

Projet de loi

**portant modification de la loi modifiée du 23 octobre 2011
relative à la concurrence**

Avis du Conseil d'État

(15 février 2019)

Par dépêche du 29 juin 2018, le Premier ministre, ministre d'État, a saisi le Conseil d'État du projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de l'Économie.

Le projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire de l'article unique, d'une fiche d'évaluation d'impact, d'une fiche financière ainsi que d'un texte coordonné de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence que le projet de loi vise à modifier.

Les avis du Conseil de la concurrence et de la Chambre des fonctionnaires et employés publics ont été communiqués au Conseil d'État respectivement par dépêches du 9 juillet et 14 décembre 2018.

Considérations générales

Le projet de loi sous avis se propose d'uniformiser la situation des membres du Conseil de la concurrence, appelés « conseillers », qui ne sont pas issus de la fonction publique luxembourgeoise, en prévoyant que les conseillers qui n'ont pas la qualité de fonctionnaire ou d'employé de l'État sont affiliés au régime de sécurité sociale de la fonction publique luxembourgeoise durant l'exercice de leur mandat. En effet, l'article 8 de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, que le projet de loi vise à modifier, précise que les conseillers issus du secteur privé « restent affiliés au régime de sécurité sociale auquel ils étaient soumis pendant l'exercice de leur dernière occupation ».

Le texte sous revue prévoit encore des dispositions en cas de non-reconduction du mandat des conseillers avant que ceux-ci aient atteint l'âge légal de la retraite.

Examen de l'article unique

Article unique

L'article sous avis a pour objet de remplacer les alinéas 2 et 3 de l'article 8, paragraphe 1^{er}, de la loi précitée du 23 octobre 2011.

L'article 8, alinéa 2, de la loi précitée du 23 octobre 2011, dans sa nouvelle teneur, traite du régime applicable aux président et conseillers du Conseil de la concurrence qui sont issus de la fonction publique luxembourgeoise. La nouvelle disposition reprend en substance le texte actuellement en vigueur, tout en le reformulant légèrement.

Les deux premières phrases du nouvel alinéa 2 ne donnent pas lieu à observation.

En ce qui concerne, par contre, la troisième phrase, qui est reprise textuellement de la disposition actuellement en vigueur, il faut noter que le régime des nominations hors cadre a été supprimé par la loi du 25 mars 2015 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'État. Le Conseil d'État est dès lors amené à s'opposer formellement au maintien de cette phrase pour incohérence des dispositifs légaux, source d'insécurité juridique. Afin de contrer cette opposition formelle, il suggère aux auteurs de s'inspirer de l'article 8 de la loi modifiée du 15 juin 2004 portant réorganisation de l'Administration des Bâtiments publics qui précise que :

« Les fonctionnaires de l'Administration des bâtiments publics détachés sont réintégrés dans leur administration d'origine sur une vacance de poste budgétaire disponible dans leur groupe de traitement. En cas d'absence de vacance de poste budgétaire, l'effectif du personnel sera augmenté temporairement jusqu'à la survenance de la première vacance de poste dans le groupe de traitement des fonctionnaires réintégrés. »

L'article 8, alinéa 3 nouveau, de la loi précitée du 23 octobre 2011 traite du régime applicable aux président et conseillers du Conseil de la concurrence qui ne sont pas issus de la fonction publique luxembourgeoise.

La disposition sous revue se propose d'apporter des modifications substantielles au régime actuellement en vigueur.

En premier lieu, elle soumet les membres qui, au moment de leur nomination, n'ont pas la qualité de fonctionnaire ou d'employé de l'État, au régime de sécurité sociale de la fonction publique pendant la durée de leur mandat au Conseil de la concurrence. La disposition actuellement en vigueur prévoit, quant à elle, qu'ils restent affiliés au régime de sécurité sociale auquel ils étaient soumis pendant leur dernière occupation. Le Conseil d'État note à cet égard que le dispositif actuel, prévoyant l'affiliation au régime de sécurité sociale auquel étaient soumises les personnes issues du secteur privé pendant leur dernière occupation, est également repris dans d'autres lois telles que la loi modifiée du 22 août 2003 instituant un médiateur, la loi du 13 mars 2018 portant création d'un Observatoire national de la qualité scolaire ou encore la loi modifiée du 24 juillet 2014 relative aux droits et obligations du patient.

De l'avis du Conseil d'État, la disposition sous examen risque de se heurter au principe d'égalité, inscrit à l'article 10*bis* de la Constitution, dans la mesure où elle établit une différence de traitement entre les conseillers du Conseil de la concurrence issus du secteur privé et les personnes issues du secteur privé qui remplissent un mandat comparable dans le secteur public.

Dans l'attente d'explications de nature à fonder la différence de traitement répondant aux critères établis par la Cour constitutionnelle, à savoir que la différence de traitement procède de disparités objectives, qu'elle est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but, le Conseil d'État réserve sa position en ce qui concerne la dispense du second vote constitutionnel de la loi en projet.

En second lieu, la disposition sous revue se propose de changer substantiellement le régime applicable à ces mêmes personnes, lorsque leur mandat au Conseil de la concurrence prend fin avant qu'elles n'aient atteint l'âge légal de retraite. La disposition en projet prévoit en effet l'intégration sur leur demande dans une administration en qualité d'employé de l'État, où elles bénéficient d'un classement au groupe d'indemnité A1. D'après la disposition actuellement en vigueur, les personnes en question touchent en cas de cessation de leur mandat avant l'âge de la retraite, pendant la durée maximale d'un an, une indemnité d'attente de 310 points indiciaires par an.

Le second volet de la disposition en projet constitue dès lors un changement de paradigme que les auteurs ne prennent toutefois pas la peine de justifier, ne fût-ce que sommairement.

Le Conseil d'État note à cet égard que le dispositif prévu par les auteurs du projet n'existe, à sa connaissance, pas dans d'autres législations comportant des dispositions relatives à la cessation des mandats des personnes qui ne sont pas issues de la fonction publique luxembourgeoise. À titre d'exemple, il est renvoyé à la loi modifiée du 22 août 2003 instituant un médiateur qui prévoit que le Médiateur, issu du secteur privé, dont le mandat prend fin avant qu'il n'ait atteint l'âge légal de retraite, a droit, pendant un an au maximum, à une indemnité d'attente de 310 points indiciaires par an¹ ou encore à la loi du 13 mars 2018 portant création d'un Observatoire national de la qualité scolaire qui précise que l'observateur issu du secteur privé touche, en cas de cessation du mandat, une indemnité d'attente mensuelle correspondant au salaire ou traitement mensuel moyen du dernier revenu professionnel cotisable annuel mis en compte au titre de sa carrière d'assurance en cours avant le début de sa fonction d'observateur pendant une durée maximale d'un an.

Le Conseil d'État souligne par ailleurs que la procédure proposée par les auteurs en vue d'intégrer les personnes en question dans la fonction publique est, sur ce point également, dérogatoire au régime de droit commun. En effet, l'article 2, paragraphe 5, de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'État et l'article 3, paragraphe 4, de la loi modifiée du 25 mars 2015 déterminant le régime et les indemnités des employés de l'État prévoient d'ores et déjà des exceptions aux conditions applicables en matière de recrutement.

Le Conseil d'État s'interroge encore sur les raisons ayant motivé les auteurs à prévoir un classement desdits membres au groupe d'indemnité A1 ainsi que sur l'objectif poursuivi par l'ajout de la référence à l'application de l'article 19 de la loi précitée du 25 mars.

¹ Loi modifiée du 22 août 2003 instituant un médiateur, art. 12, par. 3, al. 2. (Mém. A – 128 du 3 septembre 2003, p. 2654).

Au vu du risque d'un traitement inégal des personnes issues du secteur privé et dans l'attente d'explications répondant aux critères précités, établis par la Cour constitutionnelle, qui sont de nature à fonder ce traitement différencié, le Conseil d'État réserve sa position sur la dispense du second vote constitutionnel à l'égard de la disposition sous examen.

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 18 votants, le 15 février 2019.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes