

Projet de loi

portant modification de la loi modifiée du 30 mai 2005 portant:

- 1) organisation de l'Institut Luxembourgeois de Régulation;**
- 2) modification de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat.**

Avis du Conseil d'Etat

(22 juin 2010)

Par dépêche en date du 11 mars 2010, 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 des Communications et des Médias, étaient joints un exposé des motifs et un commentaire des articles.

Par dépêche du 17 juin 2010, le Conseil d'Etat reçut encore communication de l'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics. Les avis des autres chambres professionnelles concernées n'étaient pas encore parvenus au Conseil d'Etat au moment de l'adoption du présent avis.

Considérations générales

Le projet de loi sous avis a pour objet de mettre certaines dispositions de la loi modifiée du 30 mai 2005 portant: 1) organisation de l' Institut Luxembourgeois de Régulation; 2) modification de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat en phase avec les dispositions de la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communication électroniques.

Constatant que surtout le paragraphe 4 de l'article 11 de la loi à modifier est incompatible avec les nouvelles obligations communautaires concernant l'indépendance des autorités réglementaires nationales reprises à l'article 3 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques, tel que modifié par la directive 2009/140/CE, les auteurs du projet entendent pallier cette incompatibilité. Ils entendent par ailleurs corriger une absence de

conformité du dernier alinéa du paragraphe 4 de l'article 11 et de la dernière phrase du deuxième alinéa du paragraphe 2 dudit article 11 de la loi du 30 mai 2005 à modifier, à la loi modifiée du 26 mai 1954 réglant les pensions des fonctionnaires de l'Etat, et notamment son article 2, paragraphe II, point 1.

Les auteurs tendent dès lors à éliminer les prises d'influence directes ou indirectes du Gouvernement sur l'Institut luxembourgeois de régulation (ci-après: ILR) en modifiant les dispositions qui pourraient permettre une telle prise d'influence.

Notant que des élargissements de compétence notamment en matière ferroviaire attendent l'ILR, ils estiment finalement qu'il convient de prévoir la possibilité d'un élargissement de la direction à un maximum de cinq membres.

L'attribution de la fonction d'organisme de contrôle à l'ILR fait actuellement l'objet du projet de loi (doc. parl. n° 6110) ayant pour objet A) la transposition en droit national de la directive 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires et la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire; B) la création d'un organisme de contrôle du marché ferroviaire; C) de modifier la loi modifiée du 11 juin 1999 relative à l'accès à l'infrastructure ferroviaire et à son utilisation; D) de modifier la loi modifiée du 10 mai 1995 relative à la gestion de l'infrastructure ferroviaire que le Conseil d'Etat a examiné dans son avis du 4 mai 2010. Le Conseil d'Etat renvoie à ce sujet à l'avis en question, et plus particulièrement en ce qui concerne l'articulation des compétences de l'ILR dans le domaine ferroviaire.

L'article 1^{er}, point 3 de la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil que le projet de loi sous avis entend transposer, vise à introduire dans la directive « cadre » 2002/21/CE un article 3bis, lequel prévoit que les « autorités réglementaires nationales responsables de la régulation du marché *ex ante* ou du règlement des litiges entre entreprises conformément à l'article 20 ou 21 de la présente directive agissent en toute indépendance et ne sollicitent ni n'acceptent d'instruction d'aucun autre organe en ce qui concerne l'accomplissement des tâches qui leur sont assignées en vertu du droit national transposant le droit communautaire. Ceci n'empêche pas une surveillance conformément aux dispositions nationales de droit constitutionnel. Seuls les organismes de recours établis conformément à l'article 4 ont le pouvoir de suspendre ou d'infirmes les décisions prises par les autorités réglementaires nationales... ».

Dans un arrêt de la grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne du 9 mars 2010 (affaire C-518/07 - manquement d'Etat introduit par la Commission européenne contre la République fédérale d'Allemagne en matière de transposition incorrecte de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données par ladite République), celle-ci a eu l'occasion de s'exprimer sur la notion « en toute indépendance ».

La Cour constatant l'absence de définition de la notion « en toute indépendance » dans la directive 95/46/CE, estime que dans ce cas il convient de tenir compte de son sens habituel. « En matière d'organe public, le terme « indépendance » désigne normalement un statut qui assure à l'organe concerné la possibilité d'agir en toute liberté, à l'abri de toute instruction et de toute pression » (point 18 de l'arrêt susmentionné).

La Cour ajoute que la notion « toute indépendance » implique un pouvoir décisionnel soustrait à toute influence extérieure, qu'elle soit directe ou indirecte (point 19 de l'arrêt du 9 mars 2010).

La Cour en conclut que la République fédérale d'Allemagne, en soumettant les autorités de contrôle compétentes pour la surveillance du traitement des données à caractère personnel à la tutelle de l'Etat n'a pas correctement transposé la directive 95/46/CE.

Il est vrai que la situation juridique dans l'affaire précitée était différente en ce que l'autorité visée n'était qu'une simple autorité de contrôle et non, comme en l'espèce, une autorité avec pouvoir réglementaire.

Le Conseil d'Etat estime cependant que la notion « en toute indépendance » qui figure également en tant que telle dans l'article 3*bis* de la directive 2002/21/CE devra être interprétée de façon uniforme dans tous les textes dans lesquels est prévu au niveau européen le fonctionnement d'un organisme disposant d'un pouvoir normatif en dehors d'une ingérence étatique ou tierce.

Il en résulte que l'interprétation de la notion « en toute indépendance » que la Cour de justice de l'Union européenne a donnée dans l'arrêt susmentionné, sera aussi celle qu'il faudra donner à la même notion incluse dans l'article 3*bis* de la directive 2002/21/CE.

Par voie de conséquence, le texte de la directive que le projet de loi entend transposer, qui prévoit pour tout institut de régulation au niveau européen un fonctionnement en « toute indépendance », implique une indépendance fonctionnelle échappant au pouvoir tutélaire du Gouvernement tant en ce qui concerne la légalité que l'opportunité des décisions prises.

L'article 3*bis* de la directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques prévoit que les autorités réglementaires créées peuvent agir en toute indépendance, tout en permettant une surveillance « conformément aux dispositions nationales de droit constitutionnel ».

L'ILR est d'après l'article 1^{er} de la loi modifiée du 30 mai 2005, qui n'est pas sujet à modification, un établissement public doté de la personnalité juridique. L'article 108*bis* de la Constitution prévoit que le pouvoir réglementaire peut être accordé à un établissement public par la loi qui peut en outre soumettre les règlements à l'approbation de l'autorité de tutelle ou même prévoir l'annulation ou la suspension en cas d'illégalité, sans préjudice des attributions des tribunaux judiciaires ou administratifs.

La Constitution ne s'oppose dès lors pas à la création d'établissements publics à large indépendance par rapport à l'autorité de tutelle. Des établissements publics, dotés de la personnalité juridique, pour lesquels ne subsiste qu'une simple tutelle organique, sont par voie de conséquence constitutionnellement possibles.

Si l'existence de tels établissements est admissible d'un point de vue constitutionnel, le Conseil d'Etat n'est cependant pas convaincu que l'évolution actuelle, qui multiplie la création de tels organismes à pouvoir réglementaire en les soustrayant à toute tutelle en ce qui concerne leur pouvoir normatif, soit saine. En effet, si tout contrôle ministériel, ou pire, si tout contrôle par la Chambre des députés est éliminé, il y a risque de création d'Etats dans l'Etat, fonctionnant en toute indépendance et soustraits aux pouvoirs législatif et exécutif, ce qui pose un problème évident au niveau des règles de fonctionnement d'un Etat démocratique.

Toutefois, au vu de l'interprétation jurisprudentielle de la notion « en toute indépendance », telle qu'elle résulte de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 9 mars 2010 précité, d'une part, et du libellé de l'article 3*bis* de la directive 2002/21/CE, d'autre part, le Conseil d'Etat vient à se demander si l'approche des auteurs du projet de loi sous avis qui procèdent par simple élimination des textes prévoyant une possibilité d'intervention du Gouvernement est suffisante. Dès lors, le Conseil d'Etat estime opportun d'inclure dans le texte du projet de loi sous avis une disposition imposant une obligation positive, à l'instar de celle contenue dans le paragraphe 2 de l'article 5 de la loi modifiée du 23 décembre 1998 relative au statut monétaire et à la Banque centrale du Luxembourg. Il reviendra sur la problématique dans le cadre de son examen des articles.

Selon l'article 3*bis* de la directive 2002/21/CE, les Etats membres doivent veiller à ce que le chef d'une autorité réglementaire nationale visée par la directive ou son remplaçant ou, le cas échéant, les membres de l'instance collégiale exerçant cette fonction au sein de l'autorité réglementaire nationale, ou leurs remplaçants, ne puissent être congédiés que s'ils ne remplissent plus les conditions requises pour exercer leurs fonctions préalablement définies en droit national. Le Conseil d'Etat note que les auteurs du projet sous avis ont prévu à l'article 6 du projet de loi, tendant à modifier l'article 11 de la loi modifiée du 30 mai 2005, l'inamovibilité des membres de la direction pour la durée de leur mandat, sauf cas d'infirmité ou d'inconduite. Il n'est cependant indiqué à aucun moment à qui appartient le pouvoir d'entamer la révocation ou la suspension: au Gouvernement? Si tel est le cas, la question de l'indépendance se pose en toute acuité. Au conseil de l'ILR? Si tel est le cas, il faudra l'indiquer dans les textes afférents.

Ensuite, le Conseil d'Etat constate que le mandat des membres de la direction sera de cinq ans, renouvelable selon le projet de loi. Or, dans le commentaire des articles, les auteurs du projet de loi soulignent que la durée des mandats est limitée à un maximum de deux fois cinq années, sans que cette limitation se retrouve par ailleurs dans le texte du projet de loi.

Finalement, le Conseil d'Etat note que l'article 3*bis* de la directive 2002/21/CE, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et

services de communications électroniques, prévoit que la décision de congédier le chef de l'autorité réglementaire nationale concernée ou, le cas échéant, les membres de l'instance collégiale exerçant cette fonction est rendue publique au moment du congédiement. Le chef congédié ou, le cas échéant, les membres congédiés de l'instance collégiale, exerçant cette fonction reçoivent un exposé des motifs et ont le droit d'en demander la publication si celle-ci n'intervient pas d'office, auquel cas celui-ci est publié.

Les auteurs du projet de loi n'ont pas repris ces dispositions de la directive. Le Conseil d'Etat est cependant d'avis qu'il s'agit là d'obligations, claires, précises et inconditionnelles qu'il faudra transposer. Dès lors, les auteurs du projet de loi sont invités à prendre ces dispositions en considération dans le projet de loi, sous peine d'opposition formelle de la part du Conseil d'Etat. Il renvoie à ce sujet à ses développements à l'endroit de l'article 6 (7 selon le Conseil d'Etat).

Examen des articles

Article 1^{er}

Sans observation.

Articles 2 et 3

Le texte de l'article 2 du projet de loi vise à modifier l'article 1^{er} de la loi en ajoutant à l'alinéa 3 un texte définissant la mission de l'ILR et un alinéa 4 relatif aux règlements que l'ILR est amené à prendre dans le contexte de ses missions. Il entend aussi donner au conseil le pouvoir de transférer le siège de l'ILR. Par ailleurs, l'article 2 de la loi précitée de 2005, qui définit les missions de l'ILR, serait à supprimer.

Le Conseil d'Etat estime que cette façon d'agencer le texte est inadéquate et l'alourdit inutilement. Ainsi, il propose de ne pas ajouter les missions de l'ILR à l'alinéa 3 de l'article 1^{er} de la loi modifiée du 30 mai 2005, mais de maintenir l'article 2 de la loi, tout en lui donnant la teneur du point 1 de l'article 2 du projet de loi.

L'article 3 du projet de loi sous avis aurait dès lors la teneur suivante:

« **Art. 3.** L'article 2 est modifié comme suit:

« *Art. 2.* L'Institut exerce en toute indépendance les missions de régulation des secteurs économiques, entreprises et opérateurs dans le cadre et dans les limites des pouvoirs lui accordés par les lois et règlements qui régissent ces secteurs.

Les règlements adoptés par l'Institut conformément aux dispositions de ces lois sont publiés au Mémorial et sur le site Internet de l'Institut. Ces règlements sont applicables quatre jours après leur publication au Mémorial, à moins qu'ils ne déterminent une entrée en vigueur plus tardive. » »

Le Conseil d'Etat propose par ailleurs de remplacer dans le texte de l'article 2 du présent projet la notion « conseil d'administration » par celle de « conseil ». En effet, la notion de « conseil d'administration » ne se

retrouve à aucun autre endroit du texte de la loi modifiée du 30 mai 2005 portant: 1) organisation de l'Institut luxembourgeois de Régulation; 2) modification de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat.

Pour le surplus, le texte ne donne pas lieu à observation.

Article 4

Sans observation.

Article 5 (nouveau)

Le Conseil d'Etat renvoie à ses développements effectués dans les considérations générales au sujet de l'obligation d'indépendance de l'ILR et des membres de ses organes par rapport à l'autorité de tutelle.

Il estime dans ce contexte nécessaire d'ajouter un article 5 nouveau au projet de loi sous avis pour souligner cette indépendance, et à cet effet il propose d'ajouter au texte de l'article 5 de la loi du 30 mai 2005 un alinéa 2 directement inspiré du paragraphe 2 de l'article 5 de la loi du 23 décembre 1998 relative au statut monétaire et à la Banque centrale du Luxembourg et de l'article 3*bis* de la directive 2002/21/CE.

Ainsi, l'article 5 (nouveau) du projet de loi sous avis aurait la teneur suivante:

« **Art. 5.** L'article 5 de la loi est complété par un alinéa 2 nouveau libellé comme suit:

« Dans l'exercice des pouvoirs et dans l'accomplissement des missions et des devoirs qui leur ont été conférés dans le domaine de la régulation, ni l'Institut luxembourgeois de régulation, ni un membre de ses organes ne peuvent solliciter ni accepter des instructions des institutions ou organes de l'Union européenne, des gouvernements des Etats membres ou de tout autre organe. » »

Article 5 (6 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat renvoie à ses développements dans le cadre de son examen de l'article 6 (7 selon le Conseil d'Etat) quant à l'autorité compétente pour faire le choix de suspendre ou de révoquer les membres de la direction de l'ILR.

Pour le surplus, les points 1 à 3 ne donnent pas lieu à observation.

Article 6 (7 selon le Conseil d'Etat)

La modification proposée du paragraphe 2 de l'article 11 de la loi de 2005, en ce que le nombre des membres de la direction peut être porté à cinq, ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat.

En revanche, pour répondre au souci des auteurs du projet, exprimé dans le commentaire des articles, de ne pas faire excéder la durée du mandat d'un directeur ou d'un directeur adjoint au-delà de dix ans, il convient de

modifier la dernière phrase de l'alinéa 2 du paragraphe 2 de l'article 11 de la façon suivante:

« Les mandats sont renouvelables une fois. »

Ce libellé tient compte du fait que ce n'est pas la nomination qui est renouvelable, mais bien le mandat.

Les auteurs du projet de loi sous avis proposent de supprimer le paragraphe 4 de la loi à modifier, et d'incorporer les dispositions au sujet de l'inamovibilité des membres de la direction sous le paragraphe 2, en y créant un alinéa 3.

En ce qui concerne l'inamovibilité des membres de la direction, les auteurs du projet se sont directement inspirés de l'article 91 de la Constitution qui vise l'inamovibilité des juges. Le Conseil d'Etat estime que pour la nomination et la révocation des membres de la direction de l'ILR, dont la situation n'est pas comparable avec celle des juges, il y a lieu d'appliquer le principe du parallélisme des formes. Le pouvoir d'initiative pour la suspension, la révocation ou le déplacement doit être conféré au conseil. La solution proposée rencontre par ailleurs l'obligation de publication prévue par l'article 3*bis* de la directive alors que d'après l'arrêté royal grand-ducal du 20 avril 1854 concernant la publication du mémorial législatif et administratif, la publication des arrêtés grand-ducaux de nomination aux fonctions publiques est prévue.

Le texte de l'alinéa 3 du paragraphe 2 se lira comme suit:

« Pendant la durée de leur mandat, les membres de la direction ne peuvent être suspendus, révoqués ou déplacés qu'en cas d'infirmité ou d'inconduite. La suspension, la révocation ou le déplacement intervient sur proposition du conseil, après avoir entendu l'intéressé en ses explications et moyens de défense. L'intéressé peut demander la publication au Mémorial des motifs de la décision. »

Les points 3 et 4 de l'article 6 du projet de loi ne donnent pas lieu à observation.

Articles 7 à 9 (8 à 10 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Article 10 (11 selon le Conseil d'Etat)

Eu égard au fait que c'est le mandat qui est renouvelable et non la nomination, il y a lieu de libeller le paragraphe 1^{er} de l'article 10 du projet de la façon suivante:

« (1) Le réviseur d'entreprises est nommé pour une période de trois ans; son mandat est renouvelable une fois. »

Pour le surplus, le Conseil d'Etat n'a pas d'autre observation à formuler.

Article 11 (12 selon le Conseil d'Etat)

Cet article vise à supprimer l'article 20 de la loi à modifier. Les auteurs du projet ne se sont pas exprimés sur les raisons de cette suppression. Le Conseil d'Etat croit avoir compris que cette suppression s'inscrit dans le souci de souligner l'indépendance de l'ILR par rapport au Gouvernement.

Il estime toutefois que, comme la dissolution de l'ILR ne peut intervenir que par la loi, l'attribution des avoirs en cas de dissolution à l'Etat ne constitue pas nécessairement une entrave à l'indépendance de l'ILR.

Aussi la suppression de cet article ne s'impose-t-elle pas.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 22 juin 2010.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Schroeder