

N° 5340¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

PROJET DE LOI

modifiant certaines dispositions de la loi modifiée
du 10 août 1992 portant création de l'entreprise des
postes et télécommunications

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(8.6.2004)

Par dépêche du 20 février 2004, le Conseil d'Etat fut saisi d'un projet de loi modifiant certaines dispositions de la loi modifiée du 10 août 1992 portant création de l'entreprise des postes et télécommunications.

Le texte du projet, élaboré par le ministre de l'Economie, était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, ainsi que d'une fiche financière.

L'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics portant tant sur le projet de loi en cause que sur le projet de règlement grand-ducal fixant les conditions et modalités en matière de recrutement, de stage et de formation professionnelle des agents de l'entreprise des postes et télécommunications soumis au statut général de la fonction publique fut transmis par dépêche du 28 avril 2004.

Le projet de loi a été déposé suite à l'avis du Conseil d'Etat du 21 octobre 2003 relatif à un premier projet de loi traitant de la même matière. Dans ce dernier avis, le Conseil d'Etat s'était opposé formellement au projet de loi dans la mesure où il était prévu de régler le régime de discipline par un règlement grand-ducal et ce en violation de l'article 31 de la Constitution. Plutôt que de présenter des amendements par rapport au projet initial, le Gouvernement a choisi de remplacer ce texte par le présent projet.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

La loi modifiée du 10 août 1992 portant création de l'Entreprise des postes et télécommunications (EPT) avait opté clairement pour le maintien du statut public du personnel de l'entreprise et ce tant pour le personnel en place que pour les agents à recruter ultérieurement.

Ce choix politique, qui distingue l'EPT d'autres établissements publics industriels et commerciaux, n'a jamais été fondamentalement remis en cause depuis lors. Toutefois, la loi du 21 mars 1997 sur les télécommunications a introduit par ses „dispositions transitoires et finales“ un nouvel article 24(4) dans la loi du 10 août 1992 ainsi libellé:

„Le comité peut également engager par contrat de travail, pour autant que les intérêts du service l'exigent, des personnes disposant d'une formation professionnelle avancée spéciale ou justifiant d'une expérience professionnelle particulière acquise en dehors de l'entreprise dans des domaines concernés par les activités de celle-ci.“

La prédite loi de 1997 est actuellement en voie d'abrogation.

Cette disposition légale, adoptée malgré l'opposition véhémente de la Chambre des fonctionnaires et employés publics, autorise l'EPT à recruter librement ses collaborateurs qualifiés en dehors du statut public et ce à des conditions librement négociées entre parties.

Dans le cadre de l'élaboration de la loi de 1992, le Conseil d'Etat avait adopté une attitude critique à l'égard du choix du Gouvernement de maintenir le régime de droit public du personnel de l'entreprise (voir avis du 19 novembre 1991 relatif au projet de loi 3517). Le Conseil d'Etat s'était notamment

exprimé comme suit, en citant son propre avis du 22 juillet 1988 sur le projet de loi (3095) modifiant le statut de la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat:

„Quels que soient les avantages que le statut de fonctionnaire ou d'employé de l'Etat est susceptible de conférer aux intéressés, il n'est certainement pas de nature à faciliter la gestion d'une entreprise obligée à soutenir la concurrence sur les marchés national et international, ceci en raison des nombreuses contraintes, des privilèges et des automatismes inhérents à ce statut.“

Et de continuer:

„Le Conseil d'Etat craint que la combinaison des domaines du privé et du public ne place de façon définitive l'Entreprise des postes et télécommunications dans une situation d'infériorité par rapport à ses concurrents.“

Dans son avis du 29 octobre 1996 relatif au projet (4134) devenu la loi du 21 mars 1997 sur les télécommunications, le Conseil d'Etat a réitéré sa position dans les termes suivants:

„Il (le Conseil d'Etat) estime en effet qu'en raison des contraintes et automatismes qu'il comporte, le statut de fonctionnaire ou d'employé de l'Etat est particulièrement mal adapté aux besoins d'une entreprise obligée à soutenir la concurrence sur les marchés national et international et n'exerçant plus aucune activité comportant une participation à l'exercice de la puissance souveraine.“ (4134')

En 1992, le maintien du statut public du personnel pouvait se justifier du fait que la loi organique maintenait une mission de service public universel. Cet argument tombe toutefois avec la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002, concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive „service universel“), qui fait obligation aux Etats membres de l'Union de soumettre à appels d'offres les missions de service universel.

En date du 4 juillet 2003, le Gouvernement français a rendu public un projet de loi qui, tout en garantissant le statut de fonctionnaire aux agents de France Télécom, prévoit d'instituer le recrutement sur contrat privé à l'avenir.

Le régime des agents de l'EPT est disparate. En effet, selon les informations dont dispose le Conseil d'Etat, l'EPT regroupait au 31 décembre 2002:

- 1.770 fonctionnaires publics;
- 246 employés de l'Etat;
- 293 ouvriers engagés sous le contrat collectif des ouvriers de l'Etat;
- 43 employés privés engagés par contrat de travail de droit privé.

Le projet de loi ne tend pas à remettre en cause cette situation, mais il se propose de transférer l'application du statut de la fonction publique pour les fonctionnaires et employés publics à l'EPT en prévoyant la possibilité d'introduire, par règlement grand-ducal, des dérogations au régime général pour ce qui est du recrutement, du stage et de la formation professionnelle des agents de l'EPT.

Par ailleurs, les auteurs du projet ont prévu l'instauration d'un régime disciplinaire autonome pour l'EPT.

Un nouveau statut sera ainsi créé pour une catégorie spécifique de fonctionnaires.

D'après les auteurs du projet, cette dérogation se justifierait alors que la formulation des articles 4 et 26(2) de la loi aurait conduit à des jurisprudences du Tribunal et de la Cour administrative qui auraient créé „des entorses au principe de délégation initialement visé“.

L'exposé des motifs a visé quelques décisions de ces juridictions et notamment un jugement du 20 décembre 1999 (*affaire HARY*, No 11158, confirmé par arrêt du 30 mai 2000, référence: 11796C), qui a statué que

„à défaut de disposition particulière régissant les conditions d'admission au stage auprès de l'entreprise des P&T, les règles afférentes du statut général de la fonction publique, ainsi que les règlements grand-ducaux d'exécution pris en la matière ont en principe vocation à s'appliquer aux postulants stagiaires de ladite entreprise“.

Le tribunal administratif a aussi retenu que:

„Le règlement grand-ducal du 15 décembre 1986 concernant l'organisation de l'examen-concours pour l'admission au stage pour la carrière de l'ingénieur technicien notamment auprès

des établissements publics, est applicable à l'entreprise des P&T. La compétence pour admettre un candidat au stage est une compétence liée en ce sens que seul le classement résultant de la mise en concours permet de déterminer le rang utile des candidats. (Tribunal, 14 décembre 1998, No 10603, *affaire: JACOBY*, confirmé par arrêt du 17 juin 1999, rôle 11093C) et que, ni la décision d'admettre un candidat au stage, ni celle relative à l'affectation d'un candidat classé en rang utile, n'appartiennent au comité de direction de l'entreprise des P&T, mais au Gouvernement."

Dans le même ordre d'idées, le tribunal administratif (Tribunal administratif, 20 décembre 1999, rôle 11258, *affaire HARY*, confirmé par arrêt du 30 mai 2000, rôle 11769C) a décidé que

„les décisions relatives à la révocation du stage, à l'instar de celles ayant trait à l'admission au stage, relèvent de la compétence du Gouvernement et non de l'autorité de nomination, ni encore du ministre du ressort investi plus particulièrement des décisions relatives à la suspension et à la prolongation du stage."

Dans la mesure où il est difficilement concevable qu'une entreprise autonome à finalité commerciale œuvrant dans un environnement concurrentiel puisse rester soumise pour le choix de ses collaborateurs à des décisions du Gouvernement, le Conseil d'Etat ne saurait qu'approuver la réforme proposée, le tout sous réserve des observations qu'il formulera lors de l'examen des articles.

Par l'entrée en vigueur de la loi du 19 mai 2003 ayant modifié la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, l'EPT se voit également dessaisie de son pouvoir disciplinaire qui était réservé, par le passé, au comité de direction de l'EPT, autorité investie du pouvoir de nomination. Ce pouvoir est dorénavant transféré au commissaire du Gouvernement chargé de l'instruction disciplinaire et au Conseil de discipline.

Les auteurs du projet de loi estiment que les exceptions à l'exécution interne du statut public du personnel constitueraient des menaces graves pour la compétitivité de l'EPT dans l'avenir immédiat. Les modifications proposées permettraient toutefois de maintenir le statut public pour les agents de l'entreprise.

Dans la mesure où le projet tient compte de toutes les observations du Conseil d'Etat par rapport au premier projet de loi approuvé par le Conseil de Gouvernement le 14 juin 2002, mais sans faire à ce stade l'objet d'un dépôt à la Chambre des députés, le Conseil d'Etat se limitera à aviser les dispositions additionnelles relatives au régime disciplinaire.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Article 1er

Il y a lieu de faire figurer le chiffre 2 dans la première ligne entre parenthèses.

Le Conseil d'Etat approuve le maintien de la possibilité d'un changement d'administration.

Articles 2 et 3

Sans observation.

Article 4

Cet article introduit un „titre VI“ portant sur la discipline dans la loi modifiée du 10 août 1992.

Le présent projet institue un régime disciplinaire autonome et identique pour tous les agents de l'EPT y compris les ouvriers et employés privés au service de l'entreprise. Pour les fonctionnaires et employés de l'Etat, qui constituent quatre-vingt pour cent des effectifs, le changement réside essentiellement dans le fait que dorénavant ils ne relèvent plus du nouveau régime en vigueur depuis la loi du 19 mai 2003 modifiant le statut du fonctionnaire qui a notamment institué un conseil de discipline sous forme de juridiction administrative.

Aucun principe général de droit n'impose, en matière disciplinaire dans la fonction publique, l'intervention d'un organisme de nature juridictionnelle. Le projet de loi mentionne par ailleurs explicitement que la décision en matière disciplinaire peut être frappée d'un recours en réformation devant le Tribunal administratif, décision appellable devant la Cour administrative.

La particularité que le personnel de l'EPT est constitué de fonctionnaires de l'Etat, d'employés de l'Etat, d'ouvriers engagés sous le contrat collectif des ouvriers de l'Etat ainsi que d'employés privés engagés par un contrat de travail de droit privé, crée une situation assez complexe qui risque d'entraîner des problèmes juridiquement inextricables. Le présent projet illustre parfaitement cette perspective. L'intention *a priori* louable de soumettre tous les agents de l'entreprise, indépendamment de leur statut, au même régime disciplinaire proche du régime général des fonctionnaires aurait pour conséquence d'appliquer aux agents non statutaires les sanctions disciplinaires prévues à l'article 47 de la loi modifiée du 16 avril 1979.

Dans le cadre de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail, applicable en principe aux salariés du secteur privé, une faute professionnelle peut être sanctionnée par un licenciement avec ou sans préavis. Aucune autre sanction n'est réglée dans la loi.

Le contrat collectif des ouvriers de l'Etat, dans son article 37, stipule les sanctions suivantes:

- „a) *Verwarnung durch den Verwaltungschef;*
- b) *Tadel durch den Verwaltungschef;*
- c) *Festsetzung einer Geldstrafe die weder niedriger noch höher als ein Zehntel des Monatsnormallohnes sein kann;*
- d) *Zeitweilige Verweigerung einer Lohnerhöhung;*
- e) *Zeitweilige Einstufung in eine niedrigere Lohngruppe;*
- f) *ordentliche Kündigung gemäss den gesetzlichen Bestimmungen; sie kann erst erfolgen wenn mindestens drei der unter a), b), c), d), e) aufgeführten Strafen ausgesprochen wurden;*
- g) *ausserordentliche Kündigung gemäss den gesetzlichen Bestimmungen.*“

L'article 47 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat prévoit à titre de sanction:

- „1. l'avertissement;
- 2. la réprimande;
- 3. l'amende, qui ne peut être inférieure à un dixième d'une mensualité brute du traitement de base et supérieure à cette mensualité;
- 4. le déplacement, ...;
- 5. la suspension des majorations biennales, ...;
- 6. le retard dans la promotion ou l'avancement en traitement;
- ...
- 7. la rétrogradation du fonctionnaire;
- 8. l'exclusion temporaire des fonctions, ...;
- 9. la mise à la retraite d'office pour inaptitude professionnelle ou disqualification morale;
- 10. la révocation.“

Comment appliquer à un employé privé ou à un ouvrier de l'Etat les sanctions prévues dans ce statut? Comment appliquer notamment à un salarié du secteur privé la sanction du retard dans la promotion, la rétrogradation ou la mise à la retraite d'office? Le texte du projet de loi dans son libellé actuel remplacerait dorénavant, pour les ouvriers de l'Etat au service de l'EPT, l'application des sanctions prévues à l'article 37 de la convention collective par les dispositions du statut des fonctionnaires. Le Conseil d'Etat insiste dès lors, sous peine d'opposition formelle, à voir changer le libellé de l'article 38 de la loi afin de préciser que pour les employés privés et les ouvriers de l'Etat le comité prononce les sanctions prévues par les dispositions légales applicables à leur statut ou prévues dans leur contrat de travail ou convention collective. Le Conseil d'Etat est également d'avis qu'il est bien plus judicieux de maintenir la compétence actuelle des tribunaux de travail pour apprécier le caractère éventuellement injustifié d'une sanction disciplinaire appliquée à l'égard des agents non statutaires par le comité.

Bien évidemment, rien ne s'oppose à l'application des règles de procédure relatives à l'instruction du dossier aux salariés relevant du secteur privé. Ce n'est que sous réserve de ces observations liminaires que le Conseil d'Etat analysera les détails de cet article 4 du projet de loi, qui se rapporte aux articles 30 à 42 de la loi modifiée du 10 août 1992.

Articles 30 et 31

Sans observation.

Article 32

Il y a lieu de remplacer le terme „fonctionnaire“ par „agent“. Le Conseil d’Etat se pose par ailleurs la question comment un employé privé ou un ouvrier de l’Etat pourrait manquer à ses „devoirs au sens du statut général des fonctionnaires de l’Etat“ alors que ces droits et devoirs ne lui sont pas applicables.

Articles 33 et 34

Sans observation.

Article 35

Le point b) de cet article devra le cas échéant être revu en cas d’introduction de sanctions adaptées au secteur privé.

Article 36

A l’alinéa 1, le terme „fonctionnaire“ est à remplacer par „agent“.

Article 37

L’article 37 devra être revu pour tenir compte d’un éventuel régime de sanctions adaptées au secteur privé.

Article 38

Le deuxième alinéa de l’article 38, tel qu’il est actuellement modifié, est approuvé par le Conseil d’Etat, dans la mesure où il s’appliquera uniquement aux agents ayant la qualité de fonctionnaire ou d’employé de l’Etat.

Article 39

Sans observation.

Article 40

Ainsi qu’il a été relevé ci-avant, le Tribunal administratif constituera le premier degré de juridiction pour les fonctionnaires et employés de l’Etat au service de l’EPT. La décision du Tribunal administratif pourra dès lors faire l’objet d’un appel devant la Cour administrative.

Le Conseil d’Etat ne saurait toutefois accepter une compétence du Tribunal administratif pour les ouvriers de l’Etat et les employés privés au service de l’EPT.

En effet, le Tribunal administratif, saisi d’un recours en réformation émanant d’un salarié du secteur privé, devrait prendre une décision en lieu et place du comité. A supposer, à titre d’exemple, que le comité ait décidé un licenciement que le Tribunal administratif jugerait abusif et vexatoire, procéderait-il au réengagement? Le Tribunal administratif serait incompétent pour prononcer des dommages-intérêts. Quel serait le juge compétent pour en décider?

Article 41

Dans la mesure où la commission disciplinaire de l’entreprise est également compétente pour décider de sanctions à prononcer contre les agents relevant du statut privé, on peut se demander s’il est justifié de faire figurer au sein de la commission disciplinaire uniquement un représentant de la Chambre des fonctionnaires et employés publics. Ne serait-il pas plus logique de prévoir pour les salariés du secteur privé un représentant de la chambre professionnelle dont ils relèvent, à savoir un représentant de la Chambre des employés privés pour les employés privés et un représentant de la Chambre de travail pour les ouvriers? Il est vrai que cette structure compliquerait la procédure.

Article 42

Le renvoi aux dispositions du statut général des fonctionnaires, pour tout ce qui n’est pas prévu dans la loi, devrait être remplacé par un renvoi aux dispositions légales et conventionnelles applicables aux salariés selon leur statut.

Le Conseil d'Etat se demande si les auteurs du projet ont bien réalisé la complexité de la situation créée par l'extension aux salariés relevant du secteur privé d'un régime disciplinaire forgé sur le modèle applicable à la fonction publique et propose dès lors d'abandonner cette solution qui est (malheureusement) incompatible avec les contraintes inhérentes aux différences fondamentales des deux statuts.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 8 juin 2004.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES

