

**N° 7575<sup>15</sup>****CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2020-2021

**PROPOSITION DE REVISION****du chapitre VI. de la Constitution**

\* \* \*

**AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT**

(23.3.2021)

Par dépêche du 23 février 2021, le Président de la Chambre des députés a saisi le Conseil d'État d'amendements à la proposition de révision du Chapitre VI de la Constitution que la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle, ci-après « Commission », a adoptés lors de sa réunion du 23 février 2021.

Au texte des amendements étaient joints un commentaire pour chacun des amendements ainsi que le texte coordonné de la proposition de révision reprenant les amendements parlementaires proposés et les propositions de texte du Conseil d'État que la Commission a faites siennes.

\*

**EXAMEN DES AMENDEMENTS***Amendements 1 et 2*

L'amendement 1 supprime l'article 49 de la Constitution actuelle.

L'amendement 2 insère dans le chapitre VI un article introductif 84 nouveau qui comporte deux alinéas.

L'alinéa 1<sup>er</sup> reprend la référence au pouvoir judiciaire figurant à l'article 93 de la proposition de révision n° 6030, dans la version finale de celle-ci, adoptée par les amendements du 28 juin 2019<sup>1</sup>.

Le Conseil d'État note que les auteurs des amendements font une référence expresse à cette proposition de révision aux termes de laquelle « [l]e pouvoir judiciaire est exercé par les juridictions qui comprennent les magistrats du siège et ceux du ministère public ». Dans la démarche adoptée par les auteurs, le Conseil d'État ne saisit pas les raisons pour lesquelles ce texte n'a pas été repris intégralement. Dans un souci de cohérence des termes, il serait, en effet, indiqué de se référer aux juridictions, concept utilisé dans la suite du chapitre VI, plutôt que de renvoyer aux cours et tribunaux, notions qui relèvent des lois organiques de l'ordre judiciaire et administratif. Le Conseil d'État ne comprend pas non plus les motifs pour lesquels la référence aux deux catégories de magistrats n'a pas été reprise, au regard notamment de la réintroduction d'une référence à l'indépendance fonctionnelle du ministère public.

L'alinéa 2 reproduit l'alinéa 2 de l'article 49 actuel. Le Conseil d'État rappelle que, dans la proposition de révision n° 6030, cette référence avait été omise, dans la lignée de la suppression de la disposition de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 49 actuel, prévoyant que la Justice est rendue au nom du Grand-Duc. Dans une perspective historique, la double référence au Grand-Duc s'expliquait à une époque où la question du siège de la souveraineté était contestée. Les deux références étaient liées. La Commission relève d'ailleurs qu'en pratique, la justice n'est plus prononcée au nom du Grand-Duc, même si l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 49 actuel en dispose ainsi. Une fois omise l'indication que la justice est rendue au nom du Grand-Duc, pourquoi maintenir l'affirmation, dans le texte constitutionnel, que les décisions

1 Amendements adoptés par la Commission dans sa réunion du 28 juin 2019, doc. parl. n° 6030<sup>30</sup>.

de justice sont exécutées au nom du Grand-Duc ? L'exécution des décisions de justice relève, dans l'ordre juridique luxembourgeois, des missions plus générales des organes investis du pouvoir exécutif. Maintenir une référence expresse au Grand-Duc soulève, une nouvelle fois, la question de ses compétences propres par rapport à celles du Gouvernement. Le Conseil d'État renvoie à l'article 32 de la Constitution, dans la version prévue par la proposition de révision n° 7700<sup>2</sup>, qui prévoit, au paragraphe 2, que le Grand-Duc « exerce conjointement avec le Gouvernement le pouvoir exécutif ». Si le renvoi au Grand-Duc ne revêt qu'une portée symbolique, le Conseil d'État n'y voit aucune utilité.

Le Conseil d'État renvoie à la proposition de révision n° 6030 où les auteurs avaient motivé l'abandon de toute référence au Grand-Duc, à l'article 104, remplaçant l'article 49 actuel de la Constitution, tant pour l'acte de rendre la justice que pour l'exécution des décisions, par la considération suivante :

« Cet article reprend les dispositions de l'article 49, alinéa 1<sup>er</sup>, en vigueur. Toutefois, le texte ne retient plus la référence au Grand-Duc. L'application du principe de la séparation des pouvoirs et le respect de l'indépendance du pouvoir judiciaire plaident en faveur de la suppression de la référence au Grand-Duc.

[...]

Dans le même ordre d'idées, il est proposé de supprimer la seconde phrase de l'article 49 en vigueur concernant l'exécution des arrêts et jugements. »<sup>3</sup>

Dans son avis du 6 juin 2012<sup>4</sup>, le Conseil d'État, réagissant à la proposition du Gouvernement de maintenir la formulation selon laquelle les arrêts et jugements sont exécutés au nom du Grand-Duc, a partagé l'analyse de l'auteur de la proposition de révision en relevant ce qui suit :

« Il est évident que l'exécution des décisions de justice requiert l'intervention du pouvoir exécutif. Ces fonctions relèvent du Chef de l'État et du Gouvernement. Peut-on, dans le futur texte constitutionnel, mettre en exergue le seul Chef de l'État et omettre toute référence au Gouvernement ? [...] La solution préconisée par le Conseil d'État consiste à en rester au texte proposé dans la proposition de révision et à reléguer à la loi sur l'organisation judiciaire la teneur de la formule exécutoire. »

Le Conseil d'État propose de reprendre tel quel le libellé de la proposition de révision n° 6030.

### *Amendement 3*

L'amendement 3 complète l'article 86 de la proposition de révision par deux alinéas relatifs aux effets d'une décision du juge administratif annulant un « règlement ».

Les auteurs se réfèrent à la prise de position du Gouvernement du 26 octobre 2020, qui aurait suggéré de préciser les effets de l'annulation d'un règlement par les juridictions de l'ordre administratif pour tenir compte de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Dans l'arrêt n° 150/19 du 15 novembre 2019, la Cour constitutionnelle a décidé que l'article 7, paragraphe 3, deuxième phrase, de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, en vertu duquel l'annulation d'un acte à caractère réglementaire par les juridictions administratives a un caractère absolu, à partir du jour où elle est coulée en force de chose jugée, n'est pas conforme à l'article 95 de la Constitution, en ce qu'il limite, de façon générale et inconditionnée dans le temps, les effets de l'annulation définitive d'un acte administratif à caractère réglementaire.

La Commission propose de consacrer constitutionnellement le principe de la non-rétroactivité de l'annulation d'un acte à caractère réglementaire, tout en prévoyant la possibilité pour la juridiction administrative qui prononce l'annulation de déterminer les conditions et limites dans lesquelles les effets que le règlement a produits sont susceptibles d'être remis en cause. La juridiction administrative pourra de même reporter dans le temps les effets de l'annulation.

Le Conseil d'État comprend la nécessité de régler les questions posées par l'arrêt précité de la Cour constitutionnelle. Il voudrait faire les considérations suivantes par rapport à la proposition de la Commission.

2 Proposition de révision des Chapitres I<sup>er</sup>, III, V, VII, IX, X, XI et XII de la Constitution, déposée le 17 novembre 2020, doc. parl. n° 7770.

3 Proposition de révision portant instauration d'une nouvelle Constitution, déposée le 21 avril 2009, doc. parl. n° 6030, p. 44.

4 Doc. parl. n° 6030<sup>6</sup>, p. 101.

La première considération a trait à la nécessité de régler la question des effets d'une décision du juge administratif portant annulation d'un acte administratif à caractère réglementaire dans le texte même de la Constitution. Hormis la consécration de certains droits et garanties du justiciable, la Constitution ne constitue pas le cadre dans lequel sont réglés des problèmes particuliers relatifs à la procédure devant les juridictions de droit commun, qu'il s'agisse de celles de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif<sup>5</sup>. Partant, il n'y a pas non plus lieu de déterminer, dans le texte constitutionnel, les effets dans le temps d'une décision de justice, fût-ce une décision du juge administratif annulant un acte administratif à caractère réglementaire.

L'argument du parallélisme avec l'article 95<sup>ter</sup> de la Constitution n'est pas déterminant, vu la position particulière de la Cour constitutionnelle dans le cadre de la Constitution et la nécessité de déterminer dans la norme suprême les effets de ses arrêts affectant l'application de la loi. Le Conseil d'État note que si de nombreuses constitutions règlent les effets des décisions du juge constitutionnel<sup>6</sup>, il revient au législateur de régler les effets dans le temps des décisions des autres juridictions.

Une deuxième interrogation a trait à l'insertion du dispositif proposé dans le nouvel article 86 qui, en s'inspirant de la formule de l'article 95 actuel, prévoit que « [l]es juridictions n'appliquent les lois et règlements que pour autant qu'ils sont conformes aux normes de droit supérieures », inclut l'exception d'illégalité des règlements. Le texte proposé aux alinéas 2 et 3 a trait à la situation particulière du recours direct en annulation d'un acte administratif à caractère réglementaire qui relève du contentieux administratif au sens de l'article 84<sup>ter</sup> de la proposition de révision sous avis. Cette voie de droit, qui tend à l'annulation de l'acte réglementaire, est techniquement différente de l'exception d'illégalité, qui conduit à la non-application du règlement dans la procédure en cause, sans affecter la valeur juridique du règlement. Un mécanisme procédural, prenant la forme d'une exception, est techniquement différent d'une voie de droit par action directe. Le recours direct contre les actes administratifs à portée réglementaire est organisé dans la loi précitée du 7 novembre 1996. Ce recours ne constitue pas une mise en œuvre dans la loi de l'article 95 de la Constitution. Il résulte de cette analyse que le dispositif proposé par la Commission signifie, implicitement, mais nécessairement, que le recours direct contre les règlements est imposé par la Constitution, en l'occurrence le nouvel article 86. L'ajout modifie ainsi la portée de l'article 86, sans le dire expressément.

Le Conseil d'État préconise l'abandon du dispositif sous examen. Pour régler les problèmes issus de l'arrêt n° 150/19 de la Cour constitutionnelle, deux approches peuvent être envisagées.

Une première consiste à se limiter à la question précise tranchée par cet arrêt qui a dit que la loi précitée du 7 novembre 1996 n'est pas conforme à l'article 95 actuel. Dans la logique de cet arrêt, il y aurait lieu de modifier cette loi pour la rendre conforme au texte constitutionnel, en prévoyant l'annulation *ex tunc* de l'acte.

Une deuxième approche consiste à trouver une réponse plus globale pour le contrôle de légalité des actes réglementaires, qui permettrait par ailleurs de répondre aux questions soulevées par le Conseil d'État dans son avis du 6 mai 2014 sur le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif<sup>7</sup>. Cette réponse devra être trouvée au regard des considérations suivantes. La Cour constitutionnelle a consacré, sur la base du dispositif constitutionnel actuel, le principe de l'État de droit<sup>8</sup>, qui sera d'ailleurs inscrit explicitement à l'article 2, alinéa 2, de la Constitution telle que proposée dans la proposition de révision n° 7700. Il résulte encore de la systématique des articles 34 à 36 de cette proposition de révision constitutionnelle que le Grand-Duc, dans l'exercice de son pouvoir réglementaire, doit respecter les normes supérieures, qu'il s'agisse des lois ou des actes juridiques de l'Union européenne. L'article 32, paragraphe 2, de la proposition de révision n° 7700 dispose en outre que « [l]e Grand-Duc n'a d'autres attributions que celles que lui accordent la Constitution et les lois ». L'article 95 de la Constitution actuelle est une traduction de ces principes. Force est toutefois de constater que cette disposition ne règle qu'un aspect d'une problématique plus large qui est celle du contrôle par le juge de la légalité, au sens général du terme, des actes réglementaires. Le Conseil d'État se doit de rappeler, à cet égard, que la voie de droit

5 À titre d'exemple, les constitutions française, allemande, espagnole et néerlandaise ne prévoient pas de telles dispositions.

6 Voir, par exemple, les articles 62, alinéa 2, de la Constitution française et 136 de la Constitution italienne.

7 Projet de loi portant modification 1) de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif ; 2) de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, doc. parl. n° 6563B<sup>2</sup>.

8 Cour const., arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 2010, n° 57/10 (Mém. A n° 180 du 11 octobre 2010, p. 3004).

en cause dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle, à savoir le recours en annulation contre les actes administratifs à caractère réglementaire, n'est pas expressément prévue dans le texte constitutionnel actuel. L'article 85 de la proposition de révision sous examen dispose que « [l]a loi règle l'organisation des juridictions ainsi que les voies de recours. » Cette formule très générale permet de renvoyer à la loi pour organiser toutes les voies de droit et toutes les procédures par lesquelles le juge, qu'il relève de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, sera appelé à contrôler la conformité des règlements, en toute matière, avec des normes supérieures. Il appartiendra également à la loi, dans le respect des obligations internationales du Luxembourg, de déterminer l'effet des décisions de justice en la matière. L'article 95 actuel non seulement ne s'impose pas dans cette logique, mais est source de difficultés dans l'organisation et l'articulation des voies de droit. La même observation vaut pour le dispositif de l'alinéa 1<sup>er</sup> du nouvel article 86. Aussi, dans la perspective de la deuxième approche plus large qu'il vient de développer, visant à trouver une réponse plus globale à la question du contrôle de légalité des actes réglementaires, le Conseil d'État estime qu'il convient de supprimer cette disposition. Cette suppression ne saurait, en aucun cas, constituer une remise en question du principe de la hiérarchie des normes qui résulte à suffisance d'autres dispositifs constitutionnels, tel que celui consacrant le principe de l'État de droit. Le Conseil d'État renvoie à son avis du 6 juin 2012, où il avait déjà préconisé comme une des solutions envisageables la suppression de l'article 95<sup>9</sup>.

Le Conseil d'État rappelle l'origine de l'article 95 de la Constitution actuelle qui remonte à la Constitution belge de 1831. À l'époque, le constituant belge avait entendu réagir à un arrêté royal néerlandais du 5 octobre 1822 qui avait rappelé, dans son préambule, que le roi était l'instance suprême de la légalité et de la validité des règlements et ordonnances administratifs. Cet arrêté prévoyait que, si la légalité d'un règlement était mise en cause devant le juge, il appartenait au roi de statuer, par voie d'ordonnance, sur le conflit. La Constitution belge avait voulu sauvegarder les attributions des juridictions et conférer le contrôle de la légalité des règlements au pouvoir judiciaire, sous forme d'exception<sup>10</sup>.

Il résulte de l'ensemble des développements qui précèdent que le maintien de l'actuel article 95, voire l'introduction dans la Constitution de l'article 86 en projet, ne s'impose plus pour garantir la séparation des pouvoirs et l'État de droit.

#### *Amendement 4*

L'amendement 4 ajoute à l'article 87, alinéa 2, du texte constitutionnel, tel qu'issu de la proposition de révision, une phrase supplémentaire relative à l'indépendance du ministère public ainsi qu'à la portée et aux limites de cette indépendance.

La Commission fait état des avis reçus par rapport à sa proposition initiale et se réfère à diverses prises de position d'organes relevant du Conseil de l'Europe, en particulier la Commission de Venise. Selon le commentaire, la formulation retenue s'inspirerait du libellé de la proposition de révision n° 6030 dans sa version initiale<sup>11</sup> et de l'article 151, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Constitution belge<sup>12</sup>.

Le Conseil d'État ne peut qu'approuver le choix de la Commission de revenir à la position prise dans le cadre des travaux sur la proposition de révision n° 6030. Il voudrait toutefois attirer l'attention des auteurs sur la nécessité d'articuler la question de l'indépendance et de ses limites en relation avec les fonctions du ministère public qui sont d'exercer l'action publique et de requérir l'application de la loi. Or, la mission de veiller à l'application de la loi ne se réduit pas au cadre des poursuites pénales, mais englobe les missions qui reviennent au ministère public dans le cadre des procédures devant le juge statuant en matière civile et commerciale, le tribunal de la jeunesse, devant le juge des tutelles, devant la Cour de cassation et devant la Cour constitutionnelle. Le texte, tel que proposé, permettrait la conclusion que l'indépendance fonctionnelle n'est pas garantie dans ces procédures. La Cour consti-

<sup>9</sup> Avis précité du 6 juin 2012, p. 112.

<sup>10</sup> Alex Bonn, *Le contentieux administratif en droit luxembourgeois*, 1966, n° 18 ; Maurice Bourquin, « La responsabilité pécuniaire de l'administration d'après la jurisprudence belge », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 1/1, 1929, p. 478.

<sup>11</sup> Article 105, alinéa 2 : « Le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, sans préjudice du droit du ministre compétent d'arrêter des directives générales de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite. »

<sup>12</sup> Article 151, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Constitution belge : « Le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, sans préjudice du droit du ministre compétent d'ordonner des poursuites et d'arrêter des directives contraignantes de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite. »

tutionnelle belge a souligné que, dans de telles procédures, qui ne relèvent pas du droit pénal, l'indépendance du parquet est également requise<sup>13</sup>.

Le Conseil d'État propose dès lors de déterminer la garantie d'indépendance par rapport aux deux missions visées dans la première phrase. Une telle formulation ne porte d'ailleurs aucune atteinte au droit du Gouvernement d'arrêter des directives en matière de politique criminelle. À cet égard, le Conseil d'État, dans un souci de préciser que ces directives ne peuvent pas porter sur des affaires individuelles, marque une préférence pour le concept de directive générale retenue par les auteurs de la proposition de révision n° 6030.

Il propose encore de viser « des directives de politique pénale » et non pas « des directives de politiques pénales ». Le Conseil d'État renvoie à l'article 76 de la Constitution, dans la formulation prévue par la proposition de révision n° 7700 des Chapitres I<sup>er</sup>, III, V, VII, IX, X, XI et XII de la Constitution, et sur laquelle le Conseil d'État a émis son avis en date du 9 mars 2021. Aux termes de cet article, « [l]e Gouvernement dirige la politique générale de l'État ». Les directives de politique pénale s'inscrivent dans le cadre de cette politique générale de l'État. Tout comme cette politique est unitaire, la politique pénale doit être unitaire et cohérente.

\*

### OBSERVATION D'ORDRE LEGISTIQUE

Le Conseil d'État constate que dans la numérotation des articles du chapitre VI de la Constitution sous avis, l'article 95<sup>ter</sup> suit l'article 94. Il y a dès lors lieu de revoir la numérotation, en tenant, le cas échéant, également compte de la proposition de suppression de l'article 86, formulée ci-avant dans le cadre de l'examen de l'amendement 3.

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 19 votants, le 23 mars 2021.

*Le Secrétaire général,*  
Marc BESCH

*La Présidente,*  
Agy DURDU

<sup>13</sup> Arrêt de la Cour constitutionnelle de Belgique n° 62/2018 du 31 mai 2018 :

« B.42.2. La séparation des pouvoirs est un principe général de droit qui doit être interprété conformément au texte de la Constitution. L'indépendance du pouvoir judiciaire garantie par le principe général de la séparation des pouvoirs porte par conséquent sur l'indépendance fonctionnelle des magistrats.

B.43.1. Le ministère public, s'il n'est pas lui-même titulaire d'une compétence juridictionnelle, assiste néanmoins le juge dans l'exercice, par ce dernier, du pouvoir judiciaire. Selon la Cour de cassation, le ministère public « a notamment pour mission d'assister les juges dans l'interprétation de la loi et dans l'application de celle-ci aux causes qui leur sont soumises. Ce devoir d'assistance implique celui d'éclairer impartialement le juge sur la solution que le procès comporte aux yeux de la loi [...] » (Cass., 30 avril 2014, Pas., 2014, p. 1024).

B.43.2. Comme il est dit en B.39.2, lorsque le ministère public intervient en matière civile par la voie d'avis, son avis constitue un élément du procès judiciaire, visant à éclairer impartialement le juge, dont l'indépendance est garantie par l'article 151, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, première phrase, de la Constitution, dans l'exercice de ses compétences juridictionnelles. En tant qu'élément du procès visant à éclairer le juge, l'avis du ministère public en matière civile doit être rendu dans des conditions qui garantissent son indépendance.

B.44.1. L'indépendance du ministère public, telle qu'elle découle de l'article 151, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Constitution, est garantie tant pour son intervention par voie d'avis en matière civile que pour son intervention en matière pénale pour mettre en mouvement l'action publique, sous réserve toutefois que l'article 151, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, seconde phrase, de la Constitution garantit l'indépendance du ministère public « dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles », « sans préjudice du droit du ministre compétent d'ordonner des poursuites et d'arrêter des directives contraignantes de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite. »

