

A V I S

de la Chambre des Fonctionnaires

et Employés publics

sur

**le projet d'instruction du gouvernement en conseil ayant
pour objet de fixer une ligne de conduite et des règles gé-
nérales en matière de création d'établissements publics**

Par dépêche du 26 avril 2004, Madame le Ministre de la Fonction Publique a demandé l'avis de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics sur le projet pour une instruction du gouvernement en conseil ayant pour objet de fixer une ligne de conduite et des règles générales en matière de création d'établissements publics, alors que la Chambre aurait préféré qu'une loi règle la matière.

1. Un projet contestable et contesté

La Chambre doit d'abord constater que la valeur juridique d'un tel instrument est inexistante et que sa valeur pratique est négligeable. Ne voulant pas se répéter à ce propos, la Chambre renvoie aux constatations exposées dans son avis n° A-1879 du 27 janvier 2004 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.

La Chambre ne salue pas moins tout effort pour enfin clarifier la politique peu transparente et assez incompréhensible qui a été suivie les dernières années en matière d'établissements publics, et surtout à propos du statut du personnel des établissements existants et des établissements nouvellement créés.

Avant d'aborder le contenu du projet d'instruction sous avis, il est toutefois nécessaire de relever que le gouvernement vient de re-

mettre sa démission au Grand-Duc il y a deux semaines, et en conséquence le conseil de gouvernement se limite actuellement à gérer les affaires courantes, n'ayant de toute évidence plus de mandat pour trancher des matières politiques délicates, à moins qu'elles ne soient manifestement urgentes.

Mais comme le gouvernement ne va pas dans les mois à venir approuver de nouvelles initiatives législatives tombant sous le champ d'application de l'instruction proposée, l'urgence invoquée n'est guère justifiée. L'adoption d'une telle instruction par le gouvernement faisant fonction au cours de la période de formation d'un nouveau gouvernement ne lierait du reste en rien la nouvelle coalition, quelle qu'elle soit, qui se mettra en place prochainement.

La Chambre se demande donc quels motifs lui valent de devoir prendre position sur un texte bâclé. De toute évidence, ce projet ne manquera pas d'être reformulé dès l'automne quant à ses principes, puisqu'il n'a pas été négocié avec le syndicat représentatif de la fonction publique. Ce dernier ne s'est du reste pas privé d'annoncer publiquement qu'il allait s'opposer à la politique reflétée par le projet d'instruction, qui est contraire aux accords signés entre partenaires sociaux du secteur public.

Il ne fait pas de doutes que le gouvernement n'est pas en droit d'adopter le texte soumis pour avis à la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics, s'il n'est pas préalablement parvenu à modifier l'accord signé avec la CGFP en date du 21 mars 2002. Alors que le syndicat s'est déclaré prêt à amender ponctuellement l'accord en question, le gouvernement n'a pas entrepris à ce sujet des négociations avant de formuler son projet d'instruction.

2. La position de la Chambre

Ceci étant, il ne pourra pas moins être utile pour le gouvernement de connaître la position de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics en prévision du moment où la question sera discutée une nouvelle fois, après la formation du nouveau gouvernement et après la désignation du responsable politique compétent pour la fonction publique.

La Chambre présente dès lors ci-après son avis sur la matière, non sans préalablement préciser clairement qu'elle s'oppose de façon catégorique à l'adoption du texte proposé ou d'un texte similaire, tant que des négociations appropriées n'ont eu lieu à ce sujet avec les représentants mandatés du personnel de la fonction publique. Dans tout Etat de droit, les autorités publiques se doivent de respecter strictement les accords qu'elles ont conclus. Pacta sunt servanda!

A ce stade, la Chambre ne voudrait en conséquence pas se perdre dans des détails relatifs à la formulation de tous les articles et paragraphes consacrés aux organes de gestion et de surveillance et à la direction des établissements, puisque les principes fondamentaux - comme la répartition des établissements sur différentes catégories à traiter différemment et le choix du régime statutaire ou contractuel pour le personnel - n'ont pas été clarifiés.

Quant au fond et en résumé, la Chambre estime que tous les établissements publics à caractère administratif au sens le plus large doivent conserver le statut public qui est usuel pour l'administration. Ce statut pourra, de cas en cas et selon les besoins dûment constatés, déroger ponctuellement aux règles générales applicables à la fonction publique.

Les dirigeants et le personnel de tous les établissements publics doivent en principe avoir un régime statutaire. Pour les établissements publics à caractère culturel, social et scientifique toutefois, certaines catégories de personnel limitativement définies pourront utilement avoir un régime contractuel, compte tenu de leurs missions très spécifiques.

Le problème du statut du personnel des établissements publics est suffisamment important pour qu'on ne laisse pas traîner la matière. Mais l'urgence n'est pas telle qu'on ne puisse prendre quelques jours ou semaines pour élaborer une solution appropriée et réfléchie. Les choix retenus dans le projet d'instruction ne trouvent en tout cas pas l'accord de la Chambre, qui doit mettre en garde les autorités politiques contre ce projet problématique.

A) Le contexte du débat

3. La mode est aux établissements publics ...

Au cours des dernières années, l'on n'a pas seulement assisté à l'augmentation du nombre des établissements publics, mais l'on a surtout dû constater une multiplication des solutions différentes retenues pour leur fonctionnement et pour leurs structures. Le manque de tout fil conducteur dans les choix retenus à propos des organes de gestion et de surveillance et à propos du statut du personnel rend indispensable à la fois une sérieuse réflexion d'ensemble et la définition d'une politique cohérente en la matière.

Il faudra fixer d'un côté des règles précises à observer lors de la création de nouveaux établissements publics, et il conviendra d'un autre côté d'adopter en parallèle une attitude résolue apportant également, du moins à terme, une ligne conséquente dans les structures et le fonctionnement des établissements publics qui existent déjà.

Pour justifier la création d'un établissement public, le gouvernement invoque normalement les rigidités du cadre administratif qui est imposé à la fonction publique, notamment sur le plan budgétaire et financier, et qui ne conviendrait pas, affirme-t-on, dans tel ou tel domaine précis qui serait mieux géré selon d'autres modalités. En règle générale, cette affirmation et l'appréciation sous-jacente ne sont pas étoffées par des arguments précis et convaincants.

Il est certes indéniable que les procédures imposées à l'administration publique sont contraignantes pour ceux qui ont à les appliquer; les fonctionnaires sont les premiers à le savoir. Ceci vaut d'ailleurs pour tous les domaines de la gestion publique. Ce n'est là toutefois pas une regrettable anomalie, mais bien la conséquence normale, prévisible, prévue et voulue de tous les contrôles que le législateur jugeait et juge souhaitables et indispensables pour assurer une administration convenable et contrôlable.

Si, dans des circonstances qui ont changé au fil des années, les modes de fonctionnement en question étaient désormais jugés inacceptables, le pouvoir politique pourrait à tout moment les modifier, de façon générale ou pour les seuls domaines déterminés où il le

jugé requis. Mais de simples problèmes d'application ne justifient en rien une abolition générale ou quasi générale de tous les contrôles et règles en question pour les remplacer par des modalités peu claires, qui n'ont pas fait leurs preuves et dont on n'a en rien démontré la prétendue supériorité.

La Chambre des Fonctionnaires et Employés publics, qui a le souci de préserver au pays un service public de haute qualité, ne voudrait nullement se faire le défenseur de rigidités bureaucratiques dépassées par les exigences du temps. Mais si les autorités gouvernementales n'ont pas entrepris ou entamé des réformes utiles ou nécessaires, elles ne peuvent pas déclarer inapproprié le mode de fonctionnement de l'administration publique et lui substituer des modalités discutables.

4. ... et à la privatisation

La décentralisation administrative par la multiplication des établissements publics doit être vue dans le contexte plus général de la privatisation des entreprises appartenant à l'Etat, du transfert d'activités du secteur public vers le privé dans des domaines de plus en plus nombreux, et de l'expansion démesurée du secteur dit "*conventionné*", dans lequel la surveillance devient souvent difficile, sinon impossible.

Constatant que la mode est aujourd'hui à la privatisation de l'action de l'Etat, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics s'inscrit en faux contre les arguments fallacieux qui sont avancés par les milieux ultra-libéraux avides de privatiser au maximum des fonctions traditionnelles de la souveraineté nationale ou d'intérêt général national.

Cet engouement repose sur le postulat de l'efficacité supérieure du secteur privé, donc des arguments qui ne sont en fait que des thèses non prouvées et non prouvables. S'il est possible en théorie de confier à des firmes privées la surveillance d'installations militaires, la gestion d'établissements pénitentiaires ou l'interrogation de prisonniers, est-ce vraiment une voie à suivre, même à supposer que ces solutions soient réellement moins coûteuses?

La politique luxembourgeoise en matière de privatisation des fonctions administratives et de cession des entreprises publiques ne poursuit heureusement pas encore de telles visées. Mais l'on a déjà entamé, dans le même esprit néo-libéral, le mouvement en direction d'une application des règles de gestion du secteur privé à des entités publiques, administratives ou non, même si elles sont appelées à rester, du moins pour le moment, sous le contrôle de l'Etat.

Les auteurs de certains projets législatifs semblent par exemple imbus de la conviction profonde que le contrôle budgétaire de l'Etat et de la Cour des Comptes sont moins performants et efficaces que les sociétés d'audit du secteur privé. Ce préjugé fait totalement abstraction de tous les scandales qui ont défrayé la chronique sur le plan international, à propos de l'incapacité flagrante de sociétés privées, mondialement les plus renommées dans la branche, à exercer un contrôle financier efficace.

5. Une réflexion sur une matière fort importante

Il faut rappeler que ce sont des faiblesses de gestion et des dysfonctionnements, prétendus ou réels, dans l'une ou l'autre structure publique semi-autonome, qui ont largement animé le débat public au Grand-Duché ces dernières années. On a constaté de l'inefficacité dans la surveillance par les instances politiques et des cumuls malsains de fonctions de gestion et de contrôle, même s'ils ne sont, le cas échéant, pas contraires à des dispositions légales précises.

Il faut retenir que la responsabilité des défaillances à l'origine de ces affaires relève très clairement de la sphère politique. Mais c'est en premier lieu la fonction publique luxembourgeoise dans son ensemble qui en a surtout fait les frais et qui voit son image publique ternie par ces affaires. Le temps est donc certainement venu de se pencher sérieusement sur le dossier des établissements publics, en examinant les principes essentiels qui sont à respecter, d'une part lors de la définition de leurs structures et rouages, et de l'autre dans leur fonctionnement quotidien.

Dans ce contexte, il convient de rappeler que les établissements conventionnés - totalement ou majoritairement financés à charge du

budget public - constituent à leur tour une tentation additionnelle pour échapper, pour la mise en œuvre de la politique du gouvernement, aux règles financières applicables à l'Etat. Les gaspillages et les dysfonctionnements y sont faciles à concevoir et plutôt difficiles à détecter.

B) L'analyse de la situation

6. Les établissements publics: une tradition éprouvée

Au Luxembourg, l'existence d'établissements publics a une certaine tradition. Il est néanmoins regrettable que l'expérience acquise en la matière n'ait pas encore fait l'objet d'une analyse systématique quelconque de la part du gouvernement. Un tel travail ne devrait pas moins constituer un préalable pour la définition d'une nouvelle politique en la matière.

Un tel effort aurait dû être fait par le gouvernement, avec le double objectif, d'une part, de voir si les exigences nouvelles auxquelles les établissements existants se voient confrontés n'appellent pas des innovations structurelles et pratiques, et, d'autre part, de s'inspirer concrètement de l'expérience acquise pour mieux définir les mécanismes de tout nouvel établissement à créer. On se serait également attendu à ce que le présent projet tienne dûment compte des deux études d'experts académiques étrangers que le gouvernement a commandées à propos du périmètre approprié de l'action de l'Etat et à propos des établissements publics.

Notre société moderne, avec ses progrès techniques et scientifiques rapides et avec sa division du travail très poussée, dominée par une économie de plus en plus spécialisée, confronte les administrations étatiques à des situations nouvelles et à des exigences croissantes. La surveillance de certains secteurs économiques, de certaines activités, de certains développements sociaux, exigent de la part de l'Etat un personnel, des structures et des outils très spécialisés pour exercer une surveillance efficace ou pour assurer un accompagnement administratif approprié.

C'est ainsi que, dans l'après-guerre immédiat, la surveillance administrative des banques a pu être exercée, pendant des années, par un simple service au sein du Ministère des Finances; ensuite, il est devenu évident, avec le développement du secteur bancaire et financier, que cette mission très particulière et exigeante devait être confiée à une institution ad hoc et à un corps d'agents publics fort spécialisés. Le succès exceptionnel de la place financière internationale de Luxembourg est dû en bonne partie, même de l'aveu général des acteurs privés dans ce secteur, à la souplesse de cette administration plusieurs fois réorganisée et à la détermination des responsables politiques du pays d'adapter constamment aux exigences du temps non seulement la législation mais encore les structures administratives.

7. Pour une administration non figée, mais évolutive

Ce n'est là qu'un exemple parmi d'autres. Il faut rappeler que toutes les études et les comparaisons internationales placent sans exception le Grand-Duché sur les tout premiers rangs pour ce qui est de l'efficacité de l'administration, pour ce qui est du climat offert aux opérateurs du secteur privé - n'en déplaise aux détracteurs professionnels réunis au sein de telle ou telle fédération patronale - et pour ce qui est de l'accueil réservé dans notre pays aux investisseurs étrangers.

Dans ce contexte, la création de nouveaux établissements publics peut des fois répondre aux exigences de plus en plus pointues auxquelles se voient confrontés les administrations et les responsables politiques. Le réflexe de transférer certaines fonctions de l'administration gouvernementale à des établissements publics, en leur donnant un cadre de fonctionnement qui ne suit pas à tous les égards les us et coutumes de l'administration centrale, peut donc paraître légitime en lui-même et ne doit pas être vu ipso facto avec suspicion.

Mais il est tout aussi vrai qu'une telle "*externalisation*" n'est pas souhaitable dans tous les cas et qu'elle doit toujours se faire dans le respect de certains grands principes. Différents désavantages et risques existent en la matière et ceux-ci doivent en conséquence être contenus ou évités par des mesures appropriées.

La Chambre n'est pas opposée en principe - ou par principe - à une saine diversification des structures de l'administration. Aussi n'aborde-t-elle ce sujet nullement avec une attitude négative et défensive. Mais elle regrette l'absence, depuis de longues années, d'une rigueur suffisante dans la réflexion et dans la démarche concrète du gouvernement.

8. De la cohésion dans la diversité

En parlant d'établissements publics, il faut souligner en premier lieu que leur fonctionnement quotidien répond à des exigences particulières qui diffèrent considérablement de cas en cas. Il s'ensuit qu'il est normal et justifié que les solutions adoptées divergent à leur tour dans le détail. L'exigence d'une réflexion cohérente et structurée sur la matière ne peut donc viser à appliquer à tous les établissements publics des solutions totalement uniformes à tous les égards.

Les réponses différenciées du législateur et du pouvoir réglementaire ne doivent pas moins être cohérentes entre elles; elles doivent répondre à une logique rigoureuse selon laquelle des situations identiques ou largement analogues obtiennent les mêmes solutions ou des solutions comparables. Il faut surtout qu'en toutes circonstances on adopte la solution qui est la plus appropriée dans l'intérêt public et non pas une solution quelconque retenue au hasard par l'auteur du projet de loi, selon son seul bon vouloir.

La création d'établissements publics vise - on l'a souligné - à assurer, pour la gestion de certaines activités de l'Etat, davantage de souplesse que n'en permettent les règles normales. Si l'on aboutissait toutefois à la conclusion que, dans les domaines les plus variés, les règles normales du service public ne conviennent pas aux exigences d'un fonctionnement optimal, il faudrait se demander s'il ne faut pas plutôt assouplir certaines des exigences administratives, sinon pour l'appareil étatique dans son ensemble, du moins pour de larges parts de celui-ci. Ce faisant, on pourrait maintenir intactes les structures institutionnelles de l'Etat, sans une généralisation de l'administration par établissements publics interposés.

Chaque fois que les règles en vigueur dans l'administration générale ne sont plus appropriées, il faut les adapter aux exigences du temps, plutôt que de les contourner sans l'avouer. Ce n'est donc pas le fait d'avoir omis d'ajuster en temps utile des règles désuètes dans l'administration qui autorisera le gouvernement à justifier une multiplication des établissements publics. La création d'un tel établissement ne doit pas représenter une solution de facilité, non justifiée par les circonstances réelles.

9. Des principes qu'on ne peut ignorer impunément

Dans toute réforme de l'administration publique, on ne peut ignorer impunément les grands principes qui ont mille fois fait leurs preuves. En matière de création d'établissements publics, il convient d'appliquer une grande prudence. Chaque établissement public à créer doit répondre à un authentique besoin, car chaque nouvelle division de la fonction publique comporte de sérieux désavantages et risques, même si ceux-ci ne sautent pas aux yeux dans tous les cas.

En ayant pleinement conscience de ces implications négatives, il faut les comparer aux avantages recherchés, et si l'on se décide ensuite pour l'innovation, il convient d'agir avec circonspection, dans le respect des règles essentielles, afin de préserver l'intérêt public face aux pressions particulières externes qui sont toujours présentes dans les réformes de l'appareil de l'Etat.

La multiplication excessive des établissements publics ne comporte pas seulement le risque de la dilution des responsabilités politiques du pouvoir exécutif, mais encore la création d'un certain vide juridique. Il ne suffit pas en effet de déclarer applicables les règles de fonctionnement du droit privé pour que toutes les responsabilités soient claires. Les structures concernées, créées par des législations spécifiques, seront dans leur essence "*de droit public*" et elles resteront soumises aux directives du pouvoir exécutif et au contrôle parlementaire, notamment sur le plan budgétaire.

A cheval sur le droit privé, civil ou commercial, et le droit public et administratif, le fonctionnement de ces entités sera caractérisé par une grande insécurité juridique et par une opacité évidente. Et il ne

se développera même pas de jurisprudence uniforme, si l'on persiste à définir au petit hasard pour chaque établissement public d'autres structures de gestion et de surveillance et d'autres dispositions plus ou moins originales, au lieu de développer un ensemble structuré et cohérent de règles applicables mutatis mutandis à tous les établissements.

L'indispensable cohésion de toute l'action de l'Etat, la nécessité du contrôle parlementaire sur les dépenses publiques et, de façon plus générale, l'exigence légitime d'un contrôle démocratique sur tous les rouages de l'Etat, compte tenu de la responsabilité politique du gouvernement pour l'exécution correcte des décisions du législateur: voilà autant de principes légaux et constitutionnels fondamentaux qu'on ne peut ignorer, dans le seul but de se faciliter un peu la vie aux dépens de l'intérêt public.

Encore une fois: si les règles de fonctionnement de l'administration publique sont trop lourdes, il faut avoir le courage de le dire ouvertement et de mettre en œuvre le nécessaire assouplissement. A noter que les lourdeurs administratives n'ont été ni inventées ni revendiquées par les fonctionnaires, et que ceux-ci en sont les premières victimes. Il ne faut pas penser que la fonction publique et sa chambre professionnelle seraient en faveur de règles excessives et inappropriées.

Mais si des circonstances précises rendent nécessaire de déroger ponctuellement à des règles normalement justifiées, il sera toujours nécessaire de s'expliquer à ce propos dans le cadre du processus de législation et de décider en bonne et due forme des modalités dérogatoires, chaque fois que c'est nécessaire, mais seulement lorsque c'est effectivement nécessaire.

C) Personnel: le choix bien défini non respecté

10. Pacta sunt servanda!

Pour le statut du personnel, le choix fondamental semblait définitivement fait: sur base des analyses et des conseils contenus dans l'étude qu'il avait commandée à l'Institut Européen d'Administration

Publique (IEAP) de Maastricht, le pouvoir exécutif a signé le 21 mars 2002 un accord avec la CGFP qui retient, pour le personnel de tous les établissements publics, le régime statutaire. Le passage consacré dans cet accord à la question a la formulation suivante: "*En exécution des recommandations de l'Institut européen d'administration publique de Maastricht, les lois ayant créé ou créant des établissements publics garantiront au personnel concerné le régime de statut public pour des raisons d'harmonisation, de transparence et d'équité.*"

Cet accord signé a - contrairement à une instruction du gouvernement en conseil - une valeur juridique contraignante, en tant que volonté clairement exprimée de deux parties contractantes. Il oblige donc le gouvernement à exécuter de bonne foi les termes convenus. En dépit de cette contrainte, l'Etat a continué à créer de nouveaux établissements publics dotés d'un statut de droit privé pour leur personnel, et il a omis d'entamer la mise en conformité du statut des établissements existants avec les normes de l'accord signé.

Il est permis de mentionner ici le cas exemplaire de la loi du 8 juin 2004 modifiant la loi modifiée du 7 août 1961 relative à la création d'un fonds d'urbanisation et d'aménagement du plateau de Kirchberg, une réforme pour laquelle l'avis de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics n'a même pas été demandé. Alors que le projet de loi déposé fin 2003 prévoyait pour le personnel du Fonds un "*contrat de louage de service de droit public*", le texte final de la loi votée et publiée prévoit un "*contrat de louage de service de droit privé*"! Que le gouvernement ait accepté un tel revirement en cours de procédure constitue sans nul doute une violation ouverte de l'accord signé avec la CGFP.

Encore que, dans ce cas précis, le gouvernement puisse faire valoir d'un point de vue formel que le législateur - en principe souverain - n'ait pas tenu compte des propositions du pouvoir exécutif! Une telle argumentation ne correspondrait toutefois pas aux réalités politiques, puisque le gouvernement lui-même ne s'est pas non plus privé, depuis la signature de l'accord en question, de déposer à la Chambre des Députés des projets de loi qui étaient, dès le stade de projet, en opposition flagrante avec l'accord signé.

Mentionnons notamment le statut du personnel pour l'établissement public "*Centre national de rééducation fonctionnelle et de réadaptation*" créé par la loi du 19 décembre 2003, celui prévu par une loi votée le 5 mai 2004 pour l'établissement public nommé "*Centre de musiques amplifiées*", ainsi que celui prévu par une loi votée le 19 mai 2004 pour l'établissement public "*Régie générale des transports publics*". Une solution analogue est également prévue pour le personnel du futur établissement public dénommé "*Centre national de gestion du trafic*" (document parlementaire N° 5208, projet de loi déposé le 23 septembre 2003).

11. Deux questions intimement liées

Pour ce qui est donc du statut du personnel, les faits relatés montrent que le gouvernement (du moins la coalition qui était en place jusqu'aux récentes élections) est déterminé à ne pas honorer tel quel son engagement du 21 mars 2002. La CGFP, de son côté, ne se dit pas opposée à un éventuel amendement de cet accord, de sorte qu'une solution plus différenciée est concevable. Celle-ci doit évidemment partir d'une typologie des établissements publics selon leur finalité et selon les exigences concrètes qui en découlent.

On ne pourra en aucun cas séparer la question du statut du personnel de celle des structures (organes dirigeants, surveillance, tutelle, etc.), même s'il s'agit de deux matières distinctes. Dans l'analyse du fonctionnement des établissements publics, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics s'intéresse évidemment en tout premier lieu au statut du personnel et au sort qui est réservé à toutes celles et à tous ceux qui doivent faire fonctionner au quotidien les structures en question. Mais au-delà, la Chambre a toujours eu le souci de faire apport, dans le débat public, de son savoir spécifique concernant la gestion des affaires publiques et de la grande expérience de ses affiliés.

Faut-il rappeler que l'administration n'est pas une fin en soi? Tout changement de son organisation doit se concevoir en tenant compte de ses objectifs fondamentaux. Les citoyens ont - de façon générale - droit, pour ce qui est de l'administration publique, à un traitement équitable et impartial, compétent et sérieux, en d'autres mots au ser-

vice public de qualité qui est dans la tradition de notre pays et qui est garanti depuis toujours par la fonction publique authentique.

Et les citoyens ont le droit d'attendre que les agents publics soient protégés par un régime statutaire solide qui présente un garde-fou contre l'arbitraire politique et politicien. En revanche, puisqu'il revient au pouvoir exécutif d'administrer le pays en toute responsabilité devant le peuple souverain, il n'est pas sage de créer, en matière d'administration publique, de nouvelles institutions largement autonomes, dans le principal but de décharger la classe politique de cette responsabilité.

En modifiant sensiblement les structures du service public - par exemple en créant des établissements publics - il ne faudra pas oublier ces priorités. La qualité du service public ne doit pas souffrir d'un tel changement interne à l'appareil étatique. D'où la nécessité de préserver, dans une telle éventualité, les structures de droit public pour la gestion et pour le contrôle et le régime statutaire pour tous les agents publics exerçant des fonctions administratives.

La Chambre souligne donc que le régime statutaire, avec ses droits et devoirs, ne s'impose pas seulement pour l'administration gouvernementale au sens restreint, mais aussi pour les autres administrations, y compris les établissements publics exerçant des missions de souveraineté ou d'intérêt général national. Pour d'autres établissements publics, des différenciations sont concevables, si l'on abandonne la ligne de l'accord accepté par le gouvernement en 2002. Pour ce faire, il faut ventiler les établissements publics selon leur finalité respective: malheureusement le projet d'instruction n'est à cet égard pas à la hauteur de ses ambitions.

D) Le périmètre de l'action de l'Etat

12. Repenser le rôle de l'Etat

Avant de procéder à la difficile classification des établissements publics selon leurs finalités administratives, il faut se poser des questions de fond sur le rôle de l'Etat moderne et sur le "*périmètre*" le plus approprié de son action. Une analyse d'ensemble, systématique

et rationnelle, est requise pour définir de bonnes normes pour l'avenir proche ou lointain.

À propos des établissements publics, une telle analyse doit forcément partir d'un inventaire complet de tous les cas existants et de toutes les hypothèses prévisibles. On ne peut donc se passer d'une liste complète et d'une analyse générale avec, dans chaque cas individuel, des renseignements chiffrés sur les effectifs et sur les missions et les ressources financières des établissements concernés.

Le propos de la Chambre n'est certainement pas de gonfler artificiellement le secteur public ou d'étendre indûment le périmètre de l'Etat et de la fonction publique. Il ne s'agit pas non plus de figer les structures existantes si elles ne correspondent plus aux réalités concrètes. Mais il importe de trouver pour les pourtours du secteur public une définition correcte, logique, rationnelle et appropriée, et pour les règles applicables des modalités qui sont identiques dans toutes les situations analogues, compréhensibles, objectives, nettes, justes, équitables et impartiales.

13. Ne pas privatiser la gestion du pouvoir exécutif

La multiplication d'établissements publics multiformes et à géométrie variable menace de faire perdre le contrôle des organes de l'Etat sur les activités du service public, de diluer et de disperser les responsabilités politiques et juridiques, de mettre en péril l'unité de la fonction publique. Ceci est particulièrement vrai dans le cas d'établissements publics administratifs, qui font normalement partie à part entière du pouvoir exécutif de l'Etat.

Concrètement: un projet de loi sur les transports publics récemment déposé prévoit un nouvel établissement public qui devra exercer notamment la mission d'une "*autorité organisatrice*", constatant et définissant les besoins du service public dans le secteur des transports en commun pour personnes, rédigeant des cahiers des charges compte tenu des moyens que l'Etat est disposé à engager, organisant l'attribution des marchés aux divers transporteurs privés et surveillant le respect des conventions conclues par les entreprises sélectionnées.

À ce propos, l'avis de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics consacré au projet en question rappelait "*le caractère sensible de la délégation à des établissements publics de fonctions relevant de l'exercice de la souveraineté nationale et du respect par de telles entités des principes du droit administratif. Se contenter de prévoir qu'un établissement public est géré 'dans les formes et selon les méthodes du droit privé' et que 'ses engagements sont réputés commerciaux' ne satisfait certainement pas à ces exigences. Sur ce point, le projet de loi n'est a priori pas conforme aux exigences de la Constitution.*"

Il est clair qu'un établissement public administratif, dont les missions couvrent des fonctions régaliennes de l'Etat, et qui participe ainsi au pouvoir public proprement dit, ne peut être géré que sous la responsabilité effective d'un membre du gouvernement politiquement responsable devant le Parlement, s'appuyant sur des fonctionnaires, membres de l'authentique fonction publique statutaire.

La Constitution réserve le pouvoir exécutif au Grand-Duc, c'est-à-dire au gouvernement secondé par les fonctionnaires assermentés de ses administrations, pour lesquels le code pénal prévoit des peines plus lourdes que pour les autres citoyens. Aussi n'est-il pas admissible qu'une loi normale donne une définition minimaliste de la fonction administrative.

14. Rendre à César ce qui revient à César

Le projet d'instruction du gouvernement en conseil touche même à la question du périmètre de l'Etat, quand dans l'article 3, point 1., il invite les ministres introduisant un projet de loi concernant un nouvel établissement public à présenter les arguments "*susceptibles de démontrer que ni l'option d'une simplification administrative (...) ni celle d'une privatisation n'ont pu être retenues.*" Mais le texte ne donne pas de directives politiques à ce propos.

Or, la question décisive est précisément celle de savoir dans quels cas de figure il est opportun d'envisager l'abandon de l'activité en question au secteur privé, et dans quelles circonstances il est préférable de la maintenir dans l'administration proprement dite. Le texte

proposé n'essaie pas d'apporter des éléments de réponse, et il ne dépasse donc pas les réflexions encore assez vagues formulées à propos du rôle de l'Etat dans l'étude commandée par le gouvernement aux professeurs Roux et Scoffoni de l'Université d'Aix-Marseille III.

Les études académiques externes peuvent utilement soulever les questions pertinentes et montrer les principales implications des diverses voies possibles, mais c'est aux responsables politiques de faire les choix nécessaires. Le projet d'instruction du gouvernement en conseil n'aborde pas sérieusement les questions qui se posent à cet égard et il apporte encore moins des réponses claires.

La "note" ministérielle que l'article 3 du projet prévoit d'épingler sur chaque nouveau projet de loi a certes le mérite de rendre attentives à certains aspects les administrations chargées de rédiger de tels nouveaux projets, mais le projet d'instruction ne les oriente guère. La discussion sur les solutions pratiques à adopter dans chaque cas individuel sera ainsi, à l'avenir comme dans le passé, recommencée à chaque fois, et le choix sera encore chaque fois fait ad hoc, en dehors de toute réflexion d'ensemble.

E) Des solutions réfléchies et sensées

15. Une typologie plus que discutable

Le projet d'instruction part d'une ventilation des établissements publics selon leur finalité qui suit, sans examen suffisamment critique, la typologie usuelle des théoriciens français, distinguant en ordre principal des "*établissements publics administratifs*" (EPA), des "*établissements publics industriels et commerciaux*" (EPIC) ainsi que des "*établissements publics mixtes*". Dans le projet sous avis, ces derniers sont qualifiés d'"*établissement public à caractère culturel, social et scientifique*" (EPCSS), alors que manifestement la conjonction "*ou*" serait ici plus appropriée que la conjonction "*et*".

La typologie française reflète un paysage politique marqué par la tradition étatique d'un pouvoir fortement centralisé, d'une République une et indivisible, qui seule détient et délègue tout pouvoir, de sorte que les établissements "*autogérés*" sont plutôt insignifiants

en France. La typologie française se transpose dès lors assez difficilement dans le contexte politique luxembourgeois.

Il suffit de penser à toutes les structures non gouvernementales (en premier lieu aux diverses chambres professionnelles) et à toutes les institutions à contrôle paritaire (notamment aux établissements de la sécurité sociale) pour se rendre compte que, dans notre pays, les "*établissements publics administratifs*" ne sont pas tous nés d'une simple décentralisation ou déconcentration des fonctions administratives gouvernementales.

Dans les cas mentionnés (chambres professionnelles et sécurité sociale), le législateur a bien tenu compte de la nécessaire autonomie de ces institutions par rapport au gouvernement, quand il a défini leurs rouages et mécanismes de décision ainsi que la composition de leurs organes dirigeants, et quand il a mis au point les instruments de surveillance et de tutelle gouvernementales.

Les auteurs du projet d'instruction auraient en tout cas bien fait de tenir compte également du chapitre que l'IEAP de Maastricht a consacré aux collectivités publiques de droit allemand, non issues du pouvoir central et ne dépendant pas de lui, et pourtant pleinement soumises aux saines règles du secteur public.

16. Une ventilation incompréhensible sinon inacceptable

Les distinctions reprises à l'article 2 du projet sont difficiles à interpréter. C'est ainsi qu'on se demande quels établissements peuvent être "*à caractère industriel et commercial*", sachant que ces termes signifient, selon la formulation de l'étude de l'IEAP (p. 26), "*sous le rapport du contenu économique de l'activité: il s'agit de fabriquer, d'acheter, de vendre*".

Les deux grands cas que l'on voit, à savoir l'Entreprise des Postes et Télécommunications et la Banque et Caisse d'Épargne de l'État, sont exclus du champ d'application de l'instruction en vertu de l'article 1^{er}, alinéa 3. À moins que l'État ne se mette subitement à créer des entreprises commerciales, l'on voit dès lors mal quels établissements

pourraient être visés ici. Une liste exhaustive serait d'une grande utilité pour voir plus clair.

Une lacune évidente du texte proposé est en effet l'absence d'une liste des établissements publics existants couverts par le projet d'instruction ainsi que de la ventilation de tous ces établissements selon les trois catégories retenues. Une telle liste permettrait de saisir le sens concret des définitions de l'article 2, surtout aussi pour ce qui concerne les nouveaux établissements publics devant encore être créés à l'avenir.

Cette lacune est d'autant plus regrettable qu'une version antérieure du projet avait comporté une telle liste, qui illustre toutefois surtout la compréhension discutable que les auteurs donnaient aux termes de l'article 2. Ne devrait-il pas être évident qu'aucun établissement culturel vivant totalement ou en ordre principal de subventions publiques ne peut être "*comparable à une entreprise privée*"?

L'on devra prévoir, dans tous les cas où ceci est utile ou nécessaire, un statut de droit privé pour les personnels à recruter dans les catégories déterminées de collaborateurs, p. ex. pour les journalistes et animateurs de la radio socioculturelle, pour des chercheurs dans les centres de recherche publics ou pour des artistes employés par des établissements publics pour des périodes déterminées.

Mais il n'y a pas de motif pour que, dans l'administration d'une institution culturelle, on se contente de dirigeants ou de personnels ne répondant pas aux normes définies pour le service public. S'il est permis de déroger ponctuellement aux règles usuelles, on pourra le faire moyennant une justification sérieuse, mais il n'est pas acceptable d'abolir les règles sans motif valable.

17. La qualité d'établissement public ne dépend pas du seul nom

Quelles entités juridiques futures doivent être couvertes par les dispositions de l'instruction proposée? Le critère ne peut de toute évidence pas se réduire à la seule présence, dans le nom respectif, des mots "*établissement public*".

Qu'un exemple pris au hasard illustre l'intérêt de cette question. Selon les critères de l'étude de l'Institut Européen d'Administration Publique de Maastricht, il est évident que "*l'agence luxembourgeoise pour la coopération au développement*", en bref "*Lux-Development*", est un établissement public administratif. La seule mission de cette structure est en effet de "*dépenser*" dans des conditions optimales les fonds publics luxembourgeois destinés à l'aide au développement, ses ressources provenant intégralement du budget de l'Etat.*

Le seul fait que, pour réaliser son initiative, l'Etat ait arbitrairement choisi la forme d'une société anonyme et qu'il ait invité des actionnaires minoritaires à se joindre à lui, ne constitue certainement pas un critère décisif pour refuser d'y voir un vrai établissement public. Il s'agit de toute évidence d'un bras prolongé du Ministère compétent pour exécuter la politique gouvernementale d'aide au développement, au moyen des crédits budgétaires votés par le Parlement. L'essence des sociétés anonymes est la réunion de capitaux pour exercer des activités lucratives: une telle société proclamant ne pas viser des profits est une anomalie, voire une perversion, et certainement pas une structure normale pour gérer un service public.

Le cas n'est pas unique: mentionnons la société anonyme Lux-Airport, qui reprend depuis quelque temps des tâches qui auraient pu être gérées par l'administration de l'aéroport. Les détails de sa mise en place sont exemplaires pour l'absence de procédures correctes et

* Sur le site Internet de l'agence, on apprend que "*LUX-DEVELOPMENT est l'Agence Luxembourgeoise pour la Coopération au Développement du gouvernement luxembourgeois pour la quasi-totalité des projets bilatéraux financés par le Grand-Duché de Luxembourg et pour certaines interventions d'urgence ou d'aide alimentaire. A ce titre, elle gère en permanence, pour le compte du Ministère des Affaires étrangères, une centaine de projets financés à partir d'un budget global du Ministère des Affaires étrangères. Les déboursements effectués par Lux-Development dans l'intérêt des projets (travaux, équipements, formation, assistance technique, micro-crédits) ont dépassé 41 Mio EUR en 2001. L'équipe permanente de Lux-Development comprend une cinquantaine de collaboratrices et collaborateurs. Elle est appuyée sur le terrain par une centaine d'experts et de consultants, nationaux et internationaux. (...) Les services de l'Agence sont rémunérés sous forme d'une commission forfaitaire calculée sur les fonds effectivement déboursés chaque mois dans l'intérêt des projets en gestion. Depuis 1996, la commission est de 7%. (...) LUX-DEVELOPMENT est une société anonyme dont le capital est détenu par l'Etat (61%), par des associations professionnelles, des bureaux d'études, des banques et des entreprises industrielles. Cette forme juridique de droit privé a été souhaitée par l'Etat qui a ainsi voulu démontrer sa détermination de doter l'Agence d'une autonomie, d'un style de gestion, d'une efficacité et d'une flexibilité que l'on ne rencontre pas toujours dans les établissements publics ou dans l'Administration. Quoique de forme commerciale, la société ne recherche pas le profit. Elle ne distribue ni bénéfices, ni dividendes, ni tantièmes.*"

d'un débat politique sur la question: le passage afférent du texte de la loi a même laissé ouverte la question si les tâches en question devaient être exercées par un établissement public ou privé, alors que la société anonyme avait été créée longtemps avant le vote de la loi en question.

Autre exemple à considérer: l'Office national du tourisme. Alors qu'elle est gérée en partenariat avec les communes et les structures associatives et professionnelles du secteur en question, cette structure est un outil majeur de la promotion touristique financée pour l'essentiel par le ministère compétent. À ce titre, elle est certainement un établissement public au sens des études des experts de Maastricht et d'Aix-Marseille III, ce qui est d'ailleurs illustré par l'existence d'une proposition de loi d'initiative parlementaire, déposée le 30 janvier 2003, pour la création d'un établissement public nommé "*Institut national du tourisme*".

Il ne revient pas à la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics de dresser ici un inventaire complet des établissements visés par le projet d'instruction. Que les quelques exemples mentionnés suffisent pour illustrer que le projet d'instruction et son contenu doivent être accompagnés de précisions et d'explications! Une instruction du gouvernement en conseil dont la formulation est à la hauteur des exigences d'une gestion publique saine ne se conçoit donc guère sans un examen préalable de toute la matière. Celui-ci soit n'a pas été mené, soit n'est pas reflété dans le projet.

18. Se garder d'innovations fantaisistes

Les déficits évidents du projet peuvent s'illustrer à l'aide d'exemples. Ainsi, en lisant l'article 4, on se demande pourquoi des établissements publics administratifs, naissant par déconcentration de missions administratives auparavant exercées dans un ministère ou une administration classique, doivent obtenir un organe dirigeant à composition tripartite, avec des personnes externes au secteur public. Du point de vue politique, cette proposition constitue une vraie aberration.

C'est tout comme si l'on décidait d'introduire des représentants de la société civile dans la direction de chaque administration publique. Dans la lignée de cette démarche, la CGFP ou la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics devraient se sentir en droit de revendiquer voix et siège au sein du conseil de gouvernement. Cette vision est absurde? Certes, mais une telle solution est-elle plus sensée dans le cas des établissements publics, qui restent forcément sous tutelle ministérielle?

Est-il utile, pour assurer un contrôle efficace de la gestion des établissements publics, d'alourdir les procédures avec un auditeur privé, alors qu'il s'agit d'alléger les contraintes? Il manque la preuve que les établissements ont tous indistinctement besoin d'un conseil d'administration, d'un président à côté du directeur, d'un audit externe, etc. Et le choix des structures doit cesser d'être toujours tranché au cas par cas, sans aucun fil conducteur.

F) Conclusions

En conclusion, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics estime que, compte tenu des engagements pris antérieurement par le gouvernement, le texte d'une instruction du gouvernement en conseil doit surtout clarifier, au-delà de tout doute:

- que cet accord s'applique, indépendamment de la dénomination ou de la construction juridique, à toutes les nouvelles entités à créer par l'Etat, y compris les solutions les plus inventives (sociétés commerciales, associations sans but lucratif, fonds, fondations, etc.) et les plus indirectes (recours à des co-actionnaires publics et privés, des prête-noms, etc.);
- que les dispositions de cet accord s'imposent également à tous les cas de contournement des règles et des principes applicables à la fonction publique constatés ces dernières années, et qu'il y a lieu d'arrêter un calendrier précis pour discuter et fixer les modalités d'une régularisation à ce propos;
- que le concept d'"*établissement public administratif*" couvre toutes les entités remplissant des tâches administratives du service public, indépendamment du secteur d'activité concerné (culturel, social, etc.), et que, pour tout le personnel de ces établissements publics, le statut de droit public soit en principe

toujours de rigueur, étant entendu que des lourdeurs administratives existantes sont à combattre dans l'ensemble du service public;

- que parmi les établissements à caractère administratif l'on compte notamment le fonds d'urbanisation et d'aménagement du plateau de Kirchberg, le fonds de rénovation de la vieille ville, le fonds pour le développement du logement et de l'habitat, le fonds d'assainissement de la Cité Syrdall, le fonds Belval, le fonds de lutte contre le trafic de stupéfiants, le fonds culturel, le fonds national de recherche, l'office du ducroire, l'institut national pour le développement de la formation professionnelle continue, etc.;
- que les statuts du personnel de l'EPT et de la BCEE, qui ont en leur temps fait l'objet d'un accord négocié, ne soient pas remis en question;
- que pour les établissements publics à caractère non administratif, notamment dans le domaine des soins et de la santé, certaines dérogations et modulations objectivement justifiées soient concevables, après qu'un inventaire complet ait été dressé et discuté, tenant compte notamment de la nature des missions accomplies (distinguant le service public comme activité unique et non lucrative des diverses activités que certaines entités publiques offrent en parallèle avec des prestataires d'origine privée) et tenant compte des situations de fait qui existent;
- que le personnel administratif de tous les établissements à finalité culturelle ou scientifique doive toutefois être régi par le régime statutaire;
- que pour la gestion des établissements publics on distingue nettement entre le rôle des contrôleurs (les hauts fonctionnaires collaborateurs directs des ministres au sein des ministères de tutelle) et celui des contrôlés (les gestionnaires des établissements publics et membres de leurs organes de direction), les confusions actuelles étant hautement préjudiciables à l'image de la fonction publique dans son ensemble.

Ainsi délibéré en séance plénière le 29 juin 2004.

Le Directeur,

G. MULLER

Le Président,

E. HAAG