctionnaires de l'Etat) et 3 (fonctionnaires communaux) du projet est à supprimer; celle sub article 2 A. (employés de l'Etat) est à limiter à sa première partie et donc à terminer à la virgule.

Les employés en service

Un autre aspect non abordé par les auteurs du projet sous avis est la situation des employés actuellement déjà au service de l'Etat, mais qui n'ont pas la nationalité luxembourgeoise. Il s'agit de ceux des employés recrutés non pas sur la base de la loi du 27 janvier 1972 - qui exige à l'heure actuelle toujours la condition de nationalité - mais en vertu des lois budgétaires successives, qui permettent annuellement l'engagement d'un certain nombre d'employés de nationalité étrangère. Ainsi, l'article 13 du projet de loi budgétaire pour l'exercice 1998 prévoit le recrutement, "*en cas de nécessité de service dûment motivée*", de 94 de tels employés, dont 41 devront être ressortissants d'un pays membre de l'Union Européenne. En l'état actuel de la législation, "*le statut du personnel ainsi engagé est régi par la loi modifiée du 7 juin 1937 portant règlement légal du louage de service des employés privés et par la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail*".

La question qui se pose maintenant est donc celle de savoir si, dès l'entrée en vigueur de la loi qui découlera du projet sous avis, tous les employés engagés auparavant sous le statut d'employés privés au service de l'Etat et ressortissants d'un pays membre de l'Union Européenne bénéficient d'office du régime de l'employé de l'Etat créé par la loi de 1972. Si oui, il faudrait, à l'avance évidemment, faire le tri et désigner ceux des postes en question qui relèveraient du régime d'exception, c'est-à-dire dont les titulaires participent, directement ou indirectement, à l'exercice de la puissance publique ou qui auraient pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques. Si non, il faudrait que le projet précise sous quelles conditions les personnes visées pourront bénéficier du régime instauré en 1972, et notamment des garanties en rapport avec le régime de pension des fonctionnaires de l'Etat.

Remarques finales

En ce qui concerne l'énumération des six domaines dits "*prioritaires*" aux articles 1er B. et 2B., la Chambre rend attentif au fait que la mention des "*transports terrestres*" et celle de la "*distribution de l'eau, du gaz et de l'électricité*" sont superfétatoires, lesdites prestations n'étant pas offertes par des administrations ou services de l'Etat, mais seulement par les communes, visées par l'article 3.

Dans ce contexte, la Chambre tient à rappeler qu'elle a émis le 4 juin 1996 déjà son avis sur les projets de règlements grand-ducaux concernant l'un, le régime des employés communaux, et l'autre, leur rémunération. Or, depuis, il y a silence total en la matière, de sorte que la Chambre se doit d'insister sur la rapide mise en vigueur des textes en question.

* * *

En conclusion de toutes les réflexions, critiques et questions qui précèdent, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics se voit dans l'impossibilité de marquer son accord avec le projet lui soumis pour avis. En effet, la matière à régler est trop importante pour en laisser la majeure partie dans le vague, comme le font les auteurs du texte. Ni celui-ci ni l'exposé des motifs qui l'accompagne n'abordent par exemple la question primordiale de la définition des postes qui doivent rester réservés aux nationaux en raison de la participation à l'exercice de la puissance publique ou de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat qu'ils comportent.

La Chambre des Fonctionnaires et Employés publics ne peut interpréter ce silence que comme la capitulation du Gouvernement devant le défi qui lui est lancé par l'évolution. Il se confirme ainsi, une fois de plus, que le Gouvernement ne dispose d'aucune vision de la fonction publique de demain, que les réformettes entreprises à gauche et à droite, comme celle sous avis, ne touchent pas au fond du "*problème*", à savoir l'avenir du fonctionariat à vie tel que nous le connaissons. A l'aube du troisième millénaire, il serait grand temps que le Gouvernement sache lui-même - et qu'il fasse savoir au pays - où il veut en venir en la matière: bradage/abandon de la traditionnelle fonction publique neutre, indépendante, transparente et efficace ou maintien de ce concept éprouvé.

La mise en vigueur des quelques dispositions proposées au projet, dans leur teneur actuelle, serait de nature à donner tout au plus satisfaction à la Cour de Justice des Communautés Européennes, mais créerait pour le reste un flou tel que la situation sur le terrain, au lieu d'être claire et précise, serait plus embrouillée et obscure que jamais. Ceci n'étant ni dans l'intérêt de l'Etat ni dans celui de la fonction publique, dont elle a à défendre les intérêts, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics recommande au Gouvernement de reprendre le texte sous avis sur le métier et de lui présenter un nouveau projet, tenant compte des remarques et propositions figurant ci-dessus.

Ainsi délibéré en séance plénière le 6 novembre 1997.

Le Secrétaire,

G. MULLER

Le Président,

J. DALEIDEN