

Projet de loi

**portant transposition de la directive 2004/108/CE du
Parlement européen et du Conseil relative à la compatibilité
électromagnétique et abrogeant le règlement grand-ducal du
21 avril 1993 transposant la directive 89/336/CEE.**

Avis du Conseil d'Etat

(8 avril 2008)

Par dépêche en date du 15 février 2007, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique.

Au texte du projet de loi, élaboré par le ministre de l'Economie et du Commerce extérieur, étaient joints l'exposé des motifs, le commentaire des articles, la fiche financière et le texte de la directive 2004/108/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la compatibilité électromagnétique.

L'avis de la Chambre de commerce est parvenu au Conseil d'Etat par dépêche du 29 mars 2007.

Observations préliminaires

La directive 89/336/CEE du 3 mai 1989, transposée en droit national par le règlement grand-ducal du 21 avril 1993 concernant la compatibilité électromagnétique, avait visé une harmonisation complète en matière de compatibilité électromagnétique. Or, cet objectif n'avait pas pu être atteint, faute d'existence de normes harmonisées en la matière sur le plan européen, et faute de prévoir une période transitoire suffisante qui aurait permis aux fabricants de s'adapter.

C'est pourquoi les directives 92/31/CEE et 93/68/CEE avaient remédié à cette situation, en autorisant les Etats membres, pour la période allant jusqu'au 31 décembre 1995, à permettre respectivement la mise sur le marché et la mise en service des appareils visés par la directive, et conformes aux réglementations nationales en vigueur sur leur territoire national à la date du 30 juin 1992.

Le règlement grand-ducal du 20 avril 1995 avait transposé ces deux directives.

Dans le cadre de la simplification de la législation relative au marché intérieur (initiative SLIM), la directive 89/336/CEE a été abrogée afin de laisser la place à un cadre renforcé pour garantir la compatibilité électromagnétique des équipements électriques. Le Parlement européen, persuadé que cet objectif "ne peut être réalisé de manière suffisante par les Etats membres et peut donc, en raison de sa portée et de ses effets, être mieux réalisé au niveau communautaire", a adopté la nouvelle directive

2004/108/CE, que le législateur est désormais appelé à transposer en droit national. Le texte européen s'inscrit encore et toujours dans la droite ligne de la résolution du Conseil des ministres du 7 mai 1985 concernant une "nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation".

En vue d'assurer le fonctionnement du marché intérieur, la directive à transposer impose aux fabricants la conception et la fabrication d'équipements conformes à des exigences essentielles. Ces exigences sont reprises dans des "normes européennes harmonisées". Celles-ci sont élaborées par trois institutions reconnues compétentes pour l'adoption de normes harmonisées, à savoir le Comité européen de normalisation (CEN), le Comité européen de normalisation électrotechnique (CENELEC), et l'Institut européen des normes de télécommunications (ETSI). En offrant aux fabricants des procédures allégées pour déclarer leurs produits conformes à ces normes lors de leur première mise sur le marché, la directive entend œuvrer dans l'intérêt du marché intérieur. Les installations conformes porteront le marquage "CE", soit jusqu'à ce qu'elles soient remplacées par des installations meilleures conformes à de nouvelles normes harmonisées, soit jusqu'à ce qu'elles soient déclarées non conformes aux normes harmonisées existantes. Au vœu de la directive, le marquage sera un indice de garantie pour le consommateur, mais ne pourra aucunement être considéré comme une indication pour la sécurité du produit, ce domaine faisant l'objet de mesures communautaires ou nationales distinctes.

Le Conseil d'Etat constate que le Gouvernement avait transposé les anciennes directives par la voie d'un règlement grand-ducal avec comme base légale la loi modifiée du 9 août 1971 concernant l'exécution et la sanction des décisions et des directives ainsi que la sanction des règlements des Communautés européennes en matière économique, technique, agricole, forestière, sociale et en matière de transports.

A l'époque, le Conseil d'Etat avait retenu "qu'en droit le procédé d'intégration est régulier dans sa forme et (que) dès lors il peut marquer son accord sous réserve des observations ci-après".

Dorénavant, les auteurs utilisent la voie d'un projet de loi sans fournir la moindre explication quant à ce changement d'approche.

Les auteurs du projet de loi sous rubrique accordent au Service de l'Energie de l'Etat (ci-après SEE) le rôle de l'autorité nationale compétente pour contrôler les appareils quant à leur compatibilité électromagnétique. Or, la loi du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité a abrogé la loi modifiée du 14 décembre 1967 portant création d'un service de l'énergie de l'Etat. Afin de résoudre l'imbroglio légal, deux solutions sont envisageables *a priori*: soit attendre l'adoption du projet de loi relatif à la création d'un Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services (projet de loi n° 5516), soit introduire une nouvelle législation sur le SEE. Comme le Gouvernement avait déposé en date du 29 août 2007 un projet de loi relatif à l'organisation du marché de l'électricité dans lequel le SEE est réintroduit dans la législation nationale, le Conseil d'Etat était parti de l'idée que les auteurs du texte s'engageaient dans cette voie. Or, en considérant les amendements apportés au projet de loi relatif à la création de l'Institut de

normalisation (ci-après "l'Institut"), les auteurs du projet ont donné la préférence à l'option de charger immédiatement l'Institut à créer de la mission de contrôle dans le contexte donné. Le Conseil d'Etat rappelle que, tout comme dans son avis du 4 mars 2008, relatif au projet de loi établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'éco-conception, il faudra veiller à ce que le projet de loi n° 5516 entre en vigueur avant le projet de loi sous rubrique.

Dans les conditions données, le Conseil d'Etat aurait préféré que les auteurs du projet de loi remettent sur le métier la transposition de la directive 2004/108/CE en vue de mettre le texte de transposition en ligne avec les dispositions du projet de loi n° 5516. En tout cas, il faudra systématiquement remplacer respectivement les termes "SEE" et "organisme luxembourgeois de normalisation" par les termes "Institut de normalisation". Ce n'est donc qu'à titre tout à fait subsidiaire qu'il procède à l'examen des articles.

Observation générale

A la lecture du projet de loi, le Conseil d'Etat note que le texte lui soumis est une reprise quasi mot à mot de la directive. Même si cette démarche peut le cas échéant avoir ses avantages, en facilitant la vérification par les autorités européennes de la conformité des dispositions de transposition prises à l'échelon national par rapport au texte communautaire, le Conseil d'Etat regrette toutefois que les auteurs du projet soumettent ainsi au vote de la Chambre des députés un texte ressemblant à bien des égards plus à une "copie de la directive" qu'à "une transposition de la directive". Le Conseil d'Etat doit dès lors émettre à certains égards des oppositions formelles.

Examen des articles

Intitulé

Le Conseil d'Etat constate que les auteurs du texte proposent l'abrogation du règlement grand-ducal modifié du 21 avril 1993 relatif à la compatibilité électromagnétique par voie législative. Mis à part que l'intitulé devrait renvoyer au règlement grand-ducal "modifié" du 21 avril 1993, alors que celui-ci a été modifié par le règlement grand-ducal du 20 avril 1995, le Conseil d'Etat insiste à ce que les auteurs renoncent à cette technique d'abrogation. En effet, un règlement grand-ducal, même s'il transpose une directive sur base de la loi de 1971, reste une norme inférieure à la loi. Son abrogation doit intervenir dans le respect du principe de la hiérarchie des normes juridiques imposant le parallélisme des formes. Aussi le Conseil d'Etat insiste-t-il sur la suppression pure et simple de cette partie de l'intitulé.

Le législateur doit soit laisser le pouvoir réglementaire procéder à l'abrogation, soit substituer ses propres dispositions à la matière réglementaire en vigueur. Le Conseil d'Etat y reviendra lors de l'examen de l'article 16.

Article 1^{er}

L'article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, tel que proposé, ne contient pas véritablement de norme, ni ne permet au lecteur de détecter dès le départ la volonté profonde du législateur. Le Conseil d'Etat propose de supprimer ce paragraphe.

Pour le surplus, le Conseil d'Etat demande aussi la suppression du paragraphe 4, alors que, dans l'intérêt de la sécurité juridique, il appartient au législateur de sécuriser les praticiens et utilisateurs des textes légaux grâce à des textes complets, sans devoir se référer à d'autres textes.

Le Conseil d'Etat ne peut pas non plus marquer son accord avec le paragraphe 2, sous a), où les auteurs du projet de loi renvoient au texte luxembourgeois de transposition, alors que la disposition sous le point c) renvoie à un texte international. Aussi, pour garder le parallélisme des formes, le Conseil d'Etat suggère-t-il de viser toujours le texte luxembourgeois de référence.

Article 2

Cet article donne un certain nombre de définitions. Il s'agit d'une copie du texte communautaire.

Le Conseil d'Etat donne à considérer que désormais tant les appareils que les installations fixes sont expressément soumis aux exigences légales, ce qui était précisément une des critiques à laquelle les auteurs du texte européen ont voulu réagir en adoptant la directive à transposer. Cependant, le Conseil d'Etat critique la définition donnée tant par la directive que par les auteurs du projet de loi au terme "compatibilité électromagnétique". En effet, tel que rédigé, le texte reflète uniquement l'interdiction du volet actif de la compatibilité électromagnétique sans pour autant reprendre le volet passif, qui est pourtant prévu dans l'annexe 1 de la directive, devenant suivant la recommandation du Conseil d'Etat l'article 5 de la loi en projet.

Les points sous i) et j) sont à supprimer alors que ces termes ne constituent pas véritablement des définitions. Aussi le Conseil d'Etat suggère-t-il d'explicitier les termes de ministre de l'Economie et d'Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services lorsqu'il y sera renvoyé pour la première fois.

Articles 3 et 4 (3 selon le Conseil d'Etat)

Ces deux articles sont l'illustration parfaite de la critique formulée par le Conseil d'Etat dans ses observations introductives en ce que les auteurs devraient "transposer" la directive et non seulement la "copier". Il faut en effet analyser les engagements pris par les autorités nationales auprès de l'Union européenne et adopter ensuite au niveau national des textes législatifs adéquats pour assurer l'exécution de ces engagements.

En l'occurrence, le Conseil note par ailleurs une certaine contradiction entre l'article 3 et l'article 4, paragraphe 1^{er} du texte sous avis. Quel est le but recherché par les autorités européennes? Assurer la libre circulation des

produits portant le marquage "CE" ou assurer un contrôle *a priori* de tout produit ou installation portant le marquage "CE"?

Suivant les explications fournies dans les considérants de la directive, il semble évident que le principe est celui de garantir le principe de la libre circulation des produits européens, tout en se ménageant un pouvoir de contrôle et de sanction éventuel.

Dans ces conditions, le Conseil d'Etat estime qu'il y a lieu de réunir les articles 3 et 4 dans un seul article en assurant d'abord la libre circulation aux installations et appareils conformes à la présente loi, et en attribuant dans la suite le pouvoir de surveillance, de contrôle et de sanction du secteur à l'Institut. Il propose dès lors la rédaction suivante des articles référenciés:

"Art. 3. Libre circulation des équipements

1. Les équipements et installations définies à l'article 1^{er} installés, entretenus et utilisés, conformément aux exigences de la présente loi, sont librement mis sur le marché ou mis en service.

2. Conformément à l'article 13 de la loi du ... relative à la création d'un Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services l'Institut luxembourgeois de normalisation, de l'accréditation de la sécurité et qualité des produits, ci-après désigné "l'Institut" est chargé du contrôle, de la surveillance et de la sanction des équipements et installations électriques quant à leur compatibilité électromagnétique. L'Institut exerce les compétences lui dévolues conformément aux dispositions de la loi du..."

Quant aux paragraphes 2 et 3 de l'article 4 du projet sous avis, le Conseil d'Etat s'oppose de façon formelle à l'inscription de "mesures appropriées" ou encore de "mesures spéciales" à prendre par l'Institut. En effet, une instance administrative n'a pas de pouvoir d'édicter des mesures contraignantes à caractère général. Il faudra soit les expliciter dans le texte de loi sous rubrique, soit prévoir l'adoption d'un règlement grand-ducal dans lequel ces mesures sont définies avec la précision requise pour prévenir tout arbitraire au niveau de leur mise en œuvre. Le Conseil d'Etat demande quelles sont les situations concrètement visées. Les considérants de la directive ne donnent aucun élément d'information à cet égard.

Par ailleurs, ces paragraphes comportent un problème de répartition de compétences entre l'Institut et le ministre compétent. Le Conseil d'Etat rappelle que le projet de loi n° 5516 précité prévoit de façon claire les compétences revenant au ministre et celles revenant à l'Institut. Les articles 10, 14, 15 et 17 du projet de loi n° 5516 déterminent comment se déroule la surveillance du marché, quels sont les pouvoirs d'investigation accordés à l'Institut, quelles sont les modalités de contrôle et les mesures administratives et sanctions à adopter par l'Institut en cas d'infraction à la législation existante.

Le Conseil d'Etat est d'avis que la dernière phrase du paragraphe 2 de l'article 4 du projet de loi sous examen du texte proposé est à supprimer ici et à prévoir parmi les missions à accorder à l'Institut, étant donné qu'il s'agit d'une question de communication entre une autorité nationale et les autorités communautaires, qui ne doit pas obligatoirement figurer comme telle dans le texte de transposition.

Concernant plus précisément le paragraphe 3 de l'article 4 du projet de loi sous examen, le Conseil d'Etat pourrait accepter que le texte de transposition soit conçu en ce sens que l'exposant devrait prévenir l'Institut qu'il entend exposer un appareil non conforme aux exigences établies mais qui n'émettra pas des perturbations électromagnétiques. Partant le texte de ce paragraphe pourrait se concevoir comme suit:

"Par exception aux dispositions de la présente loi, il n'est pas fait obstacle à la présentation et à la démonstration..."

Article 5 (4 selon le Conseil d'Etat)

Afin d'améliorer la lisibilité du futur texte de loi, le Conseil d'Etat demande de reprendre intégralement le texte de l'annexe I dans la loi.

Article 6 (5 selon le Conseil d'Etat)

Alors que des normes harmonisées étaient quasi inexistantes lors de l'adoption de la directive 89/336/CEE, elles ont fait leur apparition peu à peu et il est logique de les appliquer correctement. Il faudra réaliser une coexistence harmonieuse entre les normes essentielles obligatoires, prévues désormais à l'article 5 et les normes harmonisées, qui elles ne seront pas obligatoires, au vœu de l'article 6, paragraphe 1^{er} *in fine*, mais dont le respect accordera à l'équipement visé par la loi sous avis une présomption de conformité à l'article 1^{er} de la loi. Dès lors, le Conseil d'Etat suggère de rédiger les paragraphes de l'article 6 dans une autre suite que celle proposée, à savoir d'abord le paragraphe 1^{er}, ensuite les paragraphes 3 et 4. Le paragraphe 2 prendrait la position 4.

Quant à la publication des normes au Mémorial, prévues au paragraphe 2 (4 selon le Conseil d'Etat), le Conseil d'Etat demande sous peine d'opposition formelle que les normes soient publiées entièrement dans le Mémorial conformément aux dispositions législatives en vigueur. A cet égard, il renvoie à son avis du 18 mars 2008 émis dans le cadre du projet de loi relatif à l'éco-conception (doc. parl. n° 5725).

Il suggère de prévoir la rédaction du paragraphe 3 (2 selon le Conseil d'Etat) de la façon suivante:

"Lorsqu'une norme ne répond pas aux exigences essentielles figurant à l'annexe 5, l'Institut soumet la question aux autorités communautaires compétentes."

Article 7 (6 selon le Conseil d'Etat)

Dans cet article, concernant les exigences de conformité à respecter par les appareils électriques, deux voies de déclaration de conformité sont ouvertes respectivement aux fabricants et à leurs distributeurs sur le marché européen. Soit ils évaluent eux-mêmes leurs appareils conformément à l'article 5 et attestent qu'ils sont conformes (procédure d'autodéclaration conformément à l'annexe II), soit ils recourent à un organisme indépendant qui certifiera que leur appareil est conforme aux exigences légales (procédure de certification conformément à l'annexe III).

Le marquage "CE" ainsi que le genre et l'emplacement des informations dans l'intérêt des utilisateurs sont précisés dans le présent texte de loi sur base des expériences acquises sous l'ancien régime.

Articles 8 et 9 (7 et 8 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat demande la reformulation du paragraphe 1^{er} de l'article 8, afin de faire ressortir que le principe de libre circulation est bien réservé aux appareils et installations conformes aux exigences européennes. Le texte se lirait dès lors comme suit:

"Ne peuvent porter le marquage "CE" que les appareils dont la conformité avec la présente loi a été établie par la procédure visée à l'article 7."

Abstraction faite des suggestions textuelles que le Conseil d'Etat formulera dans la suite, il estime qu'un règlement grand-ducal devrait reprendre les dispositions des paragraphes subséquents, alors que ces dispositions sont manifestement des mesures de simple exécution ne devant pas nécessairement figurer dans le texte de loi.

Quant au paragraphe 2 de l'article 8, il s'y oppose de façon formelle tant pour la raison exposée dans le cadre de l'examen de l'article 4 du projet de loi que par référence à l'article 12 de la Constitution, alors qu'il y est renvoyé à des "mesures nécessaires" non autrement explicitées qui peuvent entraîner des sanctions pénales. En outre, le Conseil d'Etat demande de remplacer la formulation "et/ou" par "et".

Le Conseil d'Etat voit d'une façon critique le paragraphe 4 de cet article. De son avis, cet article doit être interprété en ce sens que s'il est constaté qu'un appareil porte indûment le marquage "CE", la première sanction à émettre n'est pas d'en assurer la mise en conformité mais de lui interdire l'accès et l'utilisation sur le marché européen. Sa mise en conformité ultérieure permettra par après de l'admettre sur le marché européen conformément au texte de la directive.

Si la Chambre des députés suit le Conseil d'Etat dans sa proposition de modification de l'article 5, il faudra remplacer le renvoi fait à l'annexe I par le renvoi à l'article 5.

Articles 10, 11, 14 et 15 (9 selon le Conseil d'Etat)

Aux termes des articles 10 et 11 de la directive, celle-ci veut que chaque Etat membre organise des mesures de sauvegarde à l'égard d'appareils non conformes à la législation européenne, mais qu'en même temps des procédures judiciaires adéquates soient prévues dans l'hypothèse où des appareils sont frappés de décisions de retrait et d'interdiction ou de restriction à la libre circulation. Comme l'Institut se voit accorder le rôle d'organisme de contrôle au Luxembourg, le Conseil d'Etat propose de renvoyer aux dispositions contenues dans le projet de loi n° 5516 plutôt que de répéter les prérogatives ministérielles déjà couvertes dans ce cadre. Dans l'intérêt de la sécurité juridique et afin d'éviter des contradictions manifestes quant à la portée des compétences en présence, le Conseil d'Etat demande, sous peine d'opposition formelle, d'aligner le projet de loi sous examen aux dispositions du projet n° 5516 et de supprimer en conséquence les dispositions sous examen qui ne concordent pas avec l'autre projet de loi. Notamment le cumul de sanctions administratives et pénales prévues risquent de se heurter au principe du *non bis in idem*.

En tout état de cause, le Conseil d'Etat émet encore une opposition formelle à l'égard de l'article 15 dans son état actuel. Il critique que cet article manque de précision quant aux infractions à appréhender.

Ainsi le renvoi à des « infractions contre les exigences de conformité des équipements tels que définies dans la présente loi », pourtant sanctionnables par des amendes de l'ordre de 251 à 25.000 euros, ne suffisent pas au critère de précision. Aussi faut-il déterminer le destinataire exact de la décision ministérielle, l'expression « selon le cas » ne saurait donner la sécurité juridique nécessaire aux justiciables.

Le Conseil estime qu'il est en outre disproportionné de punir d'une amende de 251 à 25.000 euros le fait qu'une « information nécessaire » n'aurait pas été fournie. Qui détermine le degré de nécessité de l'information? Qu'en est-il si la personne recherchée invoque un secret de fabrication ou autre?

Article 12 (10 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat note qu'ici encore il s'agit d'une copie du texte européen. Il ne voit pas la nécessité de cette disposition au vu de l'article 9 du projet de loi sur l'Institut. Aux termes de la directive, l'Etat membre doit notifier à la Commission les organismes désignés pour émettre une évaluation de l'appareil soumis à son approbation. Cette notification doit renseigner les compétences exactes dévolues à l'organisme, désigné selon les critères fixés à l'annexe III. En tout état de cause, si la suggestion rédactionnelle du Conseil d'Etat n'est pas retenue, il demande que la rédaction de cet article soit revue en délimitant les compétences entre le ministre et l'Institut et que le poids de l'avis qu'émettra l'Institut soit déterminé. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat suggère que la rédaction de cette disposition est à revoir en ce sens que le ministre, en appliquant les critères fixés à l'annexe VI, l'Institut demandé en son avis, notifie à la Commission européenne les organismes prévus à l'annexe III.

L'alinéa 2 du paragraphe 1^{er} et le paragraphe 2 ne suscitent pas d'autres observations.

Concernant le paragraphe 3, le Conseil se demande si la dénonciation à faire à la Commission européenne, que devrait en tout état de cause faire le ministre, est une sanction adéquate.

Article 13 (11 selon le Conseil d'Etat)

Comme cet article vise le traitement des installations fixes et qu'il les soumet, conformément au vœu de l'article 13 de la directive, les soumet au même régime que les appareils électriques, le Conseil d'Etat recommande, dans un souci de lisibilité de la future loi, de prévoir cette disposition dans la suite immédiate de l'actuel article 12 et en tout cas avant l'article à créer relatif au contrôle, à l'investigation, aux sanctions administratives et pénales à l'égard de produits non conformes aux exigences de la loi.

Le renvoi aux "mesures appropriées" non autrement précisées (paragraphe 2, alinéa 2) se heurte à une opposition formelle pour les motifs figurant au commentaire des articles 8 et 9 ci-avant.

Articles 16 et 17 (12 selon le Conseil d'Etat)

Dès l'adoption de la présente loi, le règlement grand-ducal du 21 avril 1993 concernant la compatibilité électromagnétique, est en principe abrogé implicitement. Comme les autorités européennes entendent garantir la libre circulation aux appareils homologués selon les exigences prévues dans ce règlement grand-ducal pour une phase transitoire allant jusqu'au 20 juillet 2009, il y aurait lieu de réunir en une seule disposition les articles 16 et 17. Il faudrait dès lors reformuler la nouvelle disposition en retenant que les conditions d'admission au marché européen sont soit celles qui jusqu'ici étaient émises par le règlement grand-ducal du 21 avril 1993, soit celles prévues par la loi en projet, mais qu'en ce qui concerne les procédures de contrôle, de surveillance et de sanction, il faudrait s'en remettre à l'Institut.

Dans un souci de sécurité juridique, le Conseil d'Etat recommande au pouvoir réglementaire de procéder à l'abrogation formelle du règlement grand-ducal du 21 avril 1993, sauf en ce qui concerne les conditions d'admission au marché européen qui sont à maintenir en vigueur pour une période transitoire allant jusqu'au 20 juillet 2009.

Article 18 (13 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat suggère de supprimer cette disposition, alors qu'elle ne revêt aucun caractère normatif.

Article 19 (14 selon le Conseil d'Etat)

Comme le délai du 20 juillet 2007 a expiré, le Conseil d'Etat demande la suppression de cette disposition; il s'oppose en effet formellement à tout effet rétroactif de la loi à intervenir dans la mesure où celle-ci prévoit des sanctions.

Quant aux annexes, le Conseil d'Etat renvoie à ses considérations générales.

Sous réserve des modifications et critiques formulées, le Conseil d'Etat peut marquer son accord avec le présent projet de loi.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 8 avril 2008.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Alain Meyer