

N° 6123³

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2009-2010

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**

* * *

RAPPORT DE LA COMMISSION DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR, DE LA RECHERCHE, DES MEDIA ET DES COMMUNICATIONS

(8.7.2010)

La commission se compose de: M. Lucien THIEL, Président; M. Marcel OBERWEIS, Rapporteur; M. Claude ADAM, Mme Sylvie ANDRICH-DUVAL, M. Eugène BERGER, Mme Anne BRASSEUR, M. Jean COLOMBERA, Mmes Claudia DALL'AGNOL, Christine DOERNER, MM. Ben FAYOT, Claude HAAGEN et Norbert HAUPERT, Membres.

*

I. ANTECEDENTS

Le projet de loi sous rubrique a été déposé le 18 mars 2010 par Monsieur le Ministre des Communications et des Médias.

Le texte du projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs ainsi que d'un commentaire des articles.

L'avis de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics est parvenu à la Chambre des Députés le 8 juin 2010.

Le Conseil d'Etat a rendu son avis en date du 22 juin 2010.

Lors d'une première réunion en date du 29 avril 2010, la Commission de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, des Media et des Communications a désigné M. Marcel Oberweis comme rapporteur du projet de loi sous objet.

Le 1er juillet 2010, la commission parlementaire procéda à l'examen du texte sous rubrique à la lumière de l'avis du Conseil d'Etat du 22 juin 2010.

En date du 5 juillet 2010, les membres de la Commission de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, des Media et des Communications ont examiné le présent rapport avant de l'adopter lors de la réunion du 8 juillet 2010.

*

II. OBJET DU PROJET DE LOI

1. Un nouveau cadre pour les communications électroniques – le „paquet télécom amendé“

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 communications électroniques impose une 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.

C'est surtout le paragraphe 4 de l'article 11 de la loi modifiée du 30 mai 2005 qui 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 (directive „cadre“) tel que modifié par la directive 2009/140/CE.

En outre, le dernier alinéa de ce paragraphe n'est pas conforme 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, comme par ailleurs la dernière phrase du deuxième alinéa du paragraphe 2.

D'autres dispositions qui permettraient au Gouvernement d'influencer de manière directe ou indirecte certaines décisions de l'ILR sont redressées.

Le texte de référence est l'article 3 de la directive „cadre“, notamment les paragraphes 3, 3bis, 3ter et 3quater nouveaux:

Article 3

Autorités réglementaires nationales

1. Les Etats membres veillent à ce que chacune des tâches assignées aux autorités réglementaires nationales dans la présente directive et dans les directives particulières soit accomplie par un organisme compétent.

2. Les Etats membres garantissent l'indépendance des autorités réglementaires nationales en faisant en sorte que celles-ci soient juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes de toutes les organisations assurant la fourniture de réseaux, d'équipements ou de services de communications électroniques. Les Etats membres qui conservent la propriété ou le contrôle d'entreprises qui assurent la fourniture de réseaux et/ou de services de communications électroniques veillent à la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises d'autre part.

3. *Les Etats membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales exercent leurs pouvoirs de manière impartiale, transparente et au moment opportun. Les Etats membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales disposent des ressources financières et humaines nécessaires pour accomplir les tâches qui leur sont assignées.*

3bis. *Sans préjudice des paragraphes 4 et 5, 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. Les Etats membres veillent à ce que le chef d'une autorité réglementaire nationale visée au premier alinéa 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. 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 publication si celle-ci n'intervient pas d'office, auquel cas celui-ci est publié.

Les Etats membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales visées au premier alinéa disposent des budgets annuels distincts. Les budgets sont rendus publics. Les Etats membres veillent également à ce que les autorités réglementaires nationales disposent des ressources financières et humaines adéquates pour leur permettre de participer activement et de contribuer à l'organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE).

3ter. Les Etats membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales soutiennent activement les objectifs de l'ORECE s'agissant de promouvoir une meilleure coordination et une plus grande cohérence en matière de réglementation.

3quater. Les Etats membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales tiennent le plus grand compte des avis de l'ORECE et de ses positions communes lorsqu'elles adoptent leurs propres décisions concernant leurs marchés nationaux.

4. Les Etats membres publient les tâches à accomplir par les autorités réglementaires nationales d'une manière aisément accessible, en particulier lorsque ces tâches sont confiées à plusieurs organismes. Les Etats membres assurent, le cas échéant, la consultation et la coopération entre ces autorités, ainsi qu'entre ces autorités et les autorités nationales chargées de l'application du droit de la concurrence et les autorités nationales chargées de l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, sur des sujets d'intérêt commun. Lorsque plus d'une autorité est compétente pour traiter ces questions, les Etats membres veillent à ce que les tâches respectives de chaque autorité soient publiées d'une manière aisément accessible.

5. Les autorités réglementaires nationales et les autorités nationales en matière de concurrence se communiquent les informations nécessaires à l'application des dispositions de la présente directive et des directives particulières. En ce qui concerne les informations échangées, l'autorité qui les reçoit assure le même niveau de confidentialité que l'autorité qui les fournit.

6. Les Etats membres notifient à la Commission toutes les autorités réglementaires nationales chargées d'accomplir des tâches en application de la présente directive et des directives particulières, ainsi que leurs responsabilités respectives.

2. De nouvelles missions pour l'Institut Luxembourgeois de Régulation (ILR)

L'Institut Luxembourgeois de Régulation est chargé de la régulation des secteurs économiques suivants:

- Réseaux et services de communications électroniques (télécommunications);
- Transport et distribution d'énergie électrique;
- Transport et distribution de gaz naturel;
- Services postaux.

En outre, il assure la gestion et la coordination du spectre des fréquences radioélectriques.

La mise en place et la composition du comité de direction de l'Institut date du 21 mars 1997 et n'ont pas été changées depuis. De 1997 à 2000, le seul secteur tombant sous la surveillance de l'Institut était le secteur des télécommunications au sens étroit du mot, les fréquences radioélectriques et les „antennes collectives“ bénéficiant de régimes à part.

Pour ne pas multiplier les institutions en charge de réguler les marchés, les fonctions de surveillance de l'Institut ont été élargies par la loi du 24 juillet 2000 relative à l'organisation du marché de l'électricité et par la loi du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers postaux. En juillet 2000, l'Institut Luxembourgeois des Télécommunications devient tout naturellement l'Institut Luxembourgeois de Régulation (ILR), le mot „Régulation“ couvrant alors l'ensemble des services de réseaux. En 2001, par la transposition en droit national de la directive européenne 98/30/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, les compétences ont été élargies au marché du gaz naturel.

Enfin, dans le projet de loi concernant 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/CE 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 (doc. parl. No 6110), le Ministre compétent envisage la désignation de l'Institut comme organisme de contrôle du marché ferroviaire.

Eu égard à ces élargissements de compétences il convient d'ouvrir la possibilité d'un élargissement de la direction à un maximum de cinq membres. Pour garder toute flexibilité en la matière, le libellé laisse au pouvoir de nomination le choix entre trois, quatre ou cinq membres – une disposition en vigueur à la Commission de Surveillance du Secteur Financier (CSSF).

En guise de conclusion, il faut souligner l'importance des dispositions de ce projet de loi, préparant ainsi l'ILR à l'accomplissement des missions en cours et des missions du futur.

*

III. AVIS DU CONSEIL D'ETAT

Dans son avis du 22 juin 2010, le Conseil d'Etat rappelle que l'attribution de la fonction d'organisme de contrôle à l'Institut Luxembourgeois de Régulation (ILR) fait actuellement l'objet du projet de loi (doc. parl. No 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 examinée 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.

Ensuite, la Haute Corporation fait remarquer que l'article 1er, point 3 de la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil, que le projet de loi sous objet 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'infirmier les décisions prises par les autorités réglementaires nationales ...*“.

Le Conseil d'Etat renvoie dans ce contexte à un arrêt de la grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne du 9 mars 2010¹, qui a eu l'occasion de s'exprimer sur la notion „*en toute indépendance*“. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne 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 du 9 mars 2010). La Cour de justice de l'Union européenne 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). Enfin, la Cour de justice de l'Union européenne 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.

¹ 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.

La Haute Corporation avoue 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 3bis 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. Pour les membres du Conseil d'Etat, 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 3bis de la directive 2002/21/CE.

Par voie de conséquence, la Haute Corporation estime que le texte de la directive, que le projet de loi sous rubrique entend transposer et 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. De plus, le Conseil d'Etat souligne que l'article 3bis 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*“.

Pour la Haute Corporation, force est de constater que l'ILR est d'après l'article 1er de la loi modifiée du 30 mai 2005, lequel n'est pas sujet à modification, un établissement public doté de la personnalité juridique. S'y ajoute que l'article 108bis 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. La Haute Corporation soulève donc que des établissements publics, dotés de la personnalité juridique, pour lesquels ne subsiste qu'une simple tutelle organique, sont constitutionnellement possibles. Cependant, si l'existence de tels établissements est admissible d'un point de vue constitutionnel, le Conseil d'Etat n'est 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 3bis 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 objet 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 de la loi en projet 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 3bis 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 présent projet de loi 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. Pour la Haute Corporation, 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 3bis 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.

La Haute Corporation prend note que les auteurs du projet de loi sous objet 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 membres du Conseil d'Etat invitent les auteurs de la loi en projet à prendre ces dispositions en considération dans le projet de loi, sous peine d'opposition formelle de la part du Conseil d'Etat. La Haute Corporation renvoie à ce sujet à ses développements qu'elle a formulés dans son avis du 22 juin 2010 à l'endroit de l'article 6 du projet de loi sous rubrique.

Enfin, pour d'autres précisions concernant l'avis du Conseil d'Etat, il est renvoyé aux documents parlementaires y relatifs et au commentaire des articles ci-après.

*

IV. L'AVIS DE LA CHAMBRE DES FONCTIONNAIRES ET EMPLOYÉS PUBLICS

Dans son avis du 8 juin 2010, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics prend d'abord note que le projet de loi sous revue entend renforcer l'indépendance de l'ILR. Cependant, force est de constater que le projet de loi dépasse largement ce que la directive 2009/140/CE a retenu au sujet de l'indépendance et de l'autorité nationale de régulation.

En effet, pour la chambre professionnelle, la directive prévoit que *„les Etats membres veillent à ce que le chef d'une autorité réglementaire nationale (...) 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 projet de loi sous rubrique en déduit (en son article 6) que *„les membres de la direction sont inamovibles pour la durée de leur mandat. Aucun d'eux (sic) ne peut être privé de sa place ni être suspendu que par un jugement. Toutefois en cas d'infirmité ou d'inconduite, il peut être suspendu, révoqué ou déplacé, suivant les conditions déterminées par la loi“*. Ainsi, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics souligne que cette disposition a été reprise quasi textuellement de la Constitution luxembourgeoise, et plus précisément de son article 91 traitant de la Justice, qui prévoit en effet l'inamovibilité des juges de paix, des juges des tribunaux d'arrondissement et des conseillers de la Cour.

Avec tout le respect que la chambre professionnelle doit aux membres de la direction de l'ILR, elle émet de très grandes réserves par rapport à une mise sur un pied d'égalité avec des juges et conseillers de la Cour.

Dans ce contexte, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics se pose la question s'il faut rappeler que l'ILR n'est pas une instance judiciaire mais un institut chargé de réguler la concurrence dans un nombre limité de secteurs.

Comme le directeur et les membres de la direction de l'ILR relèvent d'un établissement public et ont la qualité de fonctionnaire, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics ne voit pas de nécessité de prévoir, spécifiquement pour le cadre dirigeant de l'ILR, l'introduction de nouvelles garanties ou procédures contre un éventuel licenciement abusif, supplémentaires à celles d'ores et déjà prévues par la loi fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat.

Par ailleurs, pour la chambre professionnelle, le statut des fonctionnaires répond parfaitement à la directive qui prescrit que les membres du cadre dirigeant de l'autorité de régulation ne pourront être „congédiés“ que suivant les conditions et procédures retenues dans une loi nationale, en l'occurrence ladite loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat.

En ce qui concerne l'indépendance et l'autonomie de l'ILR, la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics estime que les prescriptions afférentes de la directive sont à leur tour également transposées de manière très large. Ainsi, si d'un côté la directive prévoit que les autorités réglementaires „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“, elle retient également, de l'autre côté, que cela „n'empêche pas une surveillance conformément aux dispositions nationales de droit constitutionnel“.

Selon la chambre professionnelle, les dispositions du projet de loi qui enlèvent au Gouvernement

- le droit d'approbation du budget et des comptes annuels de l'ILR (article 5, 1° et article 9);
- l'autorisation des indemnités, primes, suppléments de rémunération et autres avantages concédés à la direction et au personnel (article 5, 3°);
- l'approbation des indemnités spéciales non pensionnables qui peuvent être accordées aux membres du personnel disposant d'une formation spéciale ou exerçant des fonctions importantes nettement spécifiées (article 7);
- la nomination des réviseurs des comptes de l'ILR (article 5, 2°);

ne sauraient dès lors être justifiées en prenant référence à la directive 2009/140/CE.

La Chambre des Fonctionnaires et Employés publics considère les dispositions précitées non pas comme „émancipation“ et „responsabilisation“ du conseil d'administration, comme veut le faire croire le commentaire des articles du projet de loi sous avis, mais comme violation du principe d'une bonne gestion des deniers publics.

Elle ne peut cacher sa désapprobation par rapport à l'argument avancé dans ledit commentaire des articles comme quoi un éventuel refus d'approbation des comptes annuels de l'ILR par le Gouvernement aurait pour conséquence un désaccord profond entre, d'une part, la direction de l'ILR, le Conseil d'administration (qui a transmis pour décharge les comptes approuvés) et, d'autre part, le Gouvernement, ce qui, selon les auteurs du projet de loi, constituerait „un scénario sans issue“.

En langage clair cela revient à dire que, pour éviter un éventuel désaccord avec le Gouvernement en ce qui concerne l'approbation des comptes, il est préférable de renoncer de prime abord à demander l'approbation de celui-ci et de soumettre les comptes au seul Conseil d'administration de l'ILR! La chambre professionnelle se demande quelle serait la conséquence si un jour le Conseil d'administration n'acceptait pas non plus les comptes annuels? Dans pareil cas, conformément à la logique des auteurs du projet de loi, ne faudrait-il pas également enlever le droit d'approbation au Conseil d'administration?

Faut-il rappeler que l'ILR est un établissement public qui gère en toute autonomie des deniers publics provenant des opérateurs qui sont mis à contribution? Pour la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics il est dès lors tout à fait justifié que le Gouvernement garde un droit de regard sur la manière dont sont gérés ces deniers publics et qu'il puisse, le cas échéant, décider de l'affectation du bénéfice après la clôture de chaque exercice.

Pour plus de détails concernant l'avis de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics, il est renvoyé au document parlementaire afférent.

*

V. COMMENTAIRE DES ARTICLES

Article 1er

Cet article entend éviter à l'ingrès de chacun des articles qui suivent la répétition fastidieuse de la mention de la loi qu'il s'agit de modifier à savoir celle 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.

L'article 1er n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat et est adopté par la Commission de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, des Media et des Communications dans la teneur du projet gouvernemental.

Article 2

Le point 1 de l'article 2 concerne un ajout qui est inspiré de l'article 34 de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel,

et qui souligne l'indépendance de l'Institut dans ses missions de contrôle et de régulation qui lui sont confiées par des lois et règlements. Il intègre en outre le texte de l'article 2 de la loi modifiée du 20 mai 2005, lequel l'article 3 du projet de loi entend supprimer.

Le point 2 de l'article 2 stipule que le droit de changer de siège social revient au Conseil d'administration.

Dans son avis du 22 juin 2010, le Conseil d'Etat note que le texte du point 1 de l'article 2 du projet de loi vise à modifier l'article 1er de la loi modifiée du 30 mai 2005 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.

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 1er de la loi modifiée du 30 mai 2005, mais de maintenir l'article 2 de cette loi, tout en lui donnant la teneur du point 1 de l'article 2 du projet de loi.

Le Conseil d'Etat propose par ailleurs de remplacer dans le texte de l'article 2 du présent projet la notion de „conseil d'administration“ par celle de „conseil“. En effet, pour la Haute Corporation 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.

La Commission de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, des Media et des Communications se rallie aux propositions du Conseil d'Etat. Le point 1 de l'article 2 du projet de loi est donc supprimé, les missions de l'ILR ayant été reprises dans l'article 3 du projet de loi. La commission parlementaire fait la sienne la recommandation de la Haute Corporation de remplacer la notion du „conseil d'administration“ par celle de „conseil“, de manière à ce que l'article 2 se lise comme suit:

„Art. 2. L'article 1er est modifié comme suit:

Le dernier alinéa se lit comme suit: „Son siège est établi à Luxembourg. Il peut être transféré dans toute autre localité du Luxembourg par décision du conseil.“ “

Article 3

Le texte de l'article 2 de la loi modifiée du 30 mai 2005 a été intégré dans l'article 1er.

Le Conseil d'Etat préfère maintenir l'article 2 de la loi modifiée du 30 mai 2005, tel qu'exposé dans son commentaire relatif à l'article 2 du projet de loi et propose de conférer à l'article 3 du projet de loi sous avis 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.“ “

Les membres de la Commission de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, des Media et des Communications décident de suivre l'avis du Conseil d'Etat.

Article 4

L'article 4 du projet de loi sous rubrique entend supprimer le premier paragraphe de l'article 3 de la loi modifiée du 30 mai 2005. Ainsi, l'Etat est désormais dégagé de toute responsabilité quant à des mesures prises par l'Institut dans le cadre de ses missions, ce qui s'inscrit dans la logique de l'indépendance de l'Institut.

Cet article n'appelle pas d'observation de la part de la Haute Corporation et est adopté par la commission parlementaire.

Article 5 nouveau (proposé par le Conseil d'Etat)

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 objet 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 3bis de la directive 2002/21/CE.

Ainsi, l'article 5 (nouveau) de la loi en projet 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.“

La Commission de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, des Media et des Communication reprend cette proposition du Conseil d'Etat.

Article 5 (article 6 selon le Conseil d'Etat)

L'article 5 du projet de loi renforce et élargit les pouvoirs du conseil d'administration de l'ILR et le responsabilise davantage en abolissant les cas de double approbation.

Dans son avis du 22 juin 2010, le Conseil d'Etat renvoie à ses développements dans le cadre de son examen de l'article 6 (article 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 de la part de la Haute Corporation.

La commission parlementaire s'interroge si la nomination de fonctionnaires par les différents Ministres au Conseil d'administration de l'ILR ne porte pas atteinte à son indépendance que le projet de loi sous examen entend pourtant renforcer.

Les auteurs du projet de loi ont expliqué que la présence de fonctionnaires au sein du Conseil d'administration ne met en aucun cas en péril l'indépendance de l'ILR pour la raison suivante: le conseil n'a pas de compétences en ce qui concerne la régulation des marchés mais uniquement pour des questions administratives. Or, l'indépendance telle que stipulée par la directive à transposer, doit avoir ses effets au niveau de la régulation.

La commission parlementaire n'a pas d'observations supplémentaires à faire à propos de cet article.

Article 6 (article 7 selon le Conseil d'Etat)

Cet article entend modifier l'article 11 de la loi modifiée du 30 mai 2005 en faisant passer le nombre des membres de la direction de trois à un maximum de cinq. En outre, la durée des mandats est limitée à un maximum de deux fois cinq années. Au niveau communautaire cette limitation est pratiquement acquise du fait d'une modification de la législation européenne en matière d'énergie.

Pour satisfaire aux dispositions du nouveau paragraphe 3bis) de l'article 3 de la directive „cadre“ modifiée, l'inamovibilité leur est accordée pour la durée de leur mandat. Il s'agit en fait d'une version limitée dans le temps de l'article 91 de la Constitution. Les autres garanties, ainsi que les cas d'incapacités mentionnés par le paragraphe précité découlent du statut du fonctionnaire applicable aux membres de la direction.

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 de la loi en projet de ne pas faire excéder la durée du mandat d'un directeur ou d'un directeur adjoint au-delà de dix ans, il convient selon le Conseil d'Etat 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.“

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

La commission parlementaire peut se rallier à cette proposition de texte du Conseil d'Etat. La commission s'est encore penchée sur la question de la durée du mandat. En vertu de la loi 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, la nomination aux fonctions dirigeantes est faite pour une durée renouvelable de sept ans. Or, la durée du mandat des membres de la direction de l'ILR est de cinq ans. D'un point de vue général, la commission parlementaire se demande s'il ne faudrait pas harmoniser la durée des mandats et des fonctions dirigeantes auprès de l'Etat. Les auteurs du projet de loi ont rappelé à cet égard que la durée de mandat de cinq ans est d'usage au niveau de l'Union européenne. La commission parlementaire souligne encore que la limitation du nombre des mandats ne sera applicable qu'à partir des nominations à intervenir sur base de la présente loi.

Ensuite, le Conseil d'Etat constate que les auteurs du projet de loi sous objet 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, la Haute Corporation constate que 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 3bis 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.

Par conséquent, le Conseil d'Etat propose de libeller l'alinéa 3 du paragraphe 2 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.“

La commission parlementaire adopte cette proposition de texte du Conseil d'Etat.

En ce qui concerne les points 3 et 4 de l'article 6 du projet de loi (article 7 selon le Conseil d'Etat), ces derniers ne donnent lieu à observation ni de la part du Conseil d'Etat, ni de la part de la commission parlementaire.

Article 7 (article 8 selon le Conseil d'Etat)

Cet article entend supprimer le paragraphe 4 de l'article 13 de la loi modifiée du 30 mai 2005. Le paragraphe précité fait double emploi avec l'alinéa i) de l'article 6 modifié de la loi modifiée du 30 mai 2005.

L'article 7 n'appelle ni d'observation de la part du Conseil d'Etat, ni de la commission parlementaire.

Article 8 (article 9 selon le Conseil d'Etat)

Cet article tend à modifier l'article 17 de la loi modifiée du 30 mai 2005 en reprenant l'obligation de publication des comptes annuels de l'ILR au Mémorial. Cette obligation était jusqu'à présent inscrite à l'article 18 de la loi modifiée du 30 mai 2005. Cependant, il est prévu de supprimer l'article en question par l'article 9 (article 10 selon le Conseil d'Etat) du présent projet de loi. Quant aux rapports annuels, il est prévu de les publier sur le site Internet de l'Institut.

L'article 8 n'appelle d'observation ni de la part du Conseil d'Etat, ni de la commission parlementaire.

Article 9 (article 10 selon le Conseil d'Etat)

L'article 9 entend supprimer l'article 18 de la loi modifiée du 30 mai 2005. En effet, l'émancipation du conseil d'administration et sa responsabilisation rend superfétatoire toute intervention du Gouvernement en Conseil dans l'approbation des comptes. Quant à la décharge de la direction, un refus de cette décharge par le Gouvernement en Conseil aurait pour conséquences un désaccord profond

entre la direction, le conseil d'administration de l'Institut (qui a transmis pour décharge des comptes approuvés) et le Conseil de Gouvernement. Devant ce scénario invraisemblable et sans véritable issue, il y a lieu de renoncer aux dispositions inscrites à l'article 18, exception faite de l'obligation de publication des comptes et des rapports annuels. Cette obligation est ajoutée à l'article 17 de la loi modifiée du 30 mai 2005.

Les dispositions de cet article n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

La Chambre des Fonctionnaires et Employés publics considère que cette disposition est une violation du principe d'une bonne gestion des deniers publics. Dans son avis du 8 juin 2010, la chambre professionnelle souligne que l'ILR étant un établissement public, il est dès lors justifié que le Gouvernement garde un droit de regard sur la manière dont sont gérés ces deniers publics.

La commission parlementaire ayant pris note de cette critique, tient à préciser que le droit commun accorde à la Cour des Comptes, et donc à la Chambre des Députés, un pouvoir de contrôle sur la gestion financière de tout établissement public. La commission parlementaire décide d'adopter cet article dans sa teneur gouvernementale.

Article 10 (article 11 du Conseil d'Etat)

L'article 10 précise à la fois la nomination et la mission du réviseur d'entreprise de l'ILR. D'après cet article:

- la désignation du réviseur incombe désormais au conseil d'administration de l'ILR (cf. modification de l'article 6, paragraphe c)). Pour éviter l'installation d'une routine qui pourrait nuire au contrôle il y a lieu de limiter le mandat du réviseur à six années.
- nommé par le conseil d'administration de l'ILR, le réviseur rapporte par conséquent à ce dernier, et non plus au Gouvernement. En vertu du point d) de l'article 6 le conseil peut ordonner des vérifications spécifiques. Il n'y a pas lieu de le répéter à l'article 19.

Eu égard au fait que c'est le mandat qui est renouvelable et non la nomination, le Conseil d'Etat propose dans son avis du 22 juin 2010 de libeller le paragraphe 1er 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.

La Commission de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, des Media et des Communications adopte la proposition de texte du Conseil d'Etat.

Article 11 (article 12 selon le Conseil d'Etat)

Cet article vise à supprimer l'article 20 de la loi à modifier.

Dans son avis, la Haute Corporation note que 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.

Par conséquent, le Conseil d'Etat est d'avis que la suppression de cet article ne s'impose pas.

La Commission de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, des Media et des Communications décide de maintenir cet article dans sa teneur gouvernementale. Comme une dissolution de l'ILR ne peut se faire que par une loi, il revient au législateur de déterminer les modalités de cette dissolution, et de trancher ainsi sur l'attribution des avoirs de l'établissement public.

VI. TEXTE PROPOSE PAR LA COMMISSION

Compte tenu de ce qui précède, la Commission de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, des Media et des Communications recommande à la Chambre des Députés d'adopter le projet de loi sous rubrique dans la teneur qui suit:

*

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.

Art. 1er. La présente loi a pour objet de modifier 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.

Art. 2. L'article 1er est modifié comme suit:

Le dernier alinéa se lit comme suit: „Son siège est établi à Luxembourg. Il peut être transféré dans toute autre localité du Luxembourg par décision du conseil.“

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.“

Art. 4. Le premier paragraphe de l'article 3 est supprimé.

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.“

Art. 6. L'article 6 est modifié comme suit:

- 1° Au point a) les termes „avant leur présentation au Gouvernement pour approbation“ sont supprimés.
- 2° Le point c) est reformulé de manière suivante: „Il nomme le réviseur aux comptes de l'Institut.“
- 3° Au point i) les termes „ , sous réserve des autres approbations requises en vertu de la présente loi“ sont supprimés.

Art. 7. L'article 11 est modifié comme suit:

1° Le paragraphe (2) est modifié comme suit:

„(2) Elle est composée d'un directeur et de deux à quatre membres dont le directeur est le supérieur hiérarchique. Les membres sont autorisés à porter le titre de directeur adjoint. Pour pouvoir être nommé membre de la direction, il faut remplir les conditions prescrites pour l'accès aux fonctions de la carrière supérieure auprès des administrations de l'Etat conformément à la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat.

Les membres de la direction sont nommés par le Grand-Duc pour une durée de cinq ans. Les mandats sont renouvelables une fois.

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."

2° Le paragraphe (4) est supprimé.

3° Au paragraphe (5) les mots „ou de révocation“ sont supprimés.

4° Le deuxième alinéa du paragraphe (6) est supprimé.

Art. 8. L'article 13 est modifié comme suit:

Le paragraphe 4 est supprimé.

Art. 9. L'article 17 est modifié comme suit:

La phrase suivante est ajoutée à l'alinéa 2 du premier paragraphe:

„Les comptes annuels sont publiés au Mémorial.“

Art. 10. L'article 18 est supprimé.

Art. 11. L'article 19 prend la teneur suivante:

„(1) Le réviseur d'entreprise est nommé pour une période de trois années; son mandat est renouvelable une fois.

(2) Le réviseur a pour mission de vérifier et de certifier le caractère exact et complet des comptes de l'Institut. Il dresse, à l'intention du conseil un rapport détaillé sur les comptes de l'Institut à la clôture de l'exercice financier.“

Art. 12. L'article 20 est supprimé.

Luxembourg, le 8.7.2010

Le Rapporteur,
Marcel OBERWEIS

Le Président,
Lucien THIEL

