

N° 4754²

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2001-2002

PROPOSITION DE REVISION

de l'article 36 de la Constitution

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(19.2.2002)

Par dépêche du 1er février 2001, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, soumit à l'avis du Conseil d'Etat la proposition de révision sous rubrique, déposée à la Chambre des députés par le député Paul-Henri Meyers lors de la séance du 24 janvier 2001.

Le texte de la proposition en question était accompagné d'un exposé des motifs et de commentaires.

Le 20 avril 2001, le Conseil d'Etat fut saisi d'une prise de position du Gouvernement sur ladite proposition de révision de l'article 36 de la Constitution concluant par une contreproposition de texte.

L'objet principal de la proposition de révision d'origine parlementaire tend à un réagencement du pouvoir réglementaire institué par la Constitution en l'étendant, sous certaines conditions et restrictions, aux membres du Gouvernement. Ainsi le Président de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, auteur de la proposition de révision sous avis, après avoir constaté qu'aucune disposition de la Constitution ne donne pouvoir au Grand-Duc d'accorder aux ministres ou à un autre organe prévu par la Constitution une délégation à l'effet de prendre des actes à caractère réglementaire, estime qu'il faut modifier l'article 36 de la Constitution afin de l'adapter aux exigences administratives d'un Etat moderne. La pratique semble en effet démontrer que le pouvoir exécutif ne peut se passer des règlements ministériels malgré leur constitutionnalité plus que douteuse au regard de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle (arrêt No 1/98 du 6 mars 1998 et arrêts Nos 4/98, 5/98 et 6/98 du 18 décembre 1998; *Mém. A No 19 du 18 mars 1998, p. 254 et No 2 du 18 janvier 1999, p. 15, 16, 17*). En fait, cette expérience ne devrait pas surprendre alors que l'on peut raisonnablement s'interroger sur la nécessité objective de faire systématiquement intervenir le chef de l'Etat pour prendre les règlements et arrêtés nécessaires à l'exécution des lois, même pour la mise en oeuvre de dispositions réglementaires à caractère secondaire ou d'ordre technique. L'auteur de la proposition de révision sous examen de conclure qu'il faut amender l'article 36 de la Constitution dans le but d'asseoir le pouvoir réglementaire ministériel sur une base juridique solide tout en l'inscrivant dans des limites de nature à assurer sa conformité aux dispositions de la Loi fondamentale.

Le présent avis comprend quatre parties, qui s'agencent comme suit:

*I. Considérations générales**II. Les projets de réforme de l'article 36 de la Constitution*

- 1) Le texte de la proposition de révision
- 2) Le texte proposé par le Gouvernement

III. Les réflexions du Conseil d'Etat en matière de réforme du pouvoir réglementaire

- 1) L'agencement des pouvoirs législatif et réglementaire
- 2) La problématique des règlements ministériels
- 3) La transposition des directives communautaires

IV. Conclusions

- 1) Les propositions de texte du Conseil d'Etat
- 2) Les considérations à la base de l'approche du Conseil d'Etat
- 3) Commentaire des articles

I. CONSIDERATIONS GENERALES

Le Conseil d'Etat estime que l'article 36 de la Constitution ne peut être isolé de son contexte. Il n'est en effet pas le seul à concerner l'exercice du pouvoir réglementaire.

En matière d'exécution des lois, le pouvoir réglementaire a en fait deux sources, les articles 36 et 37, al. 4 de la Constitution, d'une part, et l'article 32, al. 3, d'autre part, auxquels correspondent respectivement le pouvoir réglementaire d'exécution et le pouvoir réglementaire d'attribution:

- Art. 36: „*Le Grand-Duc fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution.*“
- Art. 37, al. 4: „*Le Grand-Duc fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des traités dans les formes qui règlent les mesures d'exécution des lois et avec les effets qui s'attachent à ces mesures, sans préjudice des matières qui sont réservées par la Constitution à la loi.*“
- Art. 32, al. 3: „*[Le Grand-Duc] n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la Constitution et les lois particulières portées en vertu de la Constitution même, le tout sans préjudice de l'art. 3 de la présente Constitution.*“

Dans son avis du 8 décembre 1998 sur le projet de loi portant habilitation pour le Grand-Duc de réglementer certaines matières, le Conseil d'Etat avait décrit en ces termes les deux sources précitées:

„La première est de droit commun, à savoir l'exécution des actes de souveraineté, lois et traités internationaux: cette source est créée par les articles 36 et 37, alinéa 4 de la Constitution qui donnent au Grand-Duc un pouvoir général de prendre les règlements nécessaires pour l'exécution des lois et des traités. Ce pouvoir conféré directement et expressément, et dont l'exercice est subordonné à l'existence préalable des lois à exécuter, est le pouvoir réglementaire d'exécution.

La seconde source du pouvoir réglementaire a un caractère exceptionnel. Le projet de loi sous avis tombe dans cette catégorie. Ce sont les habilitations législatives fondées sur l'article 32, alinéa 3 de la Constitution qui dispose que le Grand-Duc n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent la Constitution et les lois et qui permettent ainsi au législateur de conférer certaines attributions réglementaires au Grand-Duc.

Ce pouvoir, dont l'exercice requiert l'existence préalable d'une loi d'habilitation, est un pouvoir réglementaire d'attribution.

Alors que l'exécution des actes de souveraineté a lieu de plein droit en vertu de la Constitution même, les habilitations législatives sont toujours spécifiques.“ (*Doc. parl. No 4488¹, sess. ord. 1998-1999*)

L'intérêt de cette distinction entre pouvoir réglementaire d'exécution et pouvoir réglementaire d'attribution n'est pas que théorique. Cette différenciation joue un rôle important, notamment dans le contexte de la problématique de l'assentiment préalable de la Conférence des présidents requis par certaines lois pour la mise en oeuvre des règlements prévus par ces mêmes lois.

Dans le cadre de l'exercice de son pouvoir réglementaire d'exécution, le Grand-Duc s'est vu directement conférer par les articles 36 et 37, alinéa 4 de la Constitution le pouvoir général de prendre les règlements nécessaires pour l'exécution des lois et des traités. Sa mise en oeuvre est subordonnée à la seule existence préalable des actes à exécuter. Elle ne saurait dépendre de l'assentiment d'un organe quel qu'il soit. Ce pouvoir réglementaire d'exécution ne doit être ni tenu en échec, ni conditionné, ni altéré par une instance, fût-elle une émanation de la Chambre des députés.

Il en va différemment dans le contexte de l'exercice du pouvoir réglementaire d'attribution, encore appelé pouvoir réglementaire habilité, fondé sur l'article 32, alinéa 3 de la Constitution. Cette disposition permet en effet au législateur de conférer exceptionnellement certaines attributions réglementaires au Grand-Duc. Dans ce contexte, le pouvoir législatif est parfaitement en droit de délimiter le cadre de l'habilitation accordée. Il peut ainsi se réserver une certaine compétence retenue qu'il entendra exercer par le biais de sa Conférence des présidents. Dans le cadre de la procédure de mise en oeuvre du pouvoir réglementaire d'attribution, le procédé de l'assentiment de cet organe, émanation de la Chambre des députés, est donc légitime et conforme à la Constitution.

L'article 32, alinéa 3 consacrant le pouvoir réglementaire d'attribution n'est pas révisable, pour ne pas avoir fait l'objet de la déclaration de la Chambre des députés du 21 mai 1999 relative à la révision de la Constitution (*Mém. A No 65 du 9 juin 1999, p. 1427 ss.*), contrairement aux articles 36 et 37 qui y figurent en bonne place.

Il est partant oiseux de s'étendre dans le présent contexte sur ledit article 32 qui permet l'habilitation – moyennant des „lois particulières portées en vertu de la Constitution“ – du Grand-Duc de prendre des mesures normatives à portée générale, autres que de simple exécution des lois existantes.

Qu'il soit cependant permis de rappeler à ce stade que sont ici visées les seules lois „particulières“, ayant donc un caractère exceptionnel. Le pouvoir ainsi conféré au Grand-Duc ne peut partant avoir qu'un caractère spécial qui ne devrait lui être reconnu que pour une période limitée.

A noter que ces lois particulières doivent en outre être „portées en vertu de la Constitution même“. Cette condition est généralement interprétée comme signifiant que la loi d'habilitation ne peut autoriser le Grand-Duc à prendre des règlements dans des matières qui de par la Constitution sont réservées en propre au pouvoir législatif.

Sans autrement approfondir la discussion de l'article 32, le Conseil d'Etat se propose par contre de développer plus amplement ses vues sur l'orientation que devrait à son sens prendre une révision des articles 36 et 37 de la Constitution. A ce sujet, il annonce d'ores et déjà la couleur tout en n'ignorant pas qu'à ce jour une proposition de révision de l'article 37 n'a pas encore été déposée à la Chambre des députés. Il espère de la sorte élargir le champ d'observation et contribuer à une meilleure appréhension de la problématique du pouvoir réglementaire dans son ensemble.

*

II. LES PROJETS DE REFORME DE L'ARTICLE 36 DE LA CONSTITUTION

Avant de faire part de sa propre analyse de la matière, le Conseil d'Etat se penchera successivement sur la proposition de révision proprement dite ainsi que sur la prise de position gouvernementale y relative.

1) Le texte de la proposition de révision

„Art. 36. Le Grand-Duc prend les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois.

Il peut être autorisé, par une loi spéciale, dans les conditions que celle-ci détermine, à prendre, en cas d'urgence, des règlements, même dérogatoires à des dispositions légales existantes. Ces dérogations doivent, sous peine d'abrogation, être approuvées par la loi dans les six mois qui suivent leur mise en vigueur.

Dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc peut prendre les règlements et arrêtés dans les cas limitativement fixés par la loi.

La loi peut autoriser les ministres à prendre des règlements et arrêtés dans la forme, dans les matières et selon les modalités qu'elle détermine.

Aucun règlement ou arrêté ne peut ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution.“

Pour apprécier toute la portée de la réforme projetée, il convient de confronter la proposition ci-dessus à l'article 36 actuel de la Constitution qui s'énonce comme suit:

„Art. 36. Le Grand-Duc fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution.“

a) Alinéa 1: „Le Grand-Duc prend les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois.“

Dans ce contexte, il y a lieu de relever une nuance par rapport au texte constitutionnel en vigueur. Le Grand-Duc ne „fait“ plus les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, il les „prend“ désormais. Ce changement de terminologie ne se justifie guère au regard du libellé employé par ailleurs dans le contexte des articles 37, alinéa 4 et 107, paragraphe 3 de la Constitution disposant respectivement que:

– „Le Grand-Duc fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des traités ...“

– „[Le conseil communal] fait les règlements communaux ...“

b) Alinéa 2: „[Le Grand-Duc] peut être autorisé, par une loi spéciale, dans les conditions que celle-ci détermine, à prendre, en cas d'urgence, des règlements, même dérogatoires à des dispositions

légales existantes. Ces dérogations doivent, sous peine d'abrogation, être approuvées par la loi dans les six mois qui suivent leur mise en vigueur.“

Cet alinéa consacre dans la Constitution de façon explicite, tout en l'assortissant d'aménagements incisifs, la pratique actuelle des lois habilitantes traditionnellement basées, de façon implicite, sur l'article 32, alinéa 3.

Il confirme d'abord, de façon positive, que le Grand-Duc pourra, en agissant sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 36 nouveau, déroger aux lois existantes. Pourra-t-il aussi légitimement étendre son pouvoir réglementaire sur les matières réservées par la Constitution à la loi? Pourra-t-il, même sans l'y étendre, déroger à la législation régissant les domaines réservés? Le texte du projet n'y apporte pas de réponse directe.

Lu dans son contexte, ledit alinéa 2 ne semble cependant pas pouvoir s'appliquer aux matières réservées, alors que l'alinéa 3 contient une disposition s'appliquant précisément à ces dernières.

Il découle des développements qui précèdent que de l'avis du Conseil d'Etat l'alinéa 2 de l'article 36 tel que proposé ne permet au pouvoir réglementaire ni de s'appliquer ni de déroger aux domaines réservés par la Constitution au pouvoir législatif.

Le texte proposé ainsi entendu ne ferait que consacrer la limitation qui, depuis 1946, est régulièrement reprise par les lois dites d'habilitation, à savoir que l'action de l'exécutif ne saurait porter que sur les matières libres.

Or, en principe, si la matière est libre, la loi peut en abandonner toute la réglementation à l'exécutif. Le législatif, qui use de ce procédé, n'abandonne ni ne délègue aucun pouvoir (avis du Conseil d'Etat relatif au projet de loi concernant l'abrogation des lois de compétence de 1938 et 1939 et l'octroi de nouveaux pouvoirs spéciaux au Gouvernement, *Compte rendu de la Chambre, 1945-1946, Annexes, pages 95 et ss.*, cité ci-après). Les règlements à prendre sur base de la loi d'habilitation conservent dès lors leur caractère réglementaire et ne constitueront que des actes normatifs de caractère subalterne, alors même qu'elles dérogent à des dispositions légales existantes. Par ailleurs, la loi peut toujours substituer sa propre réglementation à la matière réglementaire (cf. *Alfred Loesch, Le pouvoir réglementaire du Grand-Duc, Pasicrisie lux., tome XV, chron., page 82*).

L'exigence actuellement proposée d'une approbation législative des règlements habilités (ou du moins de certains d'entre eux) est de nature à susciter des controverses:

- il risque de n'y avoir plus de délimitation nette des sphères d'action du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, alors que celles-ci pouvaient être considérées comme nettement circonscrites sous l'empire des diverses lois d'habilitation votées dans le passé;
- le texte proposé est de nature à semer la confusion sur la nature du pouvoir réglementaire: „le règlement habilité reste par nature un acte dérivé, lié dans son initiative à une permission légale et subordonné dans ses dispositions à l'acte du pouvoir souverain. Il est inapte à prendre la place de la loi souveraine.“ (*Pierre Pescatore, Essai sur la notion de la loi, Livre jubilaire du Conseil d'Etat, page 406*) Même si un règlement pris sur base de la loi d'habilitation déroge à des dispositions légales existantes, il ne le fait donc pas par „délégation de pouvoirs“ en lieu et place du pouvoir législatif;
- l'exigence d'une approbation législative est dès lors de nature à relancer la controverse au sujet des „arrêtés-lois“;
- le texte proposé soulève une autre question, à savoir si le législateur n'a d'autre choix que de marquer son accord aux mesures édictées par règlement habilité, ou d'y refuser son accord, du moins durant le délai de 6 mois que la nouvelle disposition constitutionnelle prévoit. Le pouvoir législatif ne reprendrait-il donc pleinement l'exercice de son pouvoir normatif qu'à l'expiration de ce délai? Il ne faudrait donc pas que, dans le souci de vouloir limiter le pouvoir exécutif, le texte constitutionnel aboutisse en définitive et paradoxalement à une paralysie, fût-elle temporaire, du pouvoir législatif;
- le Conseil d'Etat attire encore l'attention sur les problèmes que le nouveau texte constitutionnel serait susceptible d'engendrer en matière de transposition de directives sur la base de la loi modifiée du 9 août 1971 concernant l'exécution et la sanction des décisions et des directives ainsi que la sanction des règlements des Communautés européennes en matière économique, technique, agricole, forestière, sociale et en matière de transports, loi qui pourrait également être analysée comme comportant une habilitation au sens de la nouvelle disposition constitutionnelle.

L'alinéa 2 nouveau pose encore quelques autres problèmes de taille.

Les actes pris sur la base de l'article 36, alinéa 2 nouveau sont aussi susceptibles d'un contrôle juridictionnel direct, par application de l'article 7 de la loi du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, ou indirect, sur la base de l'article 95 de la Constitution. Or, quel serait l'impact d'une loi confirmative d'un règlement grand-ducal critiqué devant une juridiction? Une telle loi, couvrant rétroactivement des dispositions réglementaires contraires aux lois existantes, ne risquerait-elle pas en effet d'influer sur les affaires en cours?

Or, dans son arrêt *Papageorgiou c/Grèce* du 25 octobre 1997, la Cour européenne des droits de l'Homme a conclu à la violation de la garantie à un procès équitable en reprochant au législateur de s'être ingéré dans l'administration de la justice, en adoptant une loi affectant les litiges pendants devant les juridictions (*Journal des tribunaux/Droit Européen No 1-1998, p. 21*). Une même attitude critique à l'égard d'une norme législative rétroactive interférant sur des actions judiciaires pendantes se dégage de l'arrêt No 64/97 de la Cour d'arbitrage de Belgique du 6 novembre 1997 (*Journal des tribunaux No 5874 du 21.2.1998, p. 160*).

Voilà pour ce qui est des complications inhérentes à l'hypothèse d'une loi venant confirmer un règlement grand-ducal pris sur la base d'une loi spéciale et sur le fondement de l'urgence qui, dans l'intervalle de sa mise en vigueur et l'entrée en vigueur de la loi d'approbation, se trouverait attaqué devant les juridictions.

La complexité n'est cependant pas moindre lorsqu'un tel règlement, au lieu d'être confirmé par une loi subséquente, se verrait abrogé à défaut précisément d'une loi d'approbation dans le délai de six mois suivant sa date d'effet. Le texte parle d'„abrogation“ et non de „retrait“ ni d'„annulation“. Il faut en conclure qu'en l'occurrence ce règlement ne serait anéanti que pour l'avenir, mais conserverait ses effets quant aux six mois écoulés!

Le texte proposé risque donc de générer davantage de problèmes qu'il n'en résout. Pour le souligner, il n'est guère besoin de rappeler la problématique du volet pénal traditionnellement inhérent aux règlements urgents appuyés sur les lois d'habilitation exceptionnelles (v. avis précité du Conseil d'Etat du 8 décembre 1998 sur le projet de loi portant habilitation du Grand-Duc de réglementer certaines matières; *Doc. parl. No 4488¹, sess. ord. 1998-1999, pp. 3 et 4*).

Ajoutons enfin que dans la logique de l'arrêt de la Cour administrative du 25 octobre 2001 (dans l'affaire *Ministre de l'Intérieur c/TrefilArbed*, No 13349 C du rôle), il n'est pas exclu que le cas d'urgence, fondant en l'espèce l'intervention réglementaire du Grand-Duc, soit susceptible d'un contrôle juridictionnel. Cette nouvelle donne risquerait à coup sûr d'introduire un facteur d'incertitude supplémentaire dans un contexte déjà suffisamment compliqué.

- c) Alinéa 3: „Dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc peut prendre les règlements et arrêtés dans les cas limitativement fixés par la loi.“

Qu'il soit d'abord ici rappelé que cet alinéa semble exclure les matières réservées du champ d'application de l'alinéa 2. Il en résulte que le Grand-Duc ne pourra jamais valablement être investi d'un pouvoir réglementaire dans une matière „rigide“ sur la base d'une loi spéciale. La voie d'agir d'urgence dans une matière réservée, sur la base d'une loi spéciale conformément à l'alinéa 2, est ainsi barrée.

En lui-même l'alinéa 3 donne lieu à quelques observations critiques.

D'après le texte en cause, le Grand-Duc sera appelé à intervenir dans les *cas* prévus par la loi. Ces cas une fois déterminés par la loi, le pouvoir réglementaire du Grand-Duc ne connaîtrait donc plus aucune limite! Il serait libre de fixer les conditions d'exercice de son pouvoir, libre de fixer les contours de son champ d'action! Ne se verrait-il pas de la sorte conférer davantage de pouvoir en matière réservée qu'en matière ordinaire?

- d) Alinéa 4: „La loi peut autoriser les ministres à prendre des règlements et arrêtés dans la forme, dans les matières et selon les modalités qu'elle détermine.“

Ici la loi n'est pas censée simplement fixer les cas permettant aux ministres de mettre en oeuvre leur pouvoir réglementaire, elle en arrête la forme, en fixe les modalités et en définit les matières. A noter que les matières réservées n'en sont pas formellement bannies.

En procédant de la sorte, les auteurs du projet entendent instituer constitutionnellement un pouvoir réglementaire au profit des ministres. Ce nouveau pouvoir réglementaire pourra-t-il concurrencer, voire primer le pouvoir réglementaire du Grand-Duc?

En d'autres mots, une loi conférant à un ministre la compétence de réglementer une matière qu'elle déterminerait, aura-t-elle pour conséquence de réduire d'autant le pouvoir général du Grand-Duc de prendre les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois en vertu de l'alinéa 1? Les matières ainsi désignées seraient-elles soustraites au pouvoir réglementaire du Grand-Duc? Les règlements ministériels pourraient-ils déroger aux règlements grand-ducaux en vigueur? Un règlement grand-ducal pourrait-il aller à l'encontre d'un règlement ministériel valablement émis sur la base d'une loi, elle-même fondée sur l'alinéa 4 de l'article 36 nouveau de la Constitution?

Le texte en tant que tel ne paraît par ailleurs pas acceptable. Il n'est tout d'abord guère concevable qu'il soit conçu en des termes autorisant le pouvoir législatif à disposer du pouvoir qu'un autre organe détient directement de la Constitution. En effet, un même pouvoir ne saurait être attribué à la fois et au même titre à deux organes constitutionnels distincts.

Comment enfin concilier cette approche avec l'article 79 de la Constitution qui dispose qu'„il n'y a entre les membres du Gouvernement et le Grand-Duc aucune autorité intermédiaire“, ou encore avec l'article 76 aux termes duquel „le Grand-Duc règle l'organisation de son Gouvernement ...“?

- e) Alinéa 5: „Aucun règlement ou arrêté ne peut ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution.“

De par sa formulation en termes absolus, cet alinéa 5 est manifestement incompatible avec l'alinéa 2 précité qui prévoit expressément une catégorie de règlements pouvant déroger à des dispositions légales.

En fait, la disposition en cause est surabondante dans la mesure où le pouvoir réglementaire est par essence appelé à prendre les mesures nécessaires pour l'exécution des lois – pourquoi alors croire indispensable de préciser qu'il ne peut dispenser de leur exécution? – et alors que par définition il s'exerce conformément à la Constitution et aux lois du pays (cf. articles 32, alinéas 2 et 3, et 33 de la Constitution).

2) Le texte proposé par le Gouvernement

Dans l'optique du Gouvernement, l'article 36 de la Constitution prendra la teneur suivante:

„Art. 36. Le Grand-Duc prend les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois.

Il peut prendre de même, en cas de crises internationales et s'il y a urgence, des règlements, même dérogatoires à des dispositions légales existantes. Ces dérogations doivent, sous peine d'abrogation, être approuvées par la loi dans les trois mois qui suivent leur mise en vigueur.

Dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc peut prendre les règlements et arrêtés dans les cas limitativement fixés par la loi.

La loi et le règlement peuvent autoriser les ministres et les secrétaires d'Etat à prendre des règlements et arrêtés dans la forme, dans les matières et selon les modalités qu'elle détermine.

Aucun règlement ou arrêté ne peut ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution.“

Quant aux alinéas 1, 3 et 5 identiques aux dispositions correspondantes de la proposition de révision ci-avant analysée, il est renvoyé aux observations y relatives émises par le Conseil d'Etat.

- a) Alinéa 2: „[Le Grand-Duc] peut prendre de même, en cas de crises internationales et s'il y a urgence, des règlements, même dérogatoires à des dispositions légales existantes. Ces dérogations doivent, sous peine d'abrogation, être approuvées par la loi dans les trois mois qui suivent leur mise en vigueur.“

Cette optique diverge sur quelques points fondamentaux de l'approche à la base de la proposition d'origine parlementaire.

Ici ce n'est plus une loi spéciale qui déclenche l'intervention du pouvoir réglementaire, mais c'est la Constitution elle-même qui habilite directement le Grand-Duc à prendre en cas de crises internationales et s'il y a urgence – ces deux conditions devant être réunies cumulativement – des règlements même dérogatoires à des dispositions légales existantes.

Il convient de ne pas se tromper sur la portée de cette nuance lourde de conséquences.

A défaut de „filtre législatif“, il faut croire que c'est le pouvoir habilité qui est seul juge des conditions d'application du texte en cause. C'est lui qui constate qu'il y a crise internationale et qu'il est

urgent d'agir. Une fois ce constat fait, de par la Constitution, il est autorisé à prendre des mesures normatives d'application générale, même dérogatoires aux lois existantes. A défaut de loi d'approbation dans les trois mois, ces actes sont abrogés pour l'avenir, mais n'en conservent pas moins leurs effets sortis depuis leur mise en vigueur. En fait, le Grand-Duc disposerait en l'hypothèse de pouvoirs quasi illimités. De surcroît, ces pleins pouvoirs découleraient directement de la Constitution et échapperaient quasiment à tout contrôle parlementaire. Même si telle n'a guère pu être l'intention du Gouvernement, le texte proposé est – du moins d'un point de vue théorique – susceptible de donner lieu à une interprétation très large aux conséquences aussi discutables.

Pour le reste, l'alinéa 2 de l'article 36 du texte gouvernemental demeure entaché des mêmes défauts imputés par le Conseil d'Etat à la version proposée par la Chambre des Députés.

- b) Alinéa 4: „*La loi et le règlement peuvent autoriser les ministres et les secrétaires d'Etat à prendre des règlements et arrêtés dans la forme, dans les matières et selon les modalités qu'elle détermine.*“

En vertu du texte précité et à l'encontre de la version d'origine parlementaire, ce n'est plus seulement la loi qui peut investir, sous certaines conditions, les membres du Gouvernement du pouvoir réglementaire, mais également un règlement grand-ducal. La disposition visée énonce à ce titre de façon explicite „les ministres et les secrétaires d'Etat“.

Rapproché de l'alinéa 3 de l'article 36 (nouveau), il faut d'abord admettre que le règlement ministériel – et ce quel que soit son fondement – ne peut jamais empiéter sur les matières que la Constitution réserve à la loi.

En mentionnant expressément les secrétaires d'Etat, l'alinéa 4 de l'article 36 sous examen préjuge d'une certaine manière de l'organisation du Gouvernement que l'article 76 de la Constitution attribue au Grand-Duc. Plus incisive encore est la critique visant la compétence qu'il est proposé d'accorder à la loi en la matière. A ce sujet, il est renvoyé aux observations formulées par le Conseil d'Etat au regard de l'alinéa 4 de l'article 36 dans sa version parlementaire. En effet, l'argumentation tirée de l'article 79 de la Constitution qui prévoit qu'„il n'y a entre les membres du Gouvernement et le Grand-Duc aucune autorité intermédiaire“ garde toute sa valeur dans le présent contexte.

*

III. LES REFLEXIONS DU CONSEIL D'ETAT EN MATIERE DE REFORME DU POUVOIR REGLEMENTAIRE

Il est un fait que le nombre des actes normatifs est en augmentation constante et que les adaptations de ces mêmes instruments se succèdent à une cadence vertigineuse. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à se reporter au Mémorial dont les volumes grossissent à vue d'oeil d'année en année. L'accroissement des actes communautaires à transposer en droit interne n'y est pas pour rien et continue d'exercer une pression constante sur le pouvoir régulateur national.

La situation actuelle n'est guère satisfaisante:

- la ligne de démarcation entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire est loin d'être certaine;
- la problématique des règlements ministériels reste posée.

1) L'agencement des pouvoirs législatif et réglementaire

a) Etat des lieux

Partant du principe que les pouvoirs sont d'attribution et qu'il appartient à la Constitution d'opérer le partage et la délimitation de ces compétences, le Conseil d'Etat s'est élaboré une doctrine pouvant se résumer comme suit:

- Dans son avis du 15 janvier 1946 sur le projet de loi concernant l'abrogation des lois de compétence de 1938 et 1939 et l'octroi de nouveaux pouvoirs spéciaux au Gouvernement, le Conseil d'Etat a posé quelques règles de base fondées sur la distinction entre *matières libres* et *matières rigides* encore appelées *matières réservées*:

„En principe, si la matière est libre, la loi peut en abandonner la réglementation à l'exécutif. Aucune règle de la Constitution ne s'oppose à une habilitation portant soit sur une matière spéciale, soit sur un ensemble de matières.“

Ainsi, il n'existe aucune différence au point de vue des compétences entre une loi qui réglemente intégralement une matière et une loi qui se décharge de cette tâche sur l'exécutif. Le législatif qui use de ce dernier procédé, n'abandonne ni délègue aucun pouvoir ...

L'exécutif n'agit pas ... par extension de compétence ... La compétence réglementaire est propre à l'exécutif. La loi n'intervient que pour déclencher l'action de l'exécutif en désignant les matières sur lesquelles celui-ci s'exercera avec les qualités et les effets propres au règlement.

La quantité de la réglementation augmente en raison d'une loi habilitante, non la qualité. " Il en va autrement des matières réservées. Ici le législatif a une compétence retenue, la Constitution lui imposant d'agir directement par la voie de la loi:

„Dans ce cas, il faut que les organes et les procédures de droit commun reprennent et gardent leur empire. Il ne peut alors être question pour le législateur d'abandonner au Gouvernement des matières dont la réglementation lui appartient en exclusivité.

Toutefois, si les matières réservées ne peuvent faire l'objet d'une habilitation générale, il n'est pas nécessaire que la loi doive se charger de la réglementation intégrale, jusque dans les derniers détails de ces matières. Il suffit, mais il faut aussi que le principe et les modalités substantielles de la matière réservée soient retenus par la loi." (*Compte rendu de la Chambre, 1945-1946, Annexes, page 95*)

- Au fond, le Conseil d'Etat ne s'est depuis lors départi de la ligne de conduite affirmée en 1946. A ce propos, il peut être renvoyé à son avis du 22 février 1994 sur le projet de loi concernant la sécurité et la santé des travailleurs au travail (*Doc. parl. No 3606³; sess. ord. 1993-1994, p. 1*), à son avis du 11 octobre 1994 sur le projet de loi relative à la distribution en gros de médicaments (*Doc. parl. No 3774¹; sess. ord. 1994-1995, pp. 1, 2*), ou encore à son avis du 20 février 2001 sur le projet de loi relative aux dispositifs médicaux (*Doc. parl. No 4396¹; sess. ord. 2000-2001, p. 2*).

Cette doctrine est partagée par les juridictions administratives qui admettent à leur tour que même dans les matières réservées par la Constitution à la loi il suffit que la loi trace les grands principes. Si la réserve de la loi prohibe donc les habilitations générales, elle ne met pas obstacle à une habilitation plus spécifique. Il en résulte que la loi peut, en vertu de l'article 32 de la Constitution, abandonner à un règlement grand-ducal la mise en oeuvre du détail (T.A. 26.7.2000 (Kneip) confirmé par la C.A. 19.12.2000).

b) Discussion

La distinction entre matières réservées, parfois encore appelées matières rigides, et matières libres n'est pas anodine au regard des conséquences qui s'en dégagent d'après les considérations ci-avant.

Aussi, dans son avis complémentaire du 27 avril 1999 sur le projet de révision des paragraphes (1) et (3) à (6) de l'article 11 de la Constitution, le Conseil d'Etat avait-il insisté sur la nécessité de définir avec la plus grande précision les différentes matières réservées par la Constitution à la loi, face au risque de confirmation de l'approche très formelle de la Cour constitutionnelle en la matière. Dans ledit avis complémentaire, il s'était en effet, au regard des arrêts 1/98 du 6 mars 1998 ainsi que 4/98, 5/98 et 6/98 du 18 décembre 1998, interrogé si le système des matières réservées à la loi, avec ses exceptions et aménagements, serait sûr de trouver l'aval de la Cour constitutionnelle. Au terme de son analyse, le Conseil d'Etat s'était à l'époque déclaré fort réservé à ce sujet, estimant qu'il ne pouvait être exclu que la Cour constitutionnelle se verrait amenée à conclure que si aux termes d'un article déterminé de la Constitution la matière est réservée à la loi, il n'y a plus du tout de place pour un règlement grand-ducal, fût-il de pure exécution. A ses yeux, une telle approche, parfaitement défendable en droit, constituerait un séisme en matière de sécurité juridique et des situations inextricables ne manqueraient pas de se manifester (*Doc. parl. No 3923 B¹; sess. ord. 1998-1999, p. 10 et 11*).

Dans la logique de cette démarche rigoureuse et formaliste, dans les matières réservées, le législateur, et lui seul, serait appelé à intervenir. L'on est en droit de se demander s'il serait réellement en mesure de suffire à cette tâche.

D'après le Conseil d'Etat, il serait prudent de prévoir dans la Constitution les parades à ce scénario préoccupant.

2) La problématique des règlements ministériels

a) *L'aspect constitutionnel de la question*

Depuis les premiers arrêts ci-avant mentionnés de la Cour constitutionnelle, il est acquis que dans la mesure où une loi prévoit son exécution par voie de règlement ministériel, elle est contraire à l'article 36 de la Constitution. Il faut admettre qu'au regard des dispositions de l'article 32, alinéas 1 et 2 de la Constitution, le Grand-Duc n'est pas non plus habilité à subdéléguer son pouvoir réglementaire aux membres de son gouvernement.

b) *Discussion*

Le Conseil d'Etat peut sans réserve souscrire aux considérations ci-après extraites de l'exposé des motifs de la proposition de révision de l'article 36 de la Constitution:

„La nécessité de prendre, parfois rapidement, des mesures réglementaires, l'exigence – pour certaines matières – d'adaptations quasiment permanentes, l'intervention du pouvoir exécutif dans des matières techniques complexes, plaident en faveur d'une adaptation des dispositions actuelles en matière réglementaire. En outre, en raison du volume toujours croissant des dispositions réglementaires (en 1999 ont été publiés au Mémorial 274 règlements grand-ducaux – contre 101 lois), l'on peut à juste titre poser la question si l'intervention du chef de l'Etat est indispensable pour la mise en oeuvre de dispositions réglementaires à caractère secondaire ou d'ordre technique.

Il semble, par ailleurs, que le pouvoir exécutif ne peut pas se passer des règlements ministériels, dont le nombre a cependant fortement diminué au cours des dernières années. Ainsi, si en 1997 le nombre des règlements et arrêtés ministériels ou règlements pris par le Gouvernement en Conseil publiés au Mémorial a encore été de 131, leur nombre a été ramené à 39 en 1999.“

Les exigences d'un Etat moderne pressant les responsables politiques d'ajuster leur réglementation dans des domaines à complexité et étendue croissantes font qu'il convient de revoir l'arsenal normatif dans son ensemble. Dans un souci de pragmatisme juridique et de nécessité pratique, il y a lieu de consacrer constitutionnellement un pouvoir réglementaire ministériel tout en le subordonnant strictement aux normes hiérarchiquement supérieures.

3) La transposition des directives communautaires

a) *La situation actuelle*

La transposition des directives en droit national continue à poser problème. Les écueils d'une traduction correcte et rapide sont nombreux et complexes. Dans les matières réservées par la Constitution à la loi, l'intervention du législateur reste de rigueur. A cet égard, la loi modifiée du 9 août 1971 concernant l'exécution et la sanction des décisions et des directives ainsi que la sanction des règlements des Communautés européennes en matière économique, technique, agricole, forestière, sociale et en matière de transports ne constitue pas vraiment une ouverture dans le sens d'un allègement de procédure. L'article 1er de ladite loi rappelle en effet de façon expresse que „seront toutefois exceptées de cette réglementation, qui peut déroger aux lois existantes, les matières réservées à la loi par la Constitution“. Les hésitations sur le „bon“ choix de la procédure – législative ou réglementaire – demeurent à l'ordre du jour et parfois quelques doutes peuvent encore persister face à la solution enfin retenue dans un cas déterminé.

Il en résulte une certaine insécurité juridique qui s'ajoute aux délais de transposition pouvant parfois paraître trop longs. En fait, les solutions actuellement offertes par le système de droit national en vigueur ne sauraient plus guère être qualifiées de satisfaisantes.

b) *Discussion*

Une accélération de la procédure de transposition des directives ne peut sans doute être escomptée qu'au prix d'une implication plus poussée du pouvoir réglementaire en la matière. Poser ce principe ne manquera cependant pas de provoquer des critiques, fondées surtout sur le risque de dévalorisation du pouvoir législatif censé être l'expression de notre souveraineté nationale. Pourquoi le Constituant aurait-il d'ailleurs réservé certains domaines précisément à la loi si ce monopole pouvait être vidé de sa substance par une habilitation légale en faveur du pouvoir exécutif?

Quelque fondées que puissent paraître ces réserves à l'encontre d'une possible extension du pouvoir réglementaire face au défi que constitue l'oeuvre de transposition des directives, il convient néanmoins d'en relativiser la portée en plaçant toute la problématique dans son contexte supranational.

Le Grand-Duché de Luxembourg constitue l'un des Etats membres de la Communauté européenne. Tous les traités constitutifs concernant cette Communauté ont été approuvés par notre pays conformément aux articles 37, alinéa 2, 49*bis* et 114 de la Constitution.

Il en résulte:

- 1° qu'il y a eu en l'espèce transfert temporaire d'attributions réservées par la Constitution aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, à la Communauté européenne, institution de droit international;
- 2° que cette dévolution de pouvoirs de souveraineté s'est opérée avec une majorité de deux tiers des suffrages et en présence d'au moins trois quarts des membres composant la Chambre des députés.

L'adhésion aux traités instituant la Communauté européenne s'est donc effectuée sous les mêmes conditions de majorité et de quorum qualifiés qu'une révision de la Constitution. Voilà un élément essentiel qu'il faut avoir à l'esprit comme toile de fond des développements qui vont suivre.

Conformément à l'article 5, alinéa 1 du Traité instituant la Communauté européenne,

„la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent Traité“.

En vertu de l'article 10,

„les Etats membres prennent toutes les mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission.

Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité“.

Or, tant le traité que les actes des organes communautaires portent (aussi) sur des matières réservées par la Constitution à la loi. La Communauté peut ainsi, dans ces mêmes matières, agir par voie de règlement qui „a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout Etat membre“ (Art. 249, al. 2 du Traité). Il faut en conclure qu'un règlement communautaire réglementant la liberté de commerce ou encore la sécurité sociale, matières que l'article 11 de notre Constitution réserve à la loi, est directement applicable au Grand-Duché, sans que la Chambre des députés ait même simplement le droit d'intervenir.

Autre moyen d'action de la Communauté, la directive qui „lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens“ (Art. 249, al. 3 du Traité). Il faut remarquer dans ce contexte que les directives sont elles aussi susceptibles de couvrir un domaine qui, en droit interne, correspond à une matière réservée par la Constitution à la loi.

Or, il découle de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes qui est appelée à „assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du (présent) traité“ (Art. 220 du Traité), qu'„un Etat membre ne saurait exciper des dispositions, pratiques ou situations de son ordre interne pour justifier le non-respect des obligations et délais résultant des directives communautaires“ (Commission c/ Italie, aff. 163/78, arrêt du 22 février 1979; Rec. 1979, p. 771/considérant 5). Même des considérations tirées de l'ordre constitutionnel ne sauraient tenir en échec l'effet direct du droit communautaire (qui peut être attaché à certaines dispositions de directives), comme la Cour a eu l'occasion de l'affirmer en statuant que „le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, [...] a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel“ (Simmenthal, aff. 106/77, arrêt du 9 mars 1978; Rec. 1978, p. 629/considérant 24). Un Etat membre est obligé de réparer les dommages découlant pour les particuliers de la non-transposition d'une directive créatrice de droits à leur profit (Francovich c/Italie/aff. jointes C-6/90, arrêt du 19 novembre 1991; Rec. 1991 I., p. 5357). Il peut également faire l'objet d'un recours en manquement introduit devant la Cour de Justice par la Commission ou un autre Etat membre (Articles 228 et 227 du Traité).

Les Etats ont l'obligation „de choisir, dans le cadre de la liberté qui leur est laissée par l'article 189 (actuellement art. 249), les formes et moyens les plus appropriés en vue d'assurer l'effet utile des direc-

tives, compte tenu de l'objet de celle-ci" (Royer, aff. 48/78, arrêt du 8 avril 1976; Rec. 1976, p. 497/considérant 73). La transposition des directives ne doit donc entraîner aucune déperdition de leur force normative. Mettre en cause le principe de la primauté du droit communautaire reviendrait en effet à nier „le caractère effectif d'engagements inconditionnellement et irrévocablement assumés par les Etats membres, en vertu du traité, [et] mettre ainsi en question les bases mêmes de la Communauté" (Considérant 18 de l'arrêt Simmenthal).

En raison de l'argumentation ci-dessus – transfert temporaire de parties de la souveraineté nationale à la Communauté, ordre juridique communautaire, principe de primauté et d'application uniforme du droit supranational, effet direct de certaines directives, possibilité d'empiètement de ces directives sur des matières réservées par la Constitution à la loi – l'idée d'impliquer davantage le pouvoir exécutif dans la traduction en droit interne des directives communautaires devrait désamorcer le risque d'opposition et moins offusquer des sensibilités par ailleurs très respectables.

*

IV. CONCLUSIONS

1) Les propositions de texte du Conseil d'Etat

De l'avis du Conseil d'Etat, le pouvoir réglementaire pourrait constitutionnellement s'organiser comme suit:

– Article 32, alinéa 3:

„[Le Grand-Duc] n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la Constitution et les lois particulières portées en vertu de la Constitution même, le tout sans préjudice de l'art. 3 de la présente Constitution.“

– Article 36 (nouveau):

„Le Grand-Duc fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois.

Dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc ne peut faire des règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi.“

– Article 37, alinéa 4:

„Le Grand-Duc fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des traités dans les formes qui règlent les mesures d'exécution des lois et avec les effets qui s'attachent à ces mesures, sans préjudice des matières qui sont réservées par la Constitution à la loi.“

– Article 37, alinéa 5 (nouveau):

„Dans les cas et suivant les modalités spécifiés par la loi le Grand-Duc fait les règlements nécessaires pour l'application des actes de la Communauté et de l'Union européennes. Ce pouvoir peut même s'étendre aux matières qui sont réservées par la Constitution à la loi.“

– Article 76, alinéa 2 (nouveau):

„Dans l'exercice du pouvoir lui attribué par les articles 36, alinéa 1 et 37, alinéa 4 de la Constitution, le Grand-Duc peut, dans les cas qu'il détermine, charger les membres de son Gouvernement de prendre des mesures d'exécution.“

2) Les considérations à la base de l'approche du Conseil d'Etat

a) Il est proposé d'élargir le champ d'application du pouvoir réglementaire d'exécution du Grand-Duc pour l'étendre à la mise en oeuvre des actes de la Communauté et de l'Union européennes. C'est plus particulièrement la transposition des directives qui se trouve visée ici.

A ce titre, le Grand-Duc se voit désormais appelé à agir chaque fois qu'un règlement grand-ducal s'avère nécessaire pour assurer l'exécution d'une loi (article 36, alinéa 1), d'un traité (article 37, alinéa 4) ou d'un acte communautaire (article 37, alinéa 5). En matière réservée par la Constitution à la loi, son pouvoir est cependant assujéti à des restrictions importantes.

En matière d'exécution des traités internationaux, le Grand-Duc ne pourra jamais actionner son pouvoir réglementaire pour intervenir dans un domaine réservé au pouvoir législatif. Dans le

contexte de l'exécution de la loi ou de l'application d'un acte communautaire, il ne pourra le faire que dans les limites fixées par le législateur. Il faut en conclure qu'en matière réservée, le pouvoir réglementaire du Grand-Duc – s'il est prévu par la Constitution (voir articles 36, alinéa 2 et 37, alinéa 5) – est toujours d'attribution.

Il n'y a donc pas de risque de voir amputer le pouvoir législatif des domaines que la Constitution lui a attribués. Il lui est toujours loisible d'agir lui-même, si mieux n'aime en charger, dans les limites par lui fixées, le pouvoir exécutif.

- b) Pour des raisons tirées des articles 76 et 79 de la Constitution, aucune loi ne peut prévoir son exécution par voie de règlement ministériel. En vertu des mêmes articles, seule une habilitation grand-ducale peut légitimer l'action réglementaire des membres du Gouvernement, à condition toutefois qu'une telle habilitation soit inscrite dans la Constitution.

Or, tel est précisément l'objet de l'article 76, alinéa 2 nouveau proposé par le Conseil d'Etat. Cette ouverture est cependant circonscrite dans des limites très strictes afin de prévenir tout risque de dénaturation du partage des compétences opéré par le Constituant.

Le Grand-Duc ne pourra ainsi déléguer que le pouvoir réglementaire qu'il détient lui-même directement de la Loi fondamentale. Il lui est interdit de subdéléguer des compétences qui ne lui sont attribuées qu'à titre exceptionnel par la loi. La délégation ne pourra ainsi jamais valablement porter sur une matière réservée à la loi par la Constitution. Pas d'autorisation non plus de délégation au Gouvernement d'un pouvoir réglementaire habilité.

L'objectif des propositions de réforme avancées par le Conseil d'Etat consiste donc à moderniser l'outil réglementaire tout en préservant l'équilibre institutionnel dans la tradition de la Constitution.

3) Commentaire des articles

a) Article 36

- L'*alinéa 1* reprend l'article 36 actuel, sauf à omettre la précision superfétatoire que le Grand-Duc ne doit „*pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution*“.

Comment en effet prétendre exécuter une loi en prévoyant précisément de la suspendre ou de dispenser de son exécution? Tant la logique que la syntaxe excluent pareille possibilité.

Par ailleurs, faut-il rappeler que les articles 32 et 33 imposent au Grand-Duc le respect de la Constitution et des lois du pays et comporte évidemment l'interdiction de la pratique incriminée?

- L'*alinéa 2* subordonne à une attribution expresse de la Chambre le pouvoir du Grand-Duc d'intervenir dans les matières réservées. Cette habilitation ne peut toutefois être générale. Elle doit s'inscrire dans une finalité bien précise et obéir, selon les cas, à des conditions particulières de fond et de forme.

Le législateur pourrait ainsi en subordonner l'effet à l'assentiment de la Conférence des présidents ou encore à l'avis obligatoire – le cas échéant même conforme – du Conseil d'Etat.

Le pouvoir législatif demeure donc toujours maître de doser l'étendue du pouvoir réglementaire. C'est lui qui détermine les portions respectives des compétences retenues et de ce pouvoir réglementaire. Il n'est pas dessaisi de son pouvoir, il s'en défait lui-même, dans la mesure où il estime vouloir le faire. En fait, c'est donc la Chambre des députés elle-même qui déclenche en l'occurrence la mise en oeuvre du pouvoir réglementaire et le définit, le cas échéant.

b) Article 37

- L'*alinéa 4* est maintenu tel qu'il se présente actuellement. Sauf en matière réservée, le Grand-Duc reste partant chargé de prendre les actes nécessaires à l'exécution des traités qui, en vertu de l'*alinéa 1*, „*n'auront d'effet avant d'avoir été approuvés par la loi et publiés dans les formes prévues pour la publication des lois*“.

- L'*alinéa 5* propose une extension du champ d'application des règlements grand-ducaux en y incluant les matières réservées, à l'effet de permettre une accélération de la procédure de mise en oeuvre des actes communautaires. L'habilitation légale restant toutefois de rigueur, l'agencement général de la répartition des compétences d'attribution par la Constitution ne s'en trouve donc nullement compromis. Il faut enfin relever que dans ce même but l'article 76, alinéa 2 nouveau (selon le Conseil d'Etat)

condamne expressément la voie des règlements ministériels pour l'application des actes de la Communauté et de l'Union européennes.

c) Article 76, alinéa 2 nouveau

- L'alinéa 1er prévoit que „le Grand-Duc règle l'organisation de son Gouvernement, lequel est composé de trois membres au moins“. L'article 79 dispose qu' „il n'y a entre les membres du Gouvernement et le Grand-Duc aucune autorité intermédiaire“.

Il découle de l'effet combiné des textes susmentionnés qu'il n'appartient pas à la loi d'investir directement des membres du Gouvernement d'un pouvoir réglementaire.

L'alinéa 2 nouveau de l'article 76 se propose par contre d'habiliter le Grand-Duc à ce faire. Ce pouvoir est cependant cantonné dans d'étroites limites.

La délégation ne peut s'effectuer qu'à propos du pouvoir réglementaire d'exécution visé aux articles 36 et 37 de la Constitution. Il s'agit plus précisément de l'alinéa 1 de l'article 36 et de l'alinéa 4 de l'article 37. Tant l'alinéa 5 de l'article 37 que l'alinéa 2 nouveau de l'article 36 en sont exclus, car il est inconcevable que le Grand-Duc, habilité par une loi d'agir dans une matière réservée, puisse à son tour procéder à une subdélégation au profit des membres de son Gouvernement.

Dans l'optique du Conseil d'Etat, l'instrument du règlement grand-ducal n'est pas dévalorisé. Il reste par excellence l'attribut du Grand-Duc qui ne délègue son pouvoir que de son gré. Il n'appartient qu'à lui de procéder ou non à la délégation de son pouvoir réglementaire d'exécution. L'équilibre institutionnel – il faut le souligner – n'est donc pas perturbé par la réforme proposée. Le règlement ministériel reste subordonné dans la hiérarchie des normes au règlement grand-ducal et aux règles de droit d'essence supérieure.

Qu'en est-il cependant des garanties procédurales dont sont traditionnellement entourés les règlements grand-ducaux? Sont-elles transposées ou transposables telles quelles aux règlements ministériels?

L'article 83bis de la Constitution pose dans sa première phrase que „le Conseil d'Etat est appelé à donner son avis sur les projets et propositions de loi et les amendements qui pourraient y être proposés, ainsi que sur toutes autres questions qui lui seront déférées par le Gouvernement ou par les lois“. Aux termes du paragraphe 1er, alinéa 1 de l'article 2 de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, „... sauf le cas d'urgence à apprécier par le Grand-Duc, aucun projet de règlement pris pour l'exécution des lois et des traités [n'est] soumis au Grand-Duc qu'après que le Conseil d'Etat a été entendu en son avis“.

Il se dégage des textes précités que, théoriquement, le Gouvernement pourrait systématiquement recueillir l'avis du Conseil d'Etat sur ses projets de règlement ministériel, sans qu'il soit autrement besoin de légiférer. Si l'on voulait par contre rendre obligatoire cette démarche, il faudrait adapter en conséquence l'article 2 de la loi précitée de 1996.

Au regard des chambres professionnelles, il est indiqué de rappeler que la loi modifiée du 4 avril 1924 portant création de chambres professionnelles à base électorale exige, pour toutes les lois et tous les arrêtés ministériels et grand-ducaux intéressant principalement des professions ressortissant aux différentes chambres, que l'avis de la chambre concernée soit demandé. La dispense de demander de tels avis ne se retrouve qu'à propos de la Chambre d'agriculture – pour ce qui est d'arrêtés ministériels ou grand-ducaux édictant d'urgence des mesures de police sanitaire du bétail (article 29, alinéa 3) – mais non pas à l'égard de la Chambre de commerce (article 35, alinéa 3), de la Chambre des employés privés (article 38, alinéa 3), de la Chambre de travail (article 41, alinéa 3), ou de la Chambre des fonctionnaires et employés publics (article 43bis, alinéa 3), ni à propos de la Chambre des métiers (article 5, alinéa 2 de l'arrêté grand-ducal modifié du 8 octobre 1945).

*

A l'occasion de toute révision constitutionnelle, il faudrait au fond se rappeler la sentence attribuée à Montesquieu admonestant tout réformateur en la matière de ne toucher à la Constitution que „d'une main tremblante“.

Le rappel de cette règle de prudence et de sagesse paraît d'autant plus indiqué que l'on aborde des projets tendant à un réagencement en profondeur de l'organisation du pouvoir réglementaire qui se

partage, au niveau national, avec le pouvoir législatif l'exclusivité de la compétence normative à portée générale.

Le Conseil d'Etat a présenté dans le cadre du présent avis quelques réflexions sur une possible forme de réorganisation du pouvoir réglementaire qu'il a mises en parallèle avec les autres approches en lice. Au regard de la complexité des questions que soulève toute remise en cause d'un équilibre institutionnel aussi délicat que la répartition des compétences entre le pouvoir exécutif et le législateur, le Conseil d'Etat n'a pas la prétention d'avoir trouvé La solution. Son ambition s'est plus modestement réduite à élargir le débat, à l'étendre au-delà de l'article 36 aux articles 37 et 76 de la Constitution. En toute logique, l'article 32 aurait tout aussi bien pu y être inclus. Le Conseil d'Etat en a cependant fait abstraction, étant donné que ladite disposition n'est pas révisable.

Toujours est-il qu'il convient d'avancer avec circonspection en l'occurrence. Le Conseil d'Etat reste, quant à lui, ouvert à l'extension du débat et prêt à s'engager, avec l'ensemble des instances et autorités intéressées, dans la recherche de toute nouvelle solution pragmatique s'inscrivant dans la tradition constitutionnelle de notre pays.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 19 février 2002.

Le Secrétaire général,

Marc BESCH

Pour le Président,

Le Vice-Président,

Pierre MORES

