

N° 5746

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2007-2008

PROPOSITION DE LOI

- modifiant la loi communale du 13 décembre 1988;
- modifiant la loi du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux

* * *

Dépôt (M. Paul Helming, en son nom personnel et au nom de M. François Bausch, M. Claude Meisch et M. Camille Gira) et transmission à la Conférence des Présidents (10.7.2007)

Déclaration de recevabilité et transmission au Conseil d'Etat et au Gouvernement (10.10.2006)

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Texte de la proposition de loi	1
2) Exposé des motifs	2
3) Commentaire des articles	6

*

TEXTE DE LA PROPOSITION DE LOI

Art. I. L'article 169 de la loi communale du 13 décembre 1988, telle qu'elle a été modifiée, est abrogé et remplacé par un nouvel article 169 libellé comme suit:

„**Art. 169.** Les services industriels assurés par une commune peuvent tenir une comptabilité commerciale dans les formes et selon les modalités prévues par la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales à chaque fois qu'une loi exige expressément une telle comptabilité pour l'exercice d'une activité donnée ou qu'un règlement grand-ducal les y autorise explicitement.“

Art. II. L'article 173bis de la loi communale du 13 décembre 1988, telle qu'elle a été modifiée, est abrogé et remplacé par un nouvel article 173bis libellé comme suit:

„**Art. 173bis.** Les communes et les syndicats de communes dans les limites de leur objet, peuvent créer des sociétés de droit privé en vue d'une oeuvre ou d'un service d'intérêt communal ou bien prendre des participations financières dans de telles sociétés.

Les services d'intérêt communal comprennent notamment toutes les activités industrielles et commerciales liées au secteur de l'énergie.

Les communes ne peuvent s'engager que divisément et jusqu'à concurrence d'une somme déterminée. La prise de participation est autorisée par arrêté grand-ducal qui en détermine les modalités et conditions.“

Art. III. 1. Il est ajouté à la loi du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux, telle que modifiée, un chapitre 4bis libellé comme suit: „Détachement du fonctionnaire“. Ce chapitre est à insérer suite à l'article 10.

2. Le nouveau chapitre 4bis de la loi du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux contiendra un article 10bis libellé comme suit:

„**Art. 10bis.** (1) Dans l'intérêt communal, sinon pour se conformer aux exigences de la libéralisation des marchés, sinon des cas où la loi l'exige, le collège des bourgmestre et échevins peut détacher un fonctionnaire à une société de droit privé dont au moins 25% du capital est détenu par des personnes de droit public. Avant toute mesure, le fonctionnaire visé doit être entendu en ses observations.

(2) Le statut du fonctionnaire n'est pas affecté par le détachement et le fonctionnaire détaché ne saurait subir une quelconque dégradation de sa situation professionnelle en raison de cette mesure. La société d'accueil doit observer toutes les dispositions légales, réglementaires, administratives et conventionnelles relatives aux conditions de travail et à la protection de l'agent dont le fonctionnaire détaché avait bénéficié en sa qualité de fonctionnaire.

(3) Pendant la durée du détachement, la commune reste seule responsable de la rémunération du fonctionnaire ainsi que de toutes les charges qui s'y rapportent. La société d'accueil doit rembourser toutes les sommes exposées par la commune dans le cadre de la rémunération du fonctionnaire détaché.

(4) La durée maximale du détachement est de 5 ans, mais le détachement peut être renouvelé indéfiniment pour la même durée.

(5) Aucun fonctionnaire ne peut être recruté en vue d'un détachement.“

*

EXPOSE DES MOTIFS

Introduction

La présente proposition de loi a deux buts: permettre aux communes de continuer à gérer, dans le cadre de la libéralisation des marchés de l'énergie, la distribution de l'électricité par leurs propres services et, dans un cadre plus vaste, éliminer les obstacles existant à la création et la participation par les administrations communales à des sociétés commerciales de droit privé.

Le secteur de l'énergie ne se limitera à l'avenir pas à la seule gestion d'un réseau ou à la distribution de l'électricité, car il devra prendre en charge un des défis majeurs du 21e siècle qui est le changement climatique. Le respect des mesures de réduction de CO₂ imposées par le protocole de Kyoto représente un intérêt général pour la société.

Le secteur public, et notamment le niveau local, doit s'engager davantage dans les domaines de la production d'énergies renouvelables et de l'utilisation rationnelle de l'énergie.

Certaines communes ont d'ailleurs reconnu le besoin d'agir en réalisant des projets d'installations de réseau de chauffage à distance ou en exploitant des sources d'énergies locales comme le bois ou la biomasse. Face aux mécanismes de libéralisation de certains services publics, il est important d'accorder aux autorités locales de nouveaux moyens de gérance de leurs affaires communales et de les outiller pour pouvoir fonctionner comme des prestataires de services de haute qualité.

La transition à un marché ouvert exige de toute entreprise d'électricité des adaptations au niveau de la gestion de réseaux et de la fourniture d'électricité. Ces dispositions touchent aussi bien les entreprises privées que les sept communes qui assurent actuellement au Luxembourg la gestion et l'exploitation de leur propre réseau d'électricité.

Ces communes sont contraintes de se conformer aux règles régissant le marché privé. Elles ne peuvent cependant pas se baser sur des dispositions législatives claires ou adaptées à leurs situations spécifiques d'entreprise publique oeuvrant sur un marché libéralisé.

Les communes doivent pouvoir agir avec rapidité et flexibilité sur le marché libre, aussi bien pour l'achat que pour la vente d'électricité. Cependant, les mécanismes actuels de prise de décision et d'approbation pour toute acquisition ou fixation de tarifs obligent les communes à suivre une procédure longue et fastidieuse.

Il y a donc un besoin d'adapter la législation luxembourgeoise et de permettre aux communes de créer des entreprises de droit privé afin qu'elles puissent au mieux répondre aux défis du marché libéralisé et continuer à assurer elles-mêmes la gestion de leurs réseaux. Il faut par ailleurs prévoir une solution pour le transfert dans le plein respect du statut et droits acquis des agents communaux du secteur public vers le secteur privé.

Dans ce contexte la présente proposition de loi vise donc à adapter la loi communale et la loi fixant le statut général des fonctionnaires communaux en vue d'habiliter les communes à se positionner avec des services modernes dans un marché libéralisé de l'énergie.

1. Le marché luxembourgeois de l'électricité après la loi du 24 juillet 2000

Avec la loi du 24 juillet 2000 relative à l'organisation du marché de l'électricité transposant la directive No 1996/92, l'abolition des régimes monopolistiques nationaux et l'instauration d'un marché intérieur européen ouvert à la libre concurrence ont été réalisées.

Les communes qui souhaitent agir sur le marché de l'électricité, devront dorénavant gérer les activités commerciales de vente d'électricité d'une part, et la détention et l'entretien du réseau d'autre part d'après les règles établies par cette loi.

Ainsi l'article 7 (6) de la loi du 24 juillet 2000 instaure la règle de la séparation du réseau de transport des activités de production et de distribution et énonce que le gestionnaire du réseau doit être indépendant, au moins sur le plan de la gestion, des activités non liées au réseau de transport.

La vente d'électricité suppose l'achat en gros d'énergie pour ensuite la céder aux particuliers avec une marge bénéficiaire. Il s'agit d'une activité purement commerciale qui met les autorités publiques en situation de concurrence avec les acteurs du secteur privé.

Cette activité doit clairement être séparée de la gestion du réseau donc de l'outil qui assure le transport de l'électricité afin d'en assurer la neutralité par rapport à la multitude des fournisseurs possibles. Ainsi l'article 11 de la loi du 24 juillet 2000 prévoit-il que „*Le gestionnaire d'un réseau de distribution doit s'abstenir de toute discrimination entre les utilisateurs du réseau ou les catégories d'utilisateurs du réseau, notamment en faveur de ses filiales ou actionnaires.*“. L'I.L.R (Institut Luxembourgeois de Régulation) veille à l'application de cette règle qui restreint fortement la politique tarifaire des communes. Les tarifs doivent être non discriminatoires, transparents ainsi que suffisamment décomposés et vérifiables.

La transparence du marché de l'électricité implique que les communes tiennent une comptabilité aisément comparable à celle des sociétés privées afin de permettre à l'I.L.R de vérifier que l'autorité publique ne se procure pas un avantage concurrentiel illicite et de garantir aux consommateurs une offre au prix du marché.

Le projet de loi No 5605 transposant la directive 2003/54/CE et abrogeant la loi du 24 juillet 2004 confirme les dispositions introduites par la loi en vigueur et renforce le pouvoir de contrôle de l'I.L.R. Le commentaire des articles note à cet égard à l'endroit de l'article 36 paragraphe 6: „*Considérant que la dissociation comptable auprès des acteurs du marché de l'électricité est un élément essentiel, notamment au niveau des tarifs d'utilisation du réseau, pour un bon fonctionnement du marché, le régulateur reçoit par le biais du paragraphe (6) le droit, au cas où une entreprise ne se conforme pas aux dispositions en matière de dissociation comptable, de nommer aux frais de l'entreprise concernée un réviseur d'entreprise qui procède à la vérification de la conformité de la comptabilité, en cas d'absence de celle-ci, à son établissement.*“ L'article en question précise d'ailleurs que les frais relatifs à cette vérification sont à charge de l'entreprise d'électricité concernée.

2. Vente d'électricité et gestion du réseau

La législation sur l'organisation du marché de l'électricité requiert, dans l'hypothèse où le propriétaire d'un réseau l'exploite également pour vendre l'électricité aux consommateurs finaux, que l'activité de transport soit fonctionnellement séparée de l'activité de fournisseur d'énergie, notamment par l'établissement de deux comptabilités distinctes.

La loi communale du 13 décembre 1988, telle que modifiée, ne s'oppose pas à l'existence d'un service communal de gestion du réseau parallèlement à un service communal de fournisseur d'électricité.

Le fait qu'une administration communale puisse jouer les rôles de gestionnaire de réseau et de fournisseur d'électricité est d'ailleurs spécifiquement prévu par le projet de loi No 5605 qui énonce dans son article 2(14) qu'une entreprise électrique désigne „*toute personne physique ou morale, en ce compris toute commune, qui effectue la production, le transport, la distribution, la fourniture ou l'achat et la vente d'électricité ou plusieurs de ces activités à l'exclusion des clients finals.*“

Suivant le projet de loi No 5605, une commune doit pouvoir être considérée comme un acteur à part entière sur le marché de l'énergie dont l'activité ne doit pas être entravée par des dispositions législatives restrictives.

Il est important de souligner que ce ne sont pas les directives européennes qui privent les communes à continuer à intervenir sur le marché de l'électricité, mais que c'est essentiellement la législation communale luxembourgeoise, telle qu'interprétée par le Ministère de l'Intérieur, qui contraint actuellement les administrations publiques à déléguer leur ancienne activité de fournisseurs d'énergie à des sociétés privées.

Afin de se conformer à la séparation fonctionnelle des activités de transport de l'électricité et de vente, le législateur impose en effet aux autorités communales de créer au sein de leur administration un service de transport de l'électricité qui s'occupe de la mise en place et de l'entretien du réseau électrique, un service de gestion du réseau au sens du projet de loi No 5605 et un service commercial d'achat et de vente de l'électricité qui gère la fourniture au client final. Ces services doivent fonctionner indépendamment les uns des autres, et la loi communale demanderait en plus qu'ils le fassent sous le contrôle du conseil communal. C'est évidemment un schéma qui ne peut guère s'accommoder du mode de fonctionnement d'un marché libre concurrentiel.

3. L'exigence d'une comptabilité commerciale

Conformément aux articles 116 et suivants de la loi communale du 13 décembre 1988 telle que modifiée, toute administration communale a l'obligation d'établir annuellement un budget comprenant toutes les recettes et toutes les dépenses à effectuer au cours de l'exercice financier pour lequel il est voté. L'exercice financier commence le 1er janvier et prend fin le 31 décembre de la même année. Les communes sont ainsi obligées par la loi de tenir une comptabilité camérale.

Dans certains cas limitativement énumérés par la loi, il est permis, pour des raisons d'optimisation de la gestion, d'adopter pour un service particulier une comptabilité commerciale. Dans un tel cas de figure, dans la comptabilité générale de la commune, qui gardera son caractère caméral, n'apparaîtra à la fin de l'exercice que le résultat du service en question.

Le projet de loi No 5605 prévoit expressément que les entreprises d'électricité doivent faire figurer dans leur comptabilité interne un bilan et un compte de profits et pertes pour chaque activité qu'elles communiquent annuellement au régulateur.

Donc, bien que la loi prévoie la possibilité de recourir à une comptabilité commerciale les communes ne peuvent pas se conformer aux règles communautaires. L'article 169 de la loi communale du 13 décembre 1988 prévoit bien qu'un „*règlement grand-ducal prévoit les cas dans lesquels des services industriels assurés par une commune doivent tenir une comptabilité selon les principes de la comptabilité commerciale et en fixe les modalités. Les services en question doivent établir un bilan et un compte de profits et pertes, indépendamment de leur soumission aux règles qui gouvernent les budgets et les comptes de la commune*“ mais le défaut d'un règlement grand-ducal d'exécution les prive en pratique d'y recourir.

Les problèmes pratiques des communes face à la législation relative à l'organisation du marché de l'électricité pourraient donc facilement être résolues par la prise d'un règlement grand-ducal afférent par les Ministres compétents qui les habiliterait à gérer leurs services de transport et de fourniture d'électricité suivant les principes de la comptabilité commerciale.

Et les auteurs du projet de loi susmentionné sont bel et bien conscients de la situation qui met les communes en porte-à-faux par rapport à la législation nationale en vigueur et celle à venir avec la transposition des règles communautaires. Ainsi, le commentaire de l'article 36 relève: „*Considérant le statut spécifique des communes et l'actuelle absence d'un règlement grand-ducal pris en vertu de la loi modifiée du 13 décembre 1988 réglant les cas dans lesquels des services industriels assurés par une commune doivent tenir une comptabilité commerciale le paragraphe (1) dispose que les communes doivent également tenir une comptabilité commerciale conformément à la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.*“

Le projet de loi No 5605 a pris soin de ne laisser aucun doute sur la volonté du législateur en la matière, puisqu'il précise en son article 36 paragraphe 1 qu' „*indépendamment du régime de propriété qui leur est applicable et de leur forme juridique, les entreprises d'électricité établissent, font contrôler, publient et transmettent au ministre et au régulateur leurs comptes annuels selon la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, et notamment selon les dispositions relatives aux comptes sociaux de cette même loi.*“ Le législateur énonce donc clairement une obligation, mais omet de donner aux communes le droit de s'y conformer.

La présente proposition de loi propose deux voies afin de remédier à la problématique évoquée ci-dessus qui concerne non seulement le domaine de l'électricité mais également celui du gaz ou toute autre activité de production et de fourniture d'énergies notamment alternatives.

Les auteurs proposent en effet – premièrement d'amender la loi communale en son article 169 en abrogeant la référence à un règlement grand-ducal d'exécution tout en spécifiant qu'une comptabilité commerciale doit être tenue pour les services industriels dans les formes et selon les modalités de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales – et deuxièmement d'amender l'article 173bis de manière à ce que la création de sociétés de droit privé pour l'exercice de telles activités soit facilitée.

L'article 173bis de la loi communale autorise certes d'ores et déjà les communes à créer des sociétés de droit privé ou encore d'y prendre des participations financières.

Mais, le Ministère de l'Intérieur s'est montré jusqu'à présent plutôt réticent quant à l'application de cette disposition craignant qu'une implication trop forte des autorités communales dans une société de droit privée pourrait éventuellement suivant les cas avoir des conséquences financières négatives pour les communes.

Afin de remédier à toutes divergences d'interprétation et de clarifier la situation des communes, il est proposé d'amender l'article 173bis afin de préciser d'une part que les communes peuvent créer des sociétés de droit privé en vue d'une activité ou d'un service d'intérêt communal ou bien d'y prendre des participations financières et, d'autre part, que les services d'intérêt communal comprennent notamment tout service de gestion d'un réseau d'énergie et tout service de distribution d'énergie.

Par ailleurs, bien que la modification de l'article 169 permet de régler les problèmes d'ordre pratique concernant la tenue d'une comptabilité commerciale par les communes, il demeure que, comme le Conseil d'Etat l'a d'ailleurs relevé dans son avis du 24 avril 2007 relatif au projet de loi No 5605, „[...] *l'exigence d'indépendance des différents acteurs et responsables au sein de l'entreprise intégrée qu'est la commune et dont la responsabilité finale revient au conseil communal*“ peut poser problème.

Voilà pourquoi le Conseil d'Etat suggère que „*[l]a création d'une entreprise commerciale avec participation de la commune pourrait constituer une échappatoire à condition de ne pas se heurter à l'opposition du ministre de tutelle qui, en se basant sur la loi communale, marque traditionnellement de fortes réticences pour cette forme de solution. Partant, face aux objections du ministre de l'Intérieur combinées aux injonctions de l'Institut luxembourgeois de régulation notamment dans le domaine de la séparation fonctionnelle et comptable des différentes activités, les communes risquent de se retrouver dans une impasse et le Conseil d'Etat voudrait dès à présent attirer l'attention du législateur sur la nécessité de prévoir des modifications concomitantes dans la législation communale afin d'éliminer ces contradictions et incompatibilités et d'adapter cette législation à l'évolution et aux conditions de l'environnement économique et institutionnel européen et international. Le projet sous revue opérant une transposition de directives ne s'y prête guère.*“

Le Conseil d'Etat constate donc que la législation communale actuelle empêche inutilement les autorités locales de se conformer aux prescriptions de la législation relative à l'organisation du marché de l'électricité et encourage par conséquent le législateur à adapter la loi communale.

La présente proposition de loi a donc pour objet de permettre, d'une part aux communes d'avoir recours à une comptabilité commerciale et de régler ainsi les questions d'ordre pratique quant à la tenue d'une telle comptabilité commerciale et d'autre part, de répondre aux injonctions du Conseil d'Etat relatives aux exigences d'indépendance des différents acteurs et responsables.

Il est indéniable que le deuxième scénario évoqué ci-dessus concernant la création d'une société de droit privé ou la possibilité pour les communes de prendre une participation financière dans une telle société répond le mieux aux exigences découlant de la réglementation communautaire. Toutefois et étant donné que la modification de l'article 169 permet la tenue d'une comptabilité commerciale par

les communes, il appartiendra finalement à ces dernières de choisir quelle voie leur semble la plus adaptée.

La création d'une société de droit privé pose cependant le problème du personnel déjà employé par les communes dans leurs services d'énergie. Ce personnel constitue, de part ses compétences, un facteur irremplaçable de bon fonctionnement des réseaux et services en cause. Il s'agit donc de voir dans quelles conditions et en tout cas dans le plein respect des droits acquis sous leur statut actuel, le plus souvent celui du fonctionnaire communal, ce personnel pourra être repris par les nouvelles sociétés de droit privé à créer le cas échéant.

4. Le détachement des fonctionnaires communaux

Tout d'abord il convient de relever que le statut général des fonctionnaires communaux ne prévoit pas de détachement. On peut s'inspirer dans ce contexte des dispositions relatives au prêt de main-d'oeuvre et à la mise à disposition des salariés retenues par le Code du Travail.

Le mécanisme de la mise à disposition consiste dans le fait qu'un employeur détache, sous certaines conditions, un ou plusieurs de ses salariés à une autre entreprise pour une certaine durée. Durant la période de détachement, l'employeur initial reste responsable du paiement du salaire et des accessoires du salarié tandis que l'entreprise d'accueil est responsable des conditions de travail, notamment de l'hygiène et de la sécurité. Le salarié travaille pendant la mise à disposition sous les ordres de l'entreprise d'accueil.

Si on transpose ce mécanisme aux communes qui désirent gérer et exploiter leur réseau d'énergie, on peut envisager les modifications législatives suivantes:

Comme le détachement ou la mise à disposition n'est actuellement pas prévue par le statut général des fonctionnaires communaux, on devrait introduire une nouvelle disposition dans ce sens dans la loi du 24 décembre 1985, telle que modifiée. Afin de garantir une certaine logique dans ce texte, il semble le plus approprié d'introduire un nouveau chapitre 4bis après l'actuel chapitre 4 intitulé „Affectation du fonctionnaire“. Ce chapitre, à dénommer „Détachement du fonctionnaire“, contiendra un nouvel article 10bis qui réglera ce détachement.

Cette disposition doit prendre plusieurs considérations en compte. Tout d'abord, il y a lieu de remarquer que le statut des agents communaux ne sera pas affecté si leur relation avec la commune est maintenue. Ainsi l'administration communale continuera-t-elle à régler leur traitement et tous les autres accessoires y liés (ex.: Sécurité sociale, caisse de maladie, ...). Afin d'éviter une concurrence déloyale, tous ces coûts seront remboursés à la commune par la société privée à laquelle ils se trouvent détachés. Il en résulte qu'en fin de compte c'est la société privée qui supporte toute la charge salariale, bien que les agents détachés maintiennent leur statut public auprès de la commune.

Un tel détachement ne doit être possible qu'à des sociétés privées qui ont été créées ou auxquelles participe la commune qui met à disposition ses salariés. Toutefois, il importe de souligner que de tels détachements ne devront pas être voués à devenir la règle et qu'ils devront toujours se faire dans l'intérêt communal.

La solution du détachement permettra aux sociétés privées d'énergie de profiter des connaissances du marché du personnel communal tout en protégeant ce dernier contre toute atteinte à son statut.

La marche à suivre préconisée ne doit servir qu'à l'adaptation des communes aux règles de libéralisation des marchés qui découlent des règles communautaires.

*

COMMENTAIRE DES ARTICLES

Ad Article I

L'article 169 de la loi communale du 13 décembre 1988 est abrogé et remplacé par un nouvel article 169. L'ancien article 169 retenait qu'un règlement grand-ducal prévoit les cas dans lesquels des services industriels assurés par une commune doivent tenir une comptabilité commerciale et en fixe les modalités.

Etant donné que ledit règlement grand-ducal n'a jamais vu le jour, il est donc proposé de faire référence dans le nouvel article 169 à la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et

d'habiliter les communes, selon les formes et les modalités prévues par cette loi, à tenir une comptabilité commerciale à chaque fois que la loi l'exige.

Les communes seront ainsi à l'avenir à l'abri de toute insécurité juridique et pourront réagir efficacement et s'adapter d'une manière dynamique à toute future libéralisation d'un marché. Par ailleurs, le nouvel article 169 ne se cantonne pas à une seule activité économique mais vise les services industriels en général.

Ad Article II

L'article 173bis autorise d'ores et déjà les communes à créer des sociétés de droit privé ou bien prendre des participations financières. Cependant, les autorités ministérielles se sont jusqu'à présent toujours montrées réticentes quant à l'application de ces dispositions. Voilà pourquoi, il est proposé de spécifier explicitement que les services de gestion et de distribution d'énergie constituent des services d'intérêt communal.

Ad Article III

L'article en question instaure le détachement des fonctionnaires communaux à des sociétés de droit privé. Le détachement des fonctionnaires communaux n'était jusqu'à présent pas prévu par la loi du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux.

Le statut des agents communaux ne sera pas affecté si leur relation avec la commune est maintenue. Ainsi l'administration communale continuera à régler leur traitement et tous les autres accessoires y liés (ex.: Sécurité sociale, caisse de maladie, ...). La société privée supportera toute la charge salariale, bien que les agents détachés maintiennent leur statut public auprès de la commune.

Un tel détachement ne doit être possible qu'à des sociétés privées qui ont été créées ou auxquelles participe la commune qui met à disposition ses salariés. Toutefois, il importe de souligner que de tels détachements ne devront pas être voués à devenir la règle et qu'ils devront toujours se faire dans l'intérêt communal. La solution du détachement permettra aux sociétés privées d'énergie de profiter des connaissances du marché du personnel communal tout en protégeant ce dernier contre toute atteinte à son statut.

