

APL, ASTI, CCPL, FAAL, FAEL, FNCTTFEL-
Landesverband, LCGB, OGBL, SeSoPi – CI, SYPROLUX,

Avis du

Projet de loi 6031 concernant l'accès à la fonction publique

Les signataires saluent le projet qui va concrétiser une véritable ouverture de la fonction publique aux citoyens de l'Union européenne en renversant le principe en cours, à savoir un accès exceptionnel. Dorénavant l'accès sera la règle, les exceptions étant énumérées exhaustivement.

Il y a lieu de regretter

- que le législateur ne devienne actif que sous l'impulsion communautaire pour se conformer au droit communautaire
- que cette façon de faire peut accréditer l'idée qu'il s'agirait d'un diktat de Bruxelles, alors que c'est la suite d'un cadre juridique communautaire mis en place par les Etats – membre, dont le Luxembourg, membre fondateur et qu'il s'agit de concrétiser un pilier important de la communauté européenne, à savoir la libre circulation des citoyens et de la main d'œuvre, corollaire indispensable à la libre circulation des capitaux, des marchandises et des services.
- que les projets de règlements grand-ducaux ne sont pas encore disponibles et n'étaient pas accessibles au Conseil d'Etat au moment où celui-ci a rédigé son avis. Dans le cas présent, ils sont de la plus haute importance, puisque les postes réservés aux nationaux y seront énumérés.

Même si le présent projet de loi a pour but d'ouvrir la Fonction publique **aux** ressortissants de l'Union Européenne, les signataires considèrent que le législateur devrait profiter de l'occasion pour introduire en matière d'accès à la fonction publique, nationale ou communale, l'égalité de traitement entre ressortissants de pays tiers et ressortissants de l'Union européenne

Ils rendent aussi attentifs à l'importance que le niveau de connaissance linguistique soit raisonnable et nécessaire à la bonne exécution des tâches, **en respectant** le principe de proportionnalité.

Dans le présent avis les signataires aborderont les volets suivants

- a) le contexte procédural
- b) le contexte de fonds
- c) l'identité du Luxembourg
- d) la fonction publique au service de la société
- e) dans un langage moins juridique
- f) le volet juridique
- g) la participation à l'exercice de la puissance publique
- h) le niveau communal

- i) quant aux exigences linguistiques
- j) quelques considérations supplémentaires

a) le contexte procédural

L'accès à la fonction publique des citoyens de l'Union européenne est un acquis de longue date.

Le Luxembourg a beaucoup tardé à s'y conformer. Dernière action en cours de la Commission européenne : un avis motivé du 27 juin 2007

Le gouvernement précédant avait déjà inscrit dans son programme gouvernemental la mise en conformité de la législation avec le dispositif communautaire.

Dans les coulisses des tergiversations ont eu lieu avec le principal syndicat de la fonction publique, il y a eu médiation et non – conciliation, alors qu'il s'agissait essentiellement de se mettre en conformité avec le droit communautaire pour éviter une nouvelle condamnation de l'Etat luxembourgeois par la Cour de Justice des Communautés européennes.

Cette façon de faire suscite la surprise des non – initiés et de l'opinion publique comme s'il s'agissait d'un diktat de « Bruxelles » alors que nous assistons à la non observation du droit communautaire par le Luxembourg. Pareille façon de faire ne contribue pas à augmenter la confiance du citoyen lambda dans le fonctionnement des institutions européennes !

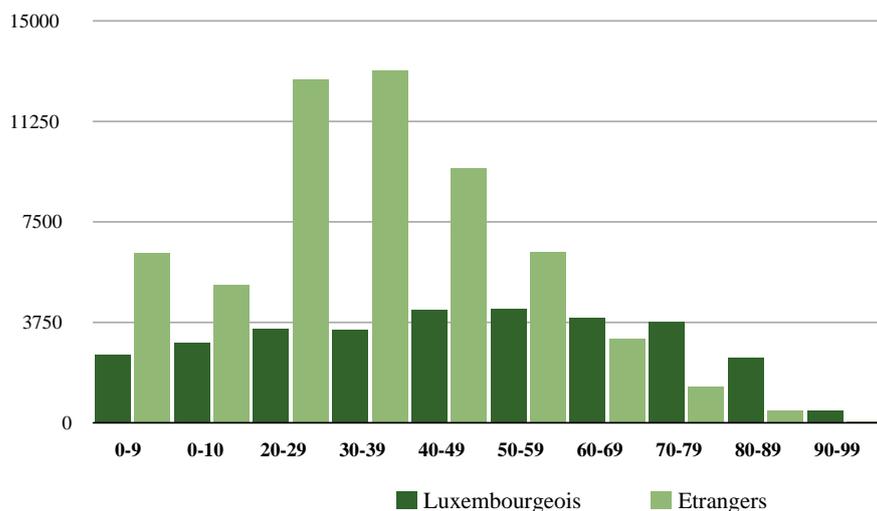
Le dépôt du projet de loi 6031 s'est fait dans la plus grande discrétion le 22 avril 2009, discrétion observée par toutes les forces politiques et passé sous silence lors de la campagne électorale.

b) Le contexte de fonds

La société luxembourgeoise fait de plus en plus appel au savoir faire et à la main d'œuvre non-nationale dans le secteur privé.

Une société à deux vitesses semble s'installer, la vitesse normale du corps électoral qui représentait aux élections de juin 2009 encore 45,6% de la population résidente et la tenue à l'écart du processus démocratique d'une partie croissante de la population composée en large part par des jeunes et des actifs.

La composition de la population de la capitale au 1 janvier 2008 fait ressortir les classes d'âge des nationaux et des étrangers :



L'introduction de la nationalité multiple pourra certes augmenter le corps électoral, sans pour autant éliminer le déficit démocratique et la légitimité diminuée des élus.

Parmi les idéaux et valeurs auxquels se réfère l'Union Européenne il y a lieu de citer le traitement égal et le principe de la non – discrimination .

Une société basée sur des droits égaux ne peut esquiver la question de la participation des non nationaux au processus démocratique.

Cette perspective est abordée avec confiance par les organisations de jeunes des partis politiques CSJ, JCL,JDL, Jonk Gréng, Jonk Lénk et JSL regroupés dans l'initiative Refresh democracy.

« Revaloriser le suffrage universel

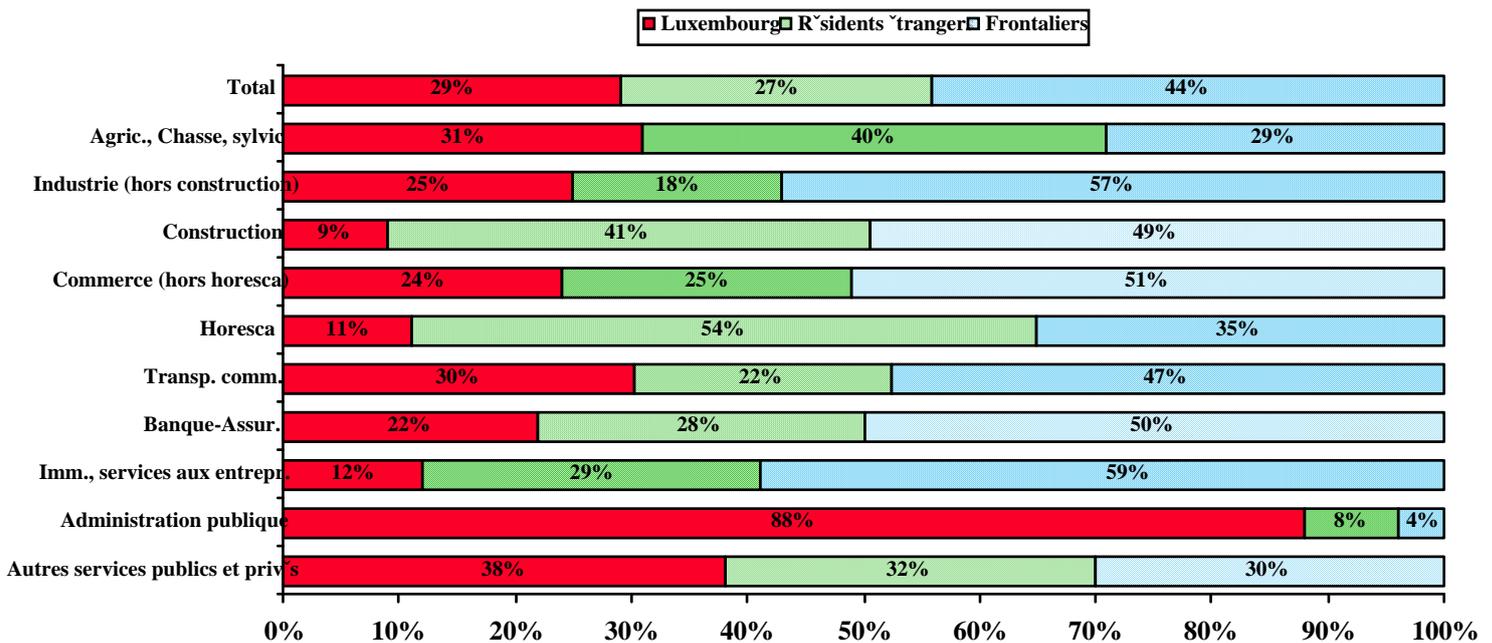
« Refresh Democracy ! » salue le principe de la double nationalité et souhaite qu'elle soit rapidement introduite

Pour assurer la cohésion sociale, il faut associer le plus grand nombre de citoyens aux prises de décisions en matière politique

→ « Refresh Democracy » est unanime quant au principe de la participation des citoyens étrangers aux élections législatives ».

A noter que les **ressortissants** de pays tiers peuvent être électeurs au niveau communal et pourront , selon le programme du gouvernement actuel être élu et exercer la fonction de bourgmestre et échevins, voilà donc des domaines où il y aura égalité de traitement.

Le marché du travail ne connaît pas de véritable mélange dans tous les secteurs



Pour le vivre ensemble dans une société multiculturelle comme le Luxembourg, tous les secteurs d'emploi **devraient** être ouverts à tous

c) L'identité du Luxembourg s'est développée au fil des siècles et au contact des cultures, femmes et hommes s'installant au Grand-Duché.

Comme toute identité elle évolue et n'a point besoin d'avoir peur de disparaître, tout en étant conscient que l'avenir connaîtra davantage de métissage encore.

Dans un axe d'identité en mouvement la démocratie devra suivre le pas ; pour son serviteur la fonction publique l'ouverture sans arrière-pensées et calculs politiques sera naturelle. Le multilinguisme, respectivement le trilinguisme consacré dans la loi de 1984, en est un élément constitutif.

En 1919 le Luxembourg a donné l'exemple en introduisant le suffrage universel, 26 ans avant « la patrie des droits de l'homme ».

Aujourd'hui il ne faut attendre nul exemple venu d'ailleurs : la conviction démocratique du Luxembourg n'a pas besoin de prédécesseur lui montrant le chemin.

d) La fonction publique au service de la société, augmenter le potentiel de recrutement des fonctionnaires.

Le Grand- Duché doit assumer toutes les fonctions d'un Etat souverain impliqué dans une économie globale et un large réseau d'institutions internationales.

Les agents de la fonction publique y jouent un rôle essentiel. Attaquer le statut de la fonction publique et son cadre de rémunération n'est sans doute pas la meilleure façon de la valoriser.

Comme d'autres, les signataires estiment qu'il faudra permettre à la fonction publique d'élargir son champ de recrutement en y englobant les non –nationaux, tout en évitant l'instauration d'un statut de fonctionnaires à deux vitesses. Ceci relève pour l'essentiel d'un choix politique notamment pour ce qui concerne les ressortissants de pays tiers.

La limitation de fait au seul réservoir de la population luxembourgeoise pour recruter des agents publics pour le fonctionnement d'un Etat, certes petit, mais non moins complexe que des grands Etats, ne permet pas de puiser dans la population totale et par là recourir le cas échéant à un plus vaste potentiel de compétences pour la Fonction Publique.

e) Dans un langage moins juridique

Le site internet de l'Union européenne cité ci-dessous est celui de la divulgation générale qui évoque en termes simples, des droits à la libre circulation:

http://ec.europa.eu/youreurope/nav/fr/citizens/working/free-circulation/index.html#2430_5 :

« *Un cas à part : l'accès aux emplois du secteur public*

Le principe de l'égalité de traitement et l'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité s'appliquent également pour les emplois dans le secteur public: dans des entreprises du secteur public (entreprises commerciales, organismes de télécommunications, entreprises de transport public), des organismes ou établissements publics (universités, hôpitaux publics, établissements de recherche) et dans l'administration publique.

Les États membres peuvent toutefois encore réserver certains postes à leurs nationaux mais cela n'est possible que pour les postes du secteur public qui ont trait à l'exercice de l'autorité publique et à la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des collectivités publiques, à savoir unités administratives inférieures à l'État comme par ex : Mairies etc. Ces critères doivent être évalués au cas par cas en raison de la nature des tâches et des responsabilités impliquées dans le poste concerné.

On peut partir du principe que lorsqu'il s'agit de fonctions spécifiques de l'Etat et des collectivités assimilables telles que les forces armées, la police et les autres forces de l'ordre, la magistrature, l'administration fiscale et le corps diplomatique, l'accès peut être réservé aux nationaux . à l'exclusion de tous les autres citoyens de l'Union européenne. Toutefois les postes dans ces domaines n'impliquent pas tous l'exercice de l'autorité publique et la sauvegarde des intérêts généraux, par exemple les tâches administratives, la consultation technique, l'entretien. Ces postes ne peuvent donc pas être réservés aux ressortissants nationaux. La libre circulation des travailleurs dans la fonction publique est indépendante de tout secteur spécifique, elle tient uniquement à la nature du poste ».

f) Le volet juridique

Le traité instituant la Communauté Européenne en son article 39 (4) ne s'applique pas en matière de libre circulation aux emplois du secteur public. Ceci laisserait entendre dans une première lecture que le secteur public pourrait être réservé aux nationaux de l'Etat membre.

Cependant la dérogation de ce traité a été interprétée de façon très restrictive par la Cour de Justice des Communautés européennes.

Par un certain nombre d'arrêts, la CJCE a développé l'interprétation de l'article 39 (4) en ordonnant que les Etats membres sont autorisés à restreindre l'accès aux emplois directement liés à l'exercice de la puissance publique et à la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat, y compris au niveau local. Par ces arrêts, il a été

précisé, par exemple, que les emplois dans les postes, les chemins de fer, ceux de jardiniers ou d'électriciens, d'enseignants et de chercheurs ne peuvent pas être réservés aux nationaux.

Par ailleurs, une fois admis au secteur public, les non-nationaux doivent être traités à l'égal des nationaux.

Le Luxembourg, une situation à part?

Tous les Etats- membre avancent leur caractère particulier pour justifier une législation restrictive, le Luxembourg ne déroge pas à cette position. Certes un petit Etat à trois langues où les lettres adressées dans l'une de ces langues doivent, dans la mesure du possible, avoir une réponse dans cette langue, peut exiger des candidats- fonctionnaires appelés à occuper ce type de postes des connaissances linguistiques compatibles avec cet impératif.

La loi du 17 mai 1999 transcrit à la lettre l'arrêt de la CJCE du 2 juillet 1996. Cet arrêt a condamné le Luxembourg pour violation du traité. À ce jour il y a lieu de constater que les effets de cette législation sont modestes, puisque 10% des emplois de la fonction publique sont occupés par des non-nationaux.

La loi stipule donc que les secteurs de l'éducation, de la recherche, de la santé, des transports terrestres, des postes et télécommunications, de l'énergie (gaz et électricité) sont ouverts aux étrangers. La loi demande des connaissances adéquates des 3 langues, à l'exception des emplois pour lesquels l'une ou l'autre n'est pas requise, selon le degré de responsabilité.

Le règlement grand-ducal du 5 mars 2004 énumère de façon exhaustive les emplois liés directement ou indirectement à l'exercice de la puissance publique et qui concourent à la préservation de l'intérêt général de l'Etat.

Un deuxième règlement grand-ducal du 5 mars 2004 détermine les emplois pour lesquels la connaissance de l'une ou l'autre des 3 langues n'est pas reconnue nécessaire.

g) Quant à la participation à l'exercice de la puissance publique.

Sans vouloir reprendre l'argumentation développée dans l'exposé des motifs du projet de loi, il y a lieu d'invoquer ici la notion de « fonction détachable » (cf J-Y. Carlier, La condition des personnes dans l'UE, Larquier, 2007 pp 110-111)

« La Cour a développé une interprétation restrictive et fonctionnelle de la notion de fonction publique (Sotgiu, 1974). C'est le contenu de la fonction qui importe, non l'institution concernée dont le statut public ou privé peut varier d'un Etat à l'autre. Le balancier des «étatisations» et «privatisations», selon les tendances gouvernementales, confirme la pertinence du critère fonctionnel retenu par la Cour. Il faut «une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et (/ou) aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques» (SNCB I, Com. c. Belgique, 149/79, 1980; Lawrie-Blum, 1986). La formulation tantôt cumulative (et) Bleis, 1991) tantôt alternative (ou) (Com. c. Italie, 225/85, 1987) ne paraît pas déterminante, ce qui est en cause est bien le degré, le niveau de participation à la gestion des intérêts fondamentaux de l'Etat ou d'une collectivité publique.

Comme pour l'ordre public, l'interprétation fonctionnelle – qui s'oppose à l'interprétation institutionnelle - conduit à évaluer *in concreto* ce niveau de participation à la puissance publique»

Dans l'exposé des motifs du **projet** de loi 6031 en p.7, il est écrit : « il ne faut pas oublier que l'Etat n'a plus aujourd'hui uniquement une fonction de gendarme et de maintien de l'ordre et de la justice, mais que son pouvoir d'intervention s'étend à un ensemble de domaines **sociaux** voire même **culturels**. Les secteurs sociaux et culturels n'ont jamais été considérés comme des secteurs participant à l'exercice de la puissance publique

h) Au niveau communal

Le règlement grand – ducal du 15 novembre 2001 transpose au niveau communal le dispositif et les restrictions quant à l'accès des citoyens de l'Union européenne à des emplois communaux en citant nommément les seuls secteurs accessibles: enseignement, santé, transports terrestres, distribution de l'eau, du gaz et de l'électricité.

Actuellement

- les citoyens de l'Union européenne peuvent être élus au conseil communal et à ce titre participer à la désignation de fonctionnaires, employés et ouvriers communaux. Au même moment ils sont exclus de jure ou de facto de l'accès à ce type d'emploi.

- la volonté du gouvernement actuel de rendre accessible les fonctions de bourgmestre et échevins aux étrangers (accord gouvernemental de juillet 2009) devra avoir pour conséquence l'accès de tous les étrangers à tous les postes de l'administration communale. A noter que ledit accord gouvernemental parle d'étrangers sans se limiter aux citoyens de l'Union. Si le magistrat communal suprême, le bourgmestre ou ses échevins, incarnant des volets d'exercice de la puissance publique, pourra être un non –national, de quel droit refuserait-on l'accès à un quelconque emploi communal à des non – nationaux.

- seuls les règlements grand-ducaux permettront de connaître la volonté exacte du gouvernement. Ils ne sont malheureusement pas disponibles à ce stade.

i) Les exigences linguistiques

Pour ce qui concerne les exigences en **matière linguistique**, notons que le dispositif communautaire ne permet pas d'imposer des conditions aux citoyens de l'Union qui ne le seraient pas aux nationaux. Dès lors tout examen linguistique est applicable à tous les candidats. Par ailleurs les exigences linguistiques doivent être adaptées aux postes de travail respectifs. Il est évident que les connaissances linguistiques d'un fonctionnaire travaillant dans un guichet seront plus larges que celles d'une personne travaillant en cuisine par exemple. .

Il faudra situer **d'éventuels** tests de langue dans le contexte d'autres tests existants déjà comme celui pour l'accès à la fonction publique, comme pour la fonction d'instituteur ou pour l'acquisition de la nationalité.

Il pourra être opportun de créer des dispenses pour des tests de langue, par exemple à celles et à ceux ayant effectué un certain nombre d'années d'études dans le système scolaire luxembourgeois à l'instar du dispositif en place pour l'accès à la nationalité. A ce jour les emplois publics pour lesquels la

connaissance de l'une ou l'autre des trois langues administratives n'est pas reconnue nécessaire en raison de la nature et du niveau de responsabilité de ces emplois sont énumérés dans le règlement grand ducal du 5 mars 2004.

Citons encore une fois le site internet évoqué plus haut :

« *La connaissance linguistique*

Il est licite d'exiger des connaissances linguistiques pour l'accès à un emploi, par exemple un certain niveau de connaissance linguistique; ce qui signifie que le niveau de connaissance doit être proportionné et raisonnablement nécessaire à la bonne exécution des tâches. Les politiques nationales de protection ou de promotion d'une langue dans un État membre sont conformes au droit communautaire, mais elles ne peuvent donner lieu à aucune discrimination à l'encontre des ressortissants d'autres États membres. Ainsi, le principe de la non-discrimination rend illicite l'exigence selon laquelle les connaissances linguistiques en question doivent avoir été acquises sur le territoire national. On ne peut pas non plus exiger une langue spécifique comme langue maternelle. »

En matière d'exigences linguistiques le principe de la proportionnalité doit prévaloir: qu'est-ce qui est raisonnable et nécessaire ?

j) Considérations supplémentaires

A l'instar du Conseil d'Etat dans son avis du 20 octobre 2009, les signataires constatent l'absence d'une intégration de la fonction publique communale dans le présent projet de loi d'ouverture.

Evoquons encore la délibération 2009-139 du 30 mars 2009 de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité (HALDE) qui prône en France l'accès des ressortissants de pays tiers à la fonction publique pour cause d'égalité de traitement.

Luxembourg, le 18 novembre 2009