

Proposition de révision

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

Deuxième avis complémentaire du Conseil d'État

(20 décembre 2019)

Par dépêche du 18 juillet 2019, le président de la Chambre des députés a soumis à l'avis du Conseil d'État deux amendements à la proposition de révision sous rubrique que la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle, ci-après dénommée « commission parlementaire », a adoptés lors de sa réunion du 17 juillet 2019.

Au texte de ces amendements étaient joints un commentaire pour chacun des amendements ainsi qu'un texte coordonné reprenant les modifications proposées.

Examen des amendements

À la lecture des amendements parlementaires relatifs à la proposition de révision de l'article 95^{ter} sous examen, le Conseil d'État se doit tout d'abord de relever que plusieurs différences textuelles sont à constater par rapport à l'article 103 (ancien 95^{ter}), tel qu'il est actuellement proposé de le modifier dans le cadre de la proposition de révision portant instauration d'une nouvelle Constitution (doc. parl. n° 6030³⁰ du 10 juillet 2019).

Point 1°

L'amendement prévoit que les attributions de la Cour constitutionnelle, prévues à l'article 95^{ter}, peuvent être élargies par une loi votée à la majorité qualifiée.

La Constitution peut déterminer les attributions des institutions ou organes qu'elle prévoit ou déléguer cette détermination à la loi. Un tel renvoi à la loi est d'ailleurs prévu par plusieurs dispositions constitutionnelles. Ainsi, l'article 86 exige l'intervention de la loi pour créer un tribunal ou une juridiction contentieuse. L'article 87 renvoie à la loi pour l'organisation d'une Cour supérieure de justice. Toujours pour les juridictions judiciaires, l'article 94, alinéa 1^{er}, de la Constitution prévoit l'organisation des tribunaux militaires et la détermination de leurs attributions par des lois particulières. L'article 94, alinéa 2, de la Constitution renvoie à la loi pour l'organisation des juridictions du travail et des juridictions en matière d'assurances sociales et la détermination de leurs attributions. L'article 95^{bis} crée, au paragraphe 1^{er}, le tribunal administratif et la Cour administrative et leur confère la compétence de connaître du contentieux administratif et fiscal. Le paragraphe 2 autorise le législateur à créer d'autres juridictions administratives et le paragraphe 4 renvoie à la loi pour régler l'organisation et les attributions des juridictions administratives.

L'article 95^{ter} actuel détermine la compétence de la Cour constitutionnelle pour procéder au contrôle de constitutionnalité des lois et règle sa composition. Pour ce qui concerne l'organisation et la manière d'exercer les attributions, il est renvoyé à la loi. Sur ce dernier point, il est intéressant de relever la différence de formulation des articles 95^{bis} et 95^{ter}. Alors que le paragraphe 4 de l'article 95^{bis} vise les attributions des juridictions administratives qui sont réglées par la loi, le paragraphe 5 de l'article 95^{ter} fait référence à la loi pour « la manière » dont la Cour constitutionnelle exerce ses compétences, mettant ainsi en évidence qu'est visée la seule compétence de contrôler la constitutionnalité des lois inscrite au paragraphe 1^{er}. Ceci est logique dans la mesure où la Cour constitutionnelle est un organe constitutionnel particulier qui se caractérise par sa fonction spécifique, non contentieuse au sens traditionnel du terme, de contrôler la constitutionnalité des lois. D'autres attributions ne lui reviennent pas « naturellement », mais doivent, si besoin, être expressément prévues. C'est dans cette logique que la proposition de révision globale (doc. parl. n° 6030) renvoie au règlement des conflits d'attribution et aux recours contre les décisions en matière de vérification des pouvoirs ou de perte de la qualité de député.

Aucun obstacle juridique ne s'oppose à ce que le constituant délègue la détermination d'attributions de la Cour constitutionnelle, autres que celles d'ores et déjà prévues dans la Constitution, à une loi. De même, il peut déterminer les critères de majorité requise aux fins de l'adoption de telles lois. Le Conseil d'État relève que la Constitution actuelle prévoit un certain nombre de cas de lois votées à la majorité qualifiée¹. Rien n'empêche le constituant de prévoir d'autres situations dans lesquelles il est préférable de soustraire l'adoption d'une loi aux règles de la majorité simple. Étant adoptées avec les règles de majorité à observer pour la révision constitutionnelle, ces lois s'apparentent, en quelque sorte, à ce qui est connu en France sous la dénomination de « lois constitutionnelles », même si ce concept n'est pas utilisé dans le système juridique luxembourgeois. Le texte de la Constitution, dans sa dernière version proposée dans le cadre de la proposition de révision portant instauration d'une nouvelle Constitution (doc. parl. n° 6030), prévoit d'ailleurs le vote à la majorité qualifiée (défini à l'article 72, alinéa 3) dans un nombre plus important de cas de figure².

Le Conseil d'État considère toutefois que des arguments forts plaident à l'encontre de la solution prévue.

La Cour constitutionnelle, même si elle constitue une partie intégrante du « pouvoir judiciaire », occupe une position à part dans l'ordre constitutionnel en tant qu'institution particulière dotée d'une compétence

¹ On peut relever : la prorogation de l'état de crise (article 32, par. 4, al. 3, de la Constitution) ; la déclaration de guerre et sa cessation (article 37, al. 6, de la Constitution) ; la fixation du nombre des députés à élire dans les circonscriptions électorales (article 51, par. 3, de la Constitution) ; l'approbation de traités en cas de transfert d'attributions (articles 49^{bis} et 114, par. 2, de la Constitution) ; les conditions de nationalité des membres du collège du bourgmestre et des échevins (article 107, par. 4, de la Constitution) ; la révision constitutionnelle (article 114 de la Constitution).

² Voir : article 5, al. 1^{er} (transfert de l'exercice de pouvoirs à l'Union européenne) ; article 6 (changement de territoire) ; article 50, par. 4 *in fine* (prorogation de l'état de crise) ; article 55, par. 2, al. 2 (exclusion d'une personne de l'ordre de succession au trône) ; article 56 (désignation d'un nouveau chef d'État) ; article 59 (abdication « forcée » du Grand-Duc) ; article 64, par. 4, al. 2 (fixation du nombre des députés à élire dans les circonscriptions électorales) ; article 66, al. 2 (incompatibilités avec le mandat de député) ; article 72, al. 3 (vote à majorité qualifiée) ; article 82, al. 1^{er} (Ombudsman) ; article 127, al. 1^{er}, phrase 2 (révision constitutionnelle).

spécifique. Dans cette logique, la Constitution actuelle détermine exactement la composition de la Cour et circonscrit ses attributions. Si la proposition de révision constitutionnelle (doc. parl. n° 6030) entend élargir ces compétences, elle le fait dans des termes exprès en renvoyant au règlement des conflits d'attribution et au contentieux sur le mandat de député. Autoriser un élargissement des compétences par la loi, dût-elle être votée à la majorité qualifiée, se concilie mal avec la logique d'une organisation de la Cour constitutionnelle dans la loi fondamentale de l'État. Il est en effet difficilement compréhensible que la composition de la Cour constitutionnelle soit réglée dans le texte même de la Constitution, alors que la question bien plus importante de la détermination de ses attributions puisse être reléguée, fût-ce partiellement, à la loi. Se pose, à cet égard, d'ailleurs un problème pratique dans l'hypothèse où un accroissement des compétences, par le biais de la loi, requerrait une augmentation des effectifs de la Cour pour la réalisation de laquelle il faudra modifier le texte constitutionnel. De même, il paraît difficile de saisir les raisons pour lesquelles les compétences additionnelles au contrôle de constitutionnalité des lois, à savoir le règlement des conflits d'attribution ou le contentieux sur le mandat des députés, soient expressément inscrites dans la proposition de révision constitutionnelle (doc. parl. n° 6030), alors que d'autres compétences puissent être attribuées à la Cour constitutionnelle par la voie de la loi.

Certes, l'attribution de nouvelles compétences ne se fera pas par le biais d'une loi ordinaire, à l'instar de celles qui règlent les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, mais par une loi votée à la majorité qualifiée. Il n'en reste pas moins qu'une telle loi ne suit pas les procédures prévues pour la révision constitutionnelle proprement dite et ne saurait être assimilée à une révision implicite ou simplifiée de la Constitution.

L'adoption de telles lois pourrait encore aboutir à un conflit de lois dans la mesure où les compétences nouvellement attribuées à la Cour constitutionnelle sont « enlevées » aux juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif. Un tel conflit peut mettre en relation la loi adoptée à la majorité qualifiée et la loi ordinaire. Est-ce que ce conflit devrait être réglé en application de la hiérarchie des normes, la loi votée à la majorité qualifiée pouvant être considérée comme supérieure à la loi ordinaire – solution difficilement envisageable dans le système constitutionnel actuel –, ou la question serait-elle réglée par application de la succession des lois dans le temps ? Un conflit pourrait également apparaître si la compétence nouvelle vient empiéter sur la compétence exclusive des juridictions judiciaires de connaître des contestations ayant pour objet des droits civils au sens de l'article 84 de la Constitution, compétence à laquelle aucune loi ne saurait déroger ; en effet, même une loi votée à la majorité qualifiée risque d'encourir la sanction de l'inconstitutionnalité.

L'approche suivie par les auteurs de l'amendement aboutit encore à une situation dans laquelle un même texte constitutionnel combine trois approches différentes. Pour la détermination de la compétence essentielle, à savoir le contrôle de constitutionnalité, de même que pour la composition, c'est le texte constitutionnel lui-même qui apporte les réponses. Pour ce qui concerne l'organisation et la manière d'exercer les compétences, le texte renvoie à la loi ordinaire. Par contre, pour l'attribution de compétences nouvelles, le législateur devra adopter une loi votée à la majorité qualifiée. L'articulation de ces trois logiques est difficile à saisir et est de nature à mettre en cause la cohérence interne du dispositif constitutionnel.

Le Conseil d'État considère encore que la formulation selon laquelle « les attributions [...] peuvent être élargies » n'est pas heureuse. Certes, elle a pour avantage de clarifier que le législateur, même procédant par l'adoption d'une loi votée à la majorité qualifiée, ne saurait restreindre les compétences inscrites dans le texte constitutionnel. Le verbe « élargir » ne saurait pas davantage porter sur la manière d'exercer les compétences, question faisant l'objet du paragraphe 5. Le concept d'élargissement pose toutefois problème en relation avec les attributions qu'il s'agit d'élargir. La compétence actuellement inscrite à l'article 95^{ter} est celle de procéder au contrôle de constitutionnalité des lois. Or, il ne s'agit pas d'élargir cette compétence, sauf à admettre que la restriction figurant actuellement dans le dispositif constitutionnel et mettant à l'abri d'un tel contrôle les lois portant approbation de traités puisse être éliminée. Il s'agit, bien plutôt, d'ajouter d'autres compétences de nature particulière et ponctuelle à la compétence du contrôle de constitutionnalité qui est essentielle à l'existence même de cette Cour. Il faudrait, dès lors, en toute logique, dire que « d'autres attributions juridictionnelles peuvent être conférées à la Cour constitutionnelle ».

En conclusion de ces considérations, le Conseil d'État exprime une nette préférence pour la solution retenue dans la proposition de révision (doc. parl. n° 6030) et invite les auteurs de l'amendement à omettre le dispositif relatif à un élargissement des attributions de la Cour constitutionnelle par la voie d'une loi, fût-elle adoptée par une majorité qualifiée.

Point 2°

Pour répondre aux observations de la Commission de Venise et à celles du Conseil d'État, formulées dans son avis complémentaire du 2 juillet 2019, la commission parlementaire propose de remplacer la dernière phrase du paragraphe 6 de l'article 95^{ter} par une disposition qui s'inspire de l'article 62, alinéa 2, de la Constitution française³. La commission parlementaire estime que cette nouvelle disposition confère à la Cour constitutionnelle la marge de manœuvre nécessaire quant à la détermination des conséquences des effets de ses arrêts.

L'amendement supprime, d'abord, la limite maximale de douze mois du délai pour lequel la Cour constitutionnelle peut reporter l'effet de son arrêt. La commission parlementaire souligne, dans son commentaire, que la suppression de cette limite ne saurait être interprétée comme une « carte blanche » permettant de laisser en vigueur des dispositions déclarées non conformes à la Constitution. Le Conseil d'État comprend le mécanisme en ce sens qu'il existera toujours une date précise pour la prise d'effet de l'arrêt, soit le lendemain de la publication dans les formes prévues par la loi, soit la date à l'issue du délai que la Cour constitutionnelle aura ordonné. L'indication de ce délai ne signifie pas que la loi déclarée contraire à la Constitution doit nécessairement être maintenue pendant cette période. Il s'agit bien plutôt d'un délai accordé au législateur pour adopter une

³ « **Art. 62.** Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application. Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. »

disposition légale nouvelle tenant compte de l'arrêt de la Cour constitutionnelle. Si le législateur n'a pas réagi dans ce délai, la loi déclarée non constitutionnelle disparaîtra de l'ordre juridique à l'expiration de ce délai. Dans cette logique, on peut d'ailleurs difficilement parler d'un « blanc-seing » donné au juge constitutionnel, étant donné que le législateur peut, avant l'expiration de ce délai, procéder à l'adoption d'une nouvelle disposition légale pour remplacer celle qui a été censurée. Il n'en reste pas moins que le texte sous examen, à l'instar d'ailleurs du dispositif français de référence, à savoir l'article 62 de la constitution française, ne prévoit aucun critère d'appréciation qui présidera au choix du délai que la Cour constitutionnelle peut retenir. Même si l'on admet que cet élément de sa décision, comme tout autre, devra être motivé, cette exigence ne constitue pas vraiment une limitation de son pouvoir, étant donné que la détermination de ce délai ne saurait être mise en cause.

En ce qui concerne l'effet dans le temps de l'arrêt, les auteurs des amendements proposent de reprendre le dispositif prévu à l'article 62, alinéa 2, deuxième phrase, de la constitution française en prévoyant qu'il appartient à la Cour constitutionnelle de déterminer les conditions et limites dans lesquelles les effets, que la disposition déclarée inconstitutionnelle a produits, sont susceptibles d'être remis en cause.

Le Conseil d'État rappelle les considérations qu'il avait développées dans ses avis précédents sur cette problématique. L'arrêt déclarant une disposition légale comme étant contraire à la Constitution a, en principe, un effet abrogatif le lendemain de la publication de l'arrêt. Le Conseil d'État a reconnu la nécessité, dans certaines circonstances, de prévoir un report « *ad futurum* » de la déclaration d'inconstitutionnalité. Il a toutefois considéré ce report comme une dérogation au principe de l'effet immédiat qui doit dès lors être circonscrit à des circonstances exceptionnelles et être motivé par la Cour constitutionnelle. Le Conseil d'État renvoie, à cet égard, à la jurisprudence du Conseil constitutionnel français qui examine les conséquences que comporterait l'abrogation immédiate de la disposition légale en cause et qui procède à un report si cette abrogation immédiate comporte des conséquences manifestement excessives ou si une abrogation immédiate préempte des choix qui relèvent du seul législateur. Il est vrai que tant le texte français que l'amendement sous examen laissent une large marge d'appréciation au juge constitutionnel et omettent de fixer un cadre pour un tel report.

Dans ses avis précédents, le Conseil d'État a également considéré que la partie à l'origine du renvoi préjudiciel devant la Cour constitutionnelle devrait, en toute circonstance, bénéficier de l'arrêt déclarant inconstitutionnelle la disposition légale en cause. Le mécanisme de contrôle de constitutionnalité actuel consacre d'ailleurs expressément cet effet « *inter partes* » dans le litige à l'occasion duquel le renvoi préjudiciel a été opéré. Dans la même logique, la disposition législative déclarée non constitutionnelle devrait être écartée dans le cadre des litiges déjà pendants, ce qui aboutit à une sorte de « rétroactivité procédurale » de l'arrêt. Sur ce point encore, les auteurs de l'amendement omettent de prévoir des garanties expresses, préférant s'en remettre à la décision de la Cour constitutionnelle, à l'instar du constituant français. Le Conseil d'État estime, en ce qui concerne, d'une part, la sauvegarde des droits de la partie dans le litige au principal à l'occasion duquel le renvoi préjudiciel a été opéré et, d'autre part, les droits d'autres justiciables qui ont déjà introduit des actions en justice, toujours pendantes, mettant en cause la même disposition légale, qu'il y a lieu

d'ajouter un dispositif exprès garantissant que la loi déclarée anticonstitutionnelle ne puisse plus être appliquée dans ces litiges. Il renvoie à son avis complémentaire du 2 juillet 2019.

Par ailleurs, le Conseil d'État se doit encore de renvoyer à ses observations émises dans son avis complémentaire du 2 juillet 2019 précité pour rappeler qu'une modification du dispositif constitutionnel relatif aux effets des arrêts de la Cour constitutionnelle requiert également une adaptation de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle.

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 17 votants, le 20 décembre 2019.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

La Présidente,

s. Agny Durdu