

Proposition de révision
de l'article 95^{ter} de la Constitution

Avis du Conseil d'État
(5 avril 2019)

Par dépêche du 12 mars 2019, le président de la Chambre des députés a soumis à l'avis du Conseil d'État la proposition de révision de l'article 95^{ter} de la Constitution, déposée le 27 février 2019 par le député Alex Bodry et déclarée recevable le 12 mars 2019, conformément à l'article 61 du règlement de procédure de la Chambre des députés.

Au texte de la proposition de révision étaient joints un exposé des motifs, un commentaire de l'article unique et un texte coordonné de la Constitution, tenant compte de la proposition de révision sous examen.

Considérations générales

D'après l'exposé des motifs, une révision ponctuelle de l'article 95^{ter} de la Constitution actuelle s'impose au regard des difficultés de composition que rencontre la Cour constitutionnelle et de la nécessité d'introduire l'institution des suppléants prévue à l'article 103, paragraphe 4, de la proposition de révision portant instauration d'une nouvelle Constitution (doc. parl. n° 6030), telle qu'adoptée par la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle, ci-après « commission parlementaire », le 6 juin 2018. La révision sous examen serait encore mise à profit pour adapter le dispositif de l'article 95^{ter} sur deux autres points en reprenant le libellé prévu à l'article 103 de la proposition de révision n° 6030 précitée.

Examen de l'article unique

Point 1°

Au paragraphe 3 de l'article 95^{ter}, la dernière phrase relative à la composition de la Cour constitutionnelle et au nombre des magistrats qui siègent dans une affaire est supprimée. Selon la commission parlementaire, l'organisation de la Cour constitutionnelle et la manière d'exercer ses attributions peuvent être réglées dans la loi et n'exigent pas une réglementation au niveau de la Constitution.

Le Conseil d'État renvoie à son deuxième avis complémentaire du 15 décembre 2017 (doc. parl. n° 6030²¹) dans lequel il avait marqué son accord avec l'abandon, dans le futur nouveau texte constitutionnel, de ce dispositif.

Point 2°

La proposition de révision introduit dans l'article 95^{ter} un paragraphe 3^{bis} nouveau afin de prévoir la possibilité de recourir à des suppléants lorsque la Cour constitutionnelle rencontre des difficultés pour se composer. Le texte proposé est celui de l'article 103, paragraphe 4, de la proposition de révision n° 6030 précitée.

Le Conseil d'État marque son accord avec une « révision ponctuelle et en priorité » consistant dans l'insertion d'une référence aux suppléants à l'actuel article 95^{ter} de la Constitution.

La procédure de désignation des suppléants devrait, d'après le commentaire, être réglée dans la loi organique de la Cour constitutionnelle.

Le Conseil d'État rappelle que, dans son deuxième avis complémentaire du 15 décembre 2017, précité, il s'était demandé « s'il ne serait pas plus cohérent de reléguer la question de l'organisation, y compris de la composition, de la Cour constitutionnelle à la loi, à l'instar de la démarche suivie pour l'organisation des juridictions ». Il n'a pas été suivi par la commission parlementaire qui, dans la proposition de révision annexée à son rapport du 6 juin 2018, a maintenu, à l'article 103, paragraphe 3, de la proposition de révision, le dispositif de l'actuel article 95^{ter}, paragraphe 3, de la Constitution réglant la composition de la Cour constitutionnelle.

Le Conseil d'État relève que ce choix aboutit à retenir deux logiques différentes consistant à régler la désignation des membres « titulaires » de la Cour constitutionnelle dans la Constitution et à renvoyer, du moins implicitement en ce qui concerne les suppléants, à la loi. Seul le statut des titulaires aura une base constitutionnelle. En théorie, il n'est pas exclu de prévoir, dans la loi, pour la désignation des suppléants, des règles qui diffèrent de celles prévues dans le texte constitutionnel pour les membres « titulaires ». Cette dualité de régime risque de porter atteinte à l'unicité du statut des juges qui siègent dans une composition, unicité qui s'impose toutefois au regard de l'identité de leur fonction juridictionnelle. Une fois que l'option a été prise de fixer dans le texte constitutionnel la procédure de désignation des membres « titulaires », le Conseil d'État considère qu'il s'impose de suivre la même logique pour les suppléants et d'ajouter, au texte proposé du paragraphe 3^{bis}, les phrases suivantes :

« Les suppléants sont nommés par le Grand-Duc, sur l'avis conjoint de la Cour Supérieure de Justice et de la Cour administrative. Les dispositions des articles 91, 92 et 93 leur sont applicables. »

Le Conseil d'État considère encore que le nombre de suppléants devrait être clairement déterminé, nombre qui ne devrait pas dépasser celui des membres titulaires. Il est encore d'avis que les hypothèses et les procédures dans lesquelles les suppléants sont appelés à remplacer les membres titulaires devraient être précisées.

Le Conseil d'État note que la Commission de Venise, dans son avis du 18 mars 2019 relatif à la proposition de révision n° 6030 précitée, considère également que « davantage de précisions sur les cas dans lesquels lesdits

suppléants seront invités à compléter la Cour ainsi que sur la procédure à respecter seraient utiles »¹.

Le Conseil d'État estime que ces précisions ne requièrent pas une consécration dans la Constitution, mais peuvent être effectuées au niveau de la loi. Il n'a, jusqu'à présent, pas été saisi d'un projet de loi portant modification de la loi organique de la Cour constitutionnelle².

Point 3°

La proposition de révision prévoit encore de compléter l'article 95ter de la Constitution par un paragraphe 5 nouveau relatif aux effets des arrêts de la Cour constitutionnelle. D'après l'exposé des motifs, la commission parlementaire a considéré qu'il était opportun « d'intégrer à la même occasion, dans l'article 95ter, une disposition qui règle les effets des arrêts de la Cour Constitutionnelle, disposition également inscrite à l'article 103 de la Proposition de révision n° 6030 ».

Le Conseil d'État peut comprendre l'option prise par les auteurs de la proposition de révision sous rubrique.

Dans son avis sur la proposition de révision de la Constitution, adopté lors de sa 118^e réunion les 15 à 16 mars 2019, la Commission de Venise salue « la possibilité d'un effet différé des arrêts de la Cour pour une durée maximum de douze mois ». Elle s'interroge toutefois sur la formulation d'après laquelle « les dispositions déclarées non conformes cessent d'avoir un effet juridique » le lendemain de la publication de l'arrêt ». Selon la Commission de Venise, cette « compétence » de la Cour « mériterait d'être précisée ». Au regard d'explications fournies par les autorités luxembourgeoises, la Commission de Venise a compris qu'« il s'agit d'une impossibilité d'appliquer la loi, qui ne disparaît pour autant pas du corpus législatif, et non d'une annulation ». La Commission de Venise recommande, « afin de garantir l'application du principe de sécurité juridique, de prévoir l'annulation des dispositions déclarées inconstitutionnelles ». Par ailleurs, elle estime qu'il « faudrait préciser si les arrêts de la Cour constitutionnelle ont un effet *ex nunc* ou *ex tunc*, étant précisé que le requérant doit bénéficier de la non-application de la loi dans son cas ».

Le Conseil d'État relève que la question d'une « annulation *ex tunc* » ne peut pas se poser dans le régime, salué par la Commission de Venise, d'un effet différé de l'arrêt. Dans ce cas, il va de soi que la loi déclarée non conforme à la Constitution ne subira pas une « annulation *ex tunc* ». Le Conseil d'État a encore du mal à admettre que le dispositif sous examen consacre deux régimes différents, le premier opérant une mise à néant immédiate soit *ex nunc*, soit *ex tunc*, le second uniquement un effet différé nécessairement *ex nunc*.

Dans son deuxième avis complémentaire du 15 décembre 2017, le Conseil d'État s'est interrogé sur les « critères que le juge constitutionnel va appliquer pour fixer la date de la prise d'effet de l'arrêt ». Il avait attiré

¹ Doc. parl. n° 6030²⁸, point 112, p. 22.

² Loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle.

l'attention des auteurs sur des solutions différentes en droit européen et en droit belge en rappelant que « [l]a Cour de justice de l'Union européenne peut uniquement, dans l'arrêt préjudiciel, sauvegarder des situations antérieures, mais ne peut pas reporter les effets de la décision. Le système belge distingue entre les conséquences d'un arrêt d'annulation intervenu sur recours direct, qui a effet à partir de sa publication, et les effets de l'arrêt préjudiciel où la Cour constitutionnelle peut sauvegarder des effets de la loi déclarée non conforme à la Constitution ». Dans cette logique, le Conseil d'État ne considère pas que le système prévu s'inscrit dans la logique d'un recours en annulation soulevant le problème d'un effet *ex tunc*. Dans son avis complémentaire du 14 mars 2017, le Conseil d'État avait déjà précisé sa compréhension du système mis en place en relevant ce qui suit : « Enfin, les auteurs ont opté pour une solution intermédiaire entre un effet d'annulation de la norme reconnue incompatible et un effet *inter partes* en consacrant le mécanisme d'une « désapplication » générale. La portée de l'arrêt de la Cour suprême se distingue ainsi de celle des décisions des juridictions ordinaires qui se limitent à laisser la norme inappliquée dans le litige en cause. L'arrêt de la Cour aura un effet sur l'ensemble des juridictions, sur les administrations et sur tous les administrés et justiciables ». Le Conseil d'État a conclu que « [l]a consécration du mécanisme de la perte d'effet juridique aura l'avantage d'éviter les difficultés inhérentes à une annulation *ex tunc* ».

Dans ces conditions, le Conseil d'État a du mal à suivre la Commission de Venise qui considère qu'il est nécessaire de préciser si les arrêts de la Cour constitutionnelle ont un effet *ex nunc* ou *ex tunc*.

La question de la situation du requérant devant le juge de renvoi qui doit bénéficier de la non-application de la loi dans son cas est toutefois pertinente. Il est vrai que l'abandon du mécanisme d'une inapplication de la loi dans le litige « *inter partes* » et la consécration d'un mécanisme de cessation générale des effets de la loi posent problème dans l'hypothèse d'un effet différé. Un tel effet différé ne saurait être opposé à la partie qui a invoqué devant le juge de renvoi le moyen d'inconstitutionnalité de la loi.

Seule la combinaison d'un régime d'inapplication « *inter partes* » avec un régime de cessation des effets « *erga omnes* », éventuellement différé, permet de trouver une réponse valable au problème soulevé à juste titre par la Commission de Venise.

Il relève encore que le texte proposé reprend le libellé de l'article 105, paragraphe 6, dans la version des amendements adoptés par la commission parlementaire lors de sa réunion du 19 septembre 2017. Ce texte fait référence à la non-conformité des dispositions légales avec les « traités internationaux ». Dans son deuxième avis complémentaire du 15 décembre 2017 précité, le Conseil d'État a relevé que cette référence est « dépourvue de toute signification et doit être omise ». Il avait considéré qu'il s'agissait d'une erreur de formulation. Cette erreur a d'ailleurs été redressée dans le texte coordonné de la proposition de révision annexé au rapport de la commission parlementaire du 6 juin 2018³. Le Conseil d'État propose de reprendre ce dernier texte.

³ Article 103, paragraphe 6.

Observations d'ordre légistique

Article unique

À l'instar du texte de la Constitution, et plus particulièrement de l'article 95^{ter} qu'il s'agit de modifier, il est recommandé d'écrire le terme « Constitutionnelle » avec une lettre initiale majuscule, ceci à trois reprises.

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 17 votants, le 5 avril 2019.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

La Présidente,

s. Agny Durdu