

Projet de loi

modifiant et complétant

- a) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat;**
- b) la loi modifiée du 27 janvier 1972 fixant le régime des employés de l'Etat;**
- c) la loi modifiée du 15 juin 1999 portant organisation de l'Institut national d'administration publique.**

Avis du Conseil d'Etat

(20 octobre 2009)

Par dépêche du 28 avril 2009, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi modifiant et complétant a) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat; b) la loi modifiée du 27 janvier 1972 fixant le régime des employés de l'Etat; c) la loi modifiée du 15 juin 1999 portant organisation de l'Institut national d'administration publique. Le texte du projet, élaboré par le ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative, était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles et d'une fiche financière.

L'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics n'a pas encore été communiqué au Conseil d'Etat à la date de l'adoption du présent avis.

Considérations générales

Le projet sous avis a principalement pour objet d'ouvrir la fonction publique aux ressortissants communautaires, tout en réservant l'accès aux postes comportant une participation à l'exercice de la puissance publique aux ressortissants luxembourgeois. Le projet fait suite à un avis motivé de la Commission européenne du 27 juin 2007 estimant que la législation luxembourgeoise en matière d'accès à la fonction publique n'est pas conforme au droit communautaire.

Se passant d'une reproduction intégrale des considérations générales, formulées dans son avis du 3 mars 1998 relatif au projet, devenu entretemps la loi du 17 mai 1999 concernant l'accès des ressortissants communautaires à la fonction publique luxembourgeoise (doc. parl. n° 4325⁴), le Conseil d'Etat se limitera à une analyse succincte de la problématique dont traite le projet sous revue.

Si l'article 48, paragraphe 4, du Traité CE (actuellement article 39) comporte une exception au principe de la libre circulation des travailleurs pour « les emplois dans l'administration publique », la jurisprudence

constante de la Cour de justice des Communautés européennes écarte une interprétation institutionnelle de cette notion au profit d'une notion fonctionnelle. En faisant dépendre l'application de l'article 48, paragraphe 4 de la nature juridique du lien qui unit l'agent à l'administration, on donnerait aux Etats membres la possibilité d'étendre à leur gré le nombre d'emplois couverts par cette disposition d'exception¹. Pour la Cour, seuls les emplois « qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique » et les fonctions « qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques » sont placés hors du champ d'application du principe de la libre circulation des travailleurs.

La loi du 17 mai 1999 avait maintenu la condition de la nationalité luxembourgeoise pour l'accès à la fonction publique, tout en y dérogeant pour les secteurs de la recherche, de l'enseignement, de la santé, des transports terrestres, des postes et télécommunications et de la distribution de l'eau, du gaz et de l'électricité.

Dans son avis précité du 3 mars 1998, le Conseil d'Etat avait observé:

« Enfin, le Conseil d'Etat rend attentif au fait que la mise en application des dispositions du présent projet ne décharge pas l'Etat luxembourgeois de prendre dans les années à venir les mesures législatives pour permettre aux ressortissants communautaires d'accéder également à des emplois publics dans d'autres secteurs que ceux retenus dans le présent projet de loi.

Dans la suite de cette réflexion, le Conseil d'Etat ne s'opposerait pas si le législateur luxembourgeois adoptait une solution comparable à celles prises par les législateurs belge et allemand qui ont ouvert l'ensemble de la fonction publique aux ressortissants communautaires et n'appliquent que l'exception que prévoit le paragraphe 4 de l'article 48 du Traité.

Dans cette démarche le texte du paragraphe 1 a) de l'article 2 pourrait s'inspirer du texte de la loi allemande du 20 décembre 1993, malgré la distinction que le droit administratif allemand fait entre le « Beamte » et le « Angestellte », et prendre la teneur suivante:

« a) posséder la nationalité d'un Etat membre de l'Union européenne. Toutefois la nationalité luxembourgeoise est requise pour les emplois à déterminer par règlement grand-ducal, qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique ou aux fonctions ayant pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques. » »

Comme après de multiples péripéties le Gouvernement reprend actuellement le texte proposé à l'époque par le Conseil d'Etat, celui-ci ne peut évidemment que se rallier à l'approche du présent projet.

Le Conseil d'Etat avait encore noté qu'il « est conscient que sa proposition ne supprimera pas d'un coup de baguette magique toutes les difficultés résultant du classement de l'emploi dans des situations limites ».

En l'absence du projet de règlement grand-ducal devant préciser les modalités et critères d'application permettant de déterminer les emplois

¹ Arrêt du 16 juillet 1987, Commission contre Italie, affaire 225/85, attendu 8)

réservés aux seuls ressortissants luxembourgeois, le Conseil d'Etat doit se remettre à l'esquisse tracée dans la prise de position du Gouvernement du 9 janvier 2009 relative au litige collectif généralisé l'opposant à la Confédération générale de la fonction publique (CGFP) en matière d'ouverture de l'accès à la fonction publique luxembourgeoise à des ressortissants communautaires non luxembourgeois. D'une manière générale, le Conseil d'Etat peut se rallier aux critères prévus. Il se réserve cependant d'y revenir au moment où il serait saisi du projet de règlement envisagé.

A l'instar de la loi précitée du 17 mai 1999, le projet reproduit le texte envisagé pour les fonctionnaires de l'Etat dans la loi modifiée du 27 janvier 1972 fixant le régime des employés de l'Etat. Si le Conseil d'Etat peut évidemment se rallier à l'ouverture pour les ressortissants communautaires, il rappelle cependant en ce qui concerne cette catégorie d'agents publics les incohérences fondamentales de notre droit de la fonction publique.

Dans son avis précité du 3 mars 1998, il avait observé à cet égard:

« Il est incontestable qu'un certain nombre d'employés de l'Etat participent, en raison de leur fonction, à l'exercice de la puissance publique. En revanche, il existe des agents qui ont le statut de fonctionnaire qui ne participent pas à l'exercice de la puissance publique.

Cette situation paradoxale qui s'est développée au fil du temps n'est cependant pas satisfaisante alors que logiquement ce seraient les fonctionnaires qui participent à l'exercice de la puissance publique et que les employés de l'Etat n'y participent pas. Le droit administratif allemand fait et applique cette distinction. Le Conseil d'Etat estime que, dans le cadre de la réforme administrative, il pourrait être mis fin à cette anomalie par une délimitation claire et nette entre les attributions des fonctionnaires et celles des employés de l'Etat. »

A l'examen du projet, le Conseil d'Etat note l'absence de tout dispositif modificatif de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux, alors même que l'article 2 de cette loi réserve l'accès à la fonction publique communale à la condition de la nationalité luxembourgeoise. Comme il n'y a aucun doute que la fonction publique communale relève en droit communautaire du même régime juridique que la fonction publique étatique, il n'est guère à admettre que les autorités communautaires puissent se satisfaire d'arguments dilatoires tirés du lexique des particularismes sectoriels luxembourgeois. Il en est de même pour le Conseil d'Etat, qui de par sa loi organique a l'obligation de mentionner la contrariété des projets aux normes internationales. Aussi, devrait-il s'opposer formellement au présent projet, en l'absence d'un dispositif approprié pour la fonction publique communale, dispositif qu'il proposera par la suite.

L'exposé des motifs insiste, certainement pour répondre aux attentes du groupement représentatif de la fonction publique, sur l'importance de la connaissance adéquate des trois langues administratives du pays, alors même que, quant au fond, rien ne change par rapport à la loi du 17 mai 1999, qui conditionne l'accès à la fonction publique par la connaissance linguistique adéquate. Le Conseil d'Etat ne peut donc pas suivre les auteurs

du projet lorsqu'ils prévoient pour le contrôle linguistique pas moins de six (6) nouveaux emplois, par dérogation au « *numerus clausus* » budgétaire. La fonction publique ne disposerait-elle pas d'un nombre suffisant d'agents « pouvant se prévaloir de préférence d'une formation en linguistique française et en linguistique allemande », disposés à donner à titre accessoire et contre indemnisation appropriée des cours aux futurs agents publics et à assurer un contrôle des connaissances linguistiques? Le Conseil d'Etat ne saurait admettre un tel gaspillage de deniers publics, surtout par les temps qui courent.

Finalement, le Conseil d'Etat se demande si le projet ne devrait pas être complété par une disposition transitoire permettant la fonctionnarisation des ressortissants communautaires, engagés, à défaut de candidatures appropriées de la part des ressortissants luxembourgeois, sous le régime des employés de l'Etat. Ces emplois ont été énoncés annuellement dans la loi budgétaire. Désormais, les administrations pourront procéder au recrutement de ressortissants communautaires pour des emplois spécialisés, tels par exemple des informaticiens, sous le régime des fonctionnaires, alors qu'à défaut de dispositif approprié d'autres personnes recrutées sous le biais de la loi ancienne demeureront sous le régime des employés de l'Etat. Ces derniers pourront appuyer pertinemment sur le droit communautaire leurs revendications à l'effet d'avoir les mêmes perspectives de carrière que leurs collègues plus jeunes. Le Conseil d'Etat fera une proposition de texte à cet effet.

*

Examen des articles

Intitulé

En raison de l'insertion du secteur communal dans le texte proposé, l'intitulé est à compléter et prend la teneur suivante:

« Projet de loi modifiant et complétant

- a) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat;*
- b) la loi modifiée du 27 janvier 1972 fixant le régime des employés de l'Etat;*
- c) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux;*
- d) la loi modifiée du 15 juin 1999 portant organisation de l'Institut national d'administration publique ».*

Article 1^{er}

Les points 1 et 2 ne donnent pas lieu à observation.

Le point 3 ne donne pas lieu à observation quant au fond. Quant à la forme, il y a lieu de se demander si la modification doit viser l'alinéa 2 ou l'alinéa 3. Si la modification envisagée de l'alinéa 2 est certes cohérente avec la loi du 17 mai 1999, d'après le texte coordonné publié, il s'agirait toutefois plutôt de l'alinéa 3. Dans le doute, il y aurait lieu de légiférer sur

une version consolidée du paragraphe 1^{er} de l'article 2 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat.

Le point 4 vise à renforcer la protection des représentants du personnel. Même si cette disposition ne rentre pas dans l'objet du projet, le Conseil d'Etat ne s'oppose pas à l'insertion d'une mesure envisagée par l'« accord salarial » pour la fonction publique.

Article 2

Les points 1 à 3 ne donnent pas lieu à observation.

Sous les points 4 et 5, les auteurs profitent encore pour modifier différentes dispositions techniques du régime des employés de l'Etat. Le Conseil d'Etat ne s'y oppose pas, même s'il a des réticences à voir surchargé un projet destiné à répondre primordialement à des exigences du droit communautaire par le règlement de toutes sortes d'autres questions.

A la suite de l'article 2, il y a lieu d'insérer un article 3 nouveau portant sur la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux. Le Conseil d'Etat renvoie à ce sujet à ses considérations générales. L'article 3 nouveau prendra la teneur suivante:

« **Art. 3.** L'article 2, paragraphe 1^{er}, de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux est modifié comme suit:

1. Le point a) prend la teneur suivante:
« a) être ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne, ».
2. Au point f), le terme « adéquate » est remplacé par les termes « adaptée au niveau de carrière ».
3. L'alinéa 2 prend la teneur suivante:
« Toutefois, la condition de la nationalité luxembourgeoise est requise pour les emplois qui 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 personnes morales de droit public. Un règlement grand-ducal peut préciser les modalités et critères d'application du présent alinéa. »

Le Conseil d'Etat invite le Gouvernement à procéder incessamment à une modification du règlement grand-ducal du 15 novembre 2001 concernant le régime des employés communaux pour le mettre en conformité avec le droit communautaire et les dispositions du présent projet.

Article 3 (4 selon le Conseil d'Etat)

Au point 1, sous b), le libellé de l'alinéa 1 du paragraphe 2 serait à compléter pour tenir compte de l'article 3 nouveau et se lirait comme suit:

« 2. L'Institut est chargé d'organiser le contrôle de la connaissance des trois langues administratives prévu à l'article 2, paragraphe 1^{er}, alinéa 1, sous f) de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, à l'article 3, alinéa 1, sous e) de la loi modifiée du 27 janvier 1972 fixant le régime des employés de l'Etat et à l'article 2, paragraphe 1^{er}, alinéa 1, sous f) de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux. »

Le point 4 prévoit que les employés de l'Etat bénéficiant d'un contrat à durée indéterminée sont tenus de suivre au cours des deux premières années un cycle de formation de début de carrière. Le Conseil d'Etat n'entend pas se prononcer sur l'opportunité de cette mesure. Toutefois, dans la mesure où l'article 9bis envisagé définit son champ d'application par renvoi à des règlements grand-ducaux, il ne respecte pas la hiérarchie des normes juridiques. Sous peine d'opposition formelle, les renvois à différents règlements grand-ducaux sont donc à remplacer soit par un renvoi à la loi modifiée du 27 janvier 1972 fixant le régime des employés de l'Etat, soit par l'énumération des différentes carrières envisagées dans le texte de la loi.

Article 4 (5 selon le Conseil d'Etat)

Pour les raisons énoncées dans le cadre des considérations générales, le contenu et l'intitulé de l'article 4 sont à supprimer, pour être remplacés par des dispositions transitoires, qui pourraient se concevoir comme suit:

« Dispositions transitoires

Art. 5. Les titulaires des emplois prévus à l'article 11, paragraphe 1^{er} de la loi du 19 décembre 2008 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2009 sont admis en qualité de fonctionnaires de l'Etat dans les carrières reprises à l'annexe D de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat, sous condition de satisfaire aux dispositions de l'article 2, paragraphe 1^{er}, alinéa 1, sous a) à f) de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat et d'avoir subi avec succès un examen de contrôle, dont le programme est fixé pour chaque administration et chaque carrière par règlement grand-ducal.

Les dispositions de l'alinéa qui précède sont applicables par analogie aux fonctionnaires communaux régis par la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux. »

Article 5 (6 selon le Conseil d'Etat)

Le dispositif concernant l'entrée en vigueur ne donne pas lieu à observation, sauf à redresser le renvoi à l'article 3, point 1.b) qui est à remplacer par un renvoi à l'article 4, point 1.b).

Ainsi délibéré en séance plénière, le 20 octobre 2009.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Alain Meyer