

CONSEIL D'ÉTAT

=====

N° CE : 51.302

N° dossier parl. : 6875

Projet de loi

- sur l'organisation du Conseil d'État et portant modification**
- **de la loi modifiée du 21 avril 1928 sur les associations et les fondations sans but lucratif ;**
 - **de la loi modifiée du 29 juin 1989 portant réforme du régime des cabarets**
-

Avis complémentaire du Conseil d'État

(15 juillet 2016)

Par dépêche du 24 mars 2016, le président de la Chambre des députés a saisi le Conseil d'État d'amendements au projet de loi sur l'organisation du Conseil d'État et portant modification - de la loi modifiée du 21 avril 1928 sur les associations et les fondations sans but lucratif - de la loi modifiée du 29 juin 1989 portant réforme du régime des cabarets, adoptés par la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle en date du 23 mars 2016.

Au texte des amendements étaient joints un commentaire pour chacun des amendements ainsi qu'une version coordonnée du projet de loi sous rubrique.

Observations préliminaires

Le Conseil d'État note que les auteurs des amendements ont repris une série de propositions faites par le Conseil d'État dans son avis du 18 décembre 2015. Ils ont notamment intégré un nouveau chapitre relatif à la discipline. La commission parlementaire introduit encore des modifications sur lesquelles le Conseil d'État reviendra au cours de l'examen des amendements.

La commission parlementaire pose encore la question plus fondamentale de savoir si les règles relatives à la dissolution du Conseil d'État ne devraient pas être ancrées dans la Constitution. Cette question appelle deux observations. Le Conseil d'État rappelle que la Constitution se limite à prévoir les missions du Conseil d'État et renvoie à la loi pour l'organisation de l'institution. Le constituant a adopté, sur ce point, une position différente de celle qu'il a prise par rapport à la Chambre des députés. Le Conseil d'État fait observer que cette approche est maintenue dans la proposition de révision de la Constitution. Élever au niveau de la Constitution, le régime de la dissolution impliquerait la consécration dans le texte constitutionnel d'autres règles sur la composition et le fonctionnement du Conseil d'État. Le Conseil d'État reconnaît toutefois la justesse des interrogations de la commission parlementaire en relation avec la question plus générale des relations entre organes constitutionnels. Dans cette logique, le Conseil d'État est amené à s'interroger sur la nécessité d'une disposition relative à la dissolution. À la différence de la Chambre des

députés, le Conseil d'État est un organe qui n'est pas renouvelé à intervalles réguliers ou par voie d'une dissolution anticipée. Le mode de nomination des conseillers en fait un organe dont la composition varie certes, mais répond à un principe de continuité. Dans l'histoire, un seul acte de dissolution est intervenu après la Libération de 1944 dans des conditions très particulières. Les règles nouvelles sur la discipline qui prévoient la révocation d'un conseiller permettront de répondre à des problèmes individuels. Dans ces conditions, le Conseil d'État, réagissant aux questionnements de la commission parlementaire, propose d'omettre l'article 12 du projet de loi tel qu'amendé, relatif à la dissolution.

Examen des amendements

Amendement 1 concernant l'article 1^{er}

Le Conseil d'État comprend l'utilité du nouvel alinéa 4 du paragraphe 1^{er} de l'article 1^{er} aux termes duquel le Conseil d'État peut demander la production des projets de règlements dans les matières réservées à la loi et y marque son accord. Dans un souci de meilleure lisibilité du texte, il propose d'écrire :

« Dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Conseil d'État peut demander au Gouvernement de le saisir des projets des règlements visés à l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution avant de donner son avis sur un projet de loi qui prévoit l'adoption de ces règlements. »

Il est évident pour le Conseil d'État que cette disposition ne peut viser que les projets de loi comportant une autorisation du Grand-Duc à réglementer une matière réservée à la loi.

Après relecture de l'alinéa 3, le Conseil d'État suggère encore aux auteurs des amendements une légère modification d'ordre rédactionnel destinée à assurer la concordance des formulations entre l'alinéa 1^{er} et l'alinéa 3, dont la formulation correspond à celle de l'article 36 de la Constitution, et de remplacer « n'est soumis au Grand-Duc » par « ne peut être pris par le Grand-Duc », en omettant la première mention du verbe pour des raisons de style autant que de logique. Le texte se lirait comme suit :

« Sauf le cas d'urgence à apprécier par le Grand-Duc si la loi n'en dispose pas autrement, aucun règlement pour l'exécution des lois et des traités ne peut être pris par le Grand-Duc qu'après que le Conseil d'État a été entendu en son avis. »

Amendement 2 concernant l'article 2

La commission parlementaire souligne que le texte proposé par le Conseil d'État, en ce qu'il fait le lien entre la saisine d'une question et un projet de loi ou de règlement grand-ducal, est plus restrictif que l'article 83*bis* de la Constitution. Dans cette optique, les auteurs des amendements distinguent entre les deux hypothèses.

Le Conseil d'État reconnaît que le libellé qu'il avait proposé peut être lu comme étant plus restrictif que la Constitution. Pour éviter cette impression, il peut marquer son accord avec l'amendement.

Amendement 3 concernant l'article 4

L'amendement de l'alinéa 1^{er} du paragraphe 1^{er} de l'article 4 répond à une proposition du Conseil d'État. En effet, le Conseil d'État propose de compléter l'alinéa 1^{er} par une disposition afin de mettre l'institution en mesure de continuer à remplir ses missions constitutionnelles au cas où, pendant une vacance de siège, la composition ne comprend plus le nombre requis de juristes. Cette phrase est la suivante :

« Le Conseil d'État est valablement composé même si, pendant une vacance de siège, le quorum requis de juristes n'est plus atteint. »

La dérogation permettra de faire abstraction du minimum requis de juristes, mais seulement à titre temporaire jusqu'à la nomination du prochain conseiller qui devra nécessairement être un juriste.

Le Conseil d'État n'entend pas commenter la nécessité de l'amendement de l'alinéa 2. Il se limite à suggérer une modification de la formulation destinée à respecter la cohérence avec le régime de l'article 42 de la Constitution et les précédents historiques et d'écrire, en supprimant la conjonction « et » : « jusqu'à ce qu'il ait prêté serment comme Lieutenant-Représentant du Grand-Duc ».

Amendement 4 concernant l'article 6 initial (article 5 nouveau)

Le Conseil d'État n'a pas d'observation par rapport à la réintroduction, au paragraphe 1^{er} de l'article 5 nouveau, de la condition de résidence.

En ce qui concerne le paragraphe 2, point 5, le Conseil d'État se demande si le souci compréhensible des auteurs quant au non-cumul des fonctions de membre du Conseil d'État et de membre du Comité de déontologie ne pourrait pas être rencontré dans un ajout à l'article 28 nouveau instituant ce comité. Dans cette logique, il se demande s'il ne faudrait pas également y prévoir une incompatibilité avec les fonctions de député ou de membre du Gouvernement. À cet effet, la phrase suivante pourrait être ajoutée à l'article 28 :

« Les fonctions de membre du comité sont incompatibles avec celles de conseiller d'État ou celles énumérées à l'article 36, de député, de membre du Parlement européen et de membre du Gouvernement. »

Amendement 5 concernant l'article 7 initial (article 6 nouveau)

Le Conseil d'État a des réserves très sérieuses par rapport à la modification de l'alinéa 3 de l'article 6 nouveau qui introduit un système de trois profils. Le Conseil d'État relève que les auteurs des amendements ne donnent aucune explication quant à l'abandon de la pratique actuelle consacrée dans la version initiale du projet de loi sous avis. Mis en relation avec l'amendement 6 concernant l'article 8 initial (article 7 nouveau), le passage à trois profils nourrit la crainte d'une préférence donnée aux attaches politiques par rapport aux compétences techniques et, dès lors, d'une politisation accrue du Conseil d'État. En cas de pluralité de profils, se posera la question de la proximité des profils, de leur hiérarchisation et de la motivation de la proposition du candidat par rapport aux profils indiqués. L'expérience, depuis la mise en place du système d'indication d'un profil, prouve la pertinence de l'indication d'un seul profil.

Amendement 6 concernant l'article 8 initial (article 7 nouveau)

L'alinéa 1^{er} de l'article 7 nouveau, tel que reformulé, correspond, dans sa substance, au texte proposé par le Conseil d'État dans son avis du 18 décembre 2015. Le Conseil d'État propose de compléter le projet de loi par deux dispositions, la première, de nature transitoire, à inscrire dans un article 47 nouveau (selon le Conseil d'État), précisant que la finalité d'atteindre le quorum d'un tiers de conseillers du sexe sous-représenté sera réalisée lors des nominations aux postes qui deviendront vacants après l'entrée en vigueur de la loi en projet, et la seconde visant à mettre l'institution en mesure de continuer à remplir ses missions constitutionnelles si, pendant une vacance de siège, la composition ne comprenait pas le nombre requis de membres du sexe sous-représenté.

Le point b) de l'alinéa 1^{er} de l'article 7 nouveau se lira comme suit :

« b) tend à assurer une représentation équilibrée des femmes et des hommes dans la composition du Conseil d'État. Le nombre du sexe sous-représenté ne peut être inférieur à sept.

Le Conseil d'État est valablement composé même si, pendant une vacance de siège, le nombre requis de conseillers d'État du sexe sous-représenté n'est plus atteint. »

La dérogation permettra de faire abstraction du minimum requis de membres du sexe sous-représenté, mais seulement à titre temporaire jusqu'à la nomination du prochain conseiller qui devra nécessairement remplir ce profil.

En ce qui concerne la question de l'équilibre politique visée aux alinéas 1^{er} et 2, le Conseil d'État fait observer ce qui suit.

La légitimité institutionnelle du Conseil d'État est de nature fonctionnelle et non pas élective. Elle ne résulte pas de l'affiliation politique de ses membres. La force du Conseil d'État provient de la manière dont il accomplit, en tant que collège, le plus souvent à l'unanimité de ses membres, sa mission constitutionnelle de « 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 » (art. 83*bis*, al. 1^{er} Const.).

Le Conseil d'État émet un avis et, même dans les cas où il est amené à refuser la dispense du second vote constitutionnel, cette décision n'empêche pas la Chambre des députés de procéder à un vote définitif après trois mois. Le pouvoir de décision revient ainsi à la seule Chambre des députés, qui tire sa légitimité démocratique de l'élection de ses membres au suffrage universel.

Déjà dans son avis du 18 décembre 2015, le Conseil d'État avait marqué des réticences par rapport à une consécration dans la loi de la prise en compte, pour la nomination des conseillers, de la représentation des forces politiques au sein de la Chambre des députés. Le Conseil d'État avait noté que : « il est vrai que selon l'article 7 (6 selon le Conseil d'État) du projet de loi, l'autorité de proposition doit non seulement veiller à la représentativité politique, mais également tenir compte du profil élaboré par le Conseil d'État. Il faut espérer que l'indépendance des conseillers ne pâtira pas au vu de cette politisation accrue ». Or, ainsi que le Conseil d'État l'a

relevé à l'endroit de l'amendement 5, l'importance du profil se trouverait désormais amoindrie par l'exigence de dresser trois profils.

Le Conseil d'État relève des incohérences entre le nouvel alinéa 2 et l'alinéa 1^{er}. Alors que l'alinéa 1^{er} dispose que l'autorité investie du pouvoir de proposition « veille » à l'équilibre politique, le nouvel alinéa 2 l'oblige à « désigne[r] le candidat en concertation avec le groupe ou la sensibilité politique qui se voit attribuer le siège vacant en application du point a) de l'alinéa 1^{er} ». Outre le fait qu'un engagement plus général de veiller à l'équilibre est transformé en respect d'un mécanisme d'attribution, se pose la question des critères et de la procédure de ce régime d'attribution. Le Conseil d'État rappelle que ses membres sont nommés par le Grand-Duc et n'occupent pas des sièges qui sont attribués aux forces politiques. Le Conseil d'État se permet de relever qu'au niveau de la Chambre des députés les sièges ne reviennent pas davantage aux partis politiques. Pour assurer l'effet de l'attribution, l'amendement ajoute une obligation de concertation avec le groupe en cause.

Si les deux concepts, « veiller à l'équilibre » et « concertation », devaient être considérés comme synonymes, le nouvel alinéa 2 n'aurait pas de portée propre, la concertation ne renvoyant qu'à une pratique communicationnelle. Le Conseil d'État considère toutefois que la différence des termes n'est pas uniquement de nature sémantique, mais que leur portée juridique est différente. La concertation vise « la recherche en commun par les personnes dont les intérêts sont convergents, complémentaires ou même opposés, d'un accord tendant à l'harmonisation de leurs conduites respectives »¹. Dans la mesure où l'obligation de concertation renvoie à une procédure de décision en commun ou fait dépendre la désignation d'un candidat par l'organe investi du pouvoir de désignation d'un accord des forces politiques, et va ainsi au-delà d'une simple consultation, se pose un problème d'indépendance de l'organe constitutionnel appelé à désigner le candidat par rapport à un groupe politique.

Le Conseil d'État relève encore que les termes de groupe ou de sensibilité politiques ne sont pas prévus dans la Constitution. Celle-ci reconnaît, à l'article 32*bis*, les partis politiques, mais ne leur donne pour mission que de participer à « la formation de la volonté populaire et à l'expression du suffrage universel ». Les notions de groupe ou de sensibilité politiques figurent dans le règlement de la Chambre des députés.

Si la concertation doit se faire avec les groupes de députés, se pose également la question des rapports entre des organes constitutionnels et des structures internes à l'un de ces organes, en l'occurrence la Chambre des députés. Le Conseil d'État rappelle qu'aux termes de l'article 50 de la Constitution, les députés votent sans en référer à leurs commettants et n'ont en vue que les intérêts généraux du Grand-Duché, qu'aux termes de l'article 77, les ministres sont responsables devant la seule Chambre des députés et que si, en vertu de l'article 83*bis*, la loi règle l'organisation du Conseil d'État, elle ne peut pas soumettre cette institution à une obligation d'agir de concert avec des forces politiques.

En droit, on ne saurait concevoir que l'autorité investie du pouvoir de proposition, qu'il s'agisse de la Chambre des députés ou du Conseil d'État, soit tenue d'entériner dans le vote, au demeurant secret, les résultats de la concertation opérée par ses représentants avec le groupe politique auquel est

¹ Vocabulaire juridique Gérard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, Coll. Quadrige, 11^e édition mise à jour

attribué le siège à pourvoir. Dans l'application pratique, le système risque de conduire à des situations de blocage ou de conflit si la concertation n'aboutit pas, compte tenu notamment de la divergence de vues sur le profil ou la représentation équilibrée des hommes et des femmes, ou si le résultat du vote secret ne correspond pas au résultat de la concertation.

Si le Conseil d'État a pu admettre que la nécessité de veiller à la représentativité des forces politiques dans la composition du Conseil d'État ne soulève pas de problème de conformité avec la Constitution, il n'en va pas de même de la procédure prévue au nouvel alinéa 2, tel que formulé, auquel il doit s'opposer formellement.

Amendement 7 concernant l'introduction d'un nouvel article 8

Sans observation.

Amendement 8 concernant l'article 10 initial (article 9 nouveau)

L'amendement supprime la procédure des candidatures, en renvoyant, dans le commentaire, à la nouvelle procédure de concertation qui doit aboutir à la sélection d'un candidat à proposer. Le Conseil d'État rappelle ses réserves par rapport à l'amendement 6.

Il ajoute que la procédure des candidatures présente l'avantage de garantir la transparence et les droits individuels. Faire abstraction de toute procédure d'appel à des candidats n'est pas sans avoir un effet sur la validité de la décision de proposition de désignation, en particulier au niveau de la motivation.

Amendement 9 concernant l'introduction d'un article 11 nouveau

Sans observation.

Amendement 10 concernant l'article 14 initial (article 13 nouveau)

L'article 13 nouveau prévoit la désignation conjointe du président et des deux vice-présidents parmi les membres du Conseil d'État. Le texte sous examen reste muet quant au remplacement d'un vice-président au cours du mandat du président. En effet, il convient de compléter l'alinéa 1^{er} par une phrase précisant que : « En cas de vacance d'un poste de vice-président, le nouveau titulaire est nommé jusqu'à la fin du mandat du président ».

L'alinéa 2 peut être supprimé pour être superfétatoire.

Amendement 11 concernant l'article 22 initial (article 21 nouveau)

Le Conseil d'État comprend le souci des auteurs des amendements de régler la question des abstentions dans l'optique de la détermination du quorum requis pour une délibération. Le Conseil d'État relève qu'est appliqué, au sein de l'institution, un mécanisme dans lequel un membre ne participe pas à une délibération. Dans ce régime, il est évident qu'il n'est pas pris en considération dans la détermination du quorum. Ce régime ne doit toutefois pas être réglé expressément dans la loi.

Amendement 12 concernant l'article 23 initial (article 22 nouveau)

Les adaptations prévues dans l'amendement sous rubrique sont le corollaire de l'amendement 11.

En ce qui concerne la réglementation de l'abstention, le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit de l'amendement 11.

Pour ce qui est de l'indication du résultat des délibérations, le Conseil d'État avait émis des réserves dans son avis du 18 décembre 2015 en soulignant que « Le Conseil d'État est un organe constitutionnel indépendant qui émet ses avis de façon impartiale et objective. L'exigence prévue risque de compromettre cette façon d'exercer du Conseil d'État et de soumettre les conseillers à des pressions de la part des partis politiques ». La commission parlementaire indique avoir du mal à suivre le Conseil d'État dans son raisonnement. Le Conseil d'État saisit l'occasion pour expliquer sa position : Le constituant de 1868 a, de façon délibérée, évité de mettre en place un sénat, préférant opter pour un Conseil appelé à fournir au Gouvernement, mais aussi à la Chambre, un avis circonstancié. Le mode de fonctionnement du Conseil d'État est celui de la recherche d'une position argumentée et de nature à être adoptée par consensus en l'absence de toute considération politique. Cette recherche d'un consensus, qui fait la force de l'institution, risque de devenir plus difficile si les membres sont exposés à des pressions d'ordre politique, étant donné que leur positionnement par rapport à un avis peut être retracé par la publication du résultat des votes. Des situations de blocage ne sont pas à exclure puisqu'un texte adopté en commission n'est pas voté par la plénière sans qu'un texte alternatif ne puisse être soumis au vote. Tant l'utilité que la célérité du processus consultatif peuvent ainsi être compromises. La pluralité des avis n'est pas dans la logique de la mission consultative du Conseil d'État. La référence, dans le commentaire de l'amendement, à « la volonté exprimée par une majorité des partis politiques à l'occasion de la consultation sur la réforme du Conseil d'État » conforte le Conseil d'État dans ses craintes que le texte proposé entraîne une politisation des délibérations des avis et de l'institution.

Amendement 13 concernant l'article 25 initial (article 24 nouveau)

Sans observation.

Amendement 14 concernant l'article 26 initial (article 25 nouveau)

Le Conseil d'État relève que les règles déontologiques figurent en annexe au règlement d'ordre intérieur et ont été approuvées par règlement grand-ducal du 2 février 2015. Dans son avis du 18 décembre 2015, le Conseil d'État a considéré qu'« il y aurait lieu de maintenir le procédé actuel de l'approbation de ces règles par règlement grand-ducal ». L'amendement ne fait que clarifier le régime actuel.

Amendement 15 concernant l'ajout d'un nouvel article 26

Le Conseil d'État a des réserves sérieuses sur la formule « obligations (...), telles que définies dans les règles déontologiques ». Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, la matière disciplinaire relève de l'article 14 de la Constitution et est réservée à la loi. Certes, « le droit disciplinaire tolère dans la formulation des comportements illicites une

certaine marge d'indétermination sans que le principe de la spécification de l'incrimination n'en soit affecté si des critères logiques, techniques et d'expérience professionnelle permettent de prévoir avec une sûreté suffisante la conduite incriminée »². La définition de la faute disciplinaire ne peut toutefois pas être reléguée par la loi à un texte de nature réglementaire. Dans cette logique, le Conseil d'État s'est limité, dans le texte proposé, à se référer aux concepts de confidentialité, d'impartialité, d'exactitude et d'intégrité qui figurent dans la loi.

Si les auteurs des amendements considèrent qu'il s'impose d'opérer dans le nouvel article 26 un renvoi aux règles déontologiques, le Conseil d'État pourrait envisager de substituer aux termes « telles que définies » les mots « telles que mises en œuvre ».

Amendement 16 concernant l'ajout d'un nouvel article 30

Le Conseil d'État peut marquer son accord avec la possibilité de prévoir la publication d'une sanction. Il soulève toutefois deux questions :

La première question a trait à l'emplacement du texte objet de l'amendement. Une décision sur la publicité est prise une fois la sanction adoptée et non pas au moment de la saisine de l'organe de sanction. Elle ne saurait être comprise comme une sorte de pré-décision quant à la gravité des faits reprochés au conseiller qui fait l'objet de la procédure. La nouvelle disposition devrait dès lors être intégrée comme dernier alinéa à l'article 31 nouveau.

À ce moment se pose la question de savoir si la publication ne devrait pas être limitée aux décisions graves prises par le Conseil d'État lui-même. À quel titre le Bureau du Conseil d'État, qui n'a pas en tant qu'organe autorité de sanction, va-t-il ordonner la publication qui peut être comprise comme une sanction accessoire ? Le Conseil d'État propose dès lors d'insérer, comme nouvel alinéa 5 de l'article 31, un texte ayant la teneur suivante :

« En cas d'exclusion temporaire ou de proposition de révocation, le Conseil d'État décide d'une publication de la sanction. »

Amendement 17 concernant l'intitulé du chapitre 6 initial (chapitre 7 nouveau)

Selon le Conseil d'État, il existe une différence entre le concept d'autorité publique et celui d'organe constitutionnel, ce qui explique la formulation retenue par le Conseil d'État dans son avis du 18 décembre 2015.

Amendement 18 concernant l'article 36 initial (article 43 nouveau)

Le Conseil d'État comprend la suppression de la dernière phrase de l'alinéa 1^{er} de l'article 43 nouveau et l'application du droit commun en matière d'assurance maladie comme confirmation de la situation actuelle dans laquelle les indemnités des conseillers d'État ne sont pas soumises à cotisation.

² Arrêts n^{os} 41/07, 42/07 et 43/07 du 14 décembre 2007 de la Cour constitutionnelle (Mém. A n^o 1 du 11 janvier 2008, pp. 2, 4 et 7)

Article 47 nouveau (selon le Conseil d'État)

Comme évoqué lors de l'examen de l'amendement 1, le Conseil d'État propose d'insérer un article 47 nouveau, en tant que disposition transitoire, qui prendrait le libellé suivant :

« **Art. 47.** Le nombre minimal de membres du sexe sous-représenté prévu à l'article 7 sera atteint lors des nominations aux sièges qui deviendront successivement vacants après l'entrée en vigueur de la présente loi. »

Observations de légistique

En matière de légistique, le Conseil d'État émet les observations suivantes.

Il se dégage de la lecture du texte proposé, joint aux amendements parlementaires, qu'à l'article 5(2), point 5, le terme « ci-après » est à omettre comme étant superfétatoire. Il en est de même à l'article 38.

Le terme « Secrétariat (du Conseil d'État) », correspondant à la dénomination officielle de l'administration, sera à écrire avec une initiale majuscule aux articles 37 et 39.

Si la Chambre des députés admet la proposition du Conseil d'État formulée dans les observations préliminaires d'omettre l'article 12 du projet de loi et celle, évoquée lors de l'examen de l'amendement 1, d'insérer un article 47 nouveau sous les dispositions transitoires, la numérotation des articles subséquents ainsi que des références dans plusieurs articles en seront affectées. La suppression de l'article 12 comportera en outre une modification des intitulés du chapitre 2 ainsi que de sa section 3.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 15 juillet 2016.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes