

Projet de loi

portant modification

- 1) de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif,**
- 2) de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives**

Avis du Conseil d'État

(29 mai 2018)

Par dépêche du Premier ministre, ministre d'État, du 26 février 2018, le Conseil d'État a été saisi du projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de la Justice.

Le projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, d'une fiche d'évaluation d'impact, d'une fiche financière ainsi que des textes coordonnés des deux lois que le projet sous rubrique vise à modifier.

Les avis de la Cour administrative et de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg ont été communiqués au Conseil d'État par dépêches respectivement des 14 mars et 17 mai 2018.

Considérations générales

Le projet de loi sous rubrique comporte deux volets.

Il s'agit, en premier lieu, d'intégrer dans le projet de loi sous avis la disposition relative au recrutement de deux juges supplémentaires au tribunal administratif figurant dans les amendements gouvernementaux au projet de loi n° 6563B portant modification 1) de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, 2) de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, 3) de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire. Selon les auteurs, « au vu de l'urgence de ces recrutements, il est proposé de déplacer la disposition y relative dans le présent projet de loi susceptible d'être voté plus rapidement que le projet de loi n° 6563B ».

En second lieu, le projet de loi vise à préciser le traitement réservé aux pièces classifiées au sens de la loi modifiée du 15 juin 2004 relative à la classification des pièces et aux habilitations de sécurité, d'une part, et aux informations dont la divulgation compromet la sécurité nationale, la sécurité des organisations ou des personnes ayant fourni les informations ou celle des

personnes auxquelles elles se rapportent, ou serait préjudiciable aux relations internationales, d'autre part, lorsque ces pièces ou informations sont versées ou communiquées dans le cadre d'un recours devant les juridictions administratives.

Examen des articles

Article 1^{er}

Le recrutement de deux juges supplémentaires au tribunal administratif est justifié, selon les auteurs, par l'augmentation du contentieux. Le Conseil d'État conçoit ces nécessités de même que le choix d'intégrer la disposition figurant encore à l'heure actuelle dans l'amendement gouvernemental au projet de loi n° 6563B dans le projet de loi sous avis.

Article 2

L'article sous examen modifie certains articles de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

Le point 1°, qui modifie l'article 5, paragraphe 4, de la loi modifiée du 21 juin 1999 n'appelle pas de commentaire.

Le point 2° introduit à l'article 8 de ladite loi un nouveau paragraphe *5bis* et un nouveau paragraphe *5ter* qui est destiné à organiser le traitement d'un point de vue procédural des pièces classifiées et d'informations ou de sources risquant de compromettre la sécurité nationale.

Le nouveau paragraphe *5bis* reprend au point b) les dispositions de l'article 18, alinéa 2, de la loi du 18 décembre 2015 relative à l'accueil des demandeurs de protection internationale et de protection temporaire, tout en adaptant légèrement la formulation. Le mécanisme prévu dans la loi du 18 décembre 2015 va désormais s'appliquer de manière générale dans tous les recours devant les juridictions administratives. Les informations et sources touchant à la sécurité nationale sont accessibles au seul tribunal, à l'exclusion des autres parties. Celles-ci peuvent uniquement se voir communiquer la substance de ces informations, d'une manière qui tient compte de la confidentialité nécessaire.

Le point a) du paragraphe *5bis* vise un cas de figure nouveau, supplémentaire, à savoir celui où des pièces classifiées au sens de la loi précitée du 15 juin 2004 sont versées par une partie à l'appui de ses prétentions. L'accès à ces pièces sera réservé au tribunal. Aucune communication de la substance des informations à la partie adverse n'est prévue.

Le paragraphe *5ter* précise que le tribunal peut demander à la partie qui invoque le caractère classifié d'une pièce de prouver celui-ci, à défaut de quoi la pièce peut être écartée.

L'articulation du principe du contradictoire dans toute procédure judiciaire avec la nécessaire sauvegarde du « secret », qu'il s'agisse d'un secret commercial ou d'un secret d'affaires, d'ordre privé, ou d'un secret touchant à la sécurité nationale, d'ordre public, constitue un problème récurrent dans tout État de droit.

La Cour européenne des droits de l'homme a, régulièrement, rappelé que « le principe du contradictoire et celui de l'égalité des armes, étroitement liés entre eux, sont des éléments fondamentaux de la notion de « procès équitable » au sens de l'article 6 § 1 de la Convention »¹. Elle a toutefois admis des restrictions à ce principe si « des intérêts nationaux supérieurs étaient mis en avant pour dénier à une partie une procédure pleinement contradictoire. » Elle a reconnu que les « États contractants jouissent en la matière d'une certaine marge d'appréciation » tout en se réservant le droit « de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention ». À cet égard, la Cour attache une importance particulière au respect du principe du contradictoire dans l'intégralité de la procédure et au rôle du juge². La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi jugé « que l'existence d'une violation des droits de la défense, y compris le droit d'accès au dossier, doit être appréciée en fonction des circonstances spécifiques de chaque espèce, notamment de la nature de l'acte en cause, du contexte de son adoption et des règles juridiques régissant la matière concernée ».

La Cour de justice de l'Union européenne a également pris position sur le conflit entre le principe procédural du contradictoire et la sauvegarde du secret. Dans des arrêts portant sur la légalité de mesures restrictives concernant des personnes ou entités de pays tiers, elle a vérifié le respect des droits de la défense et admis que « lorsque des informations suffisamment précises, permettant à l'intéressé de faire connaître utilement son point de vue sur les éléments retenus à sa charge par le Conseil, ont été communiquées, le principe du respect des droits de la défense n'implique pas l'obligation pour ce dernier de donner spontanément accès aux documents contenus dans son dossier. Ce n'est que sur demande de la partie intéressée que le Conseil est tenu de donner accès à tous les documents administratifs non confidentiels concernant la mesure en cause »³.

¹ Article 6: Droit à un procès équitable

1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

² Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (grande chambre) du 16 mai 2017 dans l'affaire Regner c. République tchèque : « Tout d'abord, les tribunaux ont accès à tous les documents classifiés, sans restriction, sur lesquels l'Office s'est basé pour justifier sa décision. Ils ont ensuite le pouvoir de se livrer à un examen approfondi des raisons invoquées par l'Office pour ne pas communiquer les pièces classifiées. Ils peuvent en effet apprécier la justification de la non-communication des pièces classifiées et ordonner la communication de celles dont ils estimeraient qu'elles ne méritent leur classification. Ils peuvent également apprécier le bien-fondé de la décision de l'Office ordonnant le retrait de l'attestation de sécurité et sanctionner, le cas échéant, une décision arbitraire dudit Office. »

³ Arrêt de la Cour (première chambre) du 28 juillet 2016, Johannes Tomana e.a. c. Conseil de l'Union européenne et Commission européenne, C-330/15P, ECLI:EU:C:2016:601.

En ce qui concerne des secrets d'ordre privé, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que « l'article 47, deuxième alinéa, de la Charte⁴ doit être interprété en ce sens que, dans le cadre de l'exercice de son contrôle juridictionnel par un juge de l'État membre requis, ce juge doit avoir accès à la demande d'informations adressée par l'État membre requérant à l'État membre requis. L'administré concerné ne dispose pas en revanche d'un droit d'accès à l'ensemble de cette demande d'informations qui demeure un document secret, (...). Afin de faire pleinement entendre sa cause au sujet de l'absence de pertinence vraisemblable des informations demandées, il suffit, en principe, qu'il dispose des informations (minimales) visées à (...) la directive⁵.

Le Conseil d'État constate que, dans le système prévu dans le projet de loi sous examen, le tribunal aura accès aux pièces et informations visées à l'article 5*bis*. Les textes prévus n'autorisent toutefois pas le juge à décider que les pièces, informations ou documents seront communiqués à la partie adverse sauf à être retirés par la partie qui entend en faire état. En effet, le paragraphe 5*ter* se limite à imposer à la partie qui invoque une pièce, en tant que document classifié, de prouver cette classification sans devoir en justifier le bien-fondé. Le paragraphe 5*ter*, qui vise les seules pièces classifiées, se réfère uniquement à la lettre a) du paragraphe 5*bis* et non pas à la lettre b). Le régime se distingue encore en ce que la lettre b) prévoit que la substance des informations doit être communiquée à l'autre partie, ce qui rejoint les limites émises par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Berlioz* précité. Comme relevé ci-dessus, en ce qui concerne les pièces classifiées, l'autorité publique doit uniquement prouver que ces pièces ont été classifiées sans devoir prouver la justesse de cette classification. Aucune communication, fût-elle de nature minimale, n'est prévue au profit de la partie adverse.

Le Conseil État rappelle enfin que la Cour constitutionnelle, statuant sur la conformité de la loi du 15 juin 2004, précitée, avec l'article 12 de la Constitution, en tant qu'il consacre les droits de la défense, a jugé que « en permettant aux agents du Service de Renseignement de l'État d'opposer discrétionnairement aux autorités policières, administratives et judiciaires le secret par la simple affirmation, le cas échéant, qu'une information utile provient d'un service de renseignement étranger, sans instaurer un contrôle de la véracité d'une telle affirmation, la loi rompt l'équilibre entre les nécessités de la protection des sources, même étrangères, et les droits de la défense. »

Le Conseil d'État renvoie également à l'avis de la Cour administrative qui met en garde les auteurs du projet de loi contre une « inflation des classifications » et contre des atteintes de plus en plus fréquentes au principe

⁴ Article 47 : Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial

Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.

Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice.

⁵ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 16 mai 2017, C-682/15, *Berlioz Investment Fund c/ Directeur de l'Administration des contributions directes*, Demande de décision préjudicielle, introduite par la Cour administrative (Luxembourg), ECLI:EU:2017:372.

essentiel du contradictoire. L'avis attire encore l'attention des auteurs du projet de loi sur les implications de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne.

L'impossibilité pour le juge d'apprécier le bien-fondé d'une classification ou de communiquer à la partie intéressée, ne fût-ce que le contenu de la pièce classifiée, n'est pas conforme à l'article 12 de la Constitution, à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, le cas échéant, à l'article 47 de la Charte. La différence de régime procédural réservé aux pièces classifiées et aux informations et sources concernant la sécurité, est encore source d'incohérence et dès lors d'atteinte à la sécurité juridique. Dans ces conditions, le Conseil d'État doit émettre une opposition formelle à l'encontre du dispositif sous examen.

Le Conseil d'État rappelle que la loi du 5 juillet 2016 portant réorganisation du Service de renseignement de l'État prévoit, à son article 13, une procédure spécifique en cas de saisie et de perquisition de données et de matériel du Service de renseignement de l'État couverts par le « secret » prévoyant, en particulier la saisine d'un juge pour statuer sur le versement au dossier judiciaire de tout ou partie des données et du matériel sous scellés.

Cette référence amène le Conseil d'État à ajouter une considération générale tenant à la nécessité d'assurer la cohérence des régimes procéduraux devant les juridictions administratives et devant les juridictions judiciaires, siégeant en matière civile ou en matière pénale. Il y a lieu de prévoir un dispositif procédural complet et cohérent relatif à la sauvegarde du « secret d'État », qui s'applique dans toutes les procédures devant les juridictions. À cet égard, il considère que les auteurs devraient également solliciter l'avis des autorités judiciaires.

Le point 3° n'appelle pas d'observation.

Le point 4°, qui vise la procédure devant le tribunal administratif, au même titre d'ailleurs que le paragraphe 7, qui vise la Cour administrative, reprend, avec des modifications, le dispositif figurant à l'article 185 du Nouveau Code de procédure civile.⁶ D'après les auteurs, ces modifications visent également à assurer la protection d'informations et de personnes, protection qui se trouverait à la base de l'article 2, point 2°, du projet de loi.

Le Conseil d'État note, en premier lieu, que, comme le reconnaissent d'ailleurs les auteurs du projet de loi, la formulation plus large des raisons permettant d'exclure la publicité confère au dispositif sous examen un champ d'application plus étendu que celui du « secret d'État ». La finalité première de l'article 185 du Nouveau Code de procédure civile, dont le dispositif est repris de l'article 87 du code de procédure civile français décrété le 14 avril 1806, n'était d'ailleurs pas celle la protection du « secret d'État ». Le risque d'« inconvénients graves », même s'il est repris du texte initial du Code de

⁶ Art. 185 du Nouveau Code de procédure civile :

Les plaidoiries seront publiques, excepté dans les cas où la loi ordonne qu'elles seront secrètes. Pourra cependant le tribunal ordonner qu'elles se feront à huis clos, si la discussion publique devait entraîner un scandale ou des inconvénients graves: mais, dans ce cas, le tribunal sera tenu d'en délibérer, et de rendre compte de sa délibération au procureur général d'Etat près la Cour supérieure de justice; et si la cause est pendante dans un tribunal d'appel, au grand-juge Ministre de la justice.

procédure civile, est peu précis et ne se justifie pas au regard de l'objectif poursuivi par les auteurs du projet de loi.

Le Conseil d'État réitère une réflexion qu'il a déjà antérieurement formulée et qui tient à la nécessité de prévoir un système cohérent entre les dispositions procédurales devant les juridictions judiciaires, qu'elles soient civiles ou pénales, et devant les juridictions administratives. Il note, au passage, le caractère désuet et juridiquement plus que contestable de l'article 185 du Nouveau Code de procédure civile qui continue à faire référence à l'intervention du ministre de la Justice comme « grand-juge ». Les auteurs du projet de loi sous examen auraient au moins pu profiter de l'occasion pour éliminer du Nouveau Code de procédure civile ce concept qu'ils ont d'ailleurs à bon escient évité de reprendre dans le projet de loi sous avis. Le Conseil d'État se permet de renvoyer les auteurs du projet de loi sous examen aux dispositions du code de procédure civile français⁷. Si le cadre du projet de loi sous avis ne se prête pas à une mise à jour du dispositif de l'article 185 du Nouveau Code de procédure civile, il serait au moins indiqué de ne pas reprendre ce dispositif dans le texte de la loi modifiée du 21 juin 1999 précitée et de retenir une formulation plus précise.

Les points 5° et 6° n'appellent pas d'observation.

En ce qui concerne le point 7°, il est renvoyé au commentaire relatif au point 4°.

Observations d'ordre légistique

Observations générales

Lorsque le dispositif a pour objet exclusif d'opérer des modifications à plusieurs actes, il y a lieu de prévoir pour chacun de ces actes un article distinct et de spécifier ensuite toutes les modifications se rapportant à un même acte en les numérotant de la manière suivante : 1°, 2°, 3°,...

Pour caractériser les énumérations, il est fait recours à des numéros suivis d'un exposant « ° » (1°, 2°, 3°,).

Intitulé

L'observation relative aux énumérations ci-avant vaut également pour l'intitulé de la loi en projet sous avis. Par ailleurs, l'intitulé n'est pas à faire suivre d'un point final, étant donné que les intitulés ne forment pas de phrase.

⁷ Code de procédure civile français

Article 433 : Les débats sont publics sauf les cas où la loi exige qu'ils aient lieu en chambre du conseil.

Ce qui est prévu à cet égard en première instance doit être observé en cause d'appel, sauf s'il en est autrement disposé.

Article 434 : En matière gracieuse, la demande est examinée en chambre du conseil.

Article 435 : Le juge peut décider que les débats auront lieu où se poursuivront en chambre du conseil s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée, ou si toutes les parties le demandent, ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice.

Article 1^{er}

Il n'est pas indiqué de prévoir dans un premier liminaire l'acte à modifier et d'en préciser dans un deuxième la disposition visée. Mieux vaut regrouper dans un seul liminaire la disposition de l'acte à modifier et l'intitulé de celui-ci.

La méthode consistant à fixer l'entrée en vigueur des dispositions d'un même acte à des endroits épars, est à écarter. Il importe, pour des raisons de visibilité, de regrouper à la fin du dispositif sous un seul article les prescriptions relatives à l'entrée en vigueur de chacune des composantes du dispositif. Il y a donc lieu d'introduire un article 3 nouveau *in fine* du texte en projet sous avis.

De ce qui précède, la phrase liminaire de l'article sous examen est à reformuler comme suit :

« **Art. 1^{er}.** L'article 57, alinéa 1^{er}, de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, prend la teneur qui suit : [...] ».

Article 2

Au point (2) (2^o selon le Conseil d'État), il convient d'écrire « les pièces ou le dossier déposés », sans parenthèses.

Toujours au point (2) (2^o selon le Conseil d'État), il convient d'écrire « celles qui invoquent », sans parenthèses.

Au point (6) (6^o selon le Conseil d'État), le Conseil d'État propose de reformuler le nouvel article 51-1 à insérer dans la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives comme suit :

« Art. 51-1. L'article 8, paragraphes *5bis* et *5ter*, sont applicables à la Cour ».

Article 3 (selon le Conseil d'État)

Suite à l'observation relative à l'article 1^{er}, le Conseil d'État demande de libeller l'article 3 comme suit :

« **Art. 3.** L'article 1^{er} entre en vigueur le 16 septembre 2018 ».

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 21 votants, le 29 mai 2018.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes