

N° 3923A¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 1998-1999

PROJET DE REVISION

du paragraphe (2) de l'article 11 de la Constitution

* * *

DEUXIEME AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(12.1.1999)

Par dépêche du 2 décembre 1998, le Président de la Chambre des députés, se référant à l'article 19(2) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, a fait parvenir au Conseil d'Etat un nouveau projet amendé de révision de l'article 11 de la Constitution, proposé par la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle.

La Commission tient partiellement compte des suggestions du Conseil d'Etat formulées dans son avis du 20 octobre 1998. Ainsi elle propose de faire inscrire le principe de l'égalité des Luxembourgeois devant la loi dans un *paragraphe (1)* distinct de ceux de l'article 10bis nouveau qui ont trait à la fonction publique. Cette approche peut trouver l'accord du Conseil d'Etat.

Au *paragraphe (2)*, la Commission propose de préciser que les Luxembourgeois sont admissibles à tous les emplois publics. Le terme „tous“ serait choisi pour marquer la différence avec le paragraphe (4) qui prévoit que la loi détermine l'admissibilité des non-Luxembourgeois aux emplois publics, cette dernière disposition ne constituant, d'après les auteurs, qu'une exception à la règle générale énoncée au paragraphe (2).

La discussion au sujet de la rédaction des dispositions de la loi fondamentale qui ont trait à l'admissibilité aux emplois publics tourne ainsi autour de la question si l'accès à la fonction publique doit en principe continuer à être réservé aux seuls Luxembourgeois, l'admission des non-Luxembourgeois constituant l'exception, ou si la fonction publique est ouverte à tous les ressortissants de l'Union Européenne alors que par exception, les emplois publics qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique restent accessibles aux seuls nationaux. Le Conseil d'Etat ne veut pas réanimer ce débat alors que la dichotomie que la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle introduit par sa proposition de texte dans l'article 11 de la Constitution ne parviendra pas à assurer l'apaisement et surtout une sécurité juridique durable dans ce domaine.

Aussi le Conseil d'Etat est-il d'avis que les textes qu'il a proposés dans son avis du 20 octobre 1998 permettent de régler le problème de l'accès à la fonction publique des Luxembourgeois et des non-Luxembourgeois dans le respect du droit communautaire.

Quant au *paragraphe (3)*, le Conseil d'Etat est d'avis qu'il échet de le supprimer, alors que, d'une part, il manque de précision et que, d'autre part, il oblige les pouvoirs publics à remplacer tous les règlements grand-ducaux, notamment ceux qui ont trait au statut du personnel des établissements publics, par des dispositions légales.

Le paragraphe (3) retient les termes „conditions fondamentales“, c'est-à-dire les conditions essentielles et déterminantes, alors que le commentaire parle de „conditions importantes“. Ces conditions doivent-elles se limiter aux dispositions ayant trait à l'âge, à l'aptitude, à la moralité ou à la dignité d'un candidat? Ces conditions fondamentales sont-elles les mêmes pour tout emploi ou peut-on légitimement admettre qu'elles soient différentes? Si l'assemblée constituante prévoit que le législateur fixe, dans une loi, les conditions fondamentales pour l'admission aux emplois publics, il revient au seul législateur de fixer ces conditions sous réserve de voir trancher par les tribunaux, en cas de litige, par application de l'article 95 de la Constitution, tous les cas où de telles conditions sont fixées par règlement grand-ducal.

La loi qui fixera les conditions d'admission aux emplois publics ne pourra pas retenir plusieurs conditions comme étant fondamentales et abandonner d'autres conditions considérées comme accessoires ou secondaires, sans s'exposer à des critiques permanentes et partant à des litiges nombreux.

Le Conseil d'Etat est d'avis qu'il est préférable d'éviter l'insertion, dans la Constitution, de dispositions qui manquent de clarté et qui risquent de bouleverser le dispositif légal et réglementaire actuellement en vigueur.

La même remarque vaut par ailleurs pour la deuxième phrase du *paragraphe (4)* qui prévoit que la nationalité luxembourgeoise est requise pour les emplois publics 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 d'autres entités de droit public.

La Commission spéciale a voulu ainsi reprendre la terminologie de la jurisprudence en la matière de la Cour de justice des Communautés européennes. (*Arrêt C-473/93 du 2 juillet 1996, Commission des Communautés européennes c. Grand-Duché de Luxembourg*).

Pour la Commission, il s'agit de réserver aux seuls ressortissants nationaux les emplois publics qui répondent aux deux notions précitées et de créer en même temps „un garde-fou permettant à la Cour constitutionnelle de déclarer le cas échéant inconstitutionnelle toute loi qui omettrait d'exiger la condition de nationalité, pour l'accès aux emplois de la fonction publique correspondant aux critères indiqués”.

Toutefois, cette nouvelle formulation du *paragraphe (4)* n'est pas sans soulever des questions en relation avec le contenu et l'acception tant de la notion de „puissance publique” que de celle „d'intérêts généraux de l'Etat”.

Dans son avis du 3 mars 1998 sur le projet de loi concernant l'accès de ressortissants communautaires à la fonction publique luxembourgeoise, le Conseil d'Etat a rendu attentif aux difficultés d'application pratique de ces notions, employées tantôt séparément tantôt cumulativement, notamment en relation avec l'évolution de la carrière et les avancements y attachés des candidats.

La Commission spéciale propose un texte qui prévoit une application cumulative des deux notions de „puissance publique” et de „sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat”.

Les critères retenus sont donc très restrictifs, alors que pour chaque poste vacant à pourvoir il échet de déterminer si l'emploi comporte une participation, directe ou indirecte, à la fois à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat.

Afin de préciser la portée de la disposition à inscrire à l'article 11, *paragraphe (4)*, il faut analyser la signification ou les caractéristiques des critères de „participation à la puissance publique” ou de „sauvegarde des intérêts généraux”. La notion de puissance publique, qui est souvent employée indistinctement avec celle de puissance souveraine, sans en être synonyme, comporte la reconnaissance aux organes de l'Etat de prérogatives exorbitantes du droit commun et qui permettent „de créer le droit, de maintenir l'ordre et de se faire obéir au besoin par la contrainte, en vue de la réalisation du bien public” (*Pierre Majerus, L'Etat luxembourgeois, 6e édition, p. 128*).

Si, par les termes de „participation directe” à l'exercice de la puissance publique, l'on peut comprendre notamment les fonctions liées à l'administration de la justice, à la représentation extérieure de l'Etat, à la protection de la sécurité intérieure et extérieure et toutes les fonctions auxquelles sont attribués des pouvoirs de police, il devient cependant assez difficile de déterminer la portée de la notion de „participation indirecte”. Peut-on englober sous ces termes toutes les fonctions dont les titulaires n'exercent aucune prérogative de la puissance publique, mais qui ne sont que les proches collaborateurs de ceux qui participent à l'exercice de la puissance publique?

Il devient encore plus malaisé de définir le champ d'application des emplois publics en tant qu'ils comportent une participation, directe ou indirecte, „aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres entités de droit public”.

Le Conseil d'Etat est d'avis que ce serait manquer de prudence et de circonspection que d'insérer dans la Constitution un texte comportant des notions aux contours encore imprécis et prêtant à des difficultés pouvant résulter d'interprétations divergentes.

En rediscutant le principe de l'admissibilité de tous les Luxembourgeois aux emplois civils et militaires, il n'est pas sans intérêt de rappeler que ce principe a été inscrit dans la Loi fondamentale dès 1848 dans les mêmes termes qui ont fait l'objet de l'article 6 de la Constitution belge de 1831. Le prin-

cipe lui-même a été formulé dans la Constitution française de 1791, dont le titre I a proclamé que „la Constitution garantit, comme droits naturels et civils: 1. Que tous les citoyens sont admissibles aux places et emplois, sans autre distinction que celle des vertus et des talents“. Il s'agissait en 1791 comme en 1848 d'écarter la partialité et les faveurs en matière d'admissibilité aux emplois publics. Ce principe mérite toujours d'être inscrit dans la Constitution. Il signifie „que nul citoyen ne peut être écarté a priori d'un emploi public pour des raisons qui seraient étrangères à sa valeur personnelle. Seules des raisons objectives justifiées par l'intérêt du service public peuvent légitimer une exclusion inscrite alors dans une règle générale et impersonnelle“ (Francis Delpérée: Droit constitutionnel, deuxième édition, Larcier, p. 167).

Le Conseil d'Etat est d'avis que les propositions qu'il a formulées dans son avis du 20 octobre 1998 constituent des garanties juridiques suffisantes pour assurer un accès aux emplois publics, tant aux Luxembourgeois qu'aux ressortissants des pays membres de l'Union Européenne, dans le respect des dispositions communautaires.

Ainsi délibérée en séance plénière, le 12 janvier 1999.

Le Secrétaire général.

Marc BESCH

Le Président,

Paul BEGHIN