

# A V I S

## **de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics**

sur

**le projet d'instruction du gouvernement en conseil fixant les conditions et les modalités de la fonctionnarisation d'employés et d'ouvriers dans le cadre des projets de loi portant création ou réorganisation des administrations de l'Etat**

Par dépêche du 11 novembre 2003, Madame le Ministre de la Fonction Publique a demandé l'avis de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics sur le projet d'instruction du gouvernement en conseil spécifié à l'intitulé.

La future instruction doit se substituer au texte de même nature datant du 1<sup>er</sup> juillet 1988 et qui poursuivait déjà le même but, à savoir de fixer les conditions et les modalités de la fonctionnarisation d'employés au moment de la création ou de la réorganisation d'administrations de l'Etat. Au niveau de l'intitulé, la seule différence entre les deux textes réside dans le fait que la future instruction s'appliquera également aux ouvriers de l'Etat alors que les règles en vigueur à l'heure actuelle ne concernent que les employés de l'Etat. Toutefois, l'analyse du projet sous avis montre vite que le gouvernement envisage une refonte quasi complète des dispositions visées, le nouveau texte n'ayant que peu de points communs avec l'instruction de 1988.

- **Remarques liminaires**

La Chambre des Fonctionnaires et Employés publics constate tout d'abord que la déclaration gouvernementale du 12 août 1999 est muette au sujet des mesures prévues au projet sous avis, si ce n'est qu'elle affirme solennellement qu'"*il ne sera recouru au recrutement d'employés – par dérogation aux conditions normales d'engagement imposées aux fonctionnaires – que dans des circonstances exceptionnelles bien déterminées et pour des emplois définis, recrutement dûment justifié par des considérations particulières de service*", louable intention qui n'a cependant jamais été suivie d'actes correspondants.

Ensuite, la Chambre regrette que les mesures envisagées n'ont à aucun moment fait l'objet de discussions voire de négociations avec la représentation du personnel, ce qui est en contradiction flagrante avec le "*souci permanent de dialogue constructif et de transpa-*

rence" et la "concertation avec les organisations représentatives du personnel de la fonction publique", slogans qui figurent dans la même déclaration gouvernementale sub "le dialogue social (dans la fonction publique)".

- **Quant au fond**

Avant de passer à la comparaison détaillée des deux textes, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics voudrait, en guise d'introduction, rappeler d'abord l'essentiel de son avis du 14 juin 1988 sur le projet de la première instruction sur la fonctionnarisation. A cet effet, il est indispensable de reproduire à la même occasion le préambule du texte initial, le nouveau projet en étant dépourvu:

*"Considérant qu'il est d'usage de prévoir dans le cadre des projets de loi portant création ou réorganisation des administrations de l'Etat, des dispositions transitoires ayant pour objet de fonctionnariser des employés occupés auprès de ces administrations;*

*Considérant qu'afin d'éviter des situations discriminatoires entre fonctionnaires et employés fonctionnarisés, il y a lieu de fixer des critères précis et uniformes devant être respectés lors de l'élaboration des projets de loi en question;"*.

La position de principe de la Chambre à l'époque – et qui n'a d'ailleurs guère changé au fil du temps, comme en témoignent ses nombreux avis émis depuis lors – fut la suivante:

*"Ce projet part de la constatation qu'il serait 'd'usage de prévoir dans le cadre des projets de loi portant création ou réorganisation des administrations de l'Etat, des dispositions transitoires ayant pour objet de fonctionnariser des employés occupés auprès de ces administrations'.*

*Comme à ces occasions 'des situations discriminatoires entre fonctionnaires et employés fonctionnarisés' pourraient se produire, le gouvernement entend 'fixer des critères précis et uniformes devant être respectés lors de l'élaboration des projets de loi en question'.*

*La proposition gouvernementale prévoit à cet effet:*

- 1) que nul ne peut être admis à une carrière de fonctionnaire s'il ne remplit pas les conditions d'études requises;*
- 2) que l'employé qui a moins de trois ans de service peut être dispensé de l'examen-concours et bénéficier d'une réduction de stage égale à la période de service public;*
- 3) que l'employé qui a réussi à son examen de carrière (possible après 5 années de service) peut être dispensé du stage et de l'examen de fin de stage, et que, s'il a six ans de service, il est admissible sans délai à l'examen de promotion;*
- 4) que l'employé fonctionnarisé après l'âge de 50 ans est dispensé de l'examen de promotion s'il a six ans de service au moins.*

\* \* \* \* \*

*La Chambre des Fonctionnaires et Employés publics est d'avis que, par cette proposition, le gouvernement soulève un problème délicat qu'il a créé lui-même, puisque les décisions relatives aux engagements de personnel, quel qu'en soit le statut, incombent au conseil de gouvernement. Si donc celui-ci avait veillé à faire adapter périodiquement les lois-cadres des différentes administrations aux besoins réels, celles-ci auraient pu recruter les fonctionnaires nécessaires au bon accomplissement de leurs missions en observant les règles de l'article 2 du statut général, et le problème de la fonctionnarisation ne se poserait pas. Or, pour des raisons dont les gouvernements successifs portent la responsabilité, il a trop souvent été préféré de recourir aux dispositions des lois-cadres prévoyant la possibilité de compléter les effectifs des fonctionnaires par des employés engagés sous contrat, ceci en ignorant délibérément que cette clause n'habilite en principe qu'à l'engagement de personnel d'appoint, dont la présence dans les services publics ne devrait être que temporaire (surcroît passager de travaux, remplacement d'agent en congé social, etc.).*

*D'autre part, s'il existe encore des services publics sans loi de base, ce fait est anticonstitutionnel (article 35) et donc franchement scandaleux dans un Etat de droit. Il s'impose d'y mettre incessamment fin.*

*Si maintenant le gouvernement entend régulariser, au fil de la révision des différentes lois-cadres, donc successivement et on ne sait d'avance sur combien d'années, la situation des employés recrutés pour des emplois permanents, il propose de commettre une iniquité puisqu'il n'admet pas de traiter en même temps sur un pied d'égalité tous ceux qui se trouvent dans la même situation. De l'avis de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics, le gouvernement devrait donc revoir son attitude à ce sujet.*

*D'autre part, du point de vue logique, la fonctionnarisation des employés de l'Etat n'a de sens que si l'on interdit en même temps aux membres du gouvernement et aux chefs d'administration d'engager à l'avenir encore des employés, sauf pour des tâches d'appoint ou de remplacement, et donc à durée limitée et déterminée. Sinon, l'on crée évidemment un cercle vicieux et permanent, et l'article 2 du statut général devient une farce, alors que personne n'aurait plus intérêt à se soumettre à un concours d'entrée, à un stage et à des études professionnelles complémentaires ainsi qu'à un examen de fin de stage si, moyennant 'pistonage' adéquat, on peut se faire admettre aux cadres de l'Etat par le biais d'un engagement initial sous contrat et sans aucun risque d'échec à l'un des écueils précités. Il est inadmissible de maintenir deux voies de recrutement, l'une imposant à tous les intéressés des conditions rigoureuses pour être admis au régime statutaire, l'autre permettant à d'aucuns de contourner ces mêmes conditions.*

*D'où la nécessité impérative de prendre une mesure législative générale limitant dans toutes les lois-cadres l'engagement d'employés à l'occupation d'emplois temporaires.*

...

*En conclusion, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics ne peut donner son aval au projet sous avis dans sa forme actuelle, mais elle recommande au gouvernement de reconsidérer le problème sur la base des observations qui précèdent."*

Quinze ans plus tard, on constate que, loin de s'en tenir aux recommandations bien intentionnées de la Chambre des Fonctionnaires et

Employés publics, on a allègrement continué à engager des employés, de sorte que la situation est aujourd'hui pire que jamais.

- **La valeur d'une "instruction"**

Qui plus est, l'instruction du 1<sup>er</sup> juillet 1988, même si son préambule parle emphatiquement de "*critères précis et uniformes devant être respectés*", est trop souvent restée lettre morte. La Chambre en veut pour preuve le projet de loi portant réorganisation de l'Inspection du Travail et des Mines (sur lequel elle se prononce d'ailleurs dans son avis n° A-1881 de ce jour) – projet qui doit battre tous les records en matière de violation flagrante des dispositions de l'instruction sur la fonctionnarisation, et que les auteurs du projet sous avis passent pudiquement sous silence.

Une toute première question qui se pose dans ce contexte est dès lors celle de savoir, à quoi bon élaborer une nouvelle instruction si l'on sait dès le départ qu'elle sera ignorée dans la majorité des cas de l'espèce?

Ce n'est d'ailleurs certainement pas sans raison que les auteurs du projet ont consacré un tiers de l'exposé des motifs à expliquer et à essayer de justifier cette forme particulière de l'"*instruction du Gouvernement en conseil*", qui n'a en fait, sur le plan de la "*hiérarchie traditionnelle des normes*" ainsi que sur le plan juridique, ni valeur ni effet.

Sans vouloir s'attarder sur le sujet, la Chambre ne peut toutefois s'empêcher de signaler que les "*arguments*" avancés par les auteurs ne brillent pas toujours par leur perspicacité voire leur caractère probant. Ainsi, si une telle instruction "*ne lie pas le législateur*", c'est surtout parce que celui-ci avalise en général ce que le gouvernement lui soumet. La Chambre des Fonctionnaires et Employés publics n'a en tout cas encore jamais pu constater que le gouvernement ait proposé un projet de loi conforme à l'instruction sur la fonctionnarisation et que le législateur ait ensuite amendé ce projet en contrevenant à la même instruction!

Si l'on sait que toutes les initiatives de fonctionnarisation émanent de l'exécutif, c'est-à-dire du gouvernement, il est certainement instructif

de lire, en ce qui concerne l'instruction du gouvernement en conseil, qu'"il s'agit d'une ligne de conduite interne que le Gouvernement se donne". L'exposé des motifs confirme donc noir sur blanc que le gouvernement se donne une ligne de conduite qu'il n'a pas l'intention de respecter.

Nonobstant ce triste état des choses, la Chambre s'emploiera ci-après à relever les principales différences du projet par rapport à l'instruction de 1988 et à prendre position à leur égard. Il va de soi que ces observations sont complémentaires voire subsidiaires à la position de principe de la Chambre telle qu'elle a été rappelée ci-avant.

• **Champ d'application**

Comme il a été dit ci-dessus, la nouvelle instruction s'appliquera aussi en cas de fonctionnarisation d'ouvriers de l'Etat. Par contre, les employés privés au service de l'Etat, engagés sur la base des lois de 1919 / 1937 / 1989, seront désormais exclus du bénéfice des dispositions prévues.

Dans la mesure où ce deuxième changement s'explique par le fait que cette catégorie d'employés ne regroupe, depuis la loi du 8 août 1988 modifiant celle du 27 janvier 1972 sur les employés de l'Etat, que des agents qui n'ont pas la nationalité luxembourgeoise, du moins dans la fonction publique authentique, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics y marque son accord.

Quant à l'extension du champ d'application aux ouvriers de l'Etat, la Chambre s'étonne de l'absence de commentaire à ce sujet, le texte intitulé "*commentaire*" se limitant en effet à dire que "*le champ d'application a été étendu aux ouvriers de l'Etat*"!

Ceci dit, et sans vouloir s'opposer directement à la mesure, la Chambre donne à considérer que

- les fonctionnaires et employés ont souvent des carrières comparables, classées dans les mêmes tableaux indiciaires de l'annexe C de la loi sur les traitements (exemples: carrière C = expéditionnaire, carrière D = rédacteur, carrière S = carrière supérieure administrative);

- les ouvriers par contre sont classés conformément au contrat collectif des ouvriers de l'Etat, qui connaît ses propres carrières et son propre tableau indiciaire;
- même pour les ouvriers les mieux qualifiés, il sera difficile de trouver des carrières répondant aux exigences exprimées à l'exposé des motifs, à savoir "*le niveau de carrière devant toutefois rester le même*";
- les régimes de service des fonctionnaires et employés, d'un côté, et des ouvriers, de l'autre, procèdent depuis toujours de considérations différentes et ont chacun sa propre logique, qui se traduit non en dernier lieu par l'appartenance à des caisses de maladie et à des chambres professionnelles différentes.

En l'absence de la moindre explication de la part des auteurs du projet, la Chambre se trouve dans l'impossibilité d'approfondir le sujet.

Une autre innovation consiste à supprimer la condition "*d'avoir été engagé avec une tâche complète*". Ce revirement ne bénéficiant à son tour pas du moindre mot explicatif, la Chambre ignore s'il s'agit d'un oubli ou bien, au contraire, de l'adaptation de l'instruction à l'introduction, par la loi du 19 mai 2003, de postes de fonctionnaires à temps partiel.

#### • **Conditions de la fonctionnarisation**

A l'heure actuelle, la seule condition pour pouvoir être nommé fonctionnaire dans une carrière donnée est celle de remplir les conditions d'études prévues pour l'accès normal à cette carrière.

Le projet sous avis, tout en maintenant cette condition, en rajoute trois autres, à savoir:

- 1) avoir au moins dix années de service;
- 2) avoir réussi à un examen spécial qui sera à chaque fois organisé selon un règlement grand-ducal à prévoir dans la loi organique de l'administration créée ou réorganisée;
- 3) rentrer dans le contingent de "*vingt pour cent de l'effectif total théorique de la (nouvelle) carrière*".



Bien que les conditions de la fonctionnarisation soient ainsi renforcées de manière drastique, le commentaire, une fois de plus, ne s'en offusque pas: les nouvelles conditions sub 1) et 2) n'y sont que brièvement effleurées dans une seule ligne!

Tout en rappelant que les conditions les plus restrictives sont futiles si personne n'est obligé de les respecter, la Chambre peut très bien s'accommoder de l'exigence d'avoir à son actif au moins dix années de service, cette même condition valant d'ailleurs également pour les fonctionnaires désireux de bénéficier de la carrière dite ouverte.

Quant au nouvel "*examen spécial*" prévu, la Chambre éprouve des difficultés pour adhérer à cette formule, et ce pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, cette innovation mènera à un foisonnement de règlements grand-ducaux et d'examens supplémentaires, avec toutes les conséquences que cela comporte, surtout au niveau de l'organisation matérielle et pratique desdits examens. A titre d'exemple, la Chambre signale que les deux projets portant réorganisation d'administrations, dont elle se trouve saisie pour avis à l'heure actuelle (Inspection du Travail et des Mines et Bâtiments Publics), nécessiteraient à eux seuls l'organisation de 25 examens selon la nouvelle instruction, tel étant en effet le nombre exact d'employés qu'il est prévu de fonctionnariser par le biais de ces deux lois!

A cet endroit, la Chambre se permet d'ouvrir une parenthèse pour mettre en question une affirmation figurant au tout premier alinéa de l'exposé des motifs du projet sous avis.

Il y est en effet question, pour justifier la refonte de l'instruction sur la fonctionnarisation, du projet de loi portant réforme des instituts culturels, qui aurait "*marqué une recrudescence significative des fonctionnarisations d'employés si bien que le Gouvernement a été amené à réexaminer la question*".

Or, ledit projet de loi se trouve actuellement sous examen à la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics, qui n'a cependant pas pu y déceler la moindre disposition portant fonctionnarisation ne fût-ce que d'un seul employé. En effet, l'article 36 dudit projet de loi, qui contient ses dispositions transitoires, se limite à véhiculer des re-

classements d'une quinzaine de fonctionnaires dans une autre carrière, mais ne mentionne aucun employé, du moins dans la version soumise à l'avis de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics.

Pour en revenir au projet qui l'occupe, la Chambre note, en deuxième lieu, que les employés, pour pouvoir être fonctionnarisés, doivent avoir réussi à leur examen de carrière en tant qu'employés, de sorte qu'on peut se demander s'il ne vaut pas mieux renoncer à l'organisation d'un examen spécial supplémentaire, mais obliger en contrepartie les intéressés à se soumettre, après leur fonctionnarisation, à l'examen de promotion de leur nouvelle carrière.

En troisième et dernier lieu, la Chambre est d'avis que l'examen prévu constituera une discrimination puisqu'on aura:

- d'un côté, ceux qui respectent les règles ou qui doivent les respecter faute de parrainage adéquat;
- de l'autre côté, parce que l'instruction "*ne lie pas le législateur*", ceux qui seront dispensés de tout selon la maxime "*les copains d'abord*".

En ce qui concerne finalement la fixation d'un "*nombre maximum d'agents admis à changer de statut*", la Chambre estime que le contingent de 20% est purement arbitraire. Le fait de l'avoir aligné sur celui prévu par la loi modifiée du 14 novembre 1991 sur la carrière ouverte n'y change rien, celui-ci étant tout aussi arbitraire. La Chambre des Fonctionnaires et Employés publics demande donc d'y renoncer, d'autant plus que l'instruction actuellement en vigueur n'en contient pas et n'a jamais été contestée par qui que ce soit en ce point.

#### • **Modalités de la fonctionnarisation**

L'instruction du gouvernement en conseil du 1<sup>er</sup> juillet 1988 comprend un article 23 fixant les modalités de la fonctionnarisation, résumées ci-avant dans le rappel de l'avis du 14 juin 1988 de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics (dispense de l'examen-concours, du stage, de l'examen de fin de stage et de l'exa-

men de promotion après une période déterminée de service et/ou à partir d'un certain âge).

Le nouveau projet ne prévoit plus aucune de ces dispositions, principalement en raison du fait que, suite à l'exigence d'avoir au moins dix années de service, les fonctionnarisations auront désormais lieu à un stade plus avancé de la carrière des intéressés, où il importe plutôt de régler le

- **développement ultérieur de la carrière.**

La différence essentielle par rapport à l'instruction de 1988 réside dans le fait que le nouvel "*examen spécial*" exigé pour pouvoir être fonctionnarisé fera à l'avenir fonction d'examen de promotion pour les intéressés.

Renvoyant à ce qu'elle a écrit à ce sujet sub "*conditions de la fonctionnarisation*" ci-dessus, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics rappelle qu'elle préfère le maintien des dispositions actuelles en la matière, de sorte qu'elle recommande une nouvelle fois de renoncer à l'introduction d'un examen supplémentaire et d'en rester à l'exigence de la réussite à l'examen de promotion pour les employés fonctionnarisés, à l'exception de ceux qui ont dépassé l'âge de 50 ans.

Les autres dispositions de l'article 5 n'appellent pas de remarque dans la mesure où elles sont reprises de l'instruction en vigueur à l'heure actuelle.

En guise de conclusion, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics ne peut que renvoyer à son avis du 14 juin 1988 et aux remarques de principe figurant au présent avis pour réitérer son vœu de voir le gouvernement reconsidérer le problème quant au fond et, subsidiairement, amender le texte de l'instruction projetée compte tenu des propositions qui précèdent.

Ainsi délibéré en séance plénière le 27 janvier 2004.

Le Directeur,

G. MULLER

Le Président,

E. HAAG