

N° 5178¹⁰

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2004-2005

PROJET DE LOI**sur les réseaux et les services de communications électroniques**

* * *

AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(26.10.2004)

Le Conseil d'Etat, après avoir émis le 4 mai 2004 son avis relatif au projet de loi initial, fut saisi par lettre du 30 juin 2004 du Premier Ministre, Ministre d'Etat, d'une série d'amendements dont le texte était accompagné d'un commentaire des articles ainsi que d'une version coordonnée du projet de loi. Ce dernier texte, en ce qu'il juxtapose le texte du projet de loi initial, l'avis du Conseil d'Etat ainsi que la version amendée du texte du projet, facilite considérablement l'examen de la matière et évite fort opportunément le maniement simultané de trois documents différents. Par dépêches du 19 octobre 2004, le Conseil d'Etat s'est vu communiquer les avis de la Chambre de travail et de la Chambre des fonctionnaires et employés publics sur les amendements gouvernementaux.

Sans vouloir répéter les observations présentées sous les „Considérations générales“ de son avis du 4 mai 2004, le Conseil d'Etat rappelle que le projet de loi sous examen a pour objet de transposer dans le droit national la partie la plus importante du „paquet télécom“, ce „paquet“ étant constitué de quatre directives du Parlement européen et du Conseil, d'une directive de la Commission et d'une décision du Parlement européen et du Conseil.

*

Pour l'examen des amendements proposés, le Conseil d'Etat s'est donné comme ligne de conduite générale de ne pas revenir sur ceux des textes qui reprennent une proposition qu'il avait formulée dans son avis du 4 mai 2004, ni sur ceux qui sont maintenus purement et simplement par rapport au texte initial, même si les auteurs ne fournissent pas les arguments qui les ont amenés à ne pas suivre l'avis du Conseil d'Etat, ni sur les adaptations qui sont rendues nécessaires dans la numérotation des articles suite à certains réagencements. S'il regrette que n'ont pas été suivies les observations qu'il a présentées à l'endroit de plusieurs articles du projet initial qu'il souhaitait plus précis afin que soient prévenus les recours juridictionnels, il constate que le *nouvel article 6*, répondant à l'annonce d'une opposition formelle, met en place les recours en réformation et en appel devant les juridictions administratives, sauvegardant ainsi le droit des personnes physiques et morales de se défendre contre des décisions des autorités.

Avant d'entamer l'examen des textes amendés, le Conseil d'Etat voudrait corriger une impression – à son sens erronée – que les auteurs du projet de loi tirent de l'avis du 4 mai 2004: si, à l'occasion de l'examen des définitions fournies par l'*article 2* du projet de loi, le Conseil d'Etat a estimé „qu'il est préférable de coller au plus près au texte de la directive, sauf s'il y a un argument spécifique qui recommande une autre approche“, cette recommandation doit se lire dans son contexte et ne peut évidemment pas être reportée à l'ensemble du texte de la directive qu'il s'agit précisément de transposer dans le droit national, et non pas de copier aveuglément.

Pour ce qui est de l'*article 1er* du projet initial, ses auteurs rappellent dans le commentaire des amendements que la Chambre des députés avait retenus, lors de l'examen du projet de loi *No 4134* qui est devenu la loi du 21 mars 1997 sur les télécommunications, la solution subsidiaire proposée par le Conseil d'Etat, la solution principale de celui-ci ayant suggéré la suppression pure et simple du texte de l'article 1er – proposition que le Conseil d'Etat a réitérée à l'égard du texte de l'article 1er du projet

de loi sous examen. Dans la mesure où les amendements ne proposent pas de correction et où les auteurs du projet de loi comptent manifestement sur la même compréhension de la part de la Chambre des députés, le Conseil d'Etat se limite à relever le caractère superfétatoire du texte en question.

Le texte de l'*amendement 1* reste en deçà des suggestions du Conseil d'Etat, même si le nombre des membres du comité et la forme de leur nomination sont précisés; en particulier, le fait par un agent d'être issu d'un ministère ou d'un organisme de l'Etat n'indique d'aucune façon ses qualifications professionnelles ou ses compétences personnelles en la matière.

Quant au texte de l'*amendement 2*, le Conseil d'Etat peut y marquer son accord, sauf à suggérer, dans l'intérêt des justiciables, le respect des délais de droit commun, tant en matière de recours que d'appel.

Le texte de l'*amendement 3* trouve l'accord du Conseil d'Etat, alors que les précisions nécessaires sont fournies maintenant dans le commentaire de l'article complété. A noter toutefois que l'article 12 ancien ne devient pas l'article 60 nouveau (comme le veut le texte de l'amendement), mais l'article 58 nouveau (comme l'indique le commentaire).

Quant au texte de l'*amendement 4*, le Conseil d'Etat peut y marquer son accord, la précision apportée par le terme „désigné“ impliquant une décision de l'Institut qui est susceptible, le cas échéant, de faire l'objet d'un recours sur base de l'article 6 nouveau.

A l'égard de l'article 35 initial, le Conseil d'Etat avait proposé une protection renforcée des entreprises quant aux renseignements critiques qu'elles peuvent être amenées à soumettre à l'Institut. C'est pourquoi il avait proposé d'inscrire dans l'article 15 du projet de loi *No 5180* portant réorganisation de l'Institut luxembourgeois de régulation un renvoi à l'article 35 du projet sous examen. Il regrette de ne pas avoir été suivi sur ce point et donne à considérer que tant que le projet de loi *No 5180* n'aura pas été voté, un vide juridique potentiellement dommageable pour les entreprises subsistera.

Le Conseil d'Etat peut marquer son accord également à l'égard de l'*amendement 5*, qui répond à une suggestion émise par lui.

Quant à l'*amendement 6* au sujet de l'article 45(3) initial, le Conseil d'Etat avait suggéré de compléter cet article par une définition de l'„inscription standard“ dans un annuaire téléphonique; les auteurs du projet relèvent que le texte de l'article „comporte l'énumération de ce qui est considéré comme „inscription standard““. C'était précisément le caractère imprécis inhérent à toute énumération par rapport à une définition qui avait provoqué la réflexion du Conseil d'Etat.

D'après les explications fournies par le commentaire des amendements, il y a maintenant deux types d'inscription standard: les éléments obligatoires de cette inscription (nom et adresse de l'abonné) et les éléments énumérés limitativement, susceptibles d'être inscrits en sus, sur demande de l'abonné (profession et/ou titre). Le nombre des éléments pouvant entrer dans la composition de l'inscription standard étant ainsi circonscrit, le Conseil d'Etat peut marquer son accord avec la solution proposée.

Les *amendements 7 et 8* reprennent des textes proposés par le Conseil d'Etat que ce dernier peut dès lors approuver.

En raison de l'importance des observations qu'il avait formulées dans son avis du 4 mai 2004 à l'encontre du texte de l'article 66 initial, et de l'incidence de cet article sur l'article 67 qui fait maintenant l'objet de l'*amendement 9*, le Conseil d'Etat se voit obligé de revenir à la situation qu'il a critiquée: Il avait reproché au texte initial d'imposer, à l'occasion du recours par une entreprise au droit de passage sur le domaine public de l'Etat ou d'une commune, un partage des investissements nécessaires; en d'autres mots, le Conseil d'Etat n'était pas d'accord avec la participation – dictée par la loi – des autorités publiques dans les frais d'investissement des entreprises notifiées; plus précisément encore, le Conseil d'Etat n'était pas d'accord avec le subventionnement étatique (et communal!) des entreprises notifiées. Les auteurs du projet de loi invoquent deux arguments en faveur de leur position:

- en premier lieu, ils invoquent un texte français, qui leur aurait servi de modèle; le Conseil d'Etat voudrait relever qu'une solution qui peut faire sens dans le système politique, industriel et budgétaire français ne doit pas pour autant remplir les critères requis pour une transposition utile dans le

système luxembourgeois, ce d'autant plus que les auteurs du texte omettent d'indiquer les raisons précises qui justifieraient cette transcription;

- en second lieu, les auteurs du projet de loi font valoir que „l'article a été introduit justement pour éviter la prise en charge par l'Etat ou les collectivités locales des frais d'équipement d'un opérateur de réseau“; cette affirmation est contredite – du moins en ce qui concerne le droit de passage exercé sur les domaines routier et ferroviaire – à la lecture de l'alinéa 1 de l'article 66 (nouvelle numérotation) qui dispose que, „saisi d'une demande d'occupation, le maître de l'ouvrage routier ou ferroviaire négocie une convention avec le pétitionnaire aux termes de laquelle l'investissement est partagé entre les parties“. En dehors des deux avantages considérables que constitue l'allocation d'un droit de passage automatique sur les terrains du domaine public et la gratuité de l'utilisation de ce droit, le texte de l'article 66, paragraphe 1er (nouvelle numérotation) y ajoute un troisième – l'obligation faite aux propriétaires des domaines ferroviaire et routier de participer aux investissements des entreprises notifiées. En effet, cette obligation de conclure une convention ayant pour objet spécifique de régler le partage du coût des investissements avantage unilatéralement l'entreprise notifiée à l'égard du propriétaire dont les talents de négociation ne peuvent pas prévaloir contre cette clause qui vaut son pesant d'or. La liberté de négociation entre parties est hypothéquée dès le départ par la volonté de la loi.

Le Conseil d'Etat imagine difficilement que les auteurs du projet de loi sous examen aient voulu remodeler fondamentalement le droit de propriété en faveur des entreprises notifiées.

Si les auteurs avaient l'intention de faire procéder, entre toutes les entreprises qui utilisent leur droit de passage à l'égard d'une propriété bien définie, à une répartition du coût des investissements effectués par la première entreprise notifiée ayant exploité son droit de passage ou à entreprendre afin d'assurer le passage de toutes, ils devraient préciser leur intention en donnant au paragraphe 1er de l'article 66 une teneur différente, qui pourrait être la suivante:

„(1) Le propriétaire d'un domaine routier et ferroviaire négocie une convention avec l'ensemble des entreprises notifiées qui se proposent d'utiliser le droit de passage à l'égard d'une même parcelle de terrain ou d'infrastructure routière ou ferroviaire. Les entreprises notifiées en question conviennent entre elles de la répartition du coût des investissements nécessaires pour assurer le passage.“

Dès lors, l'amendement 9 ne peut donner satisfaction au Conseil d'Etat. Ni les explications données, ni l'intégration de l'ancien paragraphe 2 dans le paragraphe 1er ne sont de nature à éliminer ses appréhensions:

- le paragraphe 1er maintient le principe que des changements aux installations ou plans d'installations d'entreprises notifiées sur le domaine public peuvent être demandés par l'Etat ou une commune dans l'hypothèse de travaux à faire dans l'intérêt du domaine public occupé. Si, à cette occasion, des travaux sont réalisés en vue de permettre le partage d'installations entre opérateurs, alors ces travaux sont présumés être faits dans l'intérêt du domaine. Cette présomption n'est évidemment pas neutre pour ce qui est de la répercussion des coûts de ces travaux: s'ils sont réalisés dans l'intérêt du domaine, c'est bien sûr le propriétaire du domaine qui les supporte. Or, ils sont réalisés en vue du partage d'installations entre entreprises notifiées, et leur utilité se manifeste exclusivement dans le chef de celles-ci. Le propriétaire pourrait parfaitement s'en passer. D'ailleurs, ce dernier agirait à l'encontre des compétences que lui accorde la loi s'il s'évertuait à réaliser, à l'occasion de travaux d'intérêt général, des travaux intéressant un particulier ou une entreprise privée. La présomption établie par le texte amendé va donc manifestement à l'encontre des intérêts de l'Etat et des communes. Elle n'est pas acceptable;
- pour justifier leur initiative, les auteurs du projet de loi se réfèrent de nouveau à l'exemple français; comme l'a souligné ci-dessus le Conseil d'Etat, cet exemple ne vaut pas preuve du bien-fondé du texte luxembourgeois;
- si l'intention des auteurs est uniquement celle annoncée dans le commentaire nouveau (le coût des travaux modificateurs est réglé par la dernière phrase du paragraphe 1er qui les met à charge de l'entreprise notifiée), il y a lieu de ne pas oublier que le même passage n'envisage cette prise en charge par l'entreprise notifiée que dans l'hypothèse où les parties n'en conviennent pas autrement. Mais quelle entreprise privée accepterait de disposer différemment, si la loi met entre ses mains une clause léonine en vertu de laquelle les travaux sont présumés être réalisés dans l'intérêt de l'Etat ou de la commune? Pour rencontrer l'intention affichée des auteurs du projet de loi, il suffirait d'abandonner simplement la phrase provenant de l'ancien paragraphe 2 qui établit la présomption d'intérêt.

Si la solution qui vient d'être esquissée ci-dessus était retenue par la Chambre des députés, le Conseil d'Etat se verrait en mesure d'abandonner son opposition formelle.

L'amendement 10 se propose de résoudre le problème de la superposition d'un recours en justice et d'une sorte d'arbitrage volontaire. Le nouvel article 6 introduit le recours en réformation et l'appel devant les juridictions administratives. Le nouvel article 78 entend maintenir simultanément la possibilité de demander l'intervention de l'Institut en vue de résoudre le litige entre deux entreprises.

Le Conseil d'Etat peut se déclarer d'accord avec cette solution, sous réserve d'un léger réaménagement du texte de l'amendement. En effet, la saisine de l'Institut ne peut pas enlever automatiquement aux entreprises le droit d'exercer éventuellement le recours prévu par l'article 6 nouveau. Aussi les „décisions“ de l'Institut ne peuvent-elles avoir un caractère contraignant que si les entreprises veulent bien l'accepter: si, par hypothèse, les parties au litige ne se mettent pas d'accord dès l'ingrès de l'arbitrage à accepter la „décision“ de l'Institut, alors l'arbitrage restera une simple tentative puisque la partie qui estimera que cette approche ne respecte pas suffisamment ses intérêts restera libre d'intenter un recours devant les juridictions administratives ou de laisser libre cours à un recours intenté déjà avant le début de l'arbitrage.

Quant au texte de l'article 78 (nouvelle numérotation), le Conseil d'Etat suggère de le lire comme suit: „Sans préjudice des recours prévus par l'article 6 de la présente loi, un litige entre entreprises notifiées ...“.

Afin de régler la hiérarchie entre l'arbitrage de l'Institut et les décisions des juridictions administratives, sans limiter pour autant l'accès au droit de recours ouvert par le nouvel article 6, il faut que le texte du projet de loi donne aux „décisions“ de l'Institut

- soit l'effet d'une recommandation que les parties suivront ou ne suivront pas,
- soit le caractère d'une véritable décision, et dans cette hypothèse le recours à l'arbitrage ne garde son sens que si les parties ont renoncé volontairement, au moment de s'engager dans l'arbitrage, à exercer les recours que l'article 6 leur ouvre.

Le Conseil d'Etat peut marquer dès à présent son accord avec l'une quelconque de ces deux solutions que la Chambre des députés voudra retenir.

Sous réserve des observations qui précèdent, le Conseil d'Etat peut se déclarer d'accord avec le texte du projet de loi amendé.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 26 octobre 2004.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES