

N° 5180⁶

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

PROJET DE LOI

portant réorganisation de l'Institut Luxembourgeois de Régulation

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(4.5.2004)

Par dépêche du 25 juin 2003, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis le projet de loi portant réorganisation de l'Institut Luxembourgeois de Régulation à l'avis du Conseil d'Etat. Le projet, élaboré par le ministre délégué aux Communications, était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

Le projet de loi s'inscrit dans une série de quatre projets de loi devant transposer en droit luxembourgeois les directives communautaires du paquet „télécom“, les trois autres projets de loi (*doc. parl. 5178; doc. parl. 5179 et doc. parl. 5181*) faisant l'objet d'avis distincts du Conseil d'Etat de ce jour.

En raison de l'étroite relation qui existe entre ces quatre projets, certaines chambres professionnelles ont émis leur avis sur l'ensemble des textes dans un document unique. Tel est le cas pour l'avis de la Chambre de travail et celui de la Chambre de commerce parvenus au Conseil d'Etat par dépêches respectivement du 19 novembre 2003 et du 12 février 2004. Par contre, les avis de la Chambre des employés privés, celui de la Chambre des fonctionnaires et employés publics et celui de la Chambre des métiers, communiqués au Conseil d'Etat par dépêches respectivement du 7 novembre 2003, du 12 novembre 2003 et du 8 janvier 2004, se limitent à l'examen du projet de loi sous rubrique.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de loi sous avis a pour objet moins une réorganisation fonctionnelle de l'Institut Luxembourgeois de Régulation, comme semble l'indiquer l'intitulé du projet, mais plutôt une réorganisation des textes qui en déterminent les compétences dans une loi-cadre propre en raison des différents secteurs d'activité qui, depuis la création de l'Institut en 1997, ont été soumis à son pouvoir de régulation.

Il est rappelé que l'Institut Luxembourgeois de Régulation a été créé en tant qu'établissement public par la loi du 21 mars 1997 sur les télécommunications, à l'époque sous la dénomination „Institut Luxembourgeois des Télécommunications“. Son organisation interne prenait très largement modèle sur la loi organique du Commissariat aux Assurances (CAA), elle-même s'inspirant de très près des anciennes structures de l'Institut Monétaire Luxembourgeois (IML) de l'époque, devenu plus tard la Commission de Surveillance du Secteur Financier (CSSF).

Ce rappel des origines de la loi-cadre de l'Institut Luxembourgeois de Régulation (ILR) semble d'autant plus utile que le Conseil d'Etat se plaît à reconnaître que du moins les trois grands établissements publics visés, appelés à surveiller des secteurs essentiels de l'économie nationale, opèrent dans des structures légales, sinon identiques, du moins très largement comparables, sans préjudice des spécificités et des contraintes particulières de chacun des secteurs surveillés.

Le Conseil d'Etat constate avec satisfaction que le projet de loi soumis à son avis entend très largement conserver les grandes lignes de l'organisation actuelle de l'ILR.

La sortie des dispositions organiques de l'ILR de la loi modifiée du 21 mars 1997 sur les télécommunications se justifie pleinement en raison des compétences nouvelles attribuées à l'ILR dans le cadre de

la loi du 24 juillet 2000 relative à l'organisation du marché de l'électricité, de celle du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers postaux et de celle du 6 avril 2001 relative à l'organisation du marché du gaz naturel. Il n'est nullement exclu que sous l'influence des réglementations européennes futures, le domaine de compétence de l'ILR sera encore étendu à d'autres secteurs.

Dans le cadre de son avis du 21 mars 2000 sur le projet de loi (4601) qui allait devenir la loi du 24 juillet 2000 relative à l'organisation du marché de l'électricité, le Conseil d'Etat avait plaidé en faveur de l'adoption d'une loi organique propre pour l'ILR, distincte de celle relative aux télécommunications.

Le Conseil d'Etat se plaît à reconnaître que l'objectif principal du projet de loi sous avis tend à faire droit à ce souhait. Aussi est-il en mesure de se rallier à la plupart des dispositions y figurant, d'autant plus qu'elles reprennent pour l'essentiel les dispositions actuellement en vigueur et figurant en différents endroits de la loi du 21 mars 1997 sur les télécommunications.

Le Conseil d'Etat relève toutefois que le projet de loi soumis à son appréciation pêche gravement en deux points essentiels, à tel point qu'au cas où ils ne trouveraient pas une réponse satisfaisante dans le cadre du projet de loi, le Conseil d'Etat se verrait dans l'obligation de refuser la dispense du second vote constitutionnel.

Il s'agit en premier lieu du défaut de toute indication de la mission et des attributions de l'ILR dans le cadre de la loi.

Il s'agit encore du défaut de toute indication relative aux ressources financières dont dispose l'Institut pour la réalisation de ses missions.

Quant au premier reproche concernant le défaut de précision de la mission de l'ILR, l'exposé des motifs indique bien que „... le projet se borne à renvoyer aux lois qui ont institué la séparation des opérateurs et des régulateurs, et qui, ce faisant, ont précisé le rôle dévolu au régulateur“. Force est cependant de constater que malgré l'annonce de cette intention par les auteurs dans le cadre de l'exposé des motifs, aucune trace de cette intention ne se retrouve dans le texte du projet de loi proprement dit.

Quant au défaut d'indiquer les ressources financières de l'ILR, le Conseil d'Etat propose de s'inspirer des dispositions afférentes contenues dans les lois organiques de la Commission de surveillance du secteur financier et du Commissariat aux assurances qui ont servi par ailleurs de modèle au projet sous avis.

A l'occasion de l'examen des articles, le Conseil d'Etat formulera des propositions de texte propres à surmonter ses critiques décrites ci-dessus.

*

EXAMEN DES TEXTES

Intitulé

Le projet de loi sous avis ne porte en réalité pas réorganisation de l'ILR, mais bien organisation de l'ILR. Il importe dès lors d'en faire état au niveau de l'intitulé.

Par ailleurs, le projet de loi ne concerne pas seulement l'organisation de l'Institut Luxembourgeois de Régulation, mais il porte également modification de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat.

Il est proposé partant de modifier l'intitulé comme suit:

„Projet de loi 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.“

Articles 1er et 2 (1er selon le Conseil d'Etat)

Le premier article se lit comme simple article introductif et n'a pas de caractère normatif en ce qu'il se limite à indiquer l'objet de la loi tendant à définir le statut, l'organisation et le fonctionnement de l'ILR.

L'article 2 traite de la forme juridique de l'Institut et de son siège social.

Le Conseil d'Etat propose de rassembler les deux articles en un seul et de lui donner la teneur suivante:

„Art. 1er. L'Institut Luxembourgeois de Régulation, désigné ci-après par le terme „Institut“, est un établissement public indépendant doté de la personnalité juridique.

Il est placé sous l'autorité du ministre ayant dans ses attributions les relations avec l'Institut, ci-après désigné par le terme „ministre“.

Il jouit de l'autonomie financière et administrative.

Son siège est établi à Luxembourg. Il peut être transféré dans toute autre localité du Luxembourg par règlement grand-ducal.“

Article 2 (selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat propose d'utiliser l'espace devenu libre par suite du regroupement des articles 1er et 2 en un seul article pour y inscrire les dispositions relatives à la mission de l'Institut.

Il est proposé de donner la teneur qui suit à l'article 2:

„Art. 2. L'Institut a pour mission la régulation des secteurs économiques, entreprises et opérateurs dans le cadre et dans les limites des pouvoirs lui accordés par les lois et règlements qui les régissent.“

Article 3

Cet article reprend textuellement les dispositions de l'article 66 de la loi sur les télécommunications, sauf à instaurer les différents alinéas en paragraphes.

Sans observation.

Article 4

Sous cet article est reprise la disposition de l'article 46 de la loi sur les télécommunications prévoyant que l'Institut est exonéré de tous droits, impôts et taxes au profit de l'Etat et des communes, à l'exception de la TVA.

Le Conseil d'Etat propose de faire précéder le texte proposé par une disposition traitant des ressources financières de l'Institut au sens de ses développements dans le cadre des considérations générales. Cette disposition, très étroitement inspirée de l'article 23 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances (concernant le Commissariat aux Assurances) et de l'article 24 de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier (CSSF), serait à libeller comme suit:

„(1) L'Institut est autorisé à prélever la contrepartie de ses frais du personnel en service et de ses frais de fonctionnement par des taxes à percevoir auprès des personnes et des entreprises tombant sous sa surveillance.

(2) Un règlement grand-ducal fixe le montant des taxes et les modalités d'exécution.“

Le texte proposé par les auteurs devient ainsi le paragraphe 3 de l'article.

Article 5

Le texte proposé reprend la disposition de l'article 49 de la loi de 1997.

Sans observation.

Article 6

Cet article fixe les compétences du conseil de l'Institut. Il reprend pour l'essentiel les compétences telles qu'énumérées à l'article 50 de la loi sur les télécommunications, tout en la complétant par des compétences nouvelles que sont: l'approbation du règlement d'ordre intérieur de la direction et l'approbation des actes de disposition pris par la direction et des actes d'administration pouvant grever significativement le budget de l'Institut. Le conseil est également appelé à émettre un avis sur les candidats aux postes de la direction. Tout en n'étant pas certain de ce qu'il faut entendre par le terme „significativement“ utilisé dans le cadre des dépenses d'administration, le Conseil d'Etat est en mesure d'approuver ces ajouts.

En suivant la remarque justifiée de la Chambre des fonctionnaires et employés publics, le Conseil d'Etat propose toutefois de compléter la liste des compétences du conseil en matière de recrutement et de rémunérations extraordinaires de la direction et du personnel par les deux points suivants:

„h) Il approuve l'état des effectifs.

i) Il autorise les indemnités, primes, suppléments de rémunération et autres avantages concédés à la direction et au personnel, sous réserve des autres approbations requises en vertu de la présente loi.“

Article 7

Cet article traite de la composition du conseil. Son libellé est repris textuellement de celui de l'article 51 de la loi sur les télécommunications, sauf que la durée des mandats des membres du conseil est portée de trois à cinq ans. Le Conseil d'Etat n'entend pas s'opposer à cette prorogation de la durée des mandats. Il constate toutefois que la durée des mandats des membres des conseils de la CSSF et du Commissariat aux Assurances est de quatre ans. Une certaine conséquence dans les idées serait hautement souhaitable.

Articles 8 et 9

Ces articles reprennent pour l'essentiel les dispositions contenues aux articles 52 et 53 de la loi de 1997. Leur libellé ne donne pas lieu à observation.

Article 10

Le premier alinéa de cet article reprend textuellement les dispositions afférentes de l'article 54 de la loi sur les télécommunications concernant le secret des délibérations du conseil.

Le deuxième paragraphe est nouveau. Il instaure une incompatibilité des membres du conseil avec tout lien juridique ou fonctionnel avec une organisation ou entreprise tombant sous la surveillance de l'ILR. Le texte proposé est d'ailleurs identique à celui régissant l'indépendance des membres de la direction et du personnel de l'ILR à l'égard des entités tombant sous leur surveillance (Art. 14(8) du projet de loi).

Cette indépendance des membres de la direction et du personnel de l'ILR à l'égard des entités surveillées se justifie pleinement et est même rigoureusement nécessaire au regard des missions confiées à l'ILR. Elle est toutefois moins nécessaire en ce qui concerne les membres du conseil. Les compétences du conseil sont limitées par la loi à des fonctions de surveillance administrative et à des attributions budgétaires et comptables. Le conseil n'a aucune compétence en matière opérationnelle à l'encontre des entreprises et organismes sous la surveillance de l'ILR.

Sans remettre en cause les principes généraux préconisés par le Conseil d'Etat à l'égard des établissements publics pour ce qui est de l'incompatibilité des mandats et des fonctions et comme la totalité des ressources financières de l'Institut proviennent des opérateurs tombant sous la régulation de l'ILR, il s'indique que l'un ou l'autre des opérateurs soit représenté au niveau du conseil „pour veiller au grain“. Tel est d'ailleurs le cas pour les conseils de la CSSF et du Commissariat aux Assurances où siègent respectivement des banquiers et des assureurs.

Le Conseil d'Etat propose partant la suppression du paragraphe 2. Le paragraphe 1er devenant dès lors le paragraphe unique, la numérotation est à supprimer à son tour.

Article 11

Cet article fixe les compétences de la direction de l'ILR, en détermine la composition, le mode de nomination et de révocation et la durée des mandats de ses membres.

Les paragraphes 1er à 3 reprennent quasi textuellement les dispositions afférentes contenues dans l'article 55 de la loi sur les télécommunications. Les seules modifications apportées à la législation actuelle consistent, d'une part, en l'autorisation accordée aux membres de la direction, autres que le directeur, de porter le titre de „directeur-adjoint“ et, d'autre part, en la prorogation des mandats des membres de la direction d'actuellement six ans à sept ans.

Le Conseil d'Etat accepte la première modification qui ne fait que consacrer la distinction traditionnelle entre grade et fonction dans le chef des titulaires.

Le Conseil d'Etat ne voit toutefois pas l'utilité d'une prorogation des mandats de six à sept ans. Il tient à rappeler que pour les membres des directions de la CSSF et du Commissariat aux Assurances, la

durée du mandat est également fixée à six ans et que le projet de loi qui prévoit éventuellement pour l'avenir une limitation des mandats de certains hauts fonctionnaires à sept ans n'a pas encore été adopté par la Chambre des députés. Il propose partant de maintenir la durée du mandat de la direction à son terme actuel de six ans.

Le paragraphe 4 reprend au fond la disposition contenue au paragraphe 8 de l'article 55 de la loi actuelle concernant la révocation de l'ensemble de la direction en cas de désaccord fondamental sur la politique et sur l'exécution de la mission de l'Institut. Contrairement au texte actuel, qui réserve au Gouvernement l'initiative de proposer au Grand-Duc la révocation de la direction, le projet sous avis réserve ce droit au seul ministre ayant les relations avec l'Institut dans ses attributions. Le Conseil d'Etat s'oppose formellement au texte proposé. Le principe du parallélisme des formes dicte que la révocation de la direction doit se faire dans les mêmes formes que la nomination. Or, les membres de la direction étant nommés par arrêté grand-ducal impliquant le Gouvernement dans son entièreté, il importe également que le Gouvernement puisse proposer la révocation au Grand-Duc.

Le Conseil d'Etat s'étonne également que le texte actuel du paragraphe 8 de l'article 55 de la loi de 1997 n'ait pas été repris dans son ensemble. Il s'agit probablement d'un oubli des auteurs, alors que les alinéas 2 à 4 traitent de la révocation d'un seul des membres de la direction, contrairement à l'alinéa 1 qui concerne la révocation de la direction dans son ensemble. Omettre le cas d'une révocation individuelle serait méconnaître le cours de la vie qui peut créer des situations où une personne est incapable d'assumer les fonctions auxquelles elle a été appelée.

Pour toutes ces raisons, le Conseil d'Etat propose de remplacer le paragraphe 4 par un texte reprenant mot à mot le texte du paragraphe 8 de l'article 55 de la loi sur les télécommunications.

Les paragraphes 5 et 6 qui reprennent textuellement les dispositions contenues aux paragraphes 9 et 10 de l'article 55 de la loi de 1997 trouvent l'accord du Conseil d'Etat.

Article 12

Cet article reprend textuellement les dispositions afférentes respectivement des articles 54 (3) et 55 (6) et (7) de la loi sur les télécommunications. Son libellé ne donne pas lieu à observation.

Articles 13 à 19

Ces articles reprennent pour l'essentiel les dispositions contenues aux articles 56 à 64 de la loi sur les télécommunications et concernent les cadres du personnel de l'Institut, leur statut et leurs droits et devoirs spécifiques. Des fois l'agencement sans modification fondamentale des textes est altéré et l'ajout de certaines dispositions utiles concernant le secret des agents de l'Institut et la tenue de la comptabilité est réalisé.

L'ensemble des textes proposés trouve l'accord du Conseil d'Etat.

Article 20

Cet article organise la dévolution des avoirs de l'Institut pour le cas de sa dissolution.

Pour éviter tout malentendu, il convient de compléter comme suit le début de l'article:

„En cas de dissolution de l'Institut, l'Etat ...“

Article 21

Cet article reprend textuellement les dispositions de l'article 64, paragraphes 1er à 3, de la loi modifiée du 21 mars 1997 sur les télécommunications concernant l'établissement et la diffusion de statistiques par l'ILR.

Sans observation.

Article 22

Cet article a pour objet de porter modification de l'article 22 et des annexes de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat.

Hormis pour le dernier alinéa, le Conseil d'Etat se rallie en tous points de vue aux propositions pertinentes de rédaction faites par la Chambre des fonctionnaires et employés publics à l'endroit de cet article, dans le cadre de son avis du 4 novembre 2003.

Article 23

Cet article a pour objet de conférer rétroactivement des promotions à trois agents de l'Institut pour procéder „... à la rectification d'erreurs survenues dont l'administration est à l'origine“. Ne sont pas précisés ni l'administration dont il s'agit ni le genre d'erreurs qu'il convient de redresser. Le Conseil d'Etat n'est dès lors pas en mesure d'apprécier si les erreurs invoquées sont de nature à justifier un redressement *ex post*. Tout en ne s'opposant pas quant au fond à la mesure de redressement envisagée, pour autant qu'elle soit fondée, le Conseil d'Etat s'oppose toutefois formellement quant à la forme préconisée pour la réaliser. Comme le souligne fort à propos la Chambre des fonctionnaires et employés publics, une telle mesure ne saurait être prise avec effet rétroactif. Le Conseil d'Etat voudrait ajouter qu'en raison du principe de la séparation des pouvoirs, il n'appartient pas au législateur de rectifier par la loi une éventuelle erreur commise par l'administration à l'encontre d'un ou plusieurs administrés. Si une rectification s'impose, il appartient à la seule administration de ce faire ou éventuellement à la juridiction administrative dûment saisie.

Pour le cas où un redressement par la loi se justifierait, le Conseil d'Etat recommande de recourir à une autre technique législative, comme par exemple une reconstitution de carrière des agents concernés comportant des dates de nomination et de promotions fictives.

Article 24

Les paragraphes 1er et 2 du présent article portant, d'une part, sauvegarde des droits acquis du personnel en place au moment de l'entrée en vigueur de la loi sous avis et, d'autre part, maintien en vigueur des dispositions réglementaires concernant le personnel de l'ILR prises en vertu de la législation abrogée ne donnent pas lieu à observation.

Le paragraphe 3 prévoit la fonctionnarisation de cinq employés de l'Etat au service de l'ILR.

Le Conseil d'Etat ne se voit pas en mesure de vérifier en détail si, dans chaque cas individuel, les conditions d'études sont bien remplies et si les périodes de service ont été accomplies de façon à autoriser les dates des nominations définitives fictives. Il constate que les allègements à l'admission au statut de fonctionnaire correspondent à ceux accordés aussi par des lois antérieures aux agents d'autres administrations de l'Etat.

Le Conseil d'Etat demande toutefois la suppression de la première partie de la phrase introductive du paragraphe 3 faisant référence à l'instruction du Gouvernement en conseil du 1er juillet 1988 qui n'a pas sa place dans un texte de loi alors qu'elle ne saurait lier le législateur. De toute façon, l'instruction visée au projet de loi a été remplacée entre-temps par l'instruction du Gouvernement en conseil du 5 mars 2004 fixant les conditions et les modalités de la fonctionnarisation d'employés et d'ouvriers dans le cadre des projets de loi portant création ou réorganisation des administrations de l'Etat (Mém. A, p. 616).

Article 25

Cet article a pour objet de porter les mandats du conseil et de la direction en fonction à la date d'entrée en vigueur de la loi sous avis à respectivement cinq et sept ans.

Concernant la direction, le Conseil d'Etat s'est prononcé ci-avant en faveur du maintien de la durée du mandat à six ans. Il n'y a partant pas lieu de prévoir une disposition transitoire pour la direction.

Quant à la durée du mandat du conseil, il convient de fixer dans la loi le point de départ ou de simplement proroger le mandat actuel d'une année pour la porter à quatre ans comme proposé par le Conseil d'Etat à l'endroit de l'article 7. Le texte afférent serait dès lors à libeller comme suit:

„Le mandat des membres du conseil en fonction au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi est prorogé d'un an.“

Articles 26 et 27

Sans observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 4 mai 2004.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES

