

Projet de loi

portant création de l'établissement public « Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel » et modification

- 1. de la loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques,**
- 2. de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat et**
- 3. de la loi du 20 avril 2009 relative à l'accès aux représentations cinématographiques publiques.**

Avis du Conseil d'Etat

(5 février 2013)

Par dépêche du 25 octobre 2012 du Premier Ministre, Ministre d'Etat, le Conseil d'Etat fut saisi du projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre des Communications et des Médias. A la lettre de saisine étaient joints le texte du projet de loi, un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche financière, une fiche d'évaluation d'impact ainsi qu'un texte coordonné de la loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques. Ont également été joints à la lettre de saisine du Conseil d'Etat :

- un projet de règlement grand-ducal portant fixation des indemnités revenant au président et aux membres du conseil d'administration ainsi qu'aux membres de l'assemblée consultative de l'Autorité luxembourgeoise indépendante de l'Audiovisuel;
- un projet de règlement grand-ducal concernant la fixation des taxes à percevoir par l'Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel en matière de surveillance des services de médias audiovisuels.

L'avis de la Chambre de commerce sur le projet de loi a été communiqué au Conseil d'Etat par dépêche du 21 janvier 2013. Par dépêche du 28 janvier 2013, les avis du Conseil national des programmes, de la Commission indépendante de la radiodiffusion et de l'Institut des réviseurs d'entreprises lui ont été adressés.

Le projet sous avis poursuit le double objectif de réorganiser la surveillance des services de médias en regroupant au sein d'une seule entité – l'Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel – les pouvoirs répartis actuellement entre la Commission indépendante de la radiodiffusion, le Conseil national des programmes et le ministre ayant dans ses attributions les Médias et de mettre à la disposition de l'Autorité un système de sanctions graduées qui remplacera le système actuel jugé peu efficace par l'exposé des motifs.

Examen des articles

Observation préliminaire

Les auteurs du projet de loi entendent insérer de nombreux nouveaux articles dans la loi à modifier en ayant recours à la formule « Il est créé un nouvel article x (...) et qui a la teneur suivante ». Le Conseil d'Etat suggère d'écrire « Il est ajouté un nouvel article x qui a la teneur suivante ».

Intitulé

La lecture de l'intitulé du projet de loi sous examen donne à croire que le texte de la future loi contient des dispositions autonomes; or, ceci n'est pas le cas puisque le texte en projet ne fera que modifier deux textes légaux existants. De même, il y a lieu de redresser la référence à la loi sur l'accès aux représentations cinématographiques publiques, qui est la loi du 20 avril 2009. Le Conseil d'Etat suggère de supprimer le terme « indépendant » de la dénomination de l'Autorité pour les raisons qu'il exposera plus en détail à l'endroit de l'article 16. Aussi le Conseil d'Etat propose-t-il de retenir l'intitulé qui suit:

*« Projet de loi modifiant la loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques en vue de la création de l'établissement public « Autorité luxembourgeoise de l'audiovisuel » et modifiant
1) la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat et
2) la loi du 20 avril 2009 relative à l'accès aux représentations cinématographiques publiques ».*

Article 1^{er}

Afin d'éviter la répétition incessante des termes « Autorité luxembourgeoise de l'audiovisuel », le Conseil d'Etat propose d'écrire « sont remplacés par les termes « l'autorité » » et d'insérer à l'article 2 de la loi du 27 juillet 1991 une définition supplémentaire en ajoutant, sous le numéro 1), une nouvelle définition formulée comme suit:

« 1) « autorité », l'Autorité luxembourgeoise de l'audiovisuel ».

Article 2 (nouveau selon le Conseil d'Etat)

Si l'observation présentée ci-dessus à l'endroit de l'article 1^{er} est retenue, il faudra ajouter au projet de loi sous examen un article 2 nouveau de la teneur suivante:

« **Art. 2.** L'article 2 de la même loi est complété par un point 1) nouveau qui a la teneur suivante:

« 1) « autorité », l'Autorité luxembourgeoise de l'audiovisuel; ».

Le texte actuel de l'article 2 est maintenu tel quel, mais les définitions figurant sous les numéros de 1 à 28 figureront désormais sous les numéros de 2 à 29. »

Article 2 (3 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat constate que la notion de « non-exploitation prolongée » est trop floue. Comme le défaut d'exploitation prolongée d'une concession peut entraîner une mesure radicale – le retrait de la licence –, ce retrait devrait être encadré par la loi de critères précis et transparents. Pour le moins, la durée de la non-exploitation qui peut aboutir à cette mesure devrait être indiquée avec précision, et la procédure de retrait devrait être décrite au moins sommairement, notamment avec l'indication des protections accordées au détenteur de la licence.

Articles 3 à 6 (4 à 7 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Article 7 (8 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat propose de lire le texte de cet article comme suit:

« L'article 25 de la même loi est modifié comme suit:

1. Au paragraphe (1), les deux mentions de « l'article 35 » sont remplacées par celles de « l'article 35*sexies* ».
2. Au paragraphe (2), point a), la mention de « l'article 27*ter* » est remplacée par celle de « l'article 27*quater* ».
3. Au paragraphe (4), le mot « entendu » est mis au féminin. »

Article 8 (9 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat estime que le pouvoir accordé à l'autorité de prélever des taxes de la part des entreprises qu'elle surveille doit être inscrit dans la loi en projet de façon expresse et formelle, alors que l'article 8 sous examen adopte une approche indirecte. En effet, en vertu de l'article 27*ter* nouveau, les entreprises tombant sous l'emprise de la loi en projet, en acceptant la concession qui leur est octroyée, acceptent par là « les taxes qui sont dues à titre de frais pour l'exercice de la surveillance du respect des dispositions prévues par la présente loi », sans indication que l'autorité est autorisée à couvrir une partie de ses frais de personnel et de fonctionnement grâce à des taxes qui sont dues par les personnes physiques et morales soumises à sa surveillance. Ces taxes ne sont pas dues comme conséquence de l'octroi d'une concession, mais parce que l'autorité de la loi les a instituées. Le Conseil d'Etat renvoie aux exemples de la Commission de surveillance du secteur financier et du Commissariat aux assurances à l'égard desquels les textes législatifs qui les gouvernent accordent le pouvoir de prélever des taxes à charge des personnes qu'elles surveillent, taxes qui sont destinées à financer les frais de personnel et de fonctionnement des deux entités de contrôle, quitte à confier à un règlement grand-ducal la mission de fixer le montant et les modalités des taxes.

La seule différence entre l'autorité et les deux entités mentionnées ci-dessus, quant à la façon dont elles se financent, consiste dans le fait que l'autorité est la seule à bénéficier, en sus des taxes qu'elle perçoit, d'une dotation annuelle à charge du budget de l'Etat. Ce n'est pas aux yeux du Conseil d'Etat une raison suffisante pour ne pas créer à l'égard de l'autorité

la transparence que le législateur a jugée incontournable au moment où il a jeté les bases légales des deux autres entités.

Le Conseil d'Etat ne saurait en aucun cas admettre le libellé proposé et exige en conséquence que le texte prévu à l'endroit de l'article 27ter nouveau soit abandonné, et remplacé par le libellé suivant:

« (2) L'autorité est autorisée à prélever la partie de ses frais de personnel et de fonctionnement non couverte par la dotation annuelle à charge du budget de l'Etat par des taxes à percevoir auprès de chaque fournisseur de services de médias audiovisuels ou personne soumise à sa surveillance.

Un règlement grand-ducal fixe le montant des taxes et les modalités d'exécution du présent paragraphe. »

Ce texte sera à insérer à l'article 35quinquies comme paragraphe 2 nouveau. En effet, les taxes à percevoir font partie incontestablement du chapitre sur les « *Dispositions financières* » sans qu'il soit nécessaire de créer un article à part sur les « *Frais de surveillance* », cela d'autant plus que les frais de surveillance seront supportés en partie par la dotation provenant du budget de l'Etat.

Article 9 (10 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Article 10 (11 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat attire l'attention des auteurs du projet de loi sur le fait que le texte de la version coordonnée de la loi du 27 juillet 1991 ne retient que partiellement la correction apportée par l'article sous examen.

Articles 11 à 13 (12 à 14 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Article 14 (15 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat suggère de lire « [...] de la compétence du Grand-Duché de Luxembourg ».

Article 15 (16 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Article 16 (17 selon le Conseil d'Etat)

Si l'observation faite par le Conseil d'Etat sous l'article 2 était retenue, le paragraphe 1^{er} de l'article 35 de la loi modifiée du 27 juillet 1991 se lirait comme suit:

« (1) L'autorité est un établissement public [...] »

Encore au paragraphe 1^{er}, mais à l'alinéa 3, il y a lieu d'écrire: « [...] sous la tutelle du ministre ayant les Médias dans ses attributions », par

référence à l'arrêté grand-ducal du 27 juillet 2009 portant constitution des Ministères.

Au sujet du statut juridique de l'autorité, le Conseil d'Etat note que les auteurs du projet de loi lui donnent les caractéristiques d'un établissement public à caractère administratif, catégorie retenue par l'instruction du Gouvernement en conseil du 11 juin 2004 ayant pour objet de fixer une ligne de conduite et des règles générales en matière de création d'établissements publics. Par contre, le projet de loi sous examen n'est pas accompagné de la note mentionnée dans l'article 3, alinéa 1^{er}, à savoir de la note du 11 juin 2004, « dans laquelle le ministre de tutelle apportera une explication sur les points suivants:

1. L'opportunité dûment établie permettant de conclure au caractère inéluctable de la décentralisation, avec en particulier tous les arguments à l'appui susceptibles de démontrer que ni l'option d'une simplification administrative (par exemple attribution de la gestion séparée à une administration de l'Etat) ni celle d'une privatisation n'ont pu être retenues.
2. Le choix de l'un des trois statuts juridiques conformément aux différentes catégories d'établissements publics dont question à l'article 2 ci-dessus.
3. Une justification par rapport aux différents points de la présente instruction consistant à vérifier s'il y a eu conformité ou non par rapport aux différents points de la présente instruction avec, en cas de non-conformité éventuelle, un argumentaire détaillé sur ces raisons. »

Le paragraphe 1^{er}, alinéa 2 de l'article sous examen devrait se lire « [...] est établi à Luxembourg » pour rester en concordance avec la phrase qui suit.

Le Conseil d'Etat doute de l'utilité de l'emploi répété des mots « indépendance » et « indépendant » au paragraphe 1^{er}. Un établissement public n'est jamais indépendant, puisqu'il est placé par définition sous la tutelle d'un ministre. Ce lien fort ne saurait être défait, même pas par le législateur, qui est tenu au respect de l'article 108*bis* de la Constitution. Les auteurs du projet de loi sous examen se lancent ainsi dans un exercice de pure terminologie dont la lecture ne peut engendrer que le désarroi du côté du lecteur, puisque l'exercice s'emploie en vain à réaliser la quadrature du cercle. Une entité sous tutelle peut-elle être indépendante? Indépendante de qui? Indépendante en quoi? Ce n'est pas l'affirmation de cette indépendance qui la réalisera. Pour vérifier si et dans quelle mesure l'autorité est indépendante (du Gouvernement? du secteur économique à l'égard duquel elle exerce sa surveillance pour voir s'il respecte la législation dans le domaine de l'audiovisuel?), il suffit de se reporter aux attributions de l'entité et de ses organes. D'après l'article 35 nouveau, l'autorité est placée sous la tutelle du ministre auquel sont en outre soumises certaines décisions du conseil d'administration de l'autorité. Le budget arrêté par le conseil d'administration est soumis à approbation ministérielle; il en est de même de la désignation du réviseur d'entreprises agréé. Les membres du conseil d'administration sont nommés par le Grand-Duc sur proposition du Gouvernement en conseil (comme les fonctionnaires). Le Gouvernement en

conseil décide de la décharge à donner aux organes de l'Autorité. Il appartient à tout un chacun de déterminer s'il voit dans cette structure une preuve de l'indépendance de l'autorité. De l'avis du Conseil d'Etat et pour les raisons exposées ci-dessus, il est superfétatoire de faire figurer le terme « indépendant » dans la dénomination de l'autorité.

Le Conseil d'Etat est amené à soulever un autre aspect, qui dépasse le cadre du dossier sous examen. La Constitution part du principe que le fonctionnement de l'Etat est soumis au contrôle du Parlement et que c'est le Gouvernement qui est responsable politiquement devant le Parlement du fonctionnement de l'administration publique. A quoi rime dès lors l'introduction d'entités de plus en plus nombreuses supposées être « indépendantes »? Pareilles initiatives du Parlement seraient compréhensibles à partir du moment où les élus n'avaient plus confiance en la capacité du Gouvernement de gouverner le pays dans l'intérêt général. Nous n'en sommes pourtant pas là. En quoi le recours aux cinq membres du conseil d'administration de l'autorité, pour la nomination desquels le projet de loi ne prévoit pas le moindre critère hormis le respect de certaines incompatibilités, nommés après décision du Gouvernement en conseil, est-il garant de l'indépendance de ces personnes? Ni l'exposé des motifs ni le commentaire des articles ne s'expriment sur cette question.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat suggère de compléter le paragraphe 3 par l'ajout suivant: « [...] 21 et 23, ainsi qu'avant le retrait d'une permission ou concession visées ci-dessus. » Sans cet ajout, l'attribution que l'article 35*bis*, I., b) entend accorder au conseil d'administration manque de fondement.

Article 17 (18 selon le Conseil d'Etat)

A la première phrase de cet article, il faudrait lire « Les organes de l'autorité sont le conseil d'administration, l'assemblée consultative et le directeur. » En effet, l'article 18 du projet de loi sous examen prévoit au titre du futur article 35*ter* que cette assemblée « est l'organe consultatif de l'autorité ».

Sous le point I., a), (iii), alinéa 2, il y a lieu de lire « [...] mises en cause [...] ».

Encore sous le point I., les textes sous les lettres d) et f) parlent d'un « règlement d'ordre intérieur » respectivement d'un « règlement intérieur ». Si les deux occurrences visent le même document, il y a lieu d'adapter le texte sous examen en conséquence. Il faudrait préciser à la même occasion si ce règlement d'ordre intérieur s'applique au seul conseil d'administration, ou à l'autorité dans son ensemble.

Sous le point I., d), le détail « [...] les règles de procédure régissant l'instruction *élaborées par le directeur* » peut être omis, les questions d'organisation interne ne requérant pas l'intervention du législateur.

Sous le point I., g), le Conseil d'Etat signale qu'en ce qui concerne la dénomination du « réviseur aux comptes », il se rallie à l'avis du 9 janvier 2013 de l'Institut des réviseurs d'entreprises, qui rappelle que le terme consacré par la loi modifiée du 18 décembre 2009 relative à la profession de

l'audit est celui de « réviseur d'entreprises agréé ». Ces termes sont dès lors à utiliser.

La deuxième phrase de l'alinéa sur la convocation du conseil d'administration pourrait se lire comme suit:

« Il est convoqué par le président, ou, en cas d'empêchement de celui-ci, par le plus âgé de ses membres. »

Sous le point II., l'alinéa 4 entend fixer le statut du directeur. En statuant que celui-ci « a la qualité de fonctionnaire de l'Etat en ce qui concerne le statut, le traitement et le régime de pension », le texte sous examen laisse planer un doute sur le statut du directeur, alors qu'il est manifeste que les auteurs du projet de loi sous examen entendent lui donner le statut de fonctionnaire (l'article 24 du projet de loi sous examen ne laisse aucun doute à ce sujet). S'il n'est fonctionnaire que par rapport au statut, au traitement et au régime de pension, quelle est la différence par rapport à un fonctionnaire « ordinaire »? Quels sont les éléments identificateurs du fonctionnaire dont le directeur ne bénéficierait pas? Le seul élément innovateur par rapport à la généralité des fonctionnaires consiste dans le fait que le directeur n'est nommé que pour la durée de cinq ans. Mais le Gouvernement a de plus en plus recours à ce régime temporaire à l'égard de fonctionnaires occupant des fonctions à hautes responsabilités.

Le Conseil d'Etat propose d'écrire simplement:

« Le directeur est fonctionnaire de l'Etat. »

Constatant que la loi modifiée du 9 décembre 2005 déterminant les conditions et modalités de nomination de certains fonctionnaires occupant des fonctions dirigeantes dans les administrations et services de l'Etat a réglé de façon générale la matière des fonctions occupées par leurs titulaires pour une période limitée seulement (contrairement à la situation normale du fonctionnaire qui exerce une tâche à titre définitif et permanent), le Conseil d'Etat demande que le texte du projet de loi sous avis applique simplement ces règles générales. Cette demande vise en particulier la fixation de la durée du mandat à 5 ans, solution qui dévie de la règle générale qui la fixe à 7 ans, sans que ni l'exposé des motifs ni le commentaire de l'article ne justifient ce choix.

Le Conseil d'Etat tient à signaler que le fait que le directeur est fonctionnaire de l'Etat rend superfétatoires quelques incompatibilités déjà réglées par le statut du fonctionnaire de l'Etat, mais qui sont tout de même énumérées dans l'alinéa suivant. La partie de phrase « incompatible avec sa fonction, ni détenir directement ou indirectement des intérêts dans une entreprise ou tout autre organisme relevant de la compétence de l'autorité » est réglé par l'article 14(3) du statut général des fonctionnaires de l'Etat. Le membre du Gouvernement est à exclusion, son incompatibilité étant elle aussi réglée par l'article 14 du précité statut. L'incompatibilité avec le mandat de membre de la Chambre des députés résulte de l'article 129 de la loi électorale du 18 février 2003 telle que modifiée par la suite. Quant au membre du Parlement européen, celui-ci est également à exclusion du fait que l'incompatibilité qui résulte du statut de fonctionnaire de l'Etat et celle du député européen est inscrite à l'article 287 de la précitée loi électorale du 18 février 2003.

Tenant compte de ce qui précède, l'alinéa en question se lira comme suit:

« Il ne peut être membre du Conseil d'Etat ou exercer un mandat communal. »

Pour ce qui est des incompatibilités avec la fonction de directeur, le Conseil d'Etat émet les mêmes doutes que ceux qu'il a soulevés par rapport aux membres du conseil d'administration.

D'un point de vue rédactionnel, l'article 35bis introduit par l'article 17 (18 selon le Conseil d'Etat) sous avis est à rédiger comme suit:

« **Art. 18.** Il est ajouté un nouvel article 35bis, après l'article 35 de la même loi, qui a la teneur suivante:

« **Art. 35bis. Les organes de l'autorité**

A. Le conseil d'administration

(1) 1. Les compétences du conseil d'administration

a) Il se prononce [...].

b) Lorsque le [...].

c) Si le conseil d'administration [...].

d) De même [...].

2. Il rend un avis préalable [...].

3. Il attribue [...].

4. Il approuve [...].

5. Il arrête [...].

6. Il arrête [...].

7. Il nomme [...].

8. Il approuve [...].

9. Il approuve [...].

10. Il émet [...].

11. Il exerce [...].

Les décisions [...].

(2) La composition du conseil d'administration

Le conseil d'administration se compose de [...].

[...].

(3) Le fonctionnement du conseil d'administration

Le conseil d'administration de réunit [...].

[...].

B. Le directeur

(1) Les modalités de désignation du directeur

Le directeur est nommé [...].

(2) Les missions du directeur

Le directeur surveille [...].

1. Les plaintes [...].

2. Le directeur dirige [...].

3. Il accomplit [...].

4. Il est le supérieur hiérarchique [...].

5. Il établit un règlement d'ordre intérieur [...].

6. Il établit ou fait établir [...]. »

Article 18 (19 selon le Conseil d'Etat)

Dans l'hypothèse décrite sous le dernier alinéa de l'article sous d), dernier tiret, il y a lieu de préciser qui décidera de la saisine. Le Conseil

d'Etat estime que cette attribution doit appartenir au conseil d'administration.

Au point b) de l'article 35^{ter} nouveau, la première phrase est à supprimer pour être superfétatoire au vu de la phrase qui suit.

Au point d), premier tiret, la deuxième phrase est à supprimer pour être superfétatoire au vu du caractère consultatif de l'assemblée.

Le terme « notamment » est à supprimer pour son caractère exemplatif.

L'énumération alphabétique est à remplacer par des paragraphes. Les tirets, quant à eux, sont à remplacer par une numérotation.

Article 19 (20 selon le Conseil d'Etat)

Quant au paragraphe 3, le renvoi direct à un règlement grand-ducal n'est pas possible. Le principe de la hiérarchie des normes interdit qu'une norme juridique supérieure comporte une référence à une norme qui lui est inférieure dans la hiérarchie des sources de droit. Nonobstant ce qui précède, le paragraphe 3 est superflu, tout agent nommé sur base du paragraphe 2 bénéficiant d'office du régime de rémunération des employés de l'Etat. Au cas où le texte du paragraphe 3 serait maintenu, le Conseil d'Etat ne saurait accorder la dispense du second vote constitutionnel.

Pour ce qui est de la dernière phrase du paragraphe 5, le Conseil d'Etat, en se référant à son avis du 23 octobre 2012 (doc. parl. n° 6420³) relatif au projet de loi modifiant la loi modifiée du 31 mai 1999 portant création d'un fonds national de la recherche, se déclare formellement opposé avec une mesure qui accorderait à quelques agents d'un ministère déterminé des avantages exceptionnels auxquels ne peuvent prétendre ni les autres agents de l'administration gouvernementale affectés à d'autres ministères ni les agents affectés à d'autres administrations de l'Etat. Un traitement d'une inégalité pareille n'est pas conforme avec l'article 10^{bis} de la Constitution.

Nonobstant ce qui précède, concernant le paragraphe 5, s'agissant d'une disposition transitoire, celle-ci aurait dû figurer à la fin du dispositif.

D'un point de vue légistique, l'article sous avis est à rédiger comme suit:

« **Art. 20.** Il est ajouté un nouvel article 35^{quater} après l'article 35^{ter} de la même loi qui a la teneur suivante:

Art. 35^{quater}. Le cadre du personnel

(1) En dehors du directeur [...]:

1. dans la carrière supérieure [...]:

a) des conseillers de direction première classe,

b) des conseillers de direction,

[...],

2. dans la carrière moyenne [...]:

a) des inspecteurs principaux premiers en rang,

b) des inspecteurs principaux,

[...]

3. dans la carrière inférieure [...]:

- a) des premiers commis principaux,
- b) des commis principaux,
- [...].
- (2) Le cadre prévu au paragraphe (1) [...].
- [...]. »

Article 20 (21 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat renvoie aux observations qu'il a présentées lors de son examen de l'article 8 du projet de loi sous avis, en vertu desquelles il y a lieu de compléter le présent article par un paragraphe 2 nouveau.

Le texte du futur article 35*quinquies* mentionne à cinq reprises « l'établissement » qu'il faudrait remplacer par « l'autorité ».

Au paragraphe 5, le Conseil d'Etat suggère d'écrire: « [...] Le Gouvernement en conseil décide de la décharge à donner [...] ».

Article 21 (22 selon le Conseil d'Etat)

A l'endroit du paragraphe 3 du nouvel article 35*sexies* que l'article sous examen entend introduire, le principe de la légalité des incriminations tel que consacré par les articles 12 et 14 de la Constitution n'est pas respecté, alors qu'il y est opéré un renvoi général à « la violation par un fournisseur de média audiovisuel ou sonore transmettant un service de média audiovisuel ou sonore visé par la présente loi [...] ».

Dans son avis du 3 juin 2008, le Conseil d'Etat s'était déjà opposé formellement au libellé de l'article 5, lettre c) du projet de loi n° 5959, retiré du rôle, au motif que « le principe de la légalité des incriminations tel que consacré par les articles 12 et 14 de la Constitution n'est pas respecté par un renvoi général à « toutes violations d'une disposition de la présente loi ou prise en vertu de la présente loi ou d'un cahier des charges » ».

En ce sens, dans son avis du 31 janvier 2012 relatif au projet de loi modifiant la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité, le Conseil d'Etat avait écrit: « Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le type de sanctions administratives prévues à l'article 65 de la loi de 2007 relèvent du domaine pénal et leur application est soumise au principe de légalité des incriminations et des peines. Le Conseil d'Etat se permet d'insister sur la nécessité d'indiquer avec précision les dispositions dont le non-respect est sanctionné. Le Conseil d'Etat relève encore l'éventail très large des sanctions allant du simple avertissement à une amende d'un million d'euros. Il conçoit la difficulté de fixer des critères de gravité des infractions, mais tient à exprimer ses doutes les plus sérieux quant à la conformité d'un tel mécanisme avec le principe de la légalité des peines qui exige également une précision de la peine par rapport au type d'infraction et la proportionnalité entre la peine et la gravité de la violation de la loi » (doc. parl. n° 6316^d).

Il convient de caractériser les faits donnant lieu à une sanction dans le texte précis. Dans le cas où la teneur de l'article sous avis serait maintenue,

le Conseil d'Etat ne saurait accorder la dispense du second vote constitutionnel.

Il échet d'écrire sous le paragraphe 3, point c) de l'article 35*sexies*, « une amende d'ordre de 250 à 25.000 euros », en omettant à deux reprises le signe « .- ».

Le dernier alinéa du paragraphe 3 du même article 35*sexies* sous examen dispose que « toutes les amendes ne peuvent être prononcées que pour autant que les manquements ne fassent pas l'objet d'une sanction pénale » tendant à éviter ainsi toute contrariété avec le principe *non bis in idem*. Si le Conseil d'Etat peut y marquer son accord, il insiste à ce que la sanction d'un blâme avec obligation de lecture d'un communiqué à l'antenne prévue au point b) du paragraphe 3 du nouvel article 35*sexies* y soit également ajoutée, alors qu'une telle sanction peut aussi être considérée comme une peine au sens de l'article 6, paragraphe 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, d'après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière, un blâme entraînant la perte de la bonne réputation du fournisseur de services qui a enfreint les dispositions applicables par la lecture d'un communiqué à l'antenne peut « être considéré comme une peine s'il s'inscrit dans un éventail de peines plus graves et est de nature à porter atteinte au crédit d'une personne, entraînant pour elle des conséquences patrimoniales incontestables »¹.

Il y a donc lieu de remplacer le bout de phrase « toutes les amendes ne peuvent être prononcées » par les termes de « les blâmes et les amendes ne peuvent être prononcés ».

Par le paragraphe 5 de l'article 35*sexies* sous examen, il est prévu d'introduire, alternativement à un doublement de l'amende, la procédure d'une suspension temporaire ou de retrait de la permission ou de la concession en cas de récidive. Il est précisé à ce titre qu'« il appartient au Gouvernement, sur proposition du ministre ayant l'autorité dans ses attributions, de prononcer la sanction [...] ».

Dans la situation d'un fournisseur de services audiovisuels qui ne se conforme pas, après décision de l'autorité, aux dispositions légales et réglementaires, ou encore aux dispositions qui figurent dans sa concession, sa permission ou dans le cahier des charges, ou s'il y a récidive pour violation de ces dispositions, l'autorité peut soit prendre la décision de doubler le montant maximal de l'amende d'ordre, soit en référer au Gouvernement en proposant la suspension temporaire, le retrait de la permission ou de la concession, ou encore l'interdiction de service. Le Gouvernement prononcera la sanction sans pouvoir retenir une sanction plus lourde que celle qui a été proposée par l'autorité. En fin de compte, le Gouvernement n'a pas beaucoup de choix, sauf s'il diminue la durée de la suspension temporaire. Quant aux sanctions plus lourdes, tels le retrait de la permission ou encore l'interdiction définitive, le Gouvernement pourrait les remplacer par une suspension temporaire, mais au risque de désavouer l'autorité en jugeant que le non-respect des décisions de l'autorité peut parfaitement s'accommoder d'une sanction relativement légère. Le Gouvernement fonctionnera donc comme une instance d'appel dans une

¹ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Dubus S.A. c./ France* du 11 juin 2009.

matière de droit administratif alors que sa décision, tout comme celles de l'autorité, est susceptible de recours en réformation devant les juridictions administratives, même si l'article sous avis, au point 8, ne prévoit le recours en réformation qu'à l'égard des décisions de l'autorité.

S'y ajoute que le Conseil d'Etat a du mal à considérer un retrait ou une suspension d'une décision comme une peine et n'entrevoit pas la raison pour laquelle il faudrait rendre compétent « le Gouvernement » d'une telle mesure.

En effet, l'administration est toujours en droit de révoquer une décision administrative, même avant le terme de celle-ci, lorsque les conditions légales à la base de l'octroi de celle-ci ne sont plus remplies, sans que cela ait le caractère d'une peine². Il en est de même en ce qui concerne la suspension d'une décision administrative, à condition que cette suspension n'aille pas au-delà du temps pris par l'administré pour se conformer aux conditions légales prescrites.

Ces mesures ne constituent dès lors pas des sanctions mais des mesures administratives qui devraient être mises en œuvre chaque fois que le détenteur d'une autorisation ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'octroi de celle-ci (avis complémentaire du Conseil d'Etat du 11 décembre 2012 relatif au projet de loi sur les services postaux, doc. parl. n° 6160¹¹).

Comme il appartient au ministre d'attribuer les permissions ou concessions aux fournisseurs de services, ce même ministre devrait aussi être à l'origine d'un éventuel retrait de ces mêmes autorisations. Le terme « Gouvernement » employé par les auteurs du projet prête d'ailleurs à équivoque dans la mesure où il a différentes connotations (Conseil de Gouvernement, Grand-Duc, ...).

Afin d'éviter toute ambiguïté, le Conseil d'Etat insiste à ce que dans le paragraphe 5 le mot « ou » soit omis à la fin du premier et du deuxième tirets.

Le paragraphe 6 devient superfétatoire si les mesures visées sont le retrait ou la suspension temporaire de la permission ou concession (mesures administratives). Dans l'hypothèse où un fournisseur de services a été sanctionné par erreur, les dispositions du paragraphe 6 dérogeraient à la loi générale en la matière, à savoir la loi modifiée du 1^{er} septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques. Se pose dans ce cas la question de la conformité d'une telle dérogation avec le principe de l'égalité devant la loi. Le Conseil d'Etat insiste dès lors à supprimer ce paragraphe.

Quant au paragraphe 7, il y a lieu de faire abstraction des décisions de suspension et de retrait, alors que, par nature, ce type de décision de retrait ne constitue pas une peine. Une publication au Mémorial de telles décisions ne s'avère donc pas nécessaire. De plus, il faudrait préciser la notion d'« organisme de radiodiffusion », notion qui ne figure pas dans le catalogue des définitions de l'article 2 de la loi modifiée du 20 avril 2009.

² Trib. adm., jugement du 13 décembre 2006, n° 21616.

Cette notion vise-t-elle le « service de médias audiovisuels ou sonores » figurant sous les définitions 16) et 17) ou bien le « service de radio » sous la définition 19) ou encore l'un des services radiodiffusés à l'endroit des définitions 23), 24), 25) et 26)?

Article 22 (23 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Article 23 (24 selon le Conseil d'Etat)

Sous le point 2 qui vise l'article 6 nouveau, il y a lieu d'omettre le passage « [...] établissement public créé par la loi du XXXXX [...] » qui est superfétatoire.

Le point 2 dispose que « le fonctionnement de l'Autorité ainsi que l'exécution de sa mission de contrôle sont précisés par règlement grand-ducal ». Or, le Conseil d'Etat se demande pourquoi cette disposition ne figure pas dans le cadre de la modification de la loi où l'autorité est créée, en l'occurrence la loi du 27 juillet 1991.

Toujours sous le point 2, le Conseil d'Etat se doit de renvoyer à son avis du 3 juin 2008, relatif au projet de loi n° 5959 retiré du rôle, où il avait écrit qu' « En ce qui concerne la saisine, le Conseil d'Etat considère que pourrait utilement être inclus, dans la liste des ministres, le membre du Gouvernement ayant l'Education nationale dans ses attributions. Il y aurait, par contre, lieu d'omettre une référence au procureur d'Etat, la mission du parquet, en matière de protection de la jeunesse, n'étant pas de déclencher une action de la part d'organes administratifs ».

Article 24 (25 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Article 25 (26 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat constate que les auteurs du projet de loi réduisent considérablement le délai normal prévu entre la publication et l'entrée en vigueur, dans l'hypothèse d'une publication le dernier jour d'un mois.

*

Observations finales

Comme le texte sous avis, une fois voté, constituera la base légale de deux projets de règlements grand-ducaux qui feront l'objet de deux avis ultérieurs, le Conseil d'Etat soulève dès à présent certains aspects liés à l'objet d'un des deux projets de règlement qu'il y a lieu de préciser dans le contexte du projet de loi sous examen. A savoir, pour ce qui est du projet de règlement grand-ducal concernant la fixation des taxes à percevoir par l'Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel en matière de surveillance des services de médias audiovisuels, le fondement de la disposition prévue actuellement à l'article 3 du projet de règlement grand-ducal (fixation de la taxe annuelle dans le protocole d'accord signé avec le

Gouvernement) devrait être prévu dans le texte de la loi à voter. Le Conseil d'Etat renvoie à ce sujet aux observations qu'il a formulées à l'endroit de l'article 8 du projet de loi sous avis.

Quant à l'article 6, alinéa 2 du projet de règlement grand-ducal, le recouvrement des taxes est à faire figurer au projet de loi sous avis à l'endroit des dispositions financières. Ceci pourrait se faire en insérant un paragraphe 3 nouveau à l'article 35quinquies qui est introduit par l'article 20 (21 selon le Conseil d'Etat). Par conséquent, les paragraphes subséquents seront à renuméroter, et l'article en question se lira comme suit:

« **Art. 21.** Il est ajouté un nouvel article après l'article 35quater de la même loi et qui a la teneur suivante:

Art. 35quinquies. Dispositions financières

- (1) L'autorité bénéficie d'une dotation annuelle [...].
- (2) L'autorité est autorisée à prélever [...].
- (3) Le recouvrement des taxes est confié à l'Administration de l'enregistrement et des domaines. Il se fait comme en matière d'enregistrement.
- (4) Les comptes de l'autorité sont tenus selon les principes [...].
- (5) Un réviseur d'entreprises agréé, désigné par le conseil d'administration [...].
- (6) Avant le 30 avril de chaque année [...].
- (7) Pour le 1^{er} mai au plus tard [...].
- (8) La gestion financière de l'autorité [...]. »

Ainsi délibéré en séance plénière, le 5 février 2013.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Victor Gillen