Documents pour la deuxième réunion des membres de l'Association des Conseils d'État et des Juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne qui exercent une fonction consultative

La Haye

Les 7 et 8 décembre 2006

Table des matières

Contribution du Conseil d'État de la Belgique
1. Le Conseil d'État
2. Avis du Conseil d'État du 11 février 2003 concerne les avis négatifs relatifs aux candidats à un mandat au sein de l'Exécutif des Musulmans de Belgique (non publié)

Contribution du Conseil d'État de France
1. Le Conseil d'État
2. Extrait du registre des délibérations de l'assemblée générale, nr. 58-1270
3. Extrait du registre des délibérations de l'assemblée générale, nr. 372-147
4. Projet de loi organique relatif à la formation et à la responsabilité des magistrats

Contribution du Conseil d'État de Grèce
1. Le Conseil d'État
2. Avis sur le projet de décret visant à régler le statut du personnel à des missions spéciales de la Police Hellénique
3. Avis sur un projet de décret visant à mettre en œuvre des mesures nécessaires en vue de l'application de la Résolution 1483 (2003) du Conseil de Sécurité de l'O.N.U.

Contribution du Conseil d'État d'Italie
1. Le Conseil d'État
2. Avis sur Code des contrats administratifs en matière de travaux, service et fournitures

Contribution du Conseil d'État de Luxembourg
1. Le Conseil d'État
2. Projet de loi portant transposition de la directive 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition
3. La modification de l'article 11 de la Constitution

Contribution du Conseil d'État des Pays Bas
1. Le Conseil d'État
2. Avis du 12 octobre 2004 sur le projet de loi concernant la modification de la loi sur les communes par l'introduction de l'élection du maire au suffrage direct
3. Avis du 19 mai 2003 sur la proposition de loi présentée par les députés de la Deuxième Chambre Dittrich et Halsema et portant réglementation du prix fixe des livres

Contribution du Lagrådet de Suède
1. Lagrådet
2. Introduction de la part de la délégation suédoise
3. Projet de loi visant à la transposition de la directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice européen et visant a la transposition de la directive 2006/49/CE du Parlement européen
4. Avis sur un projet de loi sur l'interdiction du port d'un masque dans certaines situations, plus exactement dans le cadre de manifestations organisées dans les lieux publics.

Contribution du Conseil législatif de Roumanie
1. Le Conseil Législatif de Roumanie
2. Introduction à la contribution
3. Avis sur la proposition législative visant à modifier et à compléter l'art. 9 et l'art. 11 de la Loi n. 112 du 25 novembre 1995
4. Avis sur la proposition législative visant à modifier la Loi n° 3 du 22 février 2000 relative à l'organisation et le déroulement du référendum

Contribution du Conseil d'État de La Belgique

1. Le Conseil d'État

Le Conseil se compose de deux sections: la section d'administration et la section de législation.

Les avis de la section de législation sont émis par une chambre, composée de trois conseillers. Il y a deux chambres francophones et deux chambres néerlandophones. Les demandes d'avis soulevant un problème lié à la répartition des compétences entre l'autorité fédérale et les entités fédérées peuvent être examinées par les "chambres réunies", c'est-à-dire par une chambre francophone et une chambre néerlandophone conjointement.

La section de législation rend des avis sur tous les textes concernant des avant-projets de loi, de projets de convention internationale, de la législation déléguée arrêtée par le chef de l'État, ainsi que de textes de nature législative des autorités des différentes entités fédérées (communautés et régions).

Le Conseil d'État belge émet généralement des avis juridico-techniques. En ce qui concerne plus spécifiquement la fonction consultative de la section de législation, il convient de souligner que celle-ci veille à ne pas formuler d'observation portant un jugement sur l'opportunité ou le caractère politique de la réglementation en projet.

L'examen juridique effectué par la section de législation consiste essentiellement en l'examen de la légalité quant au fond, de la régularité de la procédure administrative d'élaboration et de l'aspect légistique.

Le contrôle a donc généralement un caractère juridique, mais il va aussi, à l'occasion, plus loin que cela. Le Conseil peut se poser aussi la question de la réalité du problème et de l'adéquation du texte proposé pour le résoudre, si cela se justifie. Bien qu'il n'existe pas formellement de modèle d'examen, les avis de la section de législation examinent habituellement les points suivants: 1) compétence, 2) fondement juridique et 3) respect des formalités préalables.

Le Conseil accorde toujours, dans ses avis, une grande importance à la hiérarchie des normes et au respect des principes généraux du droit, tels que le principe de la sécurité juridique dans les cas de rétroactivité de la loi et le principe de proportionnalité.

Si les principes de qualité de la législation ne font pas l'objet d'un contrôle systématique, le Conseil d'État belge prend en compte la complexité des textes de loi soumis, et l'impact que cela peut avoir sur l'administration.

2. Avis du Conseil d'État du 11 février 2003 sur un projet d'arrêté royal portant création d'une commission ad hoc en ce qui concerne les avis négatifs relatifs aux candidats à un mandat au sein de l'Exécutif des Musulmans de Belgique (non publié)

Contexte juridique du règlement en projet

1. Depuis la loi du 19 juillet 1974, le culte islamique est au nombre des cultes reconnus en Belgique. Malgré la séparation Église-État, certains contacts sont nécessaires entre les autorités civiles et les autorités religieuses, notamment pour ce qui concerne le financement public du culte. L'arrêté royal du 3 juillet 1996 a institué l'Exécutif des Musulmans de Belgique (EMB) en tant qu'organe consultatif en vue de l'organisation des élections d'un organe représentatif du culte islamique. Ces élections se sont tenues en 1998 sous le contrôle d'une commission d'accompagnement composée de représentants de l'autorité publique et de l'EMB. L'organe élu porterait également le nom d'EMB et a donc succédé à l'ancien organe consultatif, qui obtiendrait à présent aussi un pouvoir de représentation. Ce pouvoir de représentation n'a d'ailleurs été reconnu formellement que par la loi du 10 mars 1999, au titre en quelque sorte de régularisation de l'élection de 1998.

2. Cette élection et la reconnaissance de l'EMB par l'autorité, qui s'en est suivie, ne se sont pas déroulées sans accrocs. Certains candidats à l'élection ont été écartés sur la base d'avis négatifs de la Sûreté de l'État, en particulier en raison de liens avec des associations, partis ou mouvements islamiques radicaux présentant ou non un caractère violent.
Même après les élections, le fonctionnement de l'EMB a été plutôt laborieux, notamment en raison de désaccords internes, de la démission de plusieurs membres, etc. En fin de compte, il fut décidé d'organiser en 2004 de nouvelles élections placées sous le contrôle d'une commission composée de deux magistrats, de deux représentants de la communauté musulmane et d'un expert en matière électorale. Cette commission a été instituée par une loi du 20 juillet 2004, qui a résulté d'une initiative prise par un certain nombre de parlementaires et qui a été approuvée en seulement huit jours par les deux Chambres du Parlement belge. *Ce choix est certainement à mettre en rapport avec l'absence d'obligation de recueillir l'avis du Conseil d'État sur les propositions de loi, d'autant que le Conseil d'État avait déjà formulé des critiques lors d'initiatives antérieures, à la fois au motif qu'au départ, ces initiatives n'avaient pas été prises par la voie législative et en raison de contradictions avec des dispositions constitutionnelles ou des dispositions de la CEDH.*

3. La loi du 20 juillet 2004 précitée a été attaquée devant la Cour d'arbitrage[1] .
Dans son arrêt n° 148/2005 du 28 septembre 2005, cette juridiction a estimé qu'il n'y avait pas violation des dispositions constitutionnelles ou des dispositions de la CEDH relatives à la liberté de religion et à la liberté d'association. La considération prépondérante à cet égard fut que le législateur se limite à créer une commission qui organise les élections en vue de la désignation d'un organe représentatif pouvant être l'interlocuteur de l'autorité pour le financement des ministres du culte islamique. Il ne peut être reproché au législateur d'opter pour une élection démocratique de cet organe par les membres de la communauté musulmane et de prévoir également, à cet effet, un certain nombre de garanties pour le bon déroulement des élections.

Portée du projet d'arrêté royal

4. Le projet a été établi après les élections de l'EMB en 1998, mais avant l'adoption de la loi du 20 juillet 2004. Il existait déjà, certes, un texte législatif très succinct, celui du 10 mars 1999. Par cet arrêté en projet, l'autorité entendait manifestement donner une base juridique à la pratique de l'enquête de sécurité à l'égard des candidats pour l'EMB.

[1] La Cour constitutionnelle en Belgique

Le projet disposait que les candidats à un mandat au sein de l'EMB faisaient systématiquement l'objet d'une enquête de sécurité réalisée par la Sûreté de l'État: le Ministre de la Justice reçoit un avis, qu'il transmet aux candidats concernés.
Il est créé une commission composée d'un magistrat et de deux membres de la *Commission de la protection de la vie privée*. Cette commission peut être consultée par les candidats concernés et par le Ministre de la Justice. La commission peut recueillir les informations nécessaires, mais elle peut également décider, à la demande de la Sûreté de l'État, de ne pas révéler certaines informations au candidat concerné. La commission doit entendre ce candidat et donne un avis dans un délai de deux mois. Si l'avis confirme l'avis de sécurité négatif, le Ministre de la Justice est tenu de suivre l'avis. Dans le cas contraire, le ministre doit d'abord consulter le Conseil des ministres.
La décision du Ministre de la Justice est communiquée au candidat concerné.

L'avis du Conseil d'État
a) situation générale
5. L'avis du Conseil d'État a été donné par l'Assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État.
L'Assemblée générale regroupe les quatre chambres de la section de législation (deux chambres francophones et deux chambres néerlandophones). L'autorité qui requiert l'avis peut demander elle - même qu'un projet soit soumis à l'Assemblée générale, même si ce cas ne se présente généralement pas. Le Conseil d'État peut, lui aussi, décider de soumettre une affaire à l'Assemblée générale, ce qui se produit plusieurs fois par an. Il n'en demeure pas moins que les avis donnés par l'Assemblée générale sont l'exception à la règle qui veut que les avis soient émis par une chambre. Le motif pour lequel il est décidé de soumettre une affaire à l'Assemblée générale est généralement en rapport avec l'importance du projet concerné. Il s'agit souvent de projets institutionnels importants ou de projets qui touchent essentiellement au contrôle du respect des droits fondamentaux.

b) examen de l'Assemblée générale
6. Un projet d'arrêté doit toujours trouver un fondement juridique dans une norme supérieure, généralement une disposition de loi. Le projet soumis à l'avis du Conseil d'État mentionnait deux dispositions légales comme fondement juridique. L'une concernait les services de sécurité compétents pour réaliser les enquêtes de sécurité et l'autre portait sur les habilitations de sécurité requises pour exercer certains emplois ou certaines fonctions. *Le Conseil d'État a constaté qu'aucune des deux dispositions légales ne pouvait constituer de fondement juridique pour un système prévoyant une enquête de sécurité préalable systématique concernant les candidats à un mandat au sein de l'EMB, la procédure de recours devant la commission et la décision finale du ministre y afférente.*
De même, les mesures législatives des 19 juillet 1974 et 10 mars 1999 relatives au culte islamique et à l'EMB ne suffisent pas non plus à procurer un fondement juridique au règlement en projet.
7. Dans des circonstances normales, le Conseil d'État aurait clos l'examen après avoir constaté que l'arrêté était dépourvu de fondement juridique. Il ne l'a pas fait ici, mais il poursuit l'examen du règlement au fond. Sans doute a-t-il ainsi voulu anticiper la transformation du texte d'arrêté en un texte de loi. En effet, les observations que le Conseil d'État a formulées sur le fond, notamment en ce qui concerne la conformité avec un certain nombre de droits fondamentaux, s'appliqueraient tout autant si le règlement était conçu sous la forme d'un projet de loi.
L'Assemblée générale examine successivement si le texte est conforme à la liberté de pensée, de conscience et de religion (n° 8), à la liberté d'association (n° 9), au droit au respect de la vie privée (n° 10) et au principe d'égalité (n° 11). Enfin, l'avis se penche également sur la conformité avec les dispositions constitutionnelles relatives à la relation entre l'Église et l'État (n° 12).
Le lecteur constatera que ces observations se limitent en fait à émettre une réserve sans porter de jugement définitif sur la compatibilité avec les droits fondamentaux et les

dispositions constitutionnelles mentionnés. En général, le Conseil d'État se prononce définitivement à cet égard, mais la formulation prudente utilisée ici peut vraisemblablement s'expliquer par le fait que le Conseil d'État entend attirer pleinement l'attention sur ces questions problématiques au cas où le projet d'arrêté deviendrait un projet de loi (voir à ce propos également le n° 13). Ce projet de loi devrait tout de même faire l'objet d'un nouvel avis.

8. En ce qui concerne la *liberté de pensée, de conscience et de religion*, l'Assemblée générale observe, par référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, que le projet influence la composition de l'institution (l'EMB), laquelle joue elle-même un certain rôle dans l'organisation du culte islamique. Cette influence implique une limitation de la liberté de religion, qui doit pouvoir se justifier dans le cadre du système de restrictions prévu par l'article 9.2 de la CEDH.

9. Le projet comportait également une limitation de la *liberté d'association*. En effet, les communautés religieuses se caractérisent traditionnellement par une certaine forme de structures organisées. Le règlement en projet doit donc pouvoir se justifier également dans le cadre du système de restrictions de l'article 11.2. de la CEDH. Cette justification est différente de celle de l'article 9.2, mais elle est tout aussi nécessaire.

10. Il est clair que l'instauration d'un système d'enquêtes de sécurité par la Sûreté de l'État restreint le *droit au respect de la vie privée*, tant en ce qui concerne les candidats concernés qu'en ce qui concerne leur environnement. Dès lors qu'il s'agit d'une enquête systématique préalable à l'élection, c'est-à-dire avant tout exercice d'une fonction représentative, la mesure doit *a fortiori* pouvoir être justifiée au regard de l'article 8.2 de la CEDH.

11. Le Conseil d'État a également mis en évidence la problématique du *principe d'égalité*. En effet, il n'a pas été dit pour quelle raison le règlement relatif aux enquêtes de sécurité et aux effets y afférents, étaient nécessaires pour les représentants du culte islamique et non pour les représentants des autres cultes. Cette différence de traitement se justifie peut-être, mais elle doit d'abord être démontrée.

On peut d'ailleurs se demander si la création d'un seul organe représentatif pour le culte islamique est effectivement compatible avec le principe d'égalité, éventuellement combiné avec la liberté de religion et d'association. En effet, le culte islamique est aussi diversifié que la religion chrétienne. Il n'est pas certain que la mise en place d'un seul organe représentatif pour les différents courants de la religion chrétienne serait perçue comme une mesure susceptible de se concilier avec les droits fondamentaux[2]. Quoi qu'il en soit, le Conseil d'État ne pouvait pas se pencher sur cette question, dès lors qu'il n'est pas d'usage de critiquer des normes législatives existantes dans un avis sur un arrêté en projet. Le choix de n'instituer qu'un seul organe représentatif découle de la loi du 10 mars 1999 et non de l'arrêté en projet.

12. La Constitution belge comporte un certain nombre de dispositions relatives à la relation Église-État, prévoyant notamment un financement par l'État des traitements et des pensions des ministres des différents cultes reconnus. Un interlocuteur est requis pour chaque culte reconnu afin de permettre ce financement. *La séparation entre l'Église et l'État, consacrée également par le Constitution, ainsi que la liberté de religion impliquent toutefois que ce sont les cultes en question eux-mêmes qui doivent prévoir quel organe peut faire fonction d'organe représentatif.* L'autorité ne peut donc pas remplacer un organe que le culte concerné considère lui-même comme représentatif par un autre organe qui, du fait de sa composition définitive *(lire : notamment après application d'un système de contrôles de sécurité)*, ne serait plus représentatif.

L'Assemblée générale n'a pas rejeté en tant que tel le système de contrôles de sécurité, mais l'a considérablement atténué en précisant que le rejet d'une candidature sur la base de ces contrôles de sécurité ne peut pas porter préjudice à la représentativité de l'organe à l'égard du culte islamique.

---

[2] Voir à ce propos Adriaan Overbeeke, "Wetgeving voor moslims. Is driemaal scheepsrecht ?", NjW 2005, 336-337

13. L'avis s'est conclu par l'observation selon laquelle ni la CEDH ni les dispositions constitutionnelles pertinentes ne comportent l'obligation d'élaborer le règlement en question sous la forme d'une loi formelle (approuvée par le pouvoir législatif). Il n'en demeure pas moins qu'un arrêté réglementaire doit trouver un fondement juridique dans une loi. En outre, l'Assemblée générale a observé que le législateur devrait lui-même fixer les principes et les éléments essentiels des règles relatives au contrôle de sécurité étant donné que la disposition constitutionnelle relative au droit au respect de la vie privée dispose en principe *que les restrictions doivent être fixées par la loi*.
14. Après avoir formulé ces observations assez fondamentales, le Conseil d'État a mis un terme à la poursuite de l'examen du texte. C'est l'usage : si le Conseil examinait le règlement de plus près (pour ainsi dire de manière subsidiaire), il ruinerait en effet sa propre critique fondamentale.

c) Suivi de l'avis
15. Bien qu'un avis du Conseil d'État se soit pas contraignant, il est néanmoins manifeste qu'en l'espèce les observations ont pesé suffisamment lourd pour qu'il soit renoncé à élaborer le règlement sous la forme d'un arrêté royal. À ce jour, le Conseil d'État n'a pas non plus été saisi pour avis d'un nouveau texte législatif réglant les contrôles de sécurité pour l'EMB.

Contribution du Conseil d'État de France

1. Le Conseil d'État

Le Conseil d'État est conseiller du gouvernement. Il examine les projets de loi et d'ordonnance, avant que ceux-ci ne soient soumis au Conseil des ministres, ainsi que les projets de décret en Conseil d'État. Le Conseil d'État émet un avis sur la régularité juridique des textes, sur leur forme et sur leur opportunité administrative. Il peut par ailleurs être consulté par le gouvernement sur toute question ou difficulté d'ordre juridique ou administratif. Il indique au gouvernement quels sont, parmi les projets de textes communautaires, ceux qui touchent à des questions législatives et doivent en conséquence être transmis au parlement.

Le Conseil d'État adresse chaque année au Président de la République un rapport public, qui énonce notamment les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif, qu'il propose au gouvernement.

Au sein du Conseil d'État, la fonction consultative en matière de législation est dévolue à quatre sections administratives spécialisées: la section de l'intérieur, la section des finances, la section des travaux publics et la section sociale. Le travail dans les sections administratives est assuré par 41 membres du Conseil exclusivement chargés de la fonction consultative en matière de législation, et 56 membres chargés de la fonction consultative à concurrence de 1/3 de leur temps de travail et de la fonction juridictionnelle à concurrence de 2/3 de leur temps de travail.

Les avis relatifs aux projets de loi, préparés par les sections, sont rendus par l’assemblée générale du Conseil. Lorsqu’il s’agit de règlements d’un rang inférieur aux lois, les sections élaborent elles-mêmes les avis. En outre, sur les 196 membres de la formation collégiale, seul un petit nombre participe à l’assemblée générale.

Pour les questions qui, à la demande du gouvernement, doivent être traitées de toute urgence, l’examen du texte est confié à la Commission permanente, constituée du Vice-Président et de 10 conseillers d'État désignés par le Vice-Président.

2. Conseil d'Etat
Section de l'intérieur
Nr 373.359

M.Sanson
Rapporteur

Extrait du registre des délibérations de l'assemblée générale.

Séance du jeudi 13 juillet 2006

AVIS

Le Conseil d'État, saisi d'une demande d'avis sur la question de savoir quelles sont l'autorité compétente et la procédure applicable dans le cas où un magistrat, poursuivi pour des faits qu'il a commis en qualité de magistrat du siège, a rejoint le parquet lorsque l'instance disciplinaire est engagée ou, inversement, lorsqu'un magistrat appartient au siège mais est mis en cause du fait de ses fonctions passées au sein du parquet,
Vu la Constitution, notamment ses articles 64 et 65;
Vu l'ordonnance nr 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, notamment ses articles 1er, 43, 48 et 66;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent:
Aux termes de l'article 64 de la Constitution:
« Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature. Une loi organique porte statut des magistrats. Les magistrats du siège sont inamovibles.» ;
aux termes de l'article 65: « …Le Conseil supérieur de la magistrature comprend deux formations, l'une compétente à l'égard des magistrats du siège, l'autre à l'égard des magistrats du parquet. …La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège…statue comme conseil de discipline des magistrats du siège. Elle est alors présidée par le premier président de la Cour de cassation. La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet..donne son avis sur les sanctions disciplinaires concernant les magistrats du parquet. Elle est alors présidée par le procureur général près la Cour de cassation.»

Aux termes de l'article 1er de l'ordonnance du 22 décembre 1958 susvisée:
«…II. – Tout magistrat a vocation à être nommé, au cours de sa carrière, à des fonctions du siège et du parquet »; aux termes de l'article 43 de la même ordonnance: «Tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité constitue une faute disciplinaire. Cette faute s'apprécie pour un membre du parquet ou un magistrat du cadre de l'administration centrale du ministère de la justice compte tenu des obligations que découlent de sa subordination hiérarchique.»;
aux termes de l'article 48 de la même ordonnance: « Le pouvoir disciplinaire est exercé, à l'égard des magistrats du siège, par le Conseil supérieur de la magistrature et à l'égard des magistrats du parquet ou du cadre de l'administration centrale du ministère de la justice par le garde des sceaux, ministre de la justice. Il est exercé à l'égard des magistrats en position de détachement ou de disponibilité ou ayant définitivement cessé leurs fonctions par la formation de Conseil supérieur compétente pour les magistrats du siège ou par le garde des sceaux, selon que ces magistrats ont exercé leurs dernières fonctions dans le corps judiciaire au siège ou au parquet et à l'administration centrale du ministère de la justice.»
Aux termes de l'article 66 de la même ordonnance, applicable aux magistrats du parquet:
«…La formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature émet un avis motivé sur la sanction que les faits reprochés lui paraissent entraîner; cet avis est transmis au garde des sceaux, ministre de la justice.»

Les dispositions précitées mettent en œuvre la garantie constitutionnelle de l'indépendance du magistrat du siège, notamment à l'égard du pouvoir exécutif. L'effectivité de cette garantie implique que seule la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège a le pouvoir de prononcer une sanction disciplinaire tant à l'égard d'un magistrat qui exerçait des fonctions relevant du siège à la date des faits qui fondent les poursuites qu' à l'égard d'un magistrat qui exerce ces fonctions à la date de l'engagement des poursuites.

En conséquence, le garde des sceaux est compétent pour prononcer une sanction disciplinaire à l'égard d'un magistrat qui était en fonction au parquet au moment des faits et qui le serait aussi à la date de l'engagement des poursuites.
Cet avis a été délibéré et adopté par le Conseil d'État dans sa séance du jeudi 13 juillet 2006.

Le Vice-président du Conseil d'État,
Signé R. Denoix de Saint Marc

Le Conseiller d'État,
Rapporteur
Signé: M. Sanson

3. Conseil d'État
Section des finances

Extrait du Registre des délibérations de Assemblée Générale

Séances des 25 et 26 août 2005

Nr. 372.147
M. Molina
Rapporteur

AVIS

Le Conseil d'État, saisi par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie des questions suivantes:

1. La privatisation des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes (ASF, APRR, Sanef) se heurte-t-elle à un obstacle d'ordre constitutionnel, au regard notamment du neuvième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 qui dispose que « tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité»?

2. La procédure envisagée par le gouvernement, reposant sur l'application des dispositions du titre III de la loi nr 86-912 du 6 août 1986, eu égard à la composition de l'actionnariat des sociétés d'autoroute, est-elle conforme aux règles de procédure fixées par les textes législatifs régissant les opérations de privatisation?

Vu la Constitution:
Vu la loi no 55-435 du 18 avril 1955:
Vu la loi no 86-793 du 2 juillet 1986 modifiée par les lois du 4 janvier 1988 et du 12 avril 1996;
Vu la loi no 86-912 du 6 août 1986 modifiée;
Vu la loi nr 2004-1484 du 30 décembre 2004 de finances pour 2005, notamment ses articles 60 et 127;
Vu le décret nr 2004-1317 du 26 novembre 2004 relatif à l'Agence de financement des infrastructures de transport de France;

Est d'avis
De répondre aux questions posées dans les sens des considérations qui suivent:

1. Le neuvième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que: « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité.»

L'application de cette disposition appelle les observations suivantes.

Ainsi que l'a relevé le Conseil constitutionnel, dans sa décision nr 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, sont visés par cette disposition les services publics nationaux dont la nécessité « découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle ». Or, d'une part, les biens que constituent les autoroutes font partie du domaine public de l'État, même lorsque leur exploitation est concédée. D'autre part, aucun principe ni aucune règle de valeur constitutionnelle, dès lors que l'exercice de la liberté d'aller et venir n'en est pas affecté, n'implique que le service public national d'exploitation des autoroutes, constitué pour

l'essentiel sous le régime de la concession de service public, soit confié à des sociétés dont des personnes publiques détiennent la majorité du capital.

Le Conseil constitutionnel a également précisé, dans la même décision, que la notion de monopole de fait visée par le neuvième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 « doit s'entendre compte tenu de l'ensemble du marché à l'intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises ainsi que de la concurrence qu'elles affrontent dans ce marché de la part des autres entreprises; qu'on ne saurait prendre en compte les positions privilégiées que telle ou telle entreprise détient momentanément ou à l'égard d'une production qui ne représente qu'une petite partie de ses activités».
A cet égard, les sociétés concessionnaires d'autoroutes ne constituent pas des monopoles de fait dès lors qu'il existe, pour chaque itinéraire autoroutier, un autre itinéraire permettant de relier les deux points desservis. En outre, la circonstance que l'exploitation des autoroutes prend la forme d'une concession exclusive ne saurait conférer aux sociétés concessionnaires le caractère d'un monopole de fait au sens de l'alinéa précité.

La neuvième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ne s'oppose donc pas à la privatisation des sociétés concessionnaires d'autoroutes.

Enfin, cette privatisation, dès lors que ses modalités sont conformes aux procédures fixées par les lois du 2 juillet et du 6 août 1986, ne se heurte à aucun autre obstacle constitutionnel.

2. L'article 7 de la loi susvisée du 2 juillet 1986 dispose:

«I. – Sont approuvés par la loi les transferts au secteur privé de la propriété:

- des entreprises dont l'État détient directement plus de la moitié du capital social et dont les effectifs, augmentés de ceux des filiales dans lesquelles elles détiennent, directement ou indirectement, plus de la moitié du capital social, sont supérieurs à mille personnes au 31 décembre de l'année précédant le transfert ou dont le chiffre d'affaires consolidé avec celui des filiales, telles qu'elles viennent d'être définies, est supérieur à 150 millions d'euros à la date de clôture de l'exercice précédant le transfert:

- des entreprises qui sont entrées dans le secteur public en application d'une disposition législative.

II – Les opérations ayant pour effet de réaliser un transfert du secteur public au secteur privé de propriété d'entreprises autres que celles mentionnées au paragraphe I ci-dessus sont soumises à l'approbation de l'autorité administrative…».

L'application de ces dispositions appelle les observations suivantes.

En premier lieu, l'État détient moins de 50 % du capital de chacune des sociétés ASF, APRR et Sanef. La circonstance que, d'une part, l'État et d'autre part, Autoroutes de France, personne morale de droit public créée en 1982 et distincte de l'État, détiennent ensemble la majorité du capital de ces sociétés n'est pas de nature à faire regarder celles-ci comme «directement» détenues à titre majoritaire par l'État au sens du I de l'article 7 précité de la loi du 2 juillet 1986.

En second lieu, si l'article 4 de la loi susvisée du 18 avril 1955 a ouvert à l'État la faculté de concéder «soit la construction et l'exploitation d'une autoroute, soit l'exploitation d'une autoroute, ainsi que la construction et l'exploitation de ses installations annexes», la circonstance que les sociétés ASF,APRR et Sanef, initialement constituées entre des collectivités locales et la Caisse des dépôts et consignations, se sont vu confier de telles

concessions en application de ces dispositions ne saurait les faire regarder comme entrées dans le secteur public en application d'une disposition législative.

Les sociétés ASF, APRR et Sanef ne sont donc pas au rang des sociétés visées par les dispositions précitées, dont la privatisation doit être approuvée par la loi.

Cet avis a été délibère et adopte par le Conseil d'État dans ses séances des 25 et 29 août 2005.

Le Maître des Requêtes,
Rapporteur
Signé: P.A. Molina

Le Vice-Président du Conseil d'État
Signé: R. Denoix de Saint Marc

Le Secrétaire Général du Conseil d'État,
Signé: P. Frydman

Certifie conforme,
Le Secrétaire Général du Conseil d'État

Contribution du Conseil d'État de Grèce

1. Le Conseil d'État

Le Conseil d'État compte actuellement 153 personnes et est constitué comme le modèle français d'un Président, de vice-présidents, de conseillers d'État, de maîtres des requêtes et d'auditeurs. Le Conseil d'État est chargé de la compétence juridictionnelle suprême et de la consultation relative aux décrets. Ni Les projets de loi, ni les propositions de loi sont soumises au Conseil.

Le Conseil d'État exerce ses compétences en Assemblée plénière et en six sections. La fonction consultative est exercée par la 5e Section, parallèlement aux compétences juridictionnelles de cette même Section, qui compte 7 conseillers et 9 maîtres de requêtes au total.

Les projets de tous les décrets à caractère réglementaire sont discutés et les avis sont arrêtés par la 5e Section, siégeant en formation de 3 membres (le président ou son suppléant un conseiller et un maître des requêtes) ou en formation de 5 membres (le président ou son suppléant trois conseillers et un maître des requêtes). La section siégeant en formation de trois ou cinq membres, peut renvoyer, lorsqu'il s'agit notamment de questions juridiques importantes, l'élaboration de l'avis devant la formation plénière de la fonction consultative. Cette formation se compose du Président du Conseil d'État ou de son suppléant, de 6 conseillers et de 2 maîtres des requêtes Le Conseil d'État exerce sa fonction consultative et émet uniquement des avis à propos des projets de décrets à caractère réglementaire.

Le Conseil contrôle deux aspects en ce qui concerne les projets des décrets à caractère réglementaire : la qualité juridique et la qualité technique.

Même si le contrôle de la qualité juridique est au centre des préoccupations du Conseil d'État, l'opportunité politique et l'opportunité administrative peuvent aussi, le cas échéant, être prises en compte. Le Conseil a mis au point un cadre de contrôle des projets portant essentiellement sur les points suivants:

Qualité juridique

- Le projet du décret est- il contraire à une règle de droit supérieure telle que la Constitution, les conventions internationales et le droit communautaire?
- Le projet du décret est-il conforme aux principes de la démocratie et de l'État de droit et aux principes fondamentaux de droit en général?
- Le projet du décret est- il conforme aux principes tels que l'égalité juridique, la sécurité juridique, la non-rétroactivité de la loi, la proportionnalité et l'intérêt général?

Qualité technique

- La réglementation proposée a-t-elle été élaborée de manière logique et systématique?
- Le projet du décret est-il approprié du point de vue de la technique d'expression juridique?

2. Avis sur le Projet de décret visant à régler le statut (provenance, qualités d'aptitude, recrutement etc.) du personnel à des missions spéciales de la Police Hellénique

Le Conseil d'État a été saisi afin d'examiner un *Projet de décret visant à régler le statut (provenance, qualités d'aptitude, recrutement etc.) du personnel à des missions spéciales de la Police Hellénique*; à ce propos, il a rendu l'avis (614/2002)**,** dont le point principal est le suivant:

Les dispositions de l'article 13 paragraphes 1 et 4 de la Constitution, qui consacrent la liberté de religion, stipulent que :
«1. La liberté de la conscience religieuse est inviolable. La jouissance des libertés publiques et des droits civiques ne dépend pas des convictions religieuses de chacun.

4. Nul ne peut, en raison de ses convictions religieuses, être dispensé de l'accomplissement de ses obligations envers l'État ou refuser de se conformer aux lois».
Par rapport à ces dispositions il a été jugé comme suit:
La première de ces dispositions garantit le droit fondamental à la liberté religieuse, y compris la liberté de la conscience religieuse, qui constitue un des aspects de ce droit. La même disposition énonce la possibilité de chacun d'adhérer à la religion de son choix ou, bien, de n'adhérer à aucune religion.
Ce droit fondamental s'exprime par la possibilité de chaque citoyen de bénéficier de l'ensemble de ses droits civiques indépendamment de ses convictions religieuses. Le droit de chaque citoyen hellène d'avoir accès à la fonction publique constitue un de ces droits, consacré par la disposition de l'article 4 par. 4 de la Constitution, stipulant que « … les citoyens hellènes sont admis à toutes les fonctions publiques, sauf des exceptions introduites par des lois spéciales ».
Par conséquent, le législateur ou l'administration, légiférant par délégation législative, ne peut pas considérer une certaine confession religieuse ou l'absence de croyance à une doctrine religieuse comme une qualité d'aptitude requise pour l'admission à la fonction publique, au même titre qu'elles ne peuvent pas les considérer comme incompatibles à celle-ci.
Il s'ensuit que l'exclusion d'un candidat de l'accès à la fonction publique à cause de ses convictions religieuses, serait contraire à l'article 13 de la Constitution.
Cependant, en vertu du paragraphe 4 précité de cet article, qui dispose, entre autres, que nul ne peut, en raison de ses convictions religieuses, être dispensé de l'accomplissement de ses obligations envers l'État, l'exclusion d'un candidat de l'accès à la fonction publique à cause de ses convictions religieuses n'est par contraire à la Constitution, lorsque ce candidat convient expressément que ces convictions l'empêcheraient, entièrement ou en partie, de se conformer aux règles qui régissent le service public, dont il s'agit, et d'accomplir les tâches qui en découlent.
Par conséquent, la disposition de l'article 3 par. 1er alinéa d 3 du projet, dont le sens est d'exclure l'admission au corps de la Police des personnes appartenant à des doctrines religieuses *qui les empêcheraient d'accomplir leur mission*, est conforme à la loi; toutefois, il serait conseillé que, pour des raisons de clarté, cette disposition soit reformulée de la façon suivante : « *Ils doivent obéir à la Constitution, se dévouer à la Patrie et s'abstenir de toute confession religieuse qui ferait obstacle à l'accomplissement de leurs fonctions* ».

3. Avis sur un projet de décret visant à mettre en œuvre des mesures nécessaires en vue de l'application de la Résolution 1483 (2003) le Conseil de Sécurité de l'O.N.U[3].

Introduction

Le Conseil d'État a été saisi afin d'examiner un projet de décret visant à mettre en œuvre des mesures nécessaires en vue de l'application de la Résolution 1483 (2003) le Conseil de Sécurité de l'O.N.U.

Cette Résolution prévoit, entre autres, le retour des biens culturels qui avaient été expatriés de l'Iraq de façon illégale, l'interdiction de circulation et commercialisation de ceux-ci, la levée des sanctions économiques imposées à l'Iraq en vertu de Résolutions précédentes du Conseil de Sécurité, la gestion des ventes des produits pétroliers, le blocage de capitaux et de ressources financières de l'ex-gouvernement de l'Iraq, des officiels de l'ex-régime et des personnes de leur proche entourage, ainsi que le transfert de ces ressources au fonds instauré pour la restructuration de l'Iraq.

D'autre part, par sa Position Commune 2003/495 le Conseil de l'Union Européenne, en invoquant l'article 15 tu Traité de l'Union Européenne, a adopté des mesures identiques à celles du Conseil de Sécurité; c'est en vue de ladite Position et en vertu des articles 60 et 301 du Traité de la Communauté Européenne qu'a été édicté le Règlement 1210/2003 du Conseil du 7 juillet 2003, par lequel des mesures spécifiques ont été prises dans l'objectif de faire appliquer la Résolution susmentionnée du Conseil de Sécurité.

Plus particulièrement, il a été stipulé que les États-membres mettent en vigueur des normes relatives à l'imposition de sanctions au cas où les dispositions du Règlement seraient violées et prennent toute mesure nécessaire en vue d'assurer leur application.

Au Règlement sont attachés, entre autres, l'Annexe I, comprenant le catalogue des produits pétroliers, le produit de la vente desquels est versé au fonds instauré pour la restructuration de l'Iraq, l'Annexe II, comprenant le catalogue des biens culturels qui doivent être retournés à l'Iraq et la circulation desquels est interdite, et l'Annexe IV, dans lequel sont énumérées les personnes physiques ou morales, indiquées par le Comité de Sanctions de l'O.N.U., les capitaux desquelles sont bloqués et versés audit fonds.

Au préambule du projet de décret sont invoquées les dispositions de l'article 25 de la Charte des Nations Unies, sanctionnée par la loi 585/1945, et de l'article 1er par. 1er et 4 de la loi 92/1967, selon lequel les Résolutions du Conseil de Sécurité concernant la rupture les relations économiques avec un pays, qui sont édictées en application de l'article 41 de la Charte et lient les États membres, conformément à l'article 25 de la Charte, sont appliquées par décrets émis sur proposition du Ministre des Affaires Etrangères, qui peuvent, le cas échéant, spécifier les interdictions prévues par ces Résolutions et prendre des mesures d'ordre commercial, financier ou économique, qui seraient nécessaires en vue de leur application (par. 1er), alors que par de décrets similaires peuvent être suspendues ou levées les mesures mises en vigueur en application, entre autres, du paragraphe 1er de ce même article (par. 4).

Les questions juridiques soulevées par ce projet de décret portent sur:

a) la possibilité d'insertion à l'ordre juridique national des dispositions d'un Règlement communautaire;

b) la conformité de certaines dispositions de la Résolution du Conseil de Sécurité à la Constitution hellénique.

Sur ces questions le Conseil d'État a formulé les observations suivantes.

[3] Avis 183/2005 de la 5ème Section du Conseil d'État

1 . Comme il en a été jugé à plusieurs reprises par la CJCE, ainsi que par le Conseil d'État hellénique, conformément aux articles 249 et 254 tu Traité de la Communauté Européenne, le Règlement est directement applicable au sein des ordres juridiques nationaux à partir de sa publication au JOCE ou, le cas échéant, à partir de l'écoulement d'une période de vingt jours (de sa publication).
Il s'ensuit que ses dispositions ne peuvent pas être insérées dans un acte national, législatif ou administratif à portée règlementaire. Par ailleurs, les mesures nationales adoptées en vue d'appliquer le Règlement ou celles d'un caractère complémentaire par rapport à celui-ci ne doivent pas faire obstacle à l'applicabilité directe du Règlement ou en dissimuler la nature communautaire ou, même, dépasser la marge tracée par ses dispositions.

En outre, *selon l'opinion majoritaire*, la Grèce, en tant que membre de l'ONU, est tenue à appliquer les Résolutions du Conseil de Sécurité, conformément à l'article 25 de la Charte des N.U. Cette obligation est indépendante de l'obligation d'application d'un Règlement européen du même contenu, et ceci en fonction aussi bien de l'article 103 de la Charte des N.U., disposant que les obligations des membres de l'O.N.U., découlant de la Charte, l'emportent, en cas de conflit, sur celles qui découlent de tout autre traité international, que de l'article 307 du Traité de la Communauté Européenne, en vertu duquel le Traité ne saurait porter atteinte aux droits et aux obligations des États membres prévus par des conventions internationales passées avant le 1er janvier 1958 ou avant leur adhésion.
Cependant, étant donné que la Grèce, qui est obligée de se conformer à la Résolution du Conseil de Sécurité, n'en reste pas moins contrainte d'adopter des mesures d'application du Règlement 1210/2003, conformément à l'article 15 par. 1 de ce dernier, il doit être considéré que le projet de décret a aussi pour but de s'aligner à ce Règlement, d'autant plus qu'aucune disposition du droit hellénique, européen ou international n'interdit l'adoption de mesures d'application d'une Résolution du Conseil de Sécurité et d'un Règlement communautaire par un seul acte. Certes, les dispositions du projet de décret répètent, dans une certaine mesure, la formulation de celles du Règlement; néanmoins, étant donné que par le même projet de décret l'Administration entreprend aussi la conformation à ladite Résolution du Conseil de Sécurité, la répétition des dispositions du Règlement dans le projet, imposée par la nécessité d'uniformité de l'ensemble des prévisions, dont il s'agit, doit être excusée.
En outre, selon la même opinion majoritaire, l'édiction d'un décret en habilitation dudit article 1er de la loi 92/1967 est indispensable, afin que soit rendue possible l'application de l'article 2 de cette loi, qui inflige des sanctions pénales et administratives à ceux qui enfreignent aux dispositions des décrets édictés en fonction de l'article 1er de la même loi, d'une part, et prévoit la saisie des produits circulant en violation des mêmes décrets, de l'autre…..

Toutefois, *selon l'avis dissident*, en vertu de l'article 61 par. 2 al.1er du Traité de la Communauté Européenne, ce n'est que dans le cas ou la Communauté n'est pas intervenue dans une affaire qui relève de la politique extérieure commune et se situe dans le champ d'application de l'article 301, que les États membres peuvent prendre des mesures d'urgence seulement. Il s'ensuit qu'après l'adoption de la Position Commune susmentionnée et l'entreprise d'une activité communautaire, qui consiste, en l'occurrence, à l'édiction dudit Règlement, conformément aux dispositions susmentionnés des Traités, la prise de mesures ayant trait à cette activité échappe à la compétence des États membres et relève de celle de la Communauté.
Par conséquent, ce projet de décret, fondé sur l'habilitation législative des dispositions précitées de la loi 92/1967, est illégal en raison de l'édiction préalable d'un Règlement, qui contient des stipulations détaillées concernant les sanctions économiques contre l'Iraq et les personnes physiques et morales, auxquelles se réfère la Résolution du Conseil de Sécurité, d'autant plus que l'Administration ne semble pas avoir pris en considération ce Règlement avant de rédiger le projet de décret….
En outre, selon le même avis dissident, le projet de décret n'est pas conforme à la loi pour la raison supplémentaire que son texte consiste, dans son ensemble, à la réitération des dispositions du Règlement, alors que ce même projet ne procède à la prise de mesures

d'exécution du Règlement ou de mesures complémentaires par rapport à celui-ci (p.ex. relatives à la question de savoir si le blocage et le transfert des ressources s'effectueraient directement par les soins d' établissements de crédit ou par des autorités administratives ou, bien, après l'arrêt d'une juridiction civile, pénale ou administrative), ce qui constitue une violation des dispositions susmentionnées du Traité.
En outre, des sanctions pénales et administratives peuvent aussi être infligées en application de décrets édictés en application des articles 4 par. 1 et 5 de la loi 1388/1983 *(par lesquels l'Administration est habilitée à insérer les Directives dans l'ordre juridique interne, ainsi qu' à prendre de mesures d'exécution des Règlements)*, l'invocation des dispositions de ladite loi 92/1967, à ce propos, étant, de ce fait, superflue.

2 . L'article 7 par. 1er du projet prévoit qu'à partir du 22.5.2003, date d'adoption de la Résolution 1483/2003 du Conseil de Sécurité, les capitaux et les ressources financières de l'ex-gouvernement de l'Iraq, des personnes morales de l'État iraquien, ainsi que des officiels de l'ex-régime et des leurs proches membres de famille, sont bloqués et transférés au fonds instauré en vertu du paragraphe 12 de ladite Résolution. Cet article prévoit aussi que les réclamations des particuliers ou des personnes non -gouvernementales sur ces capitaux transférés peuvent être présentées devant le gouvernement de l'Iraq, qui est reconnu actuellement sur le plan international, « sauf si elles peuvent être traitées différemment».

Ainsi, l'article 7 du projet reflète le contenu du paragraphe 23 de la Résolution et de l'article 4 du Règlement, puisque, comme il découle des exposés des motifs des ces deux textes, ces dispositions visent au renforcement de la restructuration de l'Iraq et à la restitution au peuple de l'Iraq des ressources que les officiels de l'ex- régime autoritaire et les personnes de leur proche entourage sont présumés d'avoir expatriées.

Selon l'opinion majoritaire *(soutenue par les juges qui ont soutenu l'opinion majoritaire au considérant précédent),* l'article 7 du projet, ayant ce contenu, est conforme à la loi, puisqu'il est adopté en conformation à ladite Résolution du Conseil de Sécurité, ce qui constitue une obligation pour les États membres de l'O.N.U. en fonction de l'article 25 de la Charte.
D'ailleurs, étant donné que la disposition en question s'aligne à celle de la Résolution, elle n'est pas susceptible d'un contrôle de légalité plus approfondi, car elle se réfère à l'exercice du pouvoir politique et aux rapports du pays avec des organisations internationales, la Résolution elle–même ne pouvant être contrôlée non plus, puisqu'un tel contrôle ne serait guère prévu par la législation en vigueur.
Il en est de même des dispositions du projet, qui ont pour objectif la conformation du pays au Règlement, car ce dernier, en raison de son applicabilité directe, n'est susceptible qu'à un recours direct conformément à l'article 230 du Traité ou à un contrôle par voie d'exception lors d'un litige en instance, dans le cadre de laquelle, la juridiction ayant des doutes concernant la validité du Règlement, pourrait adresser une question préjudicielle devant la CJCE.
En revanche, le Règlement n'est pas susceptible de contrôle dans le cadre de la procédure d'élaboration d'un projet de décret à cause du caractère non-juridictionnel de celle-ci, la possibilité d'un renvoi préjudiciel étant, de ce fait, exclue. En tout état de cause, la règle contenue dans l'article 7 du projet est conforme à la loi, selon l'opinion qui l'a emporté. Il est vrai que cette règle est de nature à entraîner des restrictions aux droits de propriété et de protection judiciaire des personnes visées par celle-ci, à voire, de celles, qui sont comprises dans la liste attachée à l'Annexe IV du Règlement 1210/2003, auquel l'article 7 du projet est considéré de renvoyer; néanmoins, les droits de l'Homme ne sont conçus ni par le droit interne ni par le droit européen ou international comme illimités, mais ils sont susceptibles de restrictions imposées par l'intérêt public. Dans le cas présent, la restriction, dont il s'agit, est justifiée par l'intérêt public et international, dans le cadre duquel s'inscrit la disposition litigieuse *(de l'article 7 du projet)*, à savoir la restructuration de l'Iraq, l'affaiblissement des ex-dirigeants de ce pays et la restitution au peuple iraquien des ressources enlevées de façon illégitime par les officiels de l'ex-régime et les personnes de leur entourage.

Par conséquent, la disposition de l'article 7 du projet ne se heurte ni à la Constitution ni à d'autres normes de validité supérieure du droit européen ou international.
Plus particulièrement, la disposition en question n'est pas contraire à l'article 7 par. 3 de la Constitution, qui interdit la confiscation générale[4], car ce dernier présuppose l'existence d'une propriété acquise légalement, et non pas obtenue de façon illégale, comme c'est le cas, en l'occurrence, selon le jugement de la communauté internationale.

Toutefois, selon l'avis dissident, *dans la mesure où l'article 7 du projet a pour conséquence le transfert de l'ensemble de la propriété de certaines personnes individuellement définies, sans procédure judiciaire préalablement observée et sans que les personnes visées aient la possibilité de se défendre, cette disposition entraînerait une confiscation générale, interdite par l'article 7 par. 3 de la Constitution.* Certes, ces personnes se voient reconnaître la possibilité de présenter leurs réclamations a posteriori devant «le gouvernement légitime de l'Iraq» ; il n'en demeure pas moins que cette possibilité n'est pas de nature à assurer en faveur des personnes visées une protection judiciaire équitable et rapide, qui équivaudrait à celle que leur offriraient les tribunaux helléniques.
Cette violation d'une disposition fondamentale de la Constitution s'insérant dans le cadre de la sauvegarde des droits de l'Homme, quoique rendue indispensable par la nécessité de conformation de la Grèce à une Résolution du Conseil de Sécurité, ne peut pas, tout de même, être acceptée, parce que les conventions internationales dûment ratifiées l'emportent sur les lois ordinaires, en vertu de l'article 28 par. 1 de la Constitution, *mais pas sur la Constitution elle-même*.
Par conséquent, la Grèce n'est pas contrainte de se conformer à des actes des organes des organisations internationales, auxquelles elle participe, et, en l'occurrence, du Conseil de Sécurité, dans la mesure où le contenu de ces actes est contraire à la Constitution; *car il ne peut pas être considéré que parmi les pouvoirs que les États membres de l'O.N.U. ont chargé le Conseil de Sécurité d'exercer «à leur nom» (article 24 par. 1 de la Charte), est comprise l'adoption de mesures qui contreviennent à des dispositions fondamentales de la Constitution, relatives à la protection des droits de l'Homme.*
Il s'en suit que ces actes ne peuvent pas s'insérer dans l'ordre juridique interne et être appliqués au sein du territoire hellénique dans la mesure où elles comportent l'adoption de règles qui se heurteraient à la Constitution.
En outre, selon le même avis dissident, cette illégalité du projet peut faire l'objet de contrôle de la part du Conseil d'État, mené dans le cadre de ses compétences administratives, et, au même titre, elle est susceptible de contrôle lors de la procédure d'élaboration d'un projet de décret, car, en vertu de l'article 95 par. 1 al. d de la Constitution, tous le projets de décret au contenu règlementaire sont soumis à une telle élaboration. D'ailleurs, dans le cadre de cette procédure, le Conseil d'État a pour tâche de formuler son avis sur toutes les questions juridiques soulevées par les dispositions du projet et, surtout, sur la conformité des règles proposées par l'Administration à la législation en vigueur, cette dernière comprenant, par excellence, les règles d'une validité supérieur; finalement, il incombe à l'Administration, de la compétence et la responsabilité de laquelle relève l'édiction du décret, de décider de son contenu définitif[5].

Plus particulièrement, le juge rapporteur a formulé l'opinion suivante:
Le Conseil de Sécurité, en tant qu'organe constitué, doit agir en concordance avec les objectifs et les principes des N.U. et parmi ceux-ci, la protection des droits fondamentaux, sauvegardés par la Déclaration Universelle des droits de l'Homme … et l'Accord International de l'O.N.U. pour les droits fondamentaux et politiques du 16.12.1966, ratifié par la loi 2462/1997.
La même obligation incombe aux États membres.

---

[4] Selon l'article 7 par. 3 de la Constitution hellénique « La confiscation totale est interdite ….».
[5] Les avis du Conseil d'État sur les projets de décrets règlementaires ne sont pas obligatoires pour le Président de la République (avis non – conformes).

L'inventaire de ces droits comprend, par excellence, celui à une protection légale et à un procès équitable (articles 8, 10 et 11 de la Déclaration et 14 de l'Accord) …, *le noyau duquel doit être respecté même en cas d'une situation d'urgence*. Le droit en question fait partie des règles obligatoires du droit international général (*ius cogens*), qui doivent être respectées lors de la conclusion et de l'interprétation des conventions internationales, des clauses conventionnelles qui violeraient le *ius cogens* étant, de ce fait, nulles et caduques en vertu de l'article 53 de la Convention de Vienne du 23.5.1969 concernant le droit des Traités, ratifié par le Décret Législatif 402/1974 ……

Il s'ensuit qu'une Résolution du Conseil de Sécurité *contraire au ius cogens* serait illégale et, par conséquent, non – contraignante pour les États membres, *qui auraient le droit et, même, l'obligation de ne pas s'y aligner, comme il est prévu expressément par l'article 25 de la Charte.*
En outre, à défaut d'un système de contrôle des Résolutions du Conseil de Sécurité, c'est aux juridictions nationales qu'il appartient de constater cette caducité et d'en tirer les conséquences. Par conséquent, il ne peut pas être considéré que la Résolution 1483/2003, interprétée en harmonie avec le droit international, empêche l'exercice du droit à la protection légale de la part des personnes visées par le paragraphe 23 de celle-ci, mais il doit être accepté que ces personnes, qui peuvent, bien sûr, exercer ce droit, disposent, de surcroît, de la possibilité de présenter leurs réclamations devant le gouvernement légitime de l'Iraq. En outre, les droits fondamentaux, tels qu'ils sont consacrés par la Convention Européenne des droits de l'Homme, constituent de principes généraux du droit communautaire*,* qui interdiraient l'adoption de mesures incompatibles au respect des droits de l'Homme, reconnus et protégés par la Convention, au sein du territoire communautaire*;* actuellement, ces droits sont expressément consacrés par l'article 6 par. 2 du Traité de l'Union Européenne, le contrôle de l'application duquel relève de la compétence de la CJCE, en fonction de l'article 46 al. b du Traité de l'Union Européenne. Le droit à la protection légale, dans la totalité de ses aspects …., constitue un de ces droits.
Par conséquent, il doit être considéré que le Règlement 1210/2003, interprété à la lumière des dispositions précitées, n'interdit pas le recours de l'intéressé devant les tribunaux compétents des États membres, aussi bien que le recours devant les autorités de l'Iraq. Certes, l'article 14 du Règlement stipule que des obligations et les droits, découlant de traités conclus avant sa mise en vigueur, ne font pas obstacle à l'application de celui-ci ; mais cette disposition ne concerne manifestement pas la Convention Européenne susmentionnée, l'application de laquelle est prévue par une règle de validité supérieure, voire, l'article 6 par. 2 tu Traité de l'Union Européenne.
Il s'ensuit que, selon cet avis, l'article 7 du projet se heurte aux articles 20 par. 1er de la Constitution, 6 de la Convention Européenne et 14 de l'Accord International précités, et il est, de ce fait, illégal dans la mesure où il ne prévoit pas la possibilité d'un recours de l'intéressé devant les tribunaux helléniques.

Contribution du Conseil d'État d'Italie

1. Le Conseil d'État d'Italie
L'effectif total du Conseil d'État compte 1 Président, 18 présidents de section, 82 conseillers d'État. La fonction consultative est exercée par les 1re, 2ème et 3ème sections, la section consultative pour les actes normatifs et par l'assemblée plénière.
En général, chaque section consultative comprend deux présidents de section et huit conseillers. Les avis sont débattus et pris en assemblée présidée par un président et composée des membres de la section, eu vu d'un rapport rédigé par un conseiller rapporteur, qui a préalablement étudié l'affaire. L'avis est rédigé par écrit par le conseiller rapporteur et revu par le président.

La section consultative pour les actes normatifs est chargée de l'examen des projets d'actes réglementaires pour lesquels l'avis du Conseil d'État est prescrit par la loi, ou en tout état de cause est sollicité par l'administration.
La section examine également, à la suite d'une demande du Président du Conseil des Ministres, les projets d'actes réglementaires de l'Union européenne. L'avis est toujours rendu en assemblée générale pour les projets de loi ou de règlements renvoyés par la section ou par le Président du Conseil en raison de leur importance particulière.

Le Conseil d'État italien exerce surtout un contrôle juridique, il prend aussi en compte, dans ses considérations, l'opportunité administrative des textes qui lui sont soumis. C'est ainsi qu'il lui arrive d'attirer l'attention du gouvernement sur la possibilité de résoudre un problème de manière plus efficace que par voie de décret, par exemple par la conclusion d'un contrat. S'il y a lieu, le Conseil d'État recommande aussi parfois une solution moins compliquée que celle qui a été proposée par le gouvernement.
D'autre part, il arrive aussi que l'avis prenne en compte l'opportunité du décret, en ce sens que le Conseil demande au gouvernement d'étudier d'abord les effets des dispositions proposées.
Lors de l'examen de la législation, le Conseil contrôle la compatibilité des dispositions qui lui sont soumises avec la législation de rang supérieur et leur cohérence avec le système dans son ensemble. Il existe un modèle relatif à la forme des actes normatifs, qui est prévu dans des directives de la présidence du Conseil des ministres.
Sur le fond, le Conseil a parfois demandé à l'administration un examen détaillé des conséquences juridiques et économiques des dispositions normatives qui lui sont soumises.

2. Avis sur Code des contrats administratifs en matière de travaux, services et fournitures

1. Introduction
Le Conseil d'État italien a exprimé son avis sur un acte normatif visant à introduire dans l'ordre juridique italien une nouvelle organisation de la matière des contrats administratifs (de services, fournitures et travaux) conforme aux directives européennes n° 2004/17/CE et 2004/18/CE, toutes deux du 31 mars 2004 et portant respectivement coordination des "*procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux*" (dits "secteurs réservés") et "*coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fourniture et de services*".

Ce même texte normatif (qui se voit conférer le nom de "Code des contrats administratifs") prévoit également la réorganisation des marchés publics de travaux, fournitures et services publics conclus en deçà du seuil, essayant de parvenir, dans la mesure du possible, à l'harmonisation des règles de droit interne en matière de contrats, non concernées par les directives communautaires, avec les principes posés par celles-ci.

Les règles de droit communautaires et nationales (en ce qui concerne l'organisation des marchés en deçà du seuil) se révèlent être également l'expression de principes que les régions (qui disposent de marges de manœuvre normatives en la matière) doivent observer dans le cadre de la réglementation qu'elles établissent.

Le CONSEIL D'ÉTAT
Section consultative pour les actes normatifs
Assemblée du 6 février 2006
N° Section 355/06
OBJET :
PRÉSIDENCE DU CONSEIL DES
MINISTRES - Projet de décret législatif portant "*Code des contrats administratifs en matière de travaux, services et fourniture*" aux termes de l'article 25 de la loi n° 62 du 18 avril 2005.

La Section
Vu le projet de décret législatif portant "*Code des contrats administratifs en matière de travaux, services et fournitures*"
aux termes de l'article 25 de la loi n° 62 du 18 avril 2005, transmis selon note de la Présidence du Conseil des Ministres n° 355/06 en date du 17 janvier 2006 et parvenue le 27 janvier 2006, sur lequel est sollicité l'avis du Conseil d'État;
Après avoir examiné les pièces et entendu les rapporteurs, les Présidents Coraggio, Giovannini, Trotta, Cossu, Barberio Corsetti et les Conseillers Piacentini, Torsello, Millemaggi Cogliani, Carbone, De Cesare, Fera, D'Agostino, Marchitiello, Pozzi, Anastasi, Marra, Salemi, Leoni, Meschino, Saltelli, Chieppa, Montedoro, De Ioanna, Roxas, Corradino, Nocilla, De Felice ;

IL EST RAPPELÉ ET DÉCIDÉ CE QUI SUIT:

Première partie – Considérations générales
1. Le projet de décret législatif qui nous occupe soumet à l'avis du Conseil d'État le "*Code des contrats administratifs en matière de travaux, services et fourniture*", dans le cadre de la mise en oeuvre de la délégation contenue à l'article 25 de la loi n° 62 du 18 avril 2005 (*Loi communautaire pour 2004*).

En son alinéa 1er, ce texte donne délégation au gouvernement aux fins de réception dans notre ordre juridique des directives n° 2004/17/CE et 2004/18/CE, toutes deux du 31 mars 2004 et portant respectivement coordination des "*procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux*" (dits "secteurs réservés") et "*coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services*".

1.1. Les modalités d'adoption du décret législatif (ou des décrets législatifs) prévues à l'article 25 sont les modalités générales fixées à l'article 1er de la loi communautaire susvisée pour l'ensemble des décrets de transposition, par analogie avec les lois communautaires des années précédentes.

Cet article 1er prévoit en particulier:
un délai de dix-huit mois à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi n° 62 de 2005 pour adopter les décrets législatifs (article 1er, alinéa 1er)
l'application de l'article 14 de la loi n° 400 du 23 août 1988 sur proposition du Président du Conseil des ministres ou du Ministre des politiques communautaires et du ministre ayant compétence institutionnelle prédominante en la matière, en concertation avec les ministres des affaires étrangères, de la justice, de l'économie et des finances et les autres ministres intéressés par l'objet de la directive (alinéa 2);
les avis de la Chambre des députés et du Sénat de la République dans un délai de quarante jours pouvant être prorogé de quatre-vingt-dix jours dans des cas précis (alinéa 3) ;
l'obligation de joindre aux projets de décrets législatifs portant mise en oeuvre de certaines directives communautaires (parmi lesquelles les directives n° 2004/17/CE et 2004/18/CE transposées aux termes du présent projet) le rapport technique prévu à l'article 11-*ter*, alinéa 2, de la loi n° 468 du 5 août 1978, sur lequel s'expriment également les Commissions parlementaires compétentes sur les aspects financiers.
Le gouvernement peut ne pas se conformer aux conditions formulées en invoquant l'obligation de garantir le respect de l'article 81, alinéa 4, de la Constitution, et procède à une nouvelle transmission des textes aux chambres, en y joignant les compléments d'information nécessaires aux avis définitifs des Commissions compétentes pour les aspects financiers (alinéa 4) ;
la possibilité pour le gouvernement de proposer, dans un délai de dix-huit mois à compter de la date d'entrée en vigueur de chacun des décrets législatifs, des dispositions complémentaires et modificatrices, conformément aux mêmes critères et principes directeurs fixés par la loi de délégation, et selon la même procédure (alinéa 5);
l'application de l'article 117, alinéa 5, de la Constitution, en conséquence duquel "*les décrets législatifs doivent porter de manière explicite l'indication du caractère de substitution des dispositions qu'ils contiennent*" (alinéa 6);

3 1.2. Abordant maintenant la délégation spécifique figurant à l'article 25, il apparaît que la définition même de son objet présente des particularités notables.
En effet, l'alinéa 1er prévoit que le gouvernement pourra prendre un ou plusieurs décrets législatifs "*visant à définir un cadre normatif aux fins de réception*" des directives précitées.
Cette formulation est bien plus large que celle donnée de manière générale par la loi communautaire elle-même, qui parle de l'adoption de "*décrets législatifs portant dispositions nécessaires à la mise en oeuvre des directives énumérées dans les listes figurant aux annexes A et B*", la formulation de l'article 1er, alinéa 1er, étant reproduite dans toutes les dispositions de délégation particulières de la loi qui nous occupe, avec pour unique variation lexicale le remplacement parfois de l'expression "*pour mettre en oeuvre*" par celle de "*pour la réception"*. Il y a lieu d'ajouter que l'ampleur de la portée de la délégation de l'article 25 est

en outre soulignée par la référence (faite à la lettre a) de l'alinéa 1er) à un "unique texte", terme qui, bien que dépourvu de tout caractère technique (ce sur quoi nous reviendrons par la suite) indique que le législateur n'entend pas se limiter à une simple compilation de textes existants, même cohérentes avec les directives : c'est le secteur des marchés publics dans son ensemble – mais uniquement celui-ci – qui doit donner lieu ici à une réglementation unitaire et cohérente.
Cette particularité, au regard du mode de réception habituel des directives communautaires, a eu pour conséquence de rendre nécessaire la formulation de quatre critères et principes directeurs dégagés, uniquement en ce qui concerne la réception des directives sur les marchés publics, par ce même alinéa 1er de l'article 25, critères qui d'un côté conditionnent l'intervention du législateur délégué, mais de l'autre en définissent la portée innovante. La spécificité de la délégation de l'article 25 apparaît encore plus marquée dès lors que celle-ci est mise en parallèle avec les autres. De fait, l'article 5 de cette même loi n° 62 de 2005, qui prévoit "*la réorganisation normative au sein des matières concernées par les directives communautaires*", donne délégation au gouvernement aux fins d'adoption, selon les mêmes modalités que celles prévues aux alinéas 2 et 3 de l'article 1er et dans le même délai de dix-huit mois, "*des textes uniques des dispositions de mise en oeuvre des délégations données en vue de la réception des directives communautaires, afin de coordonner celles-ci avec les*
textes de loi en vigueur dans ces domaines, n'apportant que les modifications nécessaires à garantir la simplification et la cohérence logique, systématique et lexicale de la réglementation".
Cette comparaison permet de mettre en évidence la portée substantielle de la délégation de l'article 25 au regard de la coordination simplement formelle des autres éléments.

1.3. Les capacités innovantes de la délégation étant précisées, les lignes directrices de l'intervention, et par conséquent ses limites, sont bien évidemment à retrouver dans les critères donnés par ce texte. Le premier critère découle directement de la nécessité de mettre en adéquation l'ordre juridique italien avec une réforme de fond de l'ordre juridique communautaire (lettre a). En 4 particulier, la directive n° 2004/18 se substitue à trois directives précédentes, qui opéraient une distinction entre les secteurs des travaux, des services et des fournitures, et elle met en place une procédure unique en matière de passation de marché public en remplacement des trois procédures précédentes. Ce critère doit être lu au regard de l'objet même de la délégation ("cadre normatif aux fins de réception des directives…"), ce qui fait ressortir son caractère central. En effet, si le législateur précédent, utilisant les marges de manoeuvre discrétionnaires laissées par les textes communautaires, avait effectué certains choix (par exemple les solutions données par la loi n°109 de 1994 sur les marchés publics intégrés et sur le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse) à l'instar de valeurs et de problèmes différents de celui de la concurrence, le législateur délégant se concentre sur la réception des directives nouvelles. Ce n'est que par la suite qu'il sera possible de voir jusqu'à quel point la mise en place de la réforme en aura été influencée, au travers de l'analyse des obligations inhérentes aux directives ; en tout état de cause, il fait pas de doute que la possibilité d'introduire des modifications substantielles au corps des textes en vigueur s'en trouve justifiée. Par ailleurs, les marges de manoeuvre discrétionnaires dans l'innovation de la réglementation en vigueur semblent se réduire à la nécessité d'adapter l'ordre juridique national, y compris sur des points qui ne sont pas directement régis par les directives n° 17 et 18, à l'évolution générale de l'ordre juridique communautaire en la matière, ainsi que l'a "intégré" la jurisprudence, souvent prétorienne, de la Cour de Justice. Sur ce point, la Section est d'avis que le principe contenu à la lettre d) de l'article 25, alinéa 1er, sur la nécessité de se mettre en adéquation avec la décision C-247/02 a une portée non pas limitée mais au contraire élargie, puisqu'il indique qu'il est nécessaire de tenir compte dans son entier de l'ordonnancement juridique communautaire dans lequel s'inscrivent les deux directives *de quibus* ; et, en premier lieu, il importe de respecter les domaines d'application du pouvoir discrétionnaire des entités

adjudicatrices (en particulier, mais non pas uniquement, en ce qui concerne les critères de choix) en tant que garantie d'une concurrence sélective fondée sur la qualité de l'offre (voir ci-après paragraphe 2). L'obligation de "*respect des principes du Traité instituant l'Union européenne*" figurant à la lettre a) du texte de la délégation vient donner une confirmation supplémentaire de l'interprétation des éléments exposés ci-avant. Ce respect s'entend non seulement, dans un sens limitatif, des actes à éviter car en contradiction avec les principes du Traité, mais également, dans un sens contraignant, des actions à engager pour la *"définition d'un cadre normatif aux fins de réception des directives*" qui soit cohérent avec ces mêmes principes, ainsi que les a interprétés (et parfois même "construits") la jurisprudence de la Cour de Luxembourg.
1.4. Le critère figurant à la lettre b) répond à une exigence classique de l'ordre juridique national et concerne la nécessité d'une "simplification" des procédures administratives nationales. A cette fin, il convient de procéder à un approfondissement permettant d'en définir avant toute chose le sens et par voie de conséquence la portée. A cet égard, il y a lieu d'observer que même si le texte de la délégation ne figure pas dans l'une des récentes "lois annuelles de simplification" (loi n° 229 de 2003 – loi de simplification 2001 – et loi n° 246 de 5 2005 – loi de simplification pour 2005), il s'insère dans le processus dont ces lois constituent la plus récente évolution. En particulier, la loi n° 229 de 2003 a marqué le début d'une nouvelle phase en matière de simplification et de réorganisation (appelé désormais "*réaménagement*") des textes, après celle des "textes uniques mixtes" visés à l'article 7 aujourd'hui abrogé de la loi n° 50 du 8 mars 1999 (supprimé par l'article 23, alinéa 3, de la loi n° 229 de 2003).
Dans son avis n° 2/04 du 25 octobre 2004 (relatif au "Code la propriété industrielle"), auquel il est renvoyé pour de plus amples approfondissements de la question, l'Assemblée plénière du Conseil d'État a procédé à un examen du sens actuel du concept de "simplification", qui tient lieu de pierre angulaire à l'ensemble des actions qui se sont succédées depuis plus de dix ans (celles relatives à la réorganisation, codification ou réaménagement ; celles des "lois annuelles" récemment promulguées, ainsi que celle faisant l'objet du présent examen). A cette occasion, il a été observé qu'il s'agissait d'un concept ayant connu une évolution notable au cours des années selon un processus qui peut être identifié par la pratique internationale, les usages législatifs courants et les exigences signalées, même récemment, par les associations représentatives des catégories de production et des consommateurs. L'expérience internationale montre que l'approche du thème de la qualité de la réglementation est déterminée, à l'origine, par les besoins d'un marché en évolution, connaissant des mouvements contraires vers la dérégulation, pour favoriser l'entrée des opérateurs économiques, et vers "l'hyper-réglementation", afin de réguler la concurrence et protéger des intérêts de nature diverse (environnement, santé, sécurité), qui ont pu faire l'objet d'un arrangement par la recherche de la "juste dose" de régulation et d'une réglementation de qualité. Cette évolution est cohérente avec le processus analogue se déroulant au niveau communautaire et qui a connu récemment une forte accélération sous l'impulsion des institutions européennes (la question est ici appelée *better regulation* : voir sur ce point, en particulier, l'importante communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européens COM (2005) 97 du 16 mars 2005 sous le titre "*Better Regulation for Growth and Jobs in the European Union*" et les conclusions du Conseil européen de décembre 2005 qui, nonobstant la nature infiniment politique de ce document, consacrent une large place à cette question). Progressivement, l'expérience italienne s'est également rapprochée de cette acception,
évoluant à partir d'un concept plus ancien de "simplification" limité au seul assouplissement des procédures administratives et de l'organisation de services administratifs. Toutefois, en ce qui concerne plus particulièrement l'objectif de simplification qui nous occupe, il importe de délimiter le champ d'innovation qu'il autorise sur l'ordre juridique en vigueur, en tenant compte du fait qu'il s'agit non pas d'une vague orientation générale de politique législative mais bien d'un critère de délégation qui, en l'absence d'indications plus précises, doit être analysé non pas de manière à en réduire l'ampleur mais à tout le moins selon une lecture plus traditionnelle (les effets de cette limite seront également abordés par la suite).

En ce qui concerne le domaine d'application objectif du critère, il est nécessaire de déterminer le sens de l'expression – qui à la vérité n'est pas très claire – "*procédures* 6 *d'attribution qui ne constituent pas une application directe des textes communautaires*". Cette expression peut revêtir deux significations, de manière alternative, selon que:

l'expression "*procédures d'attribution*" s'entend dans un sens restrictif, à savoir par référence aux (seules) procédures dans leur ensemble ; il en découlerait que la lettre b) de la délégation (et du pouvoir de simplification qui l'accompagne) s'appliquerait aux (seules) procédures dites en deçà du seuil, car elles seules ne sont pas soumises aux règles communautaires. Il s'agit là de l'interprétation suivie par le rapport ministériel (qui toutefois ne pose pas expressément la question et n'est donc d'aucun secours en termes de motivation);

l'expression sus rappelée s'entend dans un sens large et général, visant les "parties de procédures" et non pas seulement les procédures dans leur ensemble, et donc, de manière générale, les "dispositions relatives à l'attribution" qui ne découlent pas directement de la réglementation communautaire. Cette acception permettrait par exemple d'appliquer également la lettre b) aux textes législatifs nationaux introduits en sus de la réglementation communautaire pour les attributions au-delà du seuil, qui dans cette optique sont assurément des "dispositions relatives à l'attribution" ne constituant "pas une application directe" du régime communautaire. La Section considère cette seconde interprétation comme étant: plus plausible à l'instar du décret législatif, qui aurait sinon fait une référence expresse aux procédures en deçà du seuil;

plus conforme à l'esprit de la délégation, qui semblerait sinon, de manière contradictoire, limitée dans ses critères au regard de la "définition du cadre normatif" visé en son objet, ce "cadre" concernant manifestement, et essentiellement, le régime au-delà du seuil;

plus cohérente avec la *ratio* même de la réforme communautaire et de l'évolution des principes du Traité, qui visent tous à la simplification des attributions au-delà du seuil;

plus respectueuse des efforts constants des institutions européennes pour contenir, dans la mesure possible, les ajouts introduits par les États membres lors de la réception des directives (phénomène dit du *goldplating*) qui retardent et entravent le processus d'harmonisation des réglementations imposé par le Traité et qui risquent d'introduire, de fait, des obstacles à l'effectivité du marché unique.

1.5. La politique de diminution et de réorganisation des textes d'un point de vue juridique et formel fait partie intégrante de la politique plus générale de la qualité de la réglementation. Elle conduit à la "codification" de la matière des marchés publics, terme repris récemment après plusieurs années (et pour la première fois également dans le titre) par la loi n° 229 de 2003 et développé par la suite par la loi n° 246 de 2005. Le projet qui nous occupe, même s'il se place en-dehors du processus de codification (ou de réaménagement) initié par les lois susvisées, porte en effet la dénomination de "*Code des contrats administratifs…*" et comme tel il doit faire l'objet d'une analyse systématique. L'avis précité de l'Assemblée plénière n° 2/04 a relevé que si le modèle de la codification issu du siècle des lumières a assurément disparu, la nécessité de rassembler les textes de manière organique selon les domaines se fait toujours plus pressante: au cours des dernières années, cet impératif a permis le retour du concept de codification, même si bien 7 évidemment elle emprunte des formes diverses. En effet, ainsi que le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de l'approfondir, la codification est une idée qui évolue : elle accompagne la réalisation d'équilibres provisoires visant à rassembler les nombreuses lois spéciales de secteur (souvent d'origine communautaire, comme en l'espèce), de façon à conférer au recueil de textes une portée systématique, en l'orientant vers des idées de régulation permettant de garantir l'unité et la cohérence de la réglementation dans son ensemble. C'est à cette codification "nouvelle génération" qu'appartient le Code des marchés publics qui nous occupe, une telle qualification apparaissant cohérente avec les objectifs globaux de la délégation, même si celle-ci ne prévoit pas de disposition expresse sur ce point. L'instrument juridique utilisé pour l'ensemble des actes de ce processus – y compris celui qui nous occupe – est le décret législatif, mais il est surtout utilisé pour les possibilités de réforme de fond de la

réglementation d'origine. En effet, si l'objectif commun tant aux textes uniques mixtes de réaménagement précédents qu'aux actuels décrets législatifs de "codification" est assurément celui d'une "réorganisation" des sources de régulation et une diminution draconienne de leur nombre, la différence entre les textes uniques et les codes réside non seulement dans l'abandon de l'outil réglementaire mais surtout dans la portée législative innovante des codes. En conséquence, il ne s'agit pas de codes *à droit constant* comme dans l'ordre juridique français (qui même avec ce système, plus rapide car il évite d'aborder de difficiles réformes de fond, a déjà codifié plus de 50 % des matières de son propre ordre juridique) mais de véritables codes régissant une matière *ex novo*. En conclusion, la Section est d'avis qu'en l'espèce – nonobstant quelque incertitude littérale possible et sur l'expression, dénuée de tout caractère technique, de "*unique texte*"
visée à la lettre a) de l'article 25, alinéa 1er de la délégation – il se trouve en présence non pas d'un "texte unique", même innovant, mais d'un décret législatif qui codifie la matière en portant les actes de réforme rendus nécessaires par les critères substantiels de délégation visés à l'article 25, et en premier lieu la réception des directives communautaires. 2. C'est sur la base de ces considérations qu'il convient d'aborder le thème des relations avec la réglementation existante. Ainsi qu'il est établi, le texte originaire de la loi cadre n° 109 de 1994 sur les travaux publics avait édicté des règles en partie différentes de la réglementation communautaire, prévoyant une séparation rigide entre l'activité de conception et celle d'exécution des travaux, la limitation du recours au critère de l'offre économiquement la plus avantageuse, de la négociation privée et de l'introduction de modifications, l'abolition de l'institut de la révision des prix et d'autres encore, qui constituaient les aspects les plus qualifiants de cette réforme. Il est également certain en ce qui concerne ces dispositions que se pose la question de leur conformité à la directive alors en vigueur (n° 89/440/CEE reprise dans la directive n°37/1993/CEE) mais, par une décision n° 482 du 7 novembre 1995, la Cour Constitutionnelle a déclaré infondées les questions d'inconstitutionnalité soulevées par les Régions relatives aux procédures de choix du cocontractant et aux critères d'adjudication prévus par la loi n° 109 de
1994, relevant que les dispositions de la loi, qui avait pour objet des méthodes de sélection du cocontractant plus rigoureuses par rapport aux directives communautaires, étaient conformes à la constitution, même au regard de la répartition de compétence normative entre l'État et les Régions, car visant à garantir la concurrence de manière encore plus étendue.
8 Par la suite, les principes en question ont subi certains tempéraments, mais le schéma général est demeuré fondamentalement le même. Il ne fait pas de doute que le "Code" marque une évolution certaine par rapport au passé. Toutefois, l'obligation découlant de la réception des directives européennes, combinée aux arrêts de la Cour de Justice, réduit de manière sensible la possibilité pour le législateur délégué de suivre la voie tracée en son temps par la loi n° 109 de 1994, en particulier à propos des cas les plus significatifs de dérive par rapport à la réglementation en vigueur : le marché public intégré et l'offre économiquement la plus avantageuse. En ce qui concerne le premier cas, il convient de rappeler le neuvième *considérant* de la directive en question, qui met en évidence l'intérêt que ce soit les administrations adjudicatrices elles-mêmes qui "… prévoient tant la passation séparée que la passation conjointe de marchés pour l'exécution et la conception des travaux…", ne demandant au pouvoir législatif que de fixer les critères qualitatifs et économiques sur lesquels doivent se fonder les décisions y afférentes. A son tour, la Cour de Justice, dans un arrêt "*Sintesi s.p.a*." du 7 octobre 2004 – dont l'incidence particulière au regard de la présente interprétation tient au fait qu'il a été expressément cité parmi les critères de délégation de l'article 25 de la loi n° 62 de 2005 en son alinéa 1er, lettre d) – trace les contours, même de manière synthétique, d'un modèle d'administration capable de motiver les choix des règles de concours, en prenant en considération les particularités des diverses situations de fait et en étant dotée de la technicité nécessaire à la mise en oeuvre d'une "politique" des marchés publics qui lui soit propre. Ainsi que cela a déjà été exposé au paragraphe 1.3., il s'agit là d'un principe pouvant être étendu de manière importante.

A ceci vient s'ajouter le fait que même le critère de la "simplification" tel que délimité ci-avant dans son contenu et son champ d'application, constitue un motif supplémentaire poussant à réduire les "liens" des pouvoirs adjudicateurs en leur permettant – en totale cohérence avec la logique communautaire – d'utiliser au mieux les possibilités offertes par le marché. Par ailleurs, il ne saurait être passé sous silence que le nouveau cadre normatif peut à nouveau donner lieu aux inconvénients auxquels les limitations de la loi n° 109 de 1994 avaient voulu remédier. Bien que la Cour de Justice n'ait pas estimé nécessaire de les prendre en considération (dans le cadre de l'affaire "*Sintesi s.p.a*.", qui s'est conclue par l'arrêt susvisé C-247/02, l'Italie avait invoqué cette nécessité comme moyen de défense), ces inconvénients ne sauraient être sous-évalués compte tenu également du contexte administratif et social actuel. Il apparaît donc plus que jamais nécessaire d'adopter des instruments de garantie appropriés et, en particulier, il convient d'évaluer positivement dans cette optique et de valoriser le critère de délégation figurant à la lettre c), qui vise à assurer la généralisation et l'accroissement du contrôle conféré à l'Autorité pour les travaux publics dans l'ensemble des secteurs concernés par les directives. Il ne fait aucun doute que le rôle de cette institution, loin de pouvoir se considérer comme en conflit avec le système des autonomies, doit être vu comme le point de référence et de raccord nécessaire du système en soi. 3. Parmi les questions d'ordre général figure également celle de la répartition des compétences normatives entre l'État et les Régions. Les contrats conclus par l'administration, ainsi que les travaux, les services et les fournitures publics ne sont pas énumérés à l'article 117 de la Constitution, mais ceci n'implique pas qu'ils relèvent du pouvoir législatif résiduel des Régions dans la mesure où, ainsi que l'a relevé la Cour Constitutionnelle en matière de travaux publics, "il s'agit de domaines législatifs qui n'intègrent pas de matière propre et véritable mais qui reçoivent une qualification selon l'objet auquel ils se rapportent, de sorte qu'ils peuvent à chaque fois être attribués au pouvoir législatif exclusif de l'État ou aux pouvoirs législatifs concurrents" (Cour Constitutionnelle n° 303/2003).
Leur insertion dans le nouvel aménagement constitutionnel n'est donc pas facilité pour deux raisons: d'une part, cette réglementation possède un caractère transversal et rentre, de par ses multiples aspects, dans d'autres domaines énumérés par le nouvel article 117 et attribués à la compétence exclusive de l'État ou à la compétence concurrente État – Régions; d'autre part, il est nécessaire d'opérer une distinction entre les contrats conclus par des administrations ou des organismes nationaux et les contrats d'intérêt régional. S'il est incontestable que le législateur national est titulaire du pouvoir législatif exclusif en matière de travaux, services et fournitures publics "nationaux", il reste à définir le domaine de compétence de l'État au regard de certaines matières énumérées à l'article 117, alinéa 2, de la Constitution : *"protection de la concurrence"*, "*ordre juridique civil*" et *"compétence juridictionnelle et règles de procédure ; justice administrative*". La première matière, "transversale", relative à la protection de la concurrence est celle qui pose les problèmes les plus délicats.
La Cour Constitutionnelle a précisé que la protection de la concurrence relève d'une compétence transversale qui implique plusieurs domaines matériels et se caractérise par sa nature fonctionnelle (déterminant, plus que des objets, des objectifs en vue desquels le pouvoir législatif national doit être exercé) et sert à justifier l'intervention du législateur national y compris dans des matières relevant sous d'autres aspects de la compétence régionale (Cour Const. n° 14 et 272 de 2004 et n° 29 de 2006). La Cour a également précisé que cette matière embrasse dans leur ensemble les rapports de concurrence sur le marché et son inclusion à la lettre e) de l'article 117, alinéa 2, de la Constitution souligne l'intention du législateur constitutionnel d'unifier, au profit de l'État, les instruments de politique économique qui concernent le développement du pays dans son entier et sont de nature à compromettre l'équilibre économique général comme cela se produit pour les aspects relatifs aux contrats administratifs en matière de travaux, services et fournitures, définis par la suite comme le noyau dur du Code.
Il ne fait donc aucun doute que la protection de la concurrence pèse également sur le secteur qui nous occupe mais sa transversalité même a pour effet qu'elle s'insère dans

d'autres matières sans en utiliser, par définition, tout le domaine, de sorte qu'en général il reste des espaces insensibles à cette problématique au regard desquels la répartition normale de compétence demeure inchangée.
C'est ce qui se produit également en l'espèce où, à côté des questions de concurrence, il existe des aspects non marginaux d'organisation, de procédure, d'économie et d'autre type parmi lesquels la conception des travaux, services et fournitures, la direction des travaux, services et fournitures, la vérification, les fonctions et les qualités requises du responsable du déroulement de la procédure.
10 De par ces aspects également - et à plus forte raison - c'est à bon droit que la Cour Constitutionnelle affirme qu'il ne s'agit pas de matières : selon leur objet, ceux-ci peuvent relever (non seulement de la compétence exclusive de l'État mais aussi) de la compétence concurrente ou de la compétence exclusive des Régions. Dans le premier cas, l'activité législative régionale demeure soumise aux principes fondamentaux tirés du code; dans le second cas en revanche, sous réserve de l'éventuelle importance de diverses obligations (par exemple la transparence et de manière générale les principes de la loi sur la procédure administrative) la législation régionale peut s'exprimer librement. Quant aux aspects relatifs à la qualification et à la sélection des concurrents, aux procédures de concours, aux critères d'adjudication, à la sous-traitance des marchés publics et au contrôle confié à une Autorité indépendante en matière de passation de marchés publics, il s'agit du noyau dur du contenu du Code qui nous occupe, dans lequel il ne fait aucun doute que la concurrence joue un rôle prépondérant, mais il reste à vérifier si une intervention normative régionale est malgré tout possible.
En ce qui concerne les contrats dits au-delà du seuil, le choix fait par le législateur national de ne pas utiliser les marges de manoeuvre laissées à sa discrétion par les directives offre aux Régions un champ d'action résiduel. Avec la précision que ce champ d'action ne peut être utilisé aux fins d'introduction de mesures d'atténuation de la concurrence – comme cela se produirait par exemple en augmentant les hypothèses de négociation privée – mais permet uniquement une intervention visant à une application plus large du principe dans le sens indiqué par l'arrêt n° 482/95 précité de la Cour Constitutionnelle, qui a reconnu la conformité de la loi n° 109 de 1994 précisément parce qu'elle visait à assurer une concurrence élargie. A ceci vient s'ajouter le fait que la protection de la concurrence interfère avec la force d'unification de la réglementation communautaire, qui vise également à garantir aux opérateurs économiques des conditions analogues, transparentes et non discriminatoires de passation des marchés publics, ainsi que la Cour Constitutionnelle l'a reconnu dans un autre domaine aux termes de sa décision n° 336 de 2005, dans la partie dans laquelle elle souligne que les objectifs fixés par les directives communautaires, bien que ne pesant pas sur les modalités de répartition de compétences entre l'État et les Régions, peuvent de fait requérir une articulation particulière du rapport "règle de principe – règle de détail", dans le sens d'une intervention plus incisive du législateur national. Concrètement, ces considérations invitent à penser que l'exercice décentralisé du pouvoir législatif n'est pas possible dans les domaines suivants, qui appartiennent à ce qui a été défini comme le noyau dur du Code : la qualification et la sélection des concurrents, les critères d'adjudication, la sous-traitance de marchés publics et le contrôle de la passation des marchés publics confié à une autorité indépendante. En revanche, pour les autres aspects, appartenant toujours à ce noyau et en particulier pour les procédures de concours, il y a lieu de reconnaître l'existence d'une compétence normative des Régions dans les termes et limites indiqués ci-avant ; et ceci à l'instar de ce que la Cour Constitutionnelle a affirmé, à savoir qu'un texte national qui imposerait une réglementation détaillée au point d'en devenir disproportionnée par rapport à l'objectif de protection de la concurrence constituerait une restriction illégitime de l'autonomie régionale (Cour Const. n° 272/2004 relative aux concours en matière de services publics locaux).
11 En ce qui concerne les contrats dont la valeur est en deçà du seuil communautaire, il échoit à l'État de fixer les principes qui assurent la transparence, l'égalité de traitement et la non discrimination sans pour autant qu'il soit nécessaire (nécessité d'origine communautaire) d'étendre le degré d'uniformité de la réglementation dans ses moindres détails. La

consistance du domaine de ces principes contraignants pour les Régions a été définie par la jurisprudence constitutionnelle qui, précisément en ce qui concerne les acquisitions en deçà du seuil de biens et de services, a reconnu la conformité de l'application aux Régions des seuls principes tirés de la législation nationale de réception de la réglementation communautaire lorsqu'ils imposent un concours, fixent le domaine subjectif et objectif de cette obligation, limitent le recours à la négociation privée et assortissent la violation de l'obligation de sanctions civiles et de certaines formes de responsabilité (Cour Const. n° 345 de 2004, qui opère la distinction entre les règles de principe dans une matière transversale telle que la protection de la concurrence et les principes fondamentaux dans les cas de législation concurrente).
Restent les autres réserves de compétence nationale: ordre juridique et compétence juridictionnelle. Les aspects relatifs à la conclusion et à l'exécution des contrats concernent la matière contractuelle du droit civil et l'autonomie privée, et donc le domaine de "l'ordre juridique civil", relevant toujours de la compétence exclusive de l'État ; toutefois, il convient de préciser que même dans le cadre de l'exécution des contrats peuvent apparaître des questions d'organisation administrative et de comptabilité, sur lesquelles l'État n'a compétence exclusive qu'en ce qui concerne les administrations centrales et non régionales. En revanche, la réglementation du contentieux relève de la "*compétence et règles de procédure ; … ; justice administrative*" visée à la lettre l) de l'article 117, alinéa 2, de la Constitution (sous réserve d'en vérifier la compatibilité avec la délégation). 3.2. En revanche, d'autres aspects régis par le Code relèvent sans nul doute de la compétence concurrente de l'État et des Régions tels que, en particulier, les aspects inhérents à la localisation des ouvrages publics, la programmation des travaux publics, l'approbation des projets à des fins d'urbanisme et d'expropriation, qui concernent le domaine de "*l'aménagement du territoire*" ou ceux relatifs à la "*protection et sécurité du travail*" et à la "*mise en valeur des biens culturels et environnementaux*". En outre, il est expressément prévu que certains types d'ouvrages relèvent de la compétence concurrente entre l'État et les Régions, tels que par exemple les "*ports et aéroports civils ; grands réseaux de transport et de navigation ; …. ; production, transport et distribution nationale d'énergie*" (ainsi du reste qu'il est clair que l'État a compétence exclusive en matière de travaux, services et fournitures qui, indépendamment de l'administration qui les exécute, concernent par exemple "*la défense… ; sécurité de l'État*", "*l'ordre public et la sécurité*", "*les douanes, protection des frontières nationales*"). Au regard de cette compétence, il a été exposé que la formulation des principes fondamentaux échoit à l'État et il y a lieu d'observer sur ce point que le réaménagement de la réglementation prévu par la délégation répond également à la nécessité d'une simplification des textes et cette simplification doit contribuer à garantir le principe de sécurité juridique, en 12 particulier au cours de la phase actuelle de mise en oeuvre d'une réforme constitutionnelle, qui est déjà riche de doutes et de difficultés, résolus pour partie seulement *ex post* grâce à l'intervention de la Cour Constitutionnelle.
Ainsi que la Section l'a déjà relevé, il ne semble donc pas que le fait de demander à l'interprète de déterminer en totalité les principes fondamentaux d'une matière relevant de la compétence concurrente réponde au principe susvisé de sécurité juridique (Cons. État, Sect. actes norm., n° 11996/04 des 31 janvier 2005 et 4 avril 2005).
3.3. Cette même exigence de clarté doit être prise en compte dans la mise en oeuvre du critère visé à l'article 1er, alinéa 6, de la loi de délégation.
Ce critère reçoit le principe, déjà affirmé en matière de pouvoir réglementaire par le Conseil d'État dans sa fonction consultative, selon lequel l'État peut intervenir aux fins de mise en oeuvre des directives communautaires dans les matières attribuées à titre exclusif ou concurrent aux Régions ou aux Provinces autonomes en cas d'inexécution de la part des Régions, par l'adoption d'une réglementation à caractère flexible et prenant effet de manière différée à la date butoir d'exécution de l'obligation communautaire de transposition de la directive, par rapport aux seules Régions défaillantes (Cons. d'État, Ass. Plén. N° 2/2202, 25 février 2002).
Il ne semble pas que ce critère ait été suivi lors de la préparation du Code,

vraisemblablement du fait de la supposition – non partagée par la Section, pour les motifs exposés ci-avant – que l'ensemble des directives à transposer ne concernerait que des aspects réservés à la compétence exclusive de l'État.
Par conséquent apparaît la nécessité d'introduire une clause de flexibilité et d'indiquer les parties "flexibles" du Code ainsi que celles qui au contraire exigent l'exercice du pouvoir normatif régional, en raison de ce qu'elles touchent à des domaines relevant de la compétence exclusive de l'État ou de ce qu'elles constituent des principes fondamentaux en matière de compétence concurrente.
3.4. En ce qui concerne les Provinces autonomes de Trente et de Bolzano, la clause de flexibilité ne peut être prévue, parce qu'ainsi que la Cour Constitutionnelle l'a confirmé à plusieurs reprises, ce n'est pas l'article 10 de la loi n° 62 de 1953 mais l'article 2 du décret législatif n° 266 du 16 mars 1992 qui leur est appliqué (règle de mise en oeuvre du statut spécial), aux termes duquel l'entrée en vigueur de nouveaux textes nationaux imposant l'adaptation de la législation provinciale n'entraîne pas l'abrogation des lois provinciales existantes qui se retrouveraient en contradiction avec les obligations nouvelles, mais uniquement une obligation d'adaptation, dont le gouvernement peut faire valoir l'inexécution par voie de recours spécial contre les lois provinciales non mises en adéquation (Cour Const. n° 302/2003).
Le critère de délégation visé à l'article 1er, alinéa 6, de la loi n° 62 de 2005, bien que faisant également référence aux Provinces autonomes, doit être interprété selon la Constitution à la lumière du mécanisme spécial prévu par les règles de mise en oeuvre du statut spécial pour l'adaptation de la réglementation en vigueur dans les Provinces autonomes de Trente et Bolzano.
13
En tout état de cause, les dispositions du Code relatives à des matières relevant de la compétence exclusive de l'État demeurent applicables aux deux Provinces autonomes, dans la mesure où même l'attribution à l'État de la compétence exclusive dans les matières transversales, telles que la protection de la concurrence, n'a pas constitué une limitation nouvelle à des formes d'autonomie plus larges, reconnues aux deux Provinces, et donc inapplicable à celles-ci aux termes de l'article 10 de la loi constitutionnelle n° 3 de 2001; au contraire, avant même l'entrée en vigueur de la réforme du titre V, la concurrence constituait une matière réservée relevant de la compétence de l'État, ainsi qu'il résultait également de la décision n° 482/95 de la Cour Constitutionnelle. Sur la base de ces considérations, la Section estime nécessaire de reformuler l'article 4 du projet selon les suggestions figurant en seconde partie du présent avis et relative aux différents articles.
3.5. L'appartenance de chacune des dispositions à l'un ou l'autre domaine revêt de l'importance y compris en ce qui concerne l'exercice du pouvoir réglementaire que l'État, ainsi qu'il est établi, n'a conservé que dans les matières relevant de sa compétence exclusive. Ce pouvoir réglementaire peut être exercé par l'État pour mettre à exécution et en oeuvre le Code dans son entier en ce qui concerne les travaux, services et fournitures publics "nationaux", tandis qu'en ce qui concerne ceux d'intérêt régional, ce pouvoir réglementaire peut être exercé de manière limitée aux aspects déjà indiqués ci-avant qui retombent dans le domaine de la compétence exclusive de l'État. De fait, avant comme après l'entrée en vigueur de la réforme du titre V, la Cour Constitutionnelle a limité à plusieurs occasions l'exercice du pouvoir réglementaire de l'État précisément dans la matière des travaux publics (décisions n°482/95, 302/03, 303/03). Au contraire, l'énumération des points à régir par voie réglementaire, contenue à l'alinéa 4 de l'article 5 du Code, peut donner à penser que le législateur délégué a voulu soumettre au pouvoir réglementaire de l'État ces questions déjà déterminées, au sujet desquelles il ne semble pas possible en revanche d'influer sur les compétences régionales par voie réglementaire.
Afin d'éviter de nouvelles incertitudes, il apparaît opportun de préciser dans le texte (cf *infra* les observations relatives à l'article 5 du projet) que le règlement devra expressément prévoir son application aux travaux publics nationaux ainsi que l'indication des dispositions applicables aux Régions, dans la mesure où elles visent à exécuter ou mettre en oeuvre les dispositions du Code relatives à des matières relevant de la compétence exclusive de l'État.

Par conséquent, la disposition transitoire figurant à l'article 253, alinéa 3, doit être interprétée à la lumière des principes dégagés par les décisions sus rappelées. Par celles-ci, la Cour Constitutionnelle a par ailleurs jugé conforme la disposition figurant à l'article 1er, alinéa 3, du décret présidentiel n° 544 de 1999, selon laquelle, aux termes de l'article 10 de la loi n°62 de 1953, les Régions, y compris celles à statut spécial, appliquent les dispositions du règlement (en vigueur avant la réforme du titre V) tant qu'elles n'auront pas adapté leur propre législation aux principes découlant de la loi (Cour Const. n° 302/2003, qui a toutefois exclu
cette conclusion pour les Provinces autonomes de Trente et Bolzano, ainsi qu'il a déjà été exposé).
14
Dès lors, l'application du règlement doit être limitée, en ce qui concerne les Régions, aux cas d'absence de norme régionale préexistante ou parce que celle-ci n'a jamais été approuvée, ou bien parce qu'elle a été abrogée en raison de sa contradiction avec les principes fondamentaux tirés de la loi n° 109 de 1994 sans adaptation ultérieure de la législation régionale.
3.6. En conclusion, il ne peut qu'être relevé que dans une telle situation peuvent survenir des conflits entre les compétences législatives nationales et régionales pour le règlement desquelles la Constitution ne prévoit expressément aucun critère ; en ce qui concerne plus précisément les hypothèses de conflit entre dispositions rentrant dans des matières relevant, pour certaines, de la compétence exclusive de l'État et, pour d'autres, de la compétence exclusive des Régions, la Cour Constitutionnelle a rappelé le principe de collaboration loyale, qui de par son élasticité permet d'avoir des égards pour chaque situation particulière, ainsi que celui de la prépondérance dans le cas où l'appartenance du noyau dur d'un ensemble de textes à une matière plutôt qu'à une autre apparaît évidente (Cour Const. n° 370/2003 et 50/2005).
Dans cette perspective, il convient de rappeler l'attention du gouvernement, dans ce domaine où la répartition de compétences entre l'État et les Régions est hautement problématique, sur l'importance toute particulière de l'avis de la Conférence unifiée visé à l'article 8 du décret législatif n° 281 de 1997, rendu le 9 février 2006 et parvenu au cours de l'élaboration du présent avis. S'il est en effet évident qu'un avis favorable de la Conférence unifiée ne saurait être considéré comme décisif en vue de surmonter d'éventuels problèmes d'inconstitutionnalité, de même qu'un avis négatif ne fait pas obstacle à l'avenir du présent décret, il est cependant apparu nécessaire de voir les Régions s'impliquer de manière plus importante dans le processus de formation des textes nationaux, en particulier dans les cas où cette implication ne s'est pas faite au moyen d'un parcours partagé durant la phase de préparation du texte de loi.
Cette nécessité a été prise en considération par la Section, qui a pu apprécier avec attention les observations émises par les Régions, concluant même au bien fondé de certaines d'entre elles. 4. La reconstitution préalable des capacités d'innovation normative exprimées dans la solution choisie par le législateur délégant et l'insertion de ces capacités dans le nouveau système d'organisation des pouvoirs législatifs et réglementaires défini par le Titre V de la Constitution permettent – ainsi que l'analyse le dira par la suite lors de l'examen de chacune des dispositions importantes – d'élucider les règles qui apparaissent incohérentes et/ou excessives au regard des critères de reconstitution. A titre préliminaire, sur la question délicate et complexe de la répartition des compétences entre l'État, les Régions et les Provinces autonomes, il convient de renvoyer à la nouvelle formulation que propose la Section pour l'article 4, tandis qu'il y a lieu de lire les modifications proposées pour l'article 5 en ce qui concerne la clarté de l'intitulé des règlements.
La répartition des compétences étant mise au point, il apparaît utile de signaler dès maintenant les solutions qui, de l'avis de la Section, se trouvent en dehors du périmètre de la délégation:
15
a) au motif qu'elles pénètrent dans des domaines d'innovation normative totalement extérieure à ce périmètre: il s'agit ici d'innovations abordant des questions d'organisation

institutionnelle et des rapports d'interprétation requérant un scrutin législatif explicite en ce qui concerne l'ordre que l'on entend donner aux intérêts en jeu. A cet égard, il convient de signaler en particulier:
en ce qui concerne la réglementation relative à l'Autorité de contrôle des contrats administratifs, l'article 6, alinéa 7, lettre m) en matière de règlement des litiges;
en matière d'attribution des travaux et services "*in house*", l'article 1er, alinéa 2, et l'article 32, alinéa 3; en matière de compétence juridictionnelle, l'article 244 et les deux premiers alinéas de l'article 245;
b) au motif qu'elles ne peuvent être ramenées à une interprétation raisonnablement étendue du sens qui dans l'ordre juridique peut être attribué au domaine de la simplification, dans la mesure où ce *topos* de la phase actuelle de réaménagement de notre ordre juridique peut intervenir ; en effet, il s'agit de solutions qui présentent une valeur substantielle qui ne peut pas être ramenée aux paramètres reflétant des objectifs de simplification de la procédure, y compris sur la question spécifique de la réduction des délais:
article 111 (Garantie que doivent fournir les candidats) où apparaissent de nouvelles obligations à la charge des professionnels qui pèsent sur les conditions mêmes d'exercice de l'activité professionnelle;
article 118-*bis* (Activités ne constituant pas de sous-traitance de marché public), dans la partie où il étend à des hypothèses non prévues les règles de prévention de la criminalité mafieuse qui sont en tout état de cause d'interprétation stricte;
articles 122 (Réglementation spécifique aux contrats de travaux publics en deçà du seuil), 123 (Procédure restreinte simplifiée pour les marchés publics de travaux), 124 (Marchés publics de services et de fournitures en deçà du seuil), 125 (Travaux, services et fournitures dans l'économie), 144 (Procédure d'attribution et publication de l'avis relatif aux concessions de travaux publics) : ces articles portant de nombreuses dispositions hors délégation, qui sont liées en particulier à la technique de l'augmentation des montants et qui n'apparaissent pas justifiées par l'objectif de simplification, même dans son acception la plus large.

Contribution du Conseil d'État de Luxembourg

1. Le Conseil d'État

Le Conseil d'État est appelé à émettre un avis sur tout projet de loi émanant du Gouvernement, ainsi que sur toute proposition de loi émanant d'un ou de plusieurs députés. Y sont dès lors englobés les projets de loi relatifs à l'approbation de traités ou de conventions internationales. En ce qui concerne la législation déléguée arrêtée par le gouvernement, les projets de règlement pris pour l'exécution des lois et des traités ne peuvent être soumis au Grand-Duc qu'après que le Conseil d'État a été entendu en son avis.

Dans le cadre de son examen, le Conseil d'État veille plus particulièrement à la conformité des dispositions envisagées avec la Constitution, les conventions et traités internationaux et les principes généraux du droit qui sont consignés dans la Constitution et dans les conventions internationales auxquelles les États sont parties (principes tels que la sécurité juridique, la limitation de la rétroactivité, la séparation des pouvoirs, l'État de droit et l'éthique budgétaire), de sorte que l'examen en question est principalement axé sur la qualité juridique du projet qui lui est soumis. S'il estime un projet ou une proposition de loi contraire à la Constitution, aux conventions et traités internationaux, dont entre autres les directives européennes, ainsi qu'aux principes généraux du droit, il est appelé, d'après sa loi organique du 12 juillet 1996, à en faire mention dans son avis. Le Conseil d'État du Luxembourg fait toujours explicitement mention dans ses avis du principe de droit sur lequel il se fonde, de sorte que le public et les politiques en soient avertis. Le Conseil d'État contrôle également la qualité technique des textes qui lui soumis. Pour ce qui est de la qualité politique d'un projet ou une proposition de loi, le Conseil d'État se prononce, s'il y a lieu, sur cet aspect essentiellement dans le cadre des considérations générales de ses avis. Le Conseil vérifie aussi la qualité des textes qui lui sont soumis à la lumière de la «policy» qui les sous-tend. Au Luxembourg, trois situations peuvent en fait se présenter:

l'avis se limite strictement à des commentaires, auquel cas il y a peu de chances qu'il soit suivi; l'avis comprend une contre-proposition, auquel cas il y a beaucoup plus de chances qu'il soit suivi;

le Conseil d'État s'oppose de façon formelle au texte qui lui est soumis, auquel cas le Parlement doit se prononcer à deux reprises sur le texte par un vote pour qu'il puisse être adopté.

2. Projet de loi portant transposition de la directive 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition.

I. Le contexte visé

1. *L'opération de transposition*

- Objet: directive se proposant de définir les orientations minimales pour la conduite des Offres Publiques d'Acquisition (OPA) et de garantir un niveau de protection adéquat aux détenteurs de titres
- Instrument: projet de loi

2. *Le cadre constitutionnel*

- Article 83*bis* de la Constitution:

« 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. Sur les articles votés par la Chambre conformément à l'article 65, il émet son avis dans le délai fixé par la loi.
L'organisation du Conseil d'Etat et la manière d'exercer ses attributions sont réglées par la loi. »

- Article 59 de la Constitution:

« Toutes les lois sont soumises à un second vote, à moins que la Chambre, d'accord avec le Conseil d'Etat, siégeant en séance publique, n'en décide autrement. – Il y aura un intervalle d'au moins trois mois entre les deux votes. »

3. *Le cheminement procédural*

- Directive 2004/25/CE du 21.4.2004
  J.O.U.E du 30.4.2004
  délai de transposition: 26.5.2006 (Art. 21)

- Projet de loi
  dépôt: 7.2.2006
  saisine du Conseil d'Etat: 7.2.2006
  amendements: 23.3.2006
  rectificatif: 28.3.2006

- Conseil d'Etat
  avis: 7.3.2006
  avis complémentaire: 4.4.2006

- Rapport de la commission des Finances et du Budget
  27.4.2006
- Dispense du second vote constitutionnel (art. 59 Constitution)
  Chambre des députés: 4.5.2006
  Conseil d'Etat: 16.5.2006
- Loi du 19.5.2006
  publication et entrée en vigueur: 22.5.2006

II. Les enjeux

1.° Transposition, dans le délai imparti, de la directive 2004/25/CE

2.° L'OPA que s'apprêtait de conduire Mittal Steel à l'égard d'Arcelor dans le contexte d'un vide juridique.
Le commentaire de l'article 20 du projet de loi N° 5540 annonçait "pudiquement" qu'« il ne peut être exclu qu'une ou plusieurs OPA soient en cours au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi. Il est dès lors indispensable de préciser que la nouvelle loi s'appliquera à une

telle OPA à partir de ce moment, sans que les étapes déjà valablement accomplies ne doivent être répétées… ».

3.° Echos et retentissements politiques et médiatiques, au niveau national, européen et mondial.

III. L'approche du Conseil d'Etat

Voir extrait du rapport de la Commission des Finances et du Budget de la Chambre des députés:

« Le Conseil d'Etat, tant dans son avis que dans son avis complémentaire, a bien suivi une logique propre. Cette logique était faite notamment de rigueur légistique, et la Commission des Finances et du Budget approuve la démarche de la Haute Corporation, qui a sans doute contribué à améliorer matériellement le texte initial, tout en en conservant la substance et les grandes orientations.

Le Conseil d'Etat a formulé six oppositions formelles dans son avis portant sur le projet de loi. Loin de revenir à un refus de l'approche substantielle des auteurs du projet gouvernemental, cet avis a permis notamment d'identifier des points sur lesquels le Conseil d'Etat jugeait excessifs les pouvoirs de la Commission de surveillance du secteur financier, qui est instituée comme autorité de contrôle de la régularité d'offres publiques d'acquisition par le projet de loi. La commission a suivi le Conseil d'Etat en réaménagement les points critiques de manière telle qu'ils se sont retrouvés en accord avec notre hiérarchie des normes.

L'ensemble des oppositions formelles contenues dans l'avis du Conseil d'Etat ayant porté sur les pouvoirs d'appréciation, de décision et d'action de la CSSF, la commission a suivi l'avis dans l'ensemble de ses propositions de texte, de manière à assurer la conformité des pouvoirs de l'autorité de contrôle avec la position institutionnelle qui est la sienne.

Le Conseil d'Etat a rendu un avis complémentaire sur les propositions d'amendements qui avaient été formulées par la commission, à la suite de la réception de l'ensemble des avis portant sur le projet gouvernemental. Dans cet avis complémentaire, il s'est opposé formellement à un amendement jugé contraire aux articles 43 et 44 du Traité CE relatifs à la liberté d'établissement. Une autre opposition formelle frappe un amendement qui, selon le Conseil d'Etat, aurait eu pour effet d'inclure dans le projet de loi des dispositions qui se rapportent à des situations autres que des OPA, ou résultant de celles-ci. Finalement, le Conseil d'Etat motive sa dernière opposition formelle par une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme interdisant au législateur d'interférer dans un procès judicaire en cours, alors que le Conseil d'Etat estime que l'un des amendements proposés par la commission risquerait d'avoir cet effet.

Si la commission souhaitait pouvoir maintenir ces amendements, elle comprend néanmoins le souci légistique du Conseil d'Etat, opposé depuis longtemps à la démarche "fourre-tout" et à la confusion législative. La commission peut également s'incliner devant le refus du Conseil d'Etat d'admettre des dispositions qui, selon lui, violeraient ou contrediraient des normes supérieures de droit communautaire, respectivement seraient en contradiction avec des principes jurisprudentiels établis par la CEDH.

Pour la forme, il convient de noter que la commission a suivi le Conseil d'Etat pour l'ensemble des propositions dont furent assorties les oppositions formelles contenues dans l'avis complémentaire. »

(Doc. parl. N° 5540[5], p. 10-11)

Les oppositions formelles, toutes motivées par des considérations de droit, signalaient clairement que si le législateur n'allait pas y obtempérer, le Conseil d'Etat refuserait son accord à la dispense du second vote constitutionnel (Art. 59 Constitution)

IV. Les réactions

A la Chambre des députés il fut reproché au Conseil d'Etat de « *forcer la main au législateur* », compte tenu de l'urgence du projet, et d'outrepasser ses pouvoirs. Il fut en outre rappelé que le Conseil d'Etat n'était pas élu et partant manquerait de légitimité …. (37e séance publique, 4 mai 2006, p. 397 à 403 / www.chd.lu).

V. Bilan

La politique et le droit ne font pas toujours bon ménage.

Le Conseil d'Etat ne s'est pas départi de sa ligne de conduite: préserver l'Etat de droit, au sens très large.

La loi votée y répond. (Loi du 19 mai 2006, publiée au Mémorial A, N°86, p. 1510 ss.)

3. La modification de l'article 11 de la Constitution

1. Le cadre des révisions constitutionnelles

Les révisions constitutionnelles interviennent dans les formes prévues pour l'adoption des lois, tout en devant en outre respecter les exigences spéciales de l'article 114 de la Constitution. [6]

> *« Art. 114.- Toute révision de la Constitution doit être adoptée dans les mêmes termes par la Chambre des Députés en deux votes successifs, séparés par un intervalle d'au moins 3 mois.*
>
> *Nulle révision ne sera adoptée si elle ne réunit au moins les deux tiers des suffrages des membres de la Chambre, les votes par procuration n'étant pas admis.*
>
> *Le texte adopté en première lecture par la Chambre des députés est soumis à un référendum, qui se substitue au second votre de la Chambre, si dans les deux mois suivant le premier vote demande en est faite soit par plus d'un quart des membres de la Chambre, soit par vingt-cinq mille électeurs inscrits sur les listes électorales pour les élections législatives. La révision n'est adoptée que si elle recueille la majorité des suffrages valablement exprimés. La loi règle les modalités d'organisation du référendum.»*

Par analogie aux initiatives législatives, l'initiative d'une révision constitutionnelle peut émaner soit du Gouvernement, soit de la Chambre[7]. Le Conseil d'Etat est à son tour appelé à donner son avis sur les projets de révision constitutionnelle et sur les amendements qui pourraient y être proposés (art. 83*bis* Constitution).

En pratique, l'initiative des révisions constitutionnelles est normalement prise par la Chambre des députés, et c'est couramment le président, ou plus rarement un autre membre de la commission parlementaire des Institutions et de la Révision constitutionnelle, qui dépose les projets de révision que cette commission entend examiner.[8]

2. L'article 11, sujet à révision

Dans le cadre de la procédure de révision sous examen de l'article 11 de la Constitution, le premier projet de révision a été déposé le 19 avril 1994 par le président de l'époque de la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle (doc. parl. n° 3923). La procédure, qui n'a toujours pas abouti pour une part des modifications envisagées à l'époque, permet d'illustrer la façon dont est organisée la procédure de révision constitutionnelle ainsi que la manière dont s'installe le dialogue entre les institutions impliquées dans cette procédure. Le dossier sous examen ne comporte malheureusement pas d'intervention formelle et directe ni du Gouvernement, ni de chambres professionnelles qui auraient pu être concernées directement par la matière.

---

[6] Texte introduit dans la Constitution par la révision du 19 décembre 2003 qui a allégé la procédure d'adoption des révisions constitutionnelles par rapport au texte antérieur. Auparavant la déclaration de révision d'une ou de plusieurs dispositions constitutionnelles entraînait de plein droit la dissolution de la Chambre ; un quorum de présence des trois quarts des députés était en outre requis pour procéder à l'adoption d'une révision par la Constituante issue des élections organisées à la suite de la dissolution de la Chambre.

[7] *« **Art. 49**.- Le Grand-Duc adresse à la Chambre les propositions ou projets de loi qu'il veut soumettre à son adoption.*
La Chambre a le droit de proposer au Grand-Duc des projets de loi. »

[8] Si normalement les initiatives législatives dues au Gouvernement sont appelées projets de loi et celles émanant d'un député propositions de loi (cf. art. 49 précité), la pratique procédurale en matière de révision constitutionnelle rompt avec cette terminologie en qualifiant indistinctement les initiatives parlementaires en matière de révision constitutionnelle de projets ou de propositions de révision.

L'article 11 fait partie des dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés fondamentaux qui forment le chapitre II de notre charte fondamentale intitulé « Des libertés publiques et des droits fondamentaux ». L'article 11 revêt une complexité certaine qui est due à la pluralité des objets dont il traite. Cette hétérogénéité conditionne du moins pour une grande partie les lenteurs inhérentes au cheminement de la procédure en cours pour actualiser à plusieurs égards le fond et la forme des dispositions visées.

Le texte originaire de l'article 11 remonte à la Constitution de 1848. Il a survécu aux Constitutions successives de 1856 et de 1868[9]. Ce n'est que sous l'effet de la révision du 21 mai 1948 que le contenu de cet article a fondamentalement changé. Le Constituant de l'époque a retenu de le compléter par l'insertion 1) de la garantie des droits naturels de la personne et de la famille, 2) de la garantie du droit au travail et du droit de chaque citoyen d'exercer ce droit, 3) de l'organisation de la sécurité sociale, de la protection de la santé ainsi que de la garantie du repos des travailleurs et des libertés syndicales, 4) de la liberté du commerce et de l'industrie (y compris l'exercice des professions libérales et le travail agricole), sauf les restrictions à y apporter par la loi.[10]

Le projet de révision de 1994 a poursuivi plusieurs objets:

- la suppression de la disposition remontant à la Constitution de 1848 et prévoyant qu'il n'y a dans l'Etat aucune distinction d'ordres;
- l'admissibilité aux emplois civils et militaires des étrangers dans les conditions à déterminer par loi;
- la précision de la garantie des droits naturels par l'interdiction de toute discrimination fondée sur le sexe, l'ascendance, la nationalité, les origines ou les conceptions philosophiques, religieuses;
- l'introduction de la garantie par l'Etat de la protection de l'environnement humain et naturel.

Dans son avis du 6 mai 1994 (doc. parl. n°s 3895^1 - 3913^1, 3685^1, 3686^1, 3914^1, 3922^1 - 3925^1), qui ne se limitait d'ailleurs pas seulement au projet de révision précité de l'article 11, mais comportait en outre une prise de position sur non moins de 21 autres modifications de la Constitution, le Conseil d'Etat se déclara d'accord avec l'orientation des changements proposés, mais suggéra après analyse détaillée des propositions de texte lui soumises d'en adapter le libellé.

3. L'égalité des Luxembourgeois devant la loi et l'accès aux emplois publics

Dans le cadre de ses amendements du 10 juillet 1998, la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle (doc. parl. n° 3923^2) proposait de scinder le projet de révision de 1994 en vue de se focaliser dans un premier temps sur la modification du seul paragraphe 2 dudit article 11 destinée à permettre l'accès des étrangers aux emplois publics. Cette option était dictée par l'arrêt de la Cour de Justice des C.E. du 2 juillet 1996 condamnant le Grand-Duché de Luxembourg pour avoir omis d'ouvrir sa fonction publique aux ressortissants des autres Etats-membres des Communautés européennes et par l'initiative législative

---

[9] Constitution de 1868: *« **Art. 11**.- Il n'y a dans l'Etat aucune distinction d'ordres. Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi ; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi, pour des cas particuliers. »*

[10] Révision de 1948: « **Art. 11**.- (1) *Il n'y a dans l'Etat aucune distinction d'ordres.*
(2) Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers.
(3) L'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille.
(4) La loi garantit le droit au travail et assure à chaque citoyen l'exercice de ce droit.
(5) La loi organise la sécurité sociale, la protection de la santé et le repos des travailleurs et garantit les libertés syndicales.
(6) La loi garantit la liberté du commerce et de l'industrie, l'exercice de la profession libérale et du travail agricole, sauf les restrictions à établir par le pouvoir législatif. »

subséquente du Gouvernement qui requérait une modification préalable de la disposition constitutionnelle visée. Dans son avis complémentaire du 20 octobre 1998 (doc. parl. n° 3923[2]), le Conseil d'Etat se rallia à cette approche tout en proposant des changements rédactionnels au texte proposé par la commission parlementaire qui était censé faire l'objet d'un nouvel article 10*bis* de la Constitution.

La commission parlementaire y réagit le 2 décembre 1998 par une proposition de texte alternative (doc. parl. n° 3923A) qui donnait lieu à un deuxième avis complémentaire le 12 janvier 1999 (doc. parl. n° 3923A[1]) où le Conseil d'Etat insistait sur la pertinence du texte proposé dans son avis précité de 1998, voulant notamment maintenir le principe de l'égalité des Luxembourgeois dans le corps de l'article 11, tout en reléguant la question de l'accès aux emplois publics à un nouvel article. La commission parlementaire en tint en grande partie compte, mais persistait à rassembler les deux idées dans un nouvel article constitutionnel (cf. amendement du 21 janvier 1999 – doc parl. n° 3923A[2]). Dans son troisième avis complémentaire du 9 février 1999 (doc parl. 3923A[3]) le Conseil d'Etat s'inclina, tout en proposant de reformuler le paragraphe de l'article 10*bis* nouveau.

C'est la révision du 29 avril 1999 qui a introduit l'article 10*bis* dans la Constitution:

> *« Art. 10*bis*.- (1) Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi.*
>
> *(2) Ils sont admissibles à tous les emplois publics, civils et militaires; la loi détermine l'admissibilité des non-Luxembourgeois à ces emplois. »*

4.L'égalité des femmes et des hommes

Selon un courrier adressé le 28 janvier 1999 par le président de la Chambre des députés au Conseil d'Etat[11] (doc parl. n° 3923B), la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle reprit l'examen du projet de révision des autres paragraphes de l'article 11 lancé dès 1994, tout en y incluant de nouvelles propositions de modification. Le projet se présentait comme suit:

- suppression de la disposition voulant qu'il n'y ait dans l'Etat aucune distinction d'ordres;
- introduction du principe de l'égalité des femmes et des hommes avec la possibilité pour la loi de fixer les mesures appropriées pour réaliser cette égalité;
- garantie de la protection de la famille et de la vie privée;
- formalisation du droit de grève et organisation par la loi de la lutte contre la pauvreté et de l'intégration sociale des personnes handicapées;
- garantie de la protection de l'environnement humain et naturel.

A noter que l'insertion de l'amendement concernant l'égalité des femmes et des hommes parmi les modifications proposées était due à un avis de la commission parlementaire de l'Egalité des chances entre femmes et hommes et de la Promotion féminine du 18 novembre 1998 (doc. parl. n° 3923[3]).

Dans son avis complémentaire du 27 avril 1999, le Conseil d'Etat prit de façon circonstanciée position sur la version amendée des modifications à apporter à l'article 11 de la Constitution. Tout en acceptant la suppression du paragraphe 1er, il proposa d'adapter le libellé des autres modifications. La réponse de la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle du 21 février 2000 (doc. parl. n° 3923B[2]) se concentrait sur les points de savoir, d'une part, si le terme « droits fondamentaux de la personne humaine et de

[11] Art. 19, §2 de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat: « (2) La communication des amendements proposés à un projet ou une proposition de loi par la Chambre des députés ainsi que des avis du Conseil d'Etat y relatifs se fait par l'intermédiaire des présidents des deux institutions. »

la famille » ne serait pas préférable à la notion de « droits naturels » et, d'autre part, quelles devraient être les prérogatives et obligations de l'Etat pour assurer « l'égalité en droits et en devoirs des femmes et des hommes ». Par ailleurs, le 15 septembre 2000, le Conseil supérieur des personnes handicapées soumit son avis aux institutions (doc. parl. n° 3923B[3]). Le Conseil d'Etat prit position sur la nouvelle version dans son deuxième avis complémentaire du 25 février 2003 (doc. parl. n° 3923B[4]) confirmant ses réticences quant au remplacement de l'adjectif « naturels » par « fondamentaux » en relation avec les droits de la personne humaine et de la famille et en avançant une formule de compromis pour circonscrire l'intervention de l'Etat destinée à garantir l'égalité entre femmes et hommes. Sur quoi, la commission parlementaire de l'Egalité des chances entre femmes et hommes et de la Promotion féminine prit position sur le deuxième volet de la divergence précitée (cf. rapport pour avis du 2 juin 2003 – doc. parl. n° 3923B[5]). Le 7 octobre 2003, la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle (doc. parl. n° 3923B[6]) entendait, sous forme d'une version amendée qui prenait en compte tant l'avis du Conseil d'Etat du 25 février 2003 que le rapport de la Commission de l'égalité des chances du 2 juin 2003, trouver un compromis en ce qui concerne plus particulièrement le volet « égalité entre femmes et hommes ». Le Conseil d'Etat y prit une nouvelle fois position dans son troisième avis complémentaire du 16 mars 2004 (doc. parl. n° 3923B[7]). Afin de ne pas conférer à l'Etat une obligation de résultat en matière de mise en œuvre de l'égalité entre femmes et hommes, dont le Conseil d'Etat redoutait surtout les risques sur le plan juridique, la commission parlementaire proposa finalement à la Chambre des députés de remplacer la formule « l'Etat adopte les mesures visant à éliminer les entraves pouvant exister en matière d'égalité entre femmes et hommes et à promouvoir l'égalité de fait dans l'exercice des droits et devoirs » par un libellé assoupli: « L'Etat veille à promouvoir activement l'élimination pouvant exister en matière d'égalité entre femmes et hommes » (doc. parl. n° 3923B[8]).

C'est cette version qui a finalement fait l'objet de la révision du paragraphe 2 de l'article 11 de la Constitution intervenue le 13 juillet 2006 (Mém. A 124 du 19 juillet 2006):

> *« (2) Les femmes et les hommes sont égaux en droits et en devoirs.*
>
> *L'Etat veille à promouvoir activement l'élimination des entraves pouvant exister en matière d'égalité entre femmes et hommes. »*

5. La protection de l'environnement et la protection des animaux

Dans le cadre des amendements proposés au Conseil d'Etat par courrier du président de la Chambre des députés du 3 novembre 2004 (doc. parl. n° 3923B[8]), la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle reprenait l'examen des propositions de modification de l'article 11 en complétant le relevé antérieur par deux changements supplémentaires. Elle entendait faire préciser, d'une part, que la protection de la vie privée est garantie par l'Etat « sauf les exceptions limitativement fixées par la loi » et elle proposait, d'autre part, de compléter le volet protection de l'environnement par celle des animaux.

Dans son quatrième avis complémentaire (doc. parl. n° 3923B[9]) du 14 février 2006, le Conseil d'Etat recommanda pour ce qui est du premier point nouveau de se limiter à la formule usuelle également retenue à d'autres endroits de la Constitution en prévoyant que le principe de la garantie étatique ne souffre d'autres exceptions que celles qui « sont fixées par la loi ».

L'analyse de la façon de retenir la protection de l'environnement comme principe constitutionnel a par ailleurs permis au Conseil d'Etat de souligner dans une optique plus générale la différence faite par la doctrine constitutionnelle entre droits fondamentaux (« Grundrechte ») et objectifs de valeur constitutionnelle (« Staatszielbestimmungen ») qui

contrairement aux premiers ne sont pas directement « justiciables »; s'ils instituent dans le chef de l'Etat une obligation d'agir, ils ne créent cependant pas, en eux-mêmes, de droits entre les citoyens ou au bénéfice de ceux-ci face à l'Administration, et ils ne sont dès lors pas directement applicables et invocables devant le juge.

Quant à l'expression explicite de la protection des animaux, le Conseil d'Etat s'est montré plutôt réticent estimant que celle-ci constitue à maints égards un aspect particulier de la protection de l'environnement naturel.

Sur base de l'avis du Conseil d'Etat du 14 février 2006, la commission parlementaire a retenu, d'une part, de suivre le Conseil d'Etat dans sa proposition de libellé concernant la « protection de la vie privée, sauf les exceptions fixées par la loi » et de remanier le texte relatif à la protection de l'environnement humain et naturel et à la protection des animaux, ces deux principes étant censés être repris dans un article 11*bis* nouveau (cf. courrier du président de la Chambre des députés du 27 mars 2006 – doc. parl. n° 3923C).

Dans son cinquième avis complémentaire du 4 juillet 2006 (doc. parl. n° 3923C[1]), le Conseil d'Etat acquiesça au transfert dans un nouvel article 11*bis* des principes constitutionnels de la protection de l'environnement naturel et humain et de la protection des animaux, non sans rappeler plusieurs insuffisances terminologiques dans le libellé retenu par la commission parlementaire.

Au moment de la finalisation du présent commentaire, le nouvel article 11*bis* de la Constitution[12] n'a pas encore été soumis à l'approbation de la Chambre des députés dans les conditions de l'article 114 de la Constitution.

6. L'attribution d'un pouvoir réglementaire aux organismes professionnels

Selon la Constitution, le pouvoir réglementaire a été traditionnellement réservé au Grand-Duc en sa qualité de chef de l'Etat exerçant en même temps le pouvoir exécutif.
Lors de la révision du 19 novembre 2004, les dispositions afférentes des articles 32 et 36 de la Constitution ont été actualisées avec les objectifs suivants:

- maintenir les prérogatives du Grand-Duc en matière réglementaire;
- clarifier le pouvoir réglementaire pour les matières que la Constitution a réservées à la loi;
- intégrer dans la Constitution les dispositions permettant au Grand-Duc de prendre les mesures requises en cas de crise internationale;
- donner une base constitutionnelle au pouvoir réglementaire des membres du Gouvernement, des établissements publics créés par la loi et des organismes professionnels constitués en matière d'exercice de la profession libérale.

Dans le contexte de la révision précitée (Mém. A-N°186 du 25 novembre 2004), le Constituant a retenu d'insérer au paragraphe 6 de l'article 11 les dispositions concernant le pouvoir réglementaire que la loi peut accorder « en matière d'exercice de la profession libérale à des organes professionnels dotés de la personnalité civile ».
Depuis la révision du 19 novembre 2004, le paragraphe 6 de l'article 11 (*« (6) La liberté de commerce et de l'industrie, l'exercice de la profession libérale et du travail agricole sont garantis, sauf les restrictions à établir par la loi »*) se trouve complété par le texte suivant:

---

[12] Sauf la volonté de prendre en compte les observations du Conseil d'Etat formulées dans son avis du 4 juillet 2006 (doc. parl. n° 3923C[1]), le projet de texte du nouvel article 11*bis* proposé par la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle se présentera comme suit:
*« **Art. 11bis**.- L'Etat garantit la protection de l'environnement humain et naturel, en œuvrant à l'établissement d'un équilibre durable entre la conservation de la nature, en particulier sa capacité de régénération, et la satisfaction des besoins de générations présentes et futures.*
Il promeut la protection des animaux. »

« En matière d'exercice de la profession libérale elle peut accorder à des organes professionnels dotés de la personnalité civile le pouvoir de prendre des règlements.

La loi peut soumettre ces règlements à des procédures d'approbation, d'annulation ou de suspension, sans préjudice des attributions des tribunaux judiciaires ou administratifs. »

7. Le sort des autres modifications proposées de l'article 11

Dans le cadre du dialogue entre commission parlementaire des Institutions et de la Révision constitutionnelle et Conseil d'Etat au sujet de la révision de l'article 11 de la Constitution, les deux institutions ont pu se mettre d'accord sur les autres modifications envisagées de l'article 11 où « la commission (parlementaire) a fait siennes plusieurs propositions de texte formulées par le Conseil d'Etat » (cf. doc. parl. n° 3923C précité).
Dans la mesure où la Chambre des députés entendra suivre la commission parlementaire au sujet de la nouvelle formulation de l'article 11, celui-ci aura la teneur suivante, sachant que la disposition qui veut qu'*« il n'y a dans l'Etat aucune distinction d'ordres »* sera supprimée:

« *Art. 11*.- (proposé) *(1) L'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille.*

(2)[13] (révision du 13 juillet 2006) *Les femmes et les hommes sont égaux en droits et en devoirs.*

L'Etat veille à promouvoir activement l'élimination des entraves pouvant exister en matière d'égalité entre femmes et hommes.

(3) L'Etat garantit la protection de la vie privée, sauf les exceptions fixées par la loi.

(4) La loi *garantit le droit au travail et* l'Etat veille à assurer *à chaque citoyen l'exercice de ce droit. La loi garantit les libertés syndicales* et organise le droit de grève*.*

(5) La loi règle quant à ses principes *la sécurité sociale, la protection de la santé,* les droits *des travailleurs,* la lutte contre la pauvreté et l'intégration sociale des citoyens atteints d'un handicap*.*

(6) La liberté du commerce et de l'industrie, l'exercice de la profession libérale et du travail agricole sont garantis, sauf les restrictions à établir par la loi*.*

(révision du 19 novembre 2004) *En matière d'exercice de la profession libérale elle peut accorder à des organes professionnels dotés de la personnalité civile le pouvoir de prendre des règlements.*

La loi peut soumettre ces règlements à des procédures d'approbation, d'annulation ou de suspension, sans préjudice des attributions des tribunaux judiciaires ou administratifs. »

[13] cf. paragraphe 3 ci-avant: révision du 29 avril 1999 introduisant l'article 10*bis*.

Contribution du Conseil d'État des Pays Bas

1. Conseil d'État néerlandais

Le gouvernement est obligé d’entendre le Conseil sur les projets de loi, les projets de règlement royal, et sur les traités internationaux qui doivent être soumis au parlement pour approbation. Le parlement est obligé d’entendre le Conseil sur les propositions de loi avant qu’elles ne soient débattues. Le Conseil ne rend pas d’avis à d’autres institutions publiques.
Le Conseil contrôle trois aspects des propositions de loi: la qualité politique, la qualité juridique et la qualité technique. Le Conseil a mis au point un cadre de contrôle portant essentiellement sur les points suivants:
Le Conseil contrôle trois aspects des propositions de loi: la qualité politique, la qualité juridique et la qualité technique. Le Conseil a mis au point un cadre de contrôle portant essentiellement sur les points suivants:
Qualité politique
Pour ce qui est de la qualité politique, le Conseil se livre à une approche analytique de la politique, au sens du terme anglais « policy », qui soustend le texte qui lui est soumis. Il s'agit notamment de savoir quel est le problème que le législateur entend résoudre ou réduire, si on peut raisonnablement s'attendre à ce que le texte soumis permette d'atteindre l'objectif fixé et s'il pourra être appliqué, si son application pourra être contrôlée et s'il sera efficace. Dans ce cadre, le Conseil se pose entre autres
les questions suivantes:
Le problème posé doit-il et peut-il être résolu par la législation et la réglementation?
La proposition est-elle donc nécessaire, et cette nécessité est-elle bien motivée?
La proposition est-elle adéquate, efficace et équilibrée pour ce qui est des avantages et des inconvénients?
La proposition peut-elle être appliquée, son application peut-elle être contrôlée et dispose-ton des instruments nécessaires à cet effet?
Qualité juridique
Pour ce qui est de la qualité juridique, le Conseil vérifie principalement si le texte est conforme au droit supérieur, aux principes généraux du droit, aux principes de la démocratie et de l'État de droit et s'il s'intègre dans le système juridique.
Dans ce cadre, le Conseil se pose entre autres les questions suivantes:
La proposition est-elle contraire à un droit supérieur tel que la Constitution, les conventions internationales (convention des droits de l'homme, par exemple) et le droit communautaire? La proposition est-elle conforme aux principes de la démocratie et de l'État de droit? La proposition est-elle conforme aux principes de bonne législation tels que l'égalité juridique, la sécurité juridique, une protection juridique adéquate, la proportionnalité? La proposition peut-elle être intégrée dans le système juridique en vigueur?

2. Avis du 12 octobre 2004 sur le projet de loi concernant la modification de la loi sur les communes par l'introduction de l'élection du maire au suffrage direct

Précisions concernant les raisons qui ont présidé à la présentation du projet de loi sous examen

Contrairement aux systèmes en vigueur dans les autres pays européens, aux Pays-Bas, le bourgmestre ou maire[14] d'une commune n'est pas élu par les citoyens de sa commune, mais est nommé par le gouvernement. Le bourgmestre ou maire n'est pas non plus placé à la tête de la commune. D'après la constitution néerlandaise, c'est le conseil municipal qui est l'organe plus élevé de la commune. Le conseil municipal est élu au suffrage universel des citoyens de la commune. Cependant, c'est le maire qui préside les réunions du conseil municipal. De par son statut administratif, il doit faire preuve d'indépendance et d'impartialité dans l'exercice de sa fonction tant à l'égard des autorités supérieures qu'au sein des (représentants des) autres organes de sa commune même.

Cependant, même s'il appartient encore formellement au gouvernement de désigner le maire d'une commune, il convient de rappeler que le conseil municipal a également son mot à dire dans cette nomination, puisqu'il institue une commission composée de personnes prises parmi ses membres et chargée de rendre un avis sur le ou les candidats maires postulants. D'ailleurs, l'influence du conseil municipal n'a cessé de s'accroître au cours de ces vingt dernières années. A preuve, l'avis du conseil municipal est suivi dans 90 % des cas par le gouvernement.

Dans son projet de loi, le gouvernement justifie l'élection du nouveau maire au suffrage universel en faisant valoir d'une part la nécessité de renforcer la fonction et le rôle du maire et d'autre part l'entrée dans « sa phase finale » du régime de nomination des maires par le pouvoir central.
D'après le gouvernement, l'affaiblissement perceptible ces dernières années de la fonction et du rôle de maire a eu pour effet de créer une sorte de décalage entre les attentes des citoyens et le pouvoir réel des maires. Le gouvernement poursuit en soulignant que les catastrophes d'une ampleur de celle d'Enschede[15] et de l'incendie du café de Volendam[16], qui par le grand nombre de morts et de blessés, ont suscité un vif émoi dans la population, ont permis de montrer que le maire ne dispose pas de compétences suffisantes pour garantir la sécurité des citoyens dans les communes ni pour assurer l'application des règlements relatifs à la sécurité.
À l'appui de son second argument, le gouvernement avance qui n'est pas souhaitable que le maire tienne sa légitimité du conseil municipal, qui soit propose sa candidature ou encore le nomme. Le gouvernement estime qu'il n'est pas souhaitable ni envisageable de revenir à une situation antérieure où il le gouvernement nommait le maire sans consultation des élus locaux. Par conséquent, d'après lui, il ne reste plus qu'une seule possibilité, à savoir : l'élection au suffrage universel direct du maire par les habitants de la commune habilités à voter. Un tel système permet à l'électeur d'exercer une influence non seulement sur le contrôle du corps municipal (maire, échevins et conseillers municipaux) mais aussi sur la gestion et de l'administration de la commune tout en permettant au maire élu de rendre compte à la population du bilan de son action.

Avis du Conseil d'État

[14] C'est délibérément que le terme de « bourgmestre » n'est pas utilisé ici. S'agissant d'un nouveau type de bourgmestre (élu au suffrage direct par les administrés), il a semblé plus opportun de rompre avec le passé et d'employer le terme de « maire ».
[15] Enschede : explosion d'une entreprise d'entreposage de feux d'artifice installée au milieu d'un quartier. Elle a ravagé totalement le quartier et fait plusieurs morts.
[16] Incendie la nuit du 31 décembre dans un café bondé de jeunes. Bilan : nombreux morts et grands brûlés.

Dans son avis, le Conseil d'État a mis l'accent sur l'examen de la *qualité politique* du texte, c'est-à-dire sur l'examen sur le fond. Les observations formulées par le Conseil ont essentiellement trait aux arguments avancés par le gouvernement dans l'exposé des motifs en faveur de l'élection au suffrage universel du maire et aux effets du dispositif du texte. *Sur ce point, le Conseil d'État estime que le gouvernement devrait " réexaminer" son projet.*

PARTIE I – ARGUMENTS EN FAVEUR DE L'ÉLECTION DU MAIRE

L'analyse du problème telle qu'elle est formulée dans l'exposé des motifs est pour le Conseil d'État l'occasion de placer la question du rôle du maire dans un contexte plus vaste, afin de relever certains aspects importants de l'évolution historique de la fonction. Le Conseil d'État passera ensuite en revue les divers arguments énoncés dans l'exposé des motifs en faveur de l'élection du maire au suffrage direct des administrés et, enfin, abordera la question de savoir si ces arguments sont suffisamment forts et valables pour justifier ce nouveau mode d'élection des futurs maires.

La fonction de maire et l'évolution du paysage institutionnel

Le Conseil d'État a tenu à placer ce projet de loi dans le contexte plus vaste des réformes apportées au niveau de l'administration et de la gestion (la *gouvernance*) des communes. Le Conseil d'État se devait d'examiner de près la question de savoir s'il existe des éléments susceptibles d'indiquer l'existence d'un problème majeur dans les rapports « citoyens-maire ».

En ce qui concerne l'évolution de la fonction de maire et des rapports entre le maire et les citoyens et entre le maire et les autres institutions publiques, le Conseil d'État estime important de rappeler que :

a. S'il est exact qu'au départ les maires étaient recrutés uniquement dans les milieux de la haute bourgeoisie ou élitistes, il n'en reste pas moins vrai que depuis les années 30 du siècle dernier, on a recruté des maires (hommes et des femmes) dans d'autres milieux. Depuis, le *fossé social* entre maire et citoyens et entre maire et autres élus locaux n'a cessé de s'amenuiser ;

b. Le redimensionnement territorial (essentiellement par le biais des regroupements de communes ou d'agglomérations) a conduit à réduire sensiblement le nombre de petites communes. Cette recomposition du paysage des collectivités locales a eu pour effet de changer le statut de beaucoup de mandataires locaux[17] puisque nombre d'échevins[18] ont alors bénéficié du statut complet pour exercer leur mandat à temps plein (commune de 18 000 habitants). Plus que jamais, le maire, qui, autrefois, était un des rares magistrats (édiles) locaux à exercer un mandat à temps plein, est entouré d'autres élus locaux bénéficiant d'un statut complet pour exercer leur mandat à temps plein. Au-delà de toutes les autres différences, cet aspect particulier fait qu'il existe une similitude entre la fonction de maire et celle d'échevin, du moins sur le plan de leurs attributions respectives en tant qu'agents de la commune.

c. Les rapports du maire avec le conseil municipal et les conseillers municipaux se sont pour ainsi dire davantage *horizontalisés* sous l'effet de certaines réformes législatives. À cet égard, il convient de rappeler que le maire a depuis 1969 un devoir d'information envers le conseil municipal auquel il doit également rendre compte ; depuis 1994, le maire est tenu de satisfaire à ce devoir d'information à la requête d'un seul membre du conseil municipal. On a vu également qu'au fil du temps le conseil municipal a pu manière de plus en plus prononcée

[17] On dirait en France « les élus locaux ».
[18] Les « échevins » sont les adjoints au maire aux Pays-Bas.

avoir son mot à dire dans la nomination du maire, dans la reconduction de son mandat ainsi que dans sa révocation.
Sur cette évolution vient se greffer un certain *usage* administratif, identique à celui que l'on retrouve au niveau des ministres et des échevins, qui veut que le maire doive consulter préalablement à toute décision importante une commission du conseil municipal ou, parfois, les présidents des groupes politiques siégeant au conseil municipal.

d. Alors qu'auparavant, abstraction faite des grandes communes, le maire était celui qui détenait le plus d'attributions au sein de l'exécutif communal (le collège des maire et échevins), l'arrivée sur l'échiquier communal d'échevins au mandat à plein temps a conduit à mettre pratiquement le maire à égalité avec les échevins, si l'on excepte sa fonction de président de l'exécutif communal (que l'on appelle en langage administratif « la *municipalité* » - en Belgique « le **collège** des bourgmestre et échevins »). Par ailleurs, avec la politisation du *corps municipal* (maire, échevins et conseillers) entrée dans les moeurs au cours des années 70 du siècle dernier et qui est allée de pair avec l'introduction de « programmes pour les exécutifs communaux » et « d'exécutifs communaux à programmes », les maires de nombreuses communes n'ont souvent pas reçu d'attributions importantes à caractère politique. Nombreux ont été les maires auquel ces importantes attributions politiques n'ont pas été confiées à percevoir la chose comme un affaiblissement de leurs fonctions et de leur rôle au sein de l'exécutif municipal. Il convient toutefois de rappeler que depuis un certain nombre d'années on assiste à un mouvement net de retour du pendule.

e. L'évolution signalée au paragraphe précédent a conduit à renforcer une fonction que le maire a remplie depuis toujours, à savoir : celle de garant des règles du jeu démocratique et des règles de droit ainsi que celle du personnage qui doit veiller à ce que les citoyens soient convenablement traités par les services communaux. Au départ, le maire exerçait cette fonction de garant de certaines règles en refusant d'exécuter les décisions qui, selon lui, étaient susceptibles d'être immédiatement annulées par la Couronne (le gouvernement) pour violation de la loi ou du droit ou encore de l'intérêt général, le maire les transmettant immédiatement à l'organe exécutif provincial (*Gedeputeerde Staten*) pour contrôle de légalité. Si l'on a pu ainsi confier au maire la charge de veiller au bon processus des règles du jeu démocratique, à la bonne exécution des lois et règlements et au bon traitement des citoyens de la commune, c'est parce que le personnage a toujours conservé dans l'exercice de ses fonctions une relative indépendance vis-à-vis du conseil municipal et des échevins. Une indépendance qui dans une large proportion tient à la durée de son mandat, le maire étant en effet nommé pour six ans alors que les conseillers communaux et les échevins sont élus/désignés pour un mandat de quatre ans. Cette fonction particulière du maire, que l'on qualifie de nos jours comme s'inscrivant dans l'exercice d'une bonne administration (*goed bestuur*) a été renforcée et élargie à l'occasion de l'adoption de la loi sur la dualisation du corps municipal (*Wet dualisering gemeentebestuur*), c'est-à-dire de la dualisation de la gouvernance locale. Ce terme de dualisation doit s'entendre dans son sens institutionnel (dualisme étant l'opposé de monisme). L'introduction de ce dualisme dans la gouvernance locale s'est faite notamment par l'adoption de certaines dispositions législatives précises à l'instar du premier paragraphe de l'article 53a de la loi sur les communes (*Gemeentewet*), qui entend promouvoir l'unité de l'action de l'exécutif municipal (maire et échevins), du premier paragraphe de l'article 170 qui tend à assurer la qualité des procédures de démocratie locale participative (participation des citoyens) et à veiller à une instruction en bonne et due forme des dossiers des plaintes et réclamations des citoyens, ainsi que du second paragraphe de ce même article qui prévoit la rédaction d'un rapport annuel par le maire à l'intention de ses administrés (*burgerjaarverslag*).

Les considérations qui précèdent permettent de tirer plusieurs conclusions. La première est que la fonction du maire a pu évoluer plutôt grâce aux transformations sociales, aux mutations intervenues dans l'environnement direct des maires et dans la gouvernance locale que par l'introduction de dispositions législatives.

La deuxième conclusion est qu'il faut constater la montée d'un processus de « dés-autocratisation ». Le maire d'aujourd'hui n'est plus le maire-notable d'autrefois qui *régentait* tout et tout le monde en « petit potentat ». Depuis les années 1960, le mandat de maire a évolué pour faire de ce dernier un membre particulier du corps municipal, qui exerce son mandat parmi des *pairs*.
Par ailleurs, il convient également de constater que ce processus d'affaiblissement de la fonction de maire, qui, il faut bien le dire, n'a pas touché toutes les communes, a pris fin. Entre-temps, on constate plutôt une tendance au renforcement de la fonction. Le Conseil d'État reviendra sur cet aspect dans la suite du texte.

Affaiblissement de la fonction de maire (recadrage du mandat de maire)
Certains éléments constatés au paragraphe précédent revêtent également une importance dans l'analyse de ce que l'exposé des motifs appelle « l'affaiblissement de la position de maire ». Il convient de signaler que cet *affaiblissement*, dans la mesure où il existait, était la résultante de la mutation intervenue dans les moeurs, à savoir : politisation, mise en place d'exécutifs locaux sur la base d'un programme, changements ne s'inscrivant pas dans la durée. En revanche, on constate également un renforcement de la fonction de maire dans son rôle de coordinateur et de garant d'une bonne gestion locale démocratique assortie de bonnes pratiques dans l'instruction des dossiers des citoyens.

Qui connaît un peu l'Administration et l'action publique locale a une image assez réaliste de ce qu'un maire est en droit de faire et n'est pas en droit de faire. Pourtant cela n'empêche pas que l'on constate parfois dans la pratique un écart entre les attentes de la société envers le mandat de maire et la réalité des conditions d'exercice de ce mandat. D'ailleurs certains maires souffrent de cette situation et, avec eux, nombre d'autres élus locaux et titulaires de mandats publics. Cependant, à supposer même que cette mauvaise ou fausse perception de la fonction pose un grave problème, elle ne doit pas conduire à adapter cette réalité à l'aune de cette mauvaise perception. Bien au contraire, pareille situation doit conduire à prendre des mesures propres à recadrer cette perception avec la réalité.

Nécessité de renforcer les attributions du maire dans le domaine de la sécurité
Le Conseil d'État tient à formuler certaines observations sur les motifs évoqués dans l'exposé des motifs pour renforcer les compétences des maires.
D'une manière générale, tout un chacun sait (et comme le rappelle avec insistance le rapport de la commission Polak/Versteden relatif à l'incendie du café de Volendam, lequel rapport est cité dans l'exposé des motifs du projet de loi) que les compétences et, en corollaire, les responsabilités en matière de prévention des dangers et en matière de sécurité sont pour ainsi dire *dispersées* entre plusieurs organismes publics, à savoir: organes communaux et organes de direction des agences de l'eau (les *waterschappen*), organes provinciaux et organismes représentants des pouvoirs publics. Au niveau de la commune, c'est souvent le maire qui assume ces compétences et responsabilités, mais également l'exécutif communal (le collège des maire et échevins) ou encore le conseil municipal. À y regarder de près, ce *renforcement* de la fonction semble, somme toute, relatif puisqu'il consiste uniquement à confier au maire la direction des affaires lorsque la sécurité est en jeu et qu'une action au niveau local s'impose. On en veut pour preuve la modeste proposition du gouvernement d'insérer l'article 171a dans la loi sur les communes (*Gemeentewet*). On a beau estimer nécessaire d'adopter des textes de loi pour compléter ou renforcer les attributions des maires, encore faut-il que ces textes ne soient pas *incapacitants*, c'est-à-dire qu'ils travestissent la fonction au point de faire du maire nommé selon les modalités actuelles un édile qui n'est plus apte à exercer ou qui n'est plus capable d'exercer sa fonction.
Le Conseil d'État tient à rappeler que l'une des conclusions de l'étude comparative menée par l'université de Rotterdam sur les mandats de maire à l'étranger est l'absence de rapport clair entre les compétences susceptibles d'être attribuées à un maire et son mode de désignation (nommé ou élu). En tout état de cause, il convient de constater que l'insertion

projetée de l'article 171a dans la loi sur les communes ne peut constituer en soi un motif suffisant pour justifier la modification du mode de désignation des maires.

Entrée dans sa phase finale du mode de désignation actuel des maires par le gouvernement
L'exposé des motifs énonce comme dernier argument pour justifier cette réforme le fait que le mode actuel de désignation des maires est arrivé dans sa phase finale. Cet argument suscite de nombreuses observations de la part du Conseil. Pour schématiser l'évolution du mode de désignation des maires par le gouvernement, on peut certes affirmer que le lobbysme des groupes politiques parlementaires a tenté d'influencer de manière considérable cette prérogative du gouvernement au cours de la seconde moitié du siècle précédent, mais encore faut-il également se rendre à évidence que cette prérogative gouvernementale a surtout subi l'influence du *droit de regard* du conseil municipal dans la décision de désignation du maire. Ce *droit de regard* a lui-même évolué au cours du temps. Sa dernière évolution a consisté à permettre au conseil municipal de proposer publiquement la candidature d'**une** seule personne au gouvernement, qui ne peut refuser de nommer le candidat proposé qu'en présence de *motifs graves*, lesquels devront également être rendus publics. A cet égard, rappelons également cette particularité néerlandaise qui fait que le conseil municipal peut également décider d'organiser un référendum consultatif sur la désignation du futur maire. Une prérogative qui a d'ailleurs déjà été utilisée à plusieurs reprises.
Abstraction faite de la vive critique formulée par la commission « Dualisme et démocratie locale » (*Dualisme en lokale demokratie*), les modalités de désignation actuelles traduisent de manière naturelle une évolution transformatrice qui s'est étendue sur plusieurs dizaines d'années. Ce nouveau mode de désignation consacre en effet dans son principe l'influence prépondérante du conseil municipal, même s'il est assorti de garde-fous supplémentaires, comme le prouvent l'attribution d'un nouveau rôle au commissaire de la reine (équivalent du préfet français et du gouverneur de province belge) et la désignation définitive (du maire) par voie de décret royal (*koninklijk besluit*). Le maire ainsi désigné est un nouveau type d'édile qui d'un côté jouit de la confiance du conseil municipal et d'un autre bénéficie de suffisamment d'indépendance vis-à-vis des autres élus locaux pour pouvoir être le garant particulier de la qualité de l'administration et de la gestion de la commune. Cette procédure de nomination est de facture récente, rappelons-le. Les dernières modifications apportées au dispositif législatif correspondant datent de la mi-2001. Le Conseil d'État n'a pas connaissance d'éléments permettant d'affirmer que les résultats de ce mode de nomination ne donnent pas satisfaction. Les nouvelles modalités de désignation du maire n'ont donc pas encore eu assez de temps pour faire leurs preuves.

Cela étant, le Conseil d'État constate que ni le souhait de renforcer la fonction du maire ni l'arrivée dans sa phase finale de la procédure de désignation ne peuvent justifier l'urgence d'une réforme aussi radicale qui consiste à permettre d'élection du maire au suffrage universel des administrés. Par ailleurs, le Conseil d'État se permet de mettre en doute la logique de l'argumentation utilisée dans l'exposé des motifs pour justifier la nécessité du dépôt de la proposition du gouvernement. C'est vraisemblablement l'articulation de l'argumentation qui en fin de compte entache et vicie ici la force de conviction des motifs avancés.
En somme, c'est une certaine vision du système de la démocratie locale qui présidait à cette proposition de gouvernement. Ce ne sont pas les « motifs et considérations » énoncés dans l'exposé des motifs qui ont conduit le gouvernement à déposer ce projet de loi, mais plutôt l'accord de politique générale conclu lors des négociations en vue de la formation de la coalition gouvernementale (*Hoofdlijnenakkoord*). Par conséquent, il vaudrait mieux, et c'est d'ailleurs la recommandation du Conseil d'État, qu'un un débat et une réflexion soient engagés sur la vision de la démocratie qui présidait à la proposition de gouvernement et sur les conséquences qui pourraient en découler.

Le Conseil d'État entend formuler dans les lignes qui suivent ses propres considérations sur les conséquences éventuelles qui risquent de découler de l'élection du maire au suffrage universel des administrés.

PARTIE II - CONSÉQUENCES POSSIBLES DE L'ÉLECTION DU MAIRE AU SUFFRAGE UNIVERSEL DES ADMINISTRÉS

Introduction

Une réforme organique du mode de désignation du maire aura des répercussions sur différents plans, comme l'indique l'exposé des motifs. Dans cette partie de son avis, le Conseil d'État entend évoquer les conséquences susceptibles de découler de cette réforme pour l'exercice du mandat de maire dans les relations de ce dernier avec la population, avec le conseil municipal, avec les échevins, avec les autres autorités publiques et avec la police.

Le maire et la population

En élisant un maire d'après son programme électoral, la population est en droit de supposer que le nouveau maire ainsi élu pourra réaliser son programme, d'autant plus qu'il est supposé être un magistrat au pouvoir nettement renforcé par rapport au maire actuel. Le maire sera en effet jugé sur le bilan de son action à la fin de son mandat, pour peu qu'il se représente devant ses administrées ou lorsque des élections anticipées sont organisées à la suite d'une destitution du maire par le conseil municipal pour crise irrémédiable (*onwerkbare situatie* : littéralement « situation intenable »).

Dans son programme électoral, le futur maire doit séparer les questions relatives à l'ordre public et à la sécurité des autres matières. Le maire a en effet des compétences propres en matière de sécurité et de maintien de l'ordre. Il peut donc élaborer une action politique propre dans ces domaines. En ce qui concerne les autres domaines d'action, le maire est dépendant du conseil municipal (et plus particulièrement du budget arrêté par le conseil) ainsi que de l'exécutif communal (maire et échevins). Le risque existe alors que le maire soit élu sur un ou plusieurs points d'un programme électoral avec lequel la majorité du conseil, élue sur un autre programme électoral, ou des échevins ne peut pas s'identifier et qu'ensuite le maire ne soit pas en mesure de réaliser les points de son programme électoral. Tenu de présenter en fin de mandat son bilan s'il veut être réélu, le maire encourt alors le risque d'être *sanctionné* au bout des quatre années de son mandat pour n'avoir pas pu réaliser certaines parties de son programme, en dépit de ses efforts et de son engagement. Le maire doit en effet présenter son bilan. Une telle situation peut susciter un sentiment de frustration non seulement chez le maire mais aussi chez les électeurs. Dans le régime actuel où les élections ne concernent que le conseil municipal, ces problèmes se posent pas d'une manière aussi aiguë du fait qu'il très rare de voir un seul parti obtenir la majorité absolue au sein du conseil municipal. Tout le monde sait en effet que le programme de chaque parti n'est qu'un programme de *potentialités* dont la réalisation dépend essentiellement du résultat des négociations engagées en vue de la formation d'une coalition majoritaire.

En ce qui concerne le programme électoral des futurs maires élus au suffrage universel, il convient encore de faire observer qu'il ne sera pas facile pour un candidat de l'extérieur, ne bénéficiant pas de l'appui des groupes politiques locaux, de présenter un programme qui tienne compte des souhaits et des besoins spécifiques d'une commune. Ce problème ne se pose pas actuellement, puisque un nouveau maire est nommé toujours en fonction de sa personnalité, de son expérience et de ses capacités et non en fonction d'un certain programme.

Le maire est tenu de « rendre compte du bilan de son action à la population ». A cet égard, il convient d'observer qu'une telle reddition de comptes ne prend un véritable sens, c'est-à-dire ne s'avère efficace, que si l'on désigne de manière claire l'organe devant lequel cette reddition de comptes doit se faire ainsi que les règles selon lesquelles elle devra s'effectuer. Or, le meilleur forum pour cette présentation du bilan s'avère le conseil municipal. Le maire a en effet une obligation d'information envers le conseil et celui-ci dispose d'un pouvoir d'enquête. La présentation du bilan du maire sortant devra donc avoir au cours de séances

publiques du conseil municipal. Les délibérations devront s'achever sur une appréciation de ce bilan. A cela s'ajoute le pouvoir du conseil municipal de demander au maire à tout moment de s'expliquer et de rendre compte à chaque fois qu'il est nécessaire. Il est certain que le fait de rendre compte à la population constitue en soi un élément indispensable du contenu démocratique. Il y a différents *modi operandi*. Cependant, rendre des comptes à la population revêt un autre caractère que rendre des comptes devant le conseil municipal. Étant donné que la question de confiance (un maire ne peut rester en place qu'aussi longtemps qu'il dispose de la confiance du conseil municipal), ne joue pas dans les rapports entre le conseil municipal et le maire élu au suffrage universel, il est fort probable que cette question de reddition de comptes devant le conseil municipal perde de son importance à l'avenir avec un maire élu au suffrage universel.

Dans le régime actuel, une des fonctions du maire est celui de garant ou gardien. Il doit en effet veiller à « la qualité des procédures dans le domaine de la participation du citoyen » (la *démocratie participative*), à une instruction, selon de bonnes pratiques, des réclamations et des plaintes des citoyens ainsi qu'à la bonne qualité des services communaux (article 170, premier et deuxième alinéas, de la loi sur les communes).
Il a été dit plus haut que le maire désigné selon la procédure actuelle dispose de tous les atouts nécessaires pour remplir convenablement cette fonction de gardien. Le projet de loi ne prévoit pas de modification de l'article 170. Or, le nouveau maire, c'est-à-dire le maire élu, semble moins apte à remplir cette fonction de garant ou gardien. Il dispose en effet d'un programme politique propre tout en incarnant par excellence le pouvoir exécutif de la commune. Or, si l'on lit l'article 170 dans ce nouveau contexte de réforme du mayorat néerlandais, il faudra donc que le maire soit son *propre gardien* et *son propre censeur ou auditeur*. Il convient à cet égard d'observer que la responsabilité politique d'un maire sortant envers ses électeurs touche également cette question dès lors qu'il brigue un nouveau mandat.

Le maire et le conseil municipal
Le Conseil d'État perçoit dans les rapports entre le maire élu directement au suffrage universel et le conseil municipal trois éléments principaux qu'il convient de développer, à savoir :
a) concurrence entre le maire et le conseil municipal ;
b) le risque d'une augmentation de la fréquence d'élections anticipées ;
c) la constitutionnalité de la proposition de loi en ce qui concerne le rôle dévolu au conseil municipal et on s'y concerne la présidence du conseil municipal.

a. Concurrence entre le maire et le conseil municipal
Dans le nouveau régime, le conseil municipal et le maire sont des concurrents directs l'un de l'autre, puisque chaque partie dispose d'un mandat direct des électeurs. Les textes officiels du gouvernement ne cessent de rappeler que les deux parties « sont donc appelées à s'entendre » ou encore « à oeuvrer en commun » (« *het met elkaar moeten doen »)*. À cet égard, il convient de distinguer deux types de situation : d'une part, celle où un maire élu sur un programme peut compter sur l'appui d'une majorité au sein du conseil municipal, et, d'autre part, celle où ce n'est pas le cas (il y a alors « cohabitation »). Étant donné qu'il est fort vraisemblable que ces situations se produisent sur le terrain, il convient alors de les considérer comme *normales* sous le régime de la réforme du mayorat.
Déjà lors du choix des échevins, il faudra que les deux parties s'entendent et oeuvrent en commun. Chacune des parties a pour ainsi dire un droit de vote. Le maire peut refuser de proposer la candidature d'une personne. Quant au conseil, il peut refuser d'élire un candidat proposé par le maire. Les deux parties sont donc dépendantes l'une de l'autre et devront donc en fin de compte trouver des modalités adéquates pour travailler ensemble, d'autant plus que cette coopération est nécessaire pour arrêter le budget, véritable compromis entre les priorités du programme électoral du maire et les souhaits formulés par la majorité du conseil municipal. En outre, le maire aura besoin de l'appui du conseil municipal pour faire

adopter les textes municipaux et autres résolutions qui relèvent de la compétence exclusive du conseil municipal et qui sont indispensables à l'exécution du programme électoral du maire. Maire et conseil municipal bénéficient chacun de son côté d'une légitimité directe de l'électorat, légitimité que chacun d'eux peut évoquer en sa faveur. Cette situation peut également conduire à ce qu'aucune des parties ne soit disposée à céder aux souhaits ou voeux de l'autre. Dans un cas de figure normal sur le terrain, pareille situation n'est pas de nature à poser de problème en soi. Par contre, dans une situation de cohabitation, avec, d'un côté, un maire élu sur un programme clairement défini, et, de l'autre côté, un conseil municipal dont la majorité ne soutient pas l'un de l'autre des points importants du programme du maire, on peut en arriver à des confrontations et à des impasses. Voilà l'une des conséquences inévitables de cette réforme.

b. Élections anticipées

Le projet de loi prévoit la révocation du maire par le conseil municipal lorsqu'une crise irrémédiable (*onwerkbare situatie*) se produit entre les deux parties.

Cette possibilité accroît cependant le risque d'élections anticipées. Il suffit de songer à un des cas évoqués à la fin du paragraphe précédent pour comprendre que ce risque est effectivement réel. Les autres événements donnant lieu à l'organisation d'élections anticipées sont : la démission du maire, sa révocation par le commissaire de la reine pour cause de maladie, le fait pour le maire de plus que satisfaire aux conditions de son mandat ou alors un cumul prohibé de fonctions (article 62, premier et deuxième paragraphes), la révocation par le ministre pour incompatibilité des actes ou omissions du maire avec un exercice intègre du mandat de maire (article 63c, premier paragraphe) et le décès du maire (article 18).

Le régime actuel prévoit comme causes de cessation du mandat du maire sa démission volontaire, sa révocation et son décès. D'après le dispositif législatif actuel, la désignation de son successeur (en principe pour un nouveau mandat de six ans) pose moins de difficultés que dans la situation hypothétique que prévoit le futur régime d'élection du maire au suffrage universel. On n'en veut pour preuve que la nouvelle disposition de la réforme qui prévoit que lorsque des élections anticipées sont organisées dans la première moitié de la période du mandat, le résultat du scrutin de ne produira des effets que pour le reste de la période de quatre ans à courir.

Le Conseil d'État tient à faire observer que rien n'est prévu dans le projet de loi sur le sort des échevins en cas d'élections anticipées. Au début d'un nouveau mandat normal (4 ans donc), le nouveau maire cherchera des candidats échevins disposés à mettre en oeuvre son programme électoral, en qui il a confiance et qui peuvent être acceptés par le conseil municipal. Par contre, un maire élu dans le cadre d'élections anticipées n'aura pas d'autre choix que de conduire son action avec les échevins déjà en place, abstraction faite de la possibilité pour le maire de solliciter leur révocation en vertu de l'article 48. À cet égard, le Conseil d'État se pose la question de savoir si le gouvernement a songé ou même envisagé de donner à un maire élu dans le cadre d'élections anticipées la possibilité de proposer le remplacement d'un ou plusieurs échevins.

c. Aspects constitutionnels

Le premier paragraphe de l'article 125 de la Constitution indique que c'est le conseil municipal qui est à la tête de la commune. Le gouvernement a affirmé non seulement que le conseil municipal restera l'organe le plus élevé de la commune dans le nouveau régime, mais aussi que ce rôle sera un rôle « directeur ». Aussi, le gouvernement n'envisage-t-il pas de modifier cet article de la Constitution.

Cependant, comme toute la lumière n'a pas encore été faite sur cette norme constitutionnelle qui consacre la place du conseil municipal à la tête de la commune et donc comme son organe le plus élevé, il est important de savoir et de comprendre qu'au XIXe siècle on ne rattachait cette norme qu'à la seule question de l'autonomie de la commune. Dans ce que

l'on appelle les *attributions déléguées (ou compétences de l'État*[19]), c'est le *corps municipal* (maire, échevins et conseillers) qui est considéré comme un agent de l'État et le fait que les textes confiaient de plus en plus d'attributions déléguées à la *municipalité, donc à l'exécutif de la commune* (maire et échevins) ou (dans une moindre mesure) au maire seul, n'était pas considéré comme un élément pertinent permettant de répondre à la question de savoir si ce *principe de la primauté* du conseil municipal était effectivement respecté.

Au cours du siècle dernier, la délégation d'attributions de l'État a cependant lentement commencé à être considérée comme étant une composante essentielle ce qui constitue le « domaine propre » de la collectivité locale (autrement dit le *pré carré* de la commune). Ainsi, on en est venu à obliger les délégataires communaux à rendre compte devant le conseil municipal pour des matières relevant d'attributions déléguées de l'État et même à rechercher la responsabilité de la commune et non plus de l'État lorsque des préjudices avaient été causés dans le cadre d'activités conduites dans le cadre des attributions déléguées de l'État. On ne se souciait pas ou peu de savoir ce qu'une telle situation pouvait avoir comme incidence sur le principe qui consacre le conseil municipal comme organe le plus élevé de la commune.

Il est exact que de la réforme de la constitution en 1983, le conseil municipal a été maintenu dans son rôle d'organe le plus élevé de la commune, mais il n'en reste pas moins vrai que l'on a omis de considérer la véritable portée de cette norme au regard de situations où la plus grande partie des activités ou actions communales sont effectuées et conduites dans le cadre d'attributions déléguées de l'État.
Le Conseil d'État estime que les compétences attribuées au conseil municipal en matière d'adoption de règlements municipaux, de budget, désignation et de destitution d'échevins participent de la prééminence du conseil municipal par rapport aux autres organes et personnes de la collectivité et rejoignent le postulat selon lequel le conseil municipal peut démettre le maire en cas de crise irrémédiable, sans toutefois que le maire ait le pouvoir de révoquer le conseil municipal en cours de mandat ou, par exemple, d'en solliciter la révocation auprès du gouvernement. Tout bien pesé, le Conseil d'État ne perçoit pas sur ce point précis d'inconstitutionnalité du projet de loi.

Le troisième paragraphe de l'article 125 dispose d'une manière claire que c'est le maire qui préside le conseil municipal. Le projet de loi ne modifiant en rien cette situation, il ne contient donc pas sur ce point d'éléments d'inconstitutionnalité. Cependant, le Conseil d'État estime que cette fonction de président du conseil municipal est difficilement compatible avec le nouveau régime du mayorat.

Maire élu et échevins
Il convient de soulever certains aspects particuliers dans les nouveaux rapports appelés à s'établir entre le maire « nouveau régime » et les échevins. Ceux-ci ne peuvent être élus que sur avis de proposition de nomination émis par le maire. Par ailleurs, le maire est en droit de demander la destitution d'un échevin, il arrête (et donc peut modifier) la répartition des compétences entre les échevins. La *municipalité* ou collège exécutif municipal (maire et échevins) ne peut arrêter et adopter son règlement d'ordre que sur proposition du maire et, en fin de compte, c'est le maire qui décide de la tenue des séances du collège exécutif municipal (maire et échevins) et de leur ordre du jour.

Il en résulte une modification profonde des rapports entre maire et échevins. Les attributions faites à l'exécutif municipal (maire et échevins) lui demeurent acquises et, dans un sens, le maire se trouve donc dépendant des échevins. Reste seulement à savoir pour quelle raison

[19] Les attributions déléguées de l'État sont les compétences attribuées aux communes par l'État central ou par les autorités provinciales dans le cadre de l'exécution de réglementations d'un ordre supérieur, lorsque des dispositions législatives ou réglementaires ou des règlements provinciaux l'ordonnaient.

le projet de loi ne tire pas la conclusion selon laquelle le maire représente, dans un sens général, l'*organe exécutif* de la commune (au lieu de la *municipalité*, c'est-à-dire du corps composé du maire et des échevins, corps que l'on dénomme également en Belgique le « Collège des maire et échevins »), et que cet exécutif est secondé par des adjoints (« *adjuncten* » en néerlandais) élus par le conseil municipal sur proposition du maire. En somme, il s'agirait d'un régime présidentiel adapté à la réalité des collectivités locales.
Le projet de loi ne prévoit pas de faire bénéficier au maire une liberté totale pour désigner les échevins. Il doit en effet négocier leur désignation avec le conseil municipal, dont l'accord est donc primordial. Le pouvoir du maire de répartir les portefeuilles de compétences entre les échevins, le fait pour le maire de pouvoir solliciter la destitution d'un échevin et d'arrêter l'ordre du jour des séances de la *municipalité* (le collège des maire et échevins) font que dorénavant on devra qualifier le collège non plus de *collège des maire et échevins* mais de *collège du maire et de* ***ses*** *échevins*. Cela étant, on risque alors à l'avenir d'avoir affaire à des échevins plus dociles, prenant moins d'initiatives et d'un type plus *fonctionnaire* que les échevins actuels. Il convient cet égard de faire observer que l'une des caractéristiques marquantes du corps municipal néerlandais actuel est la présence d'échevins *forts*. D'après l'exposé des motifs, il est à prévoir que cette nouvelle donne aboutira à la formation et à l'existence de *municipalités* (collèges des maire et échevins) plus homogènes. Cependant, il est également prévoir que le nouveau régime fera entrer sur la scène politique locale un échevin d'un nouveau type, moins indépendant et que les municipalités (c'est-à-dire les collèges des maire et échevins) deviennent en fait des sortes d'entreprises unipersonnelles. On ne peut encore préjuger des conséquences de cette nouvelle réalité sur la qualité de la gestion et de l'administration des communes.

Maire élu et autres autorités
Le maire continuera à remplir un rôle important et sa qualité de représentant de la commune et du corps communal dans ses rapports avec les autres autorités. En ce qui concerne ses rapports avec les autorités représentatives des agences de l'eau (*waterschappen*), avec les autorités provinciales et avec les autorités nationales, il faudra s'attendre à ce que le maire devienne un ambassadeur plus zélé de sa commune qu'il ne l'est actuellement. Souvent en effet ce sera toute « son » action qui sera en jeu.
Dans les rapports avec les communes avoisinantes, cette situation peut donner lieu à des complications. Le fait pour le nouveau maire d'être élu sur un certain programme pourrait le conduire à privilégier les intérêts propres de sa commune plutôt que le rechercher un équilibre acceptable entre ces intérêts communaux et ceux de la région périphérique qui sont en fait à vocation plus générale et fédératrice. Ce risque est le plus grand dans les rapports entre les communes-centre et les communes périphériques. Ce problème risque aussi de se poser d'emblée au sein des organismes de coopération intercommunaux (syndicats inter-communaux) au sein desquels siègent essentiellement les maires. À cela il convient d'ajouter le fait que les nouveaux rapports qui s'établiront entre le maire et les échevins pourraient conduire à une duplication de ce même problème, avec toutefois une acuité moindre, au niveau de la coopération intercommunale entre échevins de diverses communes.
On risque donc que l'élection directe du maire au suffrage universel puisse conduire un affaiblissement de l'intercommunalité, alors que cette intercommunalité doit invariablement continuer à être prioritaire.

Maire élu et police
D'après l'exposé des motifs, le projet de loi n'aura pas d'incidence directe sur les rapports entre le maire et la police, si bien qu'aucune modification de la loi de 1993 sur la police (*Politiewet*) n'est proposée. Néanmoins, ces rapports méritent que l'on s'y arrête un instant.

a. Le Conseil d'État estime qu'il ne faut pas faire l'impasse sur le projet de modification de la loi de 1993 sur la police déposée sur les bancs de la Deuxième Chambre des États généraux et qui tend à modifier l'article 23 de la loi de 1993 sur la police en ce sens que le

premier responsable du corps de la police régionale (*korpsbeheerder*) n'est plus de plein droit le maire du chef-lieu de la province ou celui de la plus grande commune de la région, mais un des maires désignés par le gouvernement. Il est difficile de ne pas établir un rapport entre ce projet de modification et le projet de loi sur l'élection suffrage universel du maire. Cela étant, il y a tout lieu de tenir compte de ce projet de modification de loi de 1993 dans les observations qu'il convient de formuler à propos de l'élection des maires au suffrage universel.

b. Il est fort vraisemblable que le nouveau régime applicable aux maires donnera naissance à un nouveau type de maire qui se fera un défenseur de plus en plus zélé des intérêts locaux. Ce phénomène pourrait légèrement renforcer la tendance à une centralisation plus poussée de commandement de la police. Étant donné qu'il est difficile d'apporter des certitudes sur ce point, Le Conseil d'État se contente de rappeler la possibilité de (voir) cette perspective (se réaliser).

c. Le projet de modification de la loi de 1993 sur la police [cf. point *a)* ci-dessus] prévoit de doter le ministre de l'Intérieur (*Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties*) du pouvoir de donner des instructions générales et particulières aux maires dans le cadre du maintien de l'ordre et de la sécurité. Cette attribution nouvelle au ministre fera en sorte que le maire ne sera plus maître du jeu dans le domaine de ses pouvoirs propres, celui du pré carré de son action en matière d'ordre public et de sécurité. En d'autres termes, à la lumière de ces considérations, il n'est pas certain que le maire puisse mettre en oeuvre le programme sur lequel il a été élu.

PARTIE III – BILAN
Dans un sens plus général, le Conseil d'État a tenu à compléter son avis par le commentaire suivant :
« Au cours du siècle dernier, les appels lancés en vue d'une désignation plus démocratique des maires traduisaient le besoin de mettre fin au style « petit potentat » qu'adoptaient nombre de maires à l'époque. Cependant, cette façon de *régenter* les communes est bien révolue depuis, grâce aux nombreuses réformes et aux évolutions décrites au point trois. La fonction a donc évolué. Le maire est devenu un garant important du processus décisionnel démocratique, un personnage qui veille à la bonne marche des enquêtes publiques, à la qualité des services municipaux ainsi à la bonne instruction des plaintes et des réclamations des citoyens. S'il est exact que cette volonté de réformer le mode désignation du maire peut être perçue comme l'achèvement d'un processus appelé à mettre fin à l'autocratie des maires, il n'en reste pas moins vrai que cette réforme est entachée d'un paradoxe. En effet, le revers de la médaille de ce projet de texte est qu'il tend à réintroduire un type d'édile fort, opérant seul sur de nombreux fronts, alors que ce type de personnage public *individualiste* semble moins apte à opérer les arbitrages exposés plus haut. Dans ce sens, la réforme paraît plutôt constituer un retour en arrière. »

3. Avis du Conseil d'État du 19 mai 2003 sur la proposition de loi présentée par les députés de la Deuxième Chambre Dittrich et Halsema et portant réglementation du prix fixe des livres *(Loi sur le prix fixe du livre)*

Explications sur les raisons justifiant la présentation de la proposition de loi
Depuis 1904, le commerce du livre aux Pays-Bas est organisé selon un système dit de *prix fixe*. L'éditeur fixe un prix minimum auquel *son* livre sera vendu aux libraires et auquel les libraires vendront le livre au public. Il s'agit donc d'une imposition de prix dans le sens vertical (dénommée également « liaison verticale des prix »). Le prix fixe ainsi déterminé est valable en principe pour une période de deux ans et s'applique aux livres à caractère général, aux manuels scolaires et aux livres scientifiques. Ces accords sur l'imposition d'un

prix fixe pour les livres participent depuis 1923 d'un règlement collectif de droit privé. À l'heure actuelle c'est le règlement *Handelsverkeer* de la Chambre royale du livre (*Koninklijke Vereniging van het Boekenvak* ou KVB) qui prévaut sur le marché. Dans ce cadre, une dérogation à l'interdiction générale des liaisons verticales collectives de prix a dû donc être accordée à la KVB. La dérogation la plus récente en date a été accordée en 1997. Il s'agissait d'une dérogation à la loi sur la concurrence économique (*Wet economische mededinging*) en vigueur à l'époque. Cette dérogation doit prendre fin le 1er janvier 2005.

A l'approche de la date d'expiration de cette dérogation, la question se pose de savoir quel régime allait s'appliquer au-delà du 1er janvier 2005. Trois solutions s'offrent en effet, à savoir : poursuivre le régime de l'exemption à la loi de 1956 sur la concurrence économique, adopter une législation particulière ou supprimer le prix fixe du livre.

Le *Raad voor Cultuur* et le *Centraal Planbureau* (conjointement avec le *Cultureel Planbureau*) ont émis chacun un avis sur les trois possibilités évoquées plus haut, mais ces avis sont discordants. Le premier organisme cité estime que le marché actuel fonctionne dans de bonnes conditions sans dotations publiques. Il recommande dès lors le maintien du prix fixe du livre, non sans relever au passage les incertitudes qui existent actuellement sur les conséquences et incidences que pourrait entraîner une modification du régime actuel, faisant observer que, de ce fait, il n'est pas impensable de voir une modification du régime altérer l'équilibre actuel du secteur. Toutefois, le *Raad voor Cultuur* préconise pour solution l'adoption d'un un texte de loi plutôt que la conclusion d'un accord interprofessionnel relevant du droit civil. Il accueille donc favorablement l'initiative de la proposition de loi des deux députés.

Adoptant un point de vue diamétralement opposé à celui du *Raad voor Cultuur*, le Central *Planbureau* et le *Sociaal en Cultureel Planbureau* ont publié un rapport (ci-après le « rapport CPB-SCP ») qui affirme qu'une liaison verticale des prix du livre peut nuire, à certains égards, aux objectifs visés dans la politique culturelle. Ces deux organismes préconisent de remplacer ce régime par l'une des solutions énumérées ci-après, qui, d'après ces organismes, s'avèrent d'une meilleure efficacité. Ces solutions sont :
1) désengagement total du marché du livre, donc absence de toute intervention ;
2) dotation de subventions aux libraires ;
3) introduction d'un système de prix fixe encadré, c'est-à-dire un régime limité dans le temps (par exemple à six mois) et sortie des livres scolaires et scientifiques du système des prix fixes imposés.

Les deux députés auteurs de la proposition de loi ont voulu par leur initiative éviter qu'on aboutisse à la suppression du prix fixe du livre. En somme, leur proposition de loi s'inscrit, hormis quelques adaptations, dans le cadre d'une poursuite du régime actuel, mais formalisé dans un texte législatif.

TEXTE DE L'AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT
L'avis du Conseil d'État se décompose en deux parties distinctes, à savoir : une partie consacrée à la *qualité politique* et une partie consacrée à la *qualité juridique* [20].

Dans la partie consacrée à la *qualité politique* du texte (examen sur le fond), le Conseil d'État relève les imprécisions et incertitudes dans l'argumentation des auteurs de la proposition de loi, alors que dans l'examen de la *qualité juridique* (examen sur la forme), le Conseil d'État examine la cohérence du texte avec la Constitution néerlandaise et le droit commuanutaire.

Dans son examen sur le fond, le Conseil a tenu à relever le caractère imprécis de l'objectif

[20] Certains fragments de l'avis n'ont pas été publiés pour des raisons de concision.

exposé et s'est permis de mettre en question la pertinence et l'opportunité du texte proposé au regard des objectifs recherchés la *pluriformité* et de la *commerciabilité* (vaste sélection d'ouvrages disponibles dans le plus grand nombre possible de points de vente). Le Conseil a également tenu à relever les divergences d'intérêts des différentes parties concernées : acheteurs/lecteurs, libraires/détaillants, éditeurs et auteurs. Le Conseil d'État a remis également en cause la légitimité du système du prix fixe du livre dès lors qu'il s'agit de l'appliquer aux livres scolaires et scientifiques.

I. Examen de la qualité politique de la proposition de loi (examen sur le fond)

Caractère imprécis de l'objectif

D'après les deux députés auteurs du texte proposé, celui-ci sert un objectif de la politique culturelle : « Cette proposition de loi doit en effet créer les conditions permettant de disposer aux Pays-Bas, également à long terme, d'une sélection vaste et diversifiée de livres en langue néerlandaise et en langue frisonne à travers un vaste réseau de librairies largement réparti sur l'ensemble du territoire et présentant une offre aussi vaste que diversifiée. »
C'est le même objectif qui préside au régime interprofessionnel du prix fixe du livre actuellement vigueur.

Le rapport CPB-SCP signale que les pouvoirs publics n'avaient pas précisé à l'époque le nombre de titres disponibles, ni les genres d'ouvrages, ni d'ailleurs le nombre de points de vente et l'assortiment nécessaires pour atteindre cet objectif. Les auteurs de la proposition de loi n'ont pas davantage précisé l'objectif recherché en matière de politique culturelle.

Le Conseil d'État a parfaite connaissance de la difficulté à définir et apprécier l'objectif fixé en matière de politique culturelle ainsi que de la grande difficulté à préciser cet objectif. Cependant, le Conseil d'État estime que les auteurs de la proposition de loi auraient pourtant pu préciser si le marché du livre, tel qu'il fonctionne en ce moment, satisfait à l'objectif fixé ou si une augmentation des prestations est souhaitable ou encore si une diminution des prestations est admissible.

Pluriformité des titres proposés

L'objectif fixé en matière de politique culturelle revêt deux aspects, à savoir : l'encouragement de la pluriformité des titres proposés et la large commerciabilité (disponibilité) de l'offre en livre auprès du public.
D'après les auteurs de la proposition de loi, le régime du prix fixe du livre permet aux éditeurs et importateurs de proposer aux libraires une marge commerciale adéquate pour les titres à rotation plus lente et dont les ventes sont plus incertaines. L'introduction d'un tel système permet d'éviter que les libraires, soucieux de faire face à la concurrence des grandes surfaces, en viennent à ne privilégier dans leurs magasins que les *produits d'appel et de vente facile* (best-sellers et titres à rotation rapide). Ce régime permet ainsi aux libraires d'inclure dans leur assortiment des livres à rotation lente. C'est d'ailleurs dans cette perspective que l'article 12 de la proposition de loi énonce que, lors de la fixation des marges commerciales, les éditeurs doivent tenir compte des coûts engagés par les libraires pour la tenue d'un vaste assortiment de titres.
Le Conseil d'État tient pourtant signaler qu'en raison de son énoncé à caractère général, la bonne application de cet article 12 sera difficilement contrôlable. Le libraire est en principe libre d'affecter la marge qu'il perçoit sous forme de remise pour ses surcoûts à un autre but que l'élargissement de son assortiment de livres. Il peut par exemple affecter cette remise à sa marge commerciale afin de l'augmenter ou encore à l'achat d'autres produits dépourvus de toute vocation culturelle. Étant donné qu'il est impossible de contraindre les éditeurs et les libraires à affecter certaines marges (remises) supplémentaires à des objectifs culturels, il est difficile d'indiquer dans quelle mesure les liaisons verticales des prix servent encore les objectifs à caractère culturel fixés. Cette remarque vaut tant pour le régime interprofessionnel actuel que pour celui visé dans la proposition de loi. Le Conseil d'État recommande d'engager dans l'exposé des motifs une réflexion plus avant sur ces divers

éléments encore empreints d'incertitudes.

Large commerciabilité (vaste disponibilité des livres)
Le deuxième aspect de l'objectif poursuivi en matière de politique culturelle est la mise en place d'un réseau de distribution de livres à travers un nombre suffisant de points de vente. Les éléments à prendre en considération à cet égard sont : le nombre de librairies, leur répartition géographique et leur assortiment de titres.

L'expérience des pays limitrophes a permis de démontrer que la suppression du prix fixe du livre peut mettre à mal les petites librairies, surtout celles implantées dans les petites localités, qui ont beaucoup de difficultés à se maintenir. La France par exemple a instauré pendant plusieurs dizaines d'années un régime de prix fixe pour les livres qui doivent être vendus partout les détaillants en respectant volontairement (donc sans contrainte) le prix conseillé par l'éditeur. Lorsqu'en 1974, la chaîne FNAC a ouvert ses portes en accordant d'emblée dans ses succursales des rabais de 20 % sur les livres, de nombreux libraires ont dû fermer boutique. Confirmant ces effets préjudiciables à la profession, le rapport CPB-SCP en vient à conclure que l'imposition des prix dans le sens vertical constitue un instrument efficace pour encourager leur disponibilité sur un grand nombre de points de vente. Cependant, le même rapport tient à mettre en garde la profession contre certaines évolutions et mutations technologiques qui sont de nature à miner les effets bénéfiques du prix fixe. Ces évolutions et mutations se sont traduites notamment par l'émergence des librairies en ligne, livres électroniques (*e-books*) et autres *printing on demand*, par une tendance à la spécialisation de certaines librairies et par la montée des effets d'échelle.

La proposition de loi ne prévoit aucune exception à l'égard des librairies en ligne. Celles établies aux Pays-Bas seront également tenues de pratiquer les prix fixés par les éditeurs. L'expérience dira si l'instauration du prix fixe du livre entraînera une multiplication de librairies en ligne, dont l'ambition est d'égaler les librairies de type classique par une vaste sélection d'ouvrages et par l'ampleur des champs de disciplines couverts (les ouvrages de fond). Le Conseil d'État recommande d'engager dans l'exposé des motifs une réflexion plus avant sur la question de savoir si le régime du prix fixe du livre pourra permettre d'atteindre également à plus long terme l'objectif d'une vaste disponibilité des livres (la commerciabilité).

Intérêts des groupes concernés
Schématiquement, on distingue quatre groupes d'intérêts, à savoir : les acheteurs/lecteurs, les libraires/détaillants, les éditeurs et les auteurs. Pour parvenir à un régime équilibré, il est nécessaire de tenir compte des intérêts de chacun de ces groupes. Les lecteurs, par exemple, ont des intérêts divers : disposer d'une diversité dans la production des livres, qualité des librairies et prix aussi faibles que possible.
Les libraires/détaillants recherchent un système qui leur permet de proposer un vaste éventail de livres moyennant une marge commerciale attrayante. Les auteurs débutants et les auteurs moins lus doivent en effet pouvoir bénéficier d'une chance sur le marché du livre. L'intérêt des éditeurs consiste à avoir une bonne marge bénéficiaire et une rotation rapide des ventes des titres (surtout au cours des six premiers mois).
Le Conseil d'État recommande de détailler davantage dans l'exposé des motifs les intérêts divergents des différents groupes, sans oublier de prendre en considération les intérêts du grand public (les acheteurs et lecteurs potentiels).

Délimitation du terrain de la proposition de loi : livres scolaires et scientifiques
Les auteurs de la proposition de loi optent pour un système de prix fixe couvrant également les livres scolaires et scientifiques et limité à deux ans. Le rapport CBP-SCP propose une variante au système actuel de prix fixe du livre. Cette variante consiste en un système de *prix fixe encadré*, en ce sens qu'il ne s'applique **pas** aux livres scolaires et scientifiques et dure uniquement six mois.

D’après ce rapport, les détaillants revendeurs d’une grosse partie des titres peuvent écouler la plupart de leurs exemplaires en six mois. Dans le système actuel, lorsqu’un livre se vend mal, un libraire n’est pas autorisé à augmenter son chiffre d’affaires en soldant le livre. Cette impasse risque d’ailleurs d’accroître leurs stocks. C’est la raison pour laquelle le rapport propose de ramener la durée du prix fixe d’un livre à six mois.

En ce qui concerne les livres scolaires, le Conseil d’État renvoie à la teneur du rapport publié par la *Stichting voor Economisch Onderzoek* (Fondation des enquêtes économiques) qui relève que l’introduction de prix fixes pour les livres ne contribue que très peu à la « réalisation » des objectifs fixés pour les livres scolaires dans l’enseignement secondaire. D’après le rapport, il est possible de réaliser la mise sur le marché d’une vaste sélection de titres de haute qualité de livres scolaires sans avoir à recourir au régime du prix fixe. L’application du régime des prix fixes aux manuels scolaires empêche d’ailleurs toute possibilité de réduction de prix en faveur des parents d’élèves et étudiants. Se fondant sur ces conclusions, le ministre néerlandais des affaires économiques et le secrétaire d’État néerlandais à l’Éducation nationale ont estimé qu’il n’était pas souhaitable de poursuivre l’application de ce système de prix fixe aux livres scolaires au-delà de 2004. Le Conseil d’État estime toutefois que l’exposé des motifs ne s’est pas attaché à aborder les aspects évoqués plus haut et recommande d’engager une réflexion plus avant sur ceux-ci.

Le Conseil d’État fait observer de façon générale que, si l’on applique aux livres scolaires relèvent le régime de prix fixes en vue de permettre de baisser les prix des titres à caractère général (c’est-à-dire non spécialisé), on est alors en droit de se poser la question de savoir s’il est justifié que l’acheteur de manuels scolaires *subventionne* en quelque sorte la « réalisation » des objectifs de politique culturelle poursuivis par la proposition de loi pour le livre à caractère général (c’est-à-dire non spécialisé).

En ce qui concerne les ouvrages scientifiques, il convient de distinguer, d’une part, les manuels et livres d’études, qui peuvent avoir des tirages importants, et, d’autre part, les publications des résultats de travaux de recherche. Les publications scientifiques des résultats de recherche sont confrontées à des coûts de production relativement élevés, alors que leur demande est très faible et spécialisée. Cette situation a conduit à abandonner la publication sous forme imprimée des résultats de travaux de recherche. La question est alors de savoir si l’imposition de prix fixes pour ces livres constitue l’instrument adéquat susceptible d’encourager leur vaste disponibilité. Le Conseil d’État se demande par ailleurs si la publication électronique, moyen d’ailleurs auquel on a de plus en plus recours, ne constitue pas un instrument le plus apte à assurer leurs pluriformité et disponibilité. D’ailleurs, la lecture à l’écran semble poser moins de difficultés lorsqu’il s’agit d’une publication scientifique que lorsqu’il s’agit d’un titre général. Lorsque l’application de prix fixes aux ouvrages scientifiques sert en fait à subventionner d’autres types de livres, plus particulièrement la vente de livres non scientifiques, on entre en fait dans un système où l’on fait prévaloir un objectif donné de la politique culturelle sur un autre objectif, qui est pourtant tout aussi noble et souhaitable et qui est la diffusion du savoir scientifique. Or, le texte de la proposition de loi n’énonce aucune raison justifiant un tel *arbitrage*. Aussi, le Conseil d’État recommande-t-il d’éclairer ce point en particulier et de présenter de manière satisfaisante les raisons qui ont conduit à rejeter un régime de prix fixe encadré comme celui proposé dans le rapport CPB-SCP.

Contrôle de la qualité juridique
Dans le cadre de son contrôle juridique, le Conseil d’État a examiné plus particulièrement les aspects juridiques de la proposition de loi au regard du droit constitutionnel et du droit européen.

Aspects constitutionnels des visites domiciliaires

Le paragraphe de l'article 21 énonce que les membres de l'organisme qui sera institué par la loi et sera chargé de contrôle des prix fixes des livres sur ce segment du marché seront autorisés à effectuer des visites domiciliaires contre le gré de l'habitant.
Or, à la lumière de l'article 12 de la Constitution[21] et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il est évident, dans le cadre de toute procédure de contrôle, qu'un dispositif législatif ne peut permettre des visites domiciliaires contre le gré de celui qui occupe les lieux que dans des cas exceptionnels. Le Conseil d'État fait ici référence à l'histoire législative de la loi générale sur les visites domiciliaires (*Algemene wet op het binnentreden*). Le Conseil d'État estime ne pas percevoir en l'occurrence d'éléments d'un caractère exceptionnel susceptibles de justifier ces visites domiciliaires et, cela étant, recommande de supprimer cette compétence.

Considérations touchant au droit européen
Dans sa jurisprudence, la cour de justice des Communautés européennes considère tout accord interprofessionnel transfrontalier sur l'imposition des prix fixes comme une infraction à l'article 81 du traité des Communautés européennes (TCE), mais autorise des accords interprofessionnels semblables au niveau national vu le manque de réglementation européenne sur ce plan.[22] La cour de justice applique le même raisonnement aux législations nationales internes en matière de prix fixes pour les livres, à condition que ces dispositions d'application interne ne portent pas atteinte aux règles communautaires en matière de libre circulation des marchandises (article 28 TCE - cf. affaires Leclerc et Échirolles[23]). En résumé, les régimes nationaux (interprofessionnels ou publics) imposant un prix fixe pour les livres ne constituent pas des violations au regard du droit communautaire. Celui-i autorise donc l'introduction ou le maintien de tels régimes pour autant qu'ils réglementent uniquement des situations entièrement nationales.
L'efficacité et l'exécutabilité (c'est-à-dire les conditions de respect et d'exécution) de régimes imposant des prix fixes pour les livres dépendent cependant, dans une forte proportion, des possibilités de leur application aux importations de livres en langue néerlandaise en provenance d'autres États membres de l'Union européenne. Cet aspect n'a cessé de prendre de l'importance en raison de l'augmentation des opérations économiques transfrontalières au sein de l'Union européenne et à la suite de l'émergence croissante de nouvelles solutions d'ordre technique.

Importateurs
La proposition de loi entend imposer un prix fixe non seulement aux livres édités aux Pays-Bas, mais aussi aux ouvrages importés. Les importations à prendre en considération ici sont essentiellement les importations de livres en provenance Belgique, en provenance des autres Pays membres l'Union européenne et, enfin, du monde entier, tant par le canal des libraires que par le biais de commandes en ligne. La proposition de loi entend appliquer comme prix fixe d'un livre publié par un éditeur étranger celui fixé ou recommandé par ce même éditeur. Celui-ci se voit donc offrir la possibilité d'imposer des prix particuliers (pour la distribution de ses livres) aux Pays-Bas. Au cas où l'éditeur en question n'indiquerait aucun prix pour le marché néerlandais, le prix fixe à imposer sera celui pratiqué dans l'État membre de provenance du livre. Cependant, si un prix ne peut pas être fixé selon ces modalités, il n'appartient pas à l'importateur de fixer le prix du livre. Les personnes pratiquant des

[21] 1. L'introduction dans un domicile contre le gré de son habitant n'est permise que dans les cas prévus par la loi ou en vertu de la loi, et seulement à ceux qui ont été désignés à cet effet par la loi ou en vertu de la loi.
2. L'introduction conformément au paragraphe 1 requiert au préalable la justification de l'identité et la communication du but de l'introduction, sauf exceptions établies par la loi.
3. L'habitant reçoit dans les meilleurs délais un rapport écrit de l'introduction. Lorsque l'introduction a eu lieu dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de l'application du droit pénal, la communication du rapport peut être reportée, selon des règles à fixer par la loi. Lorsque les intérêts de la sécurité nationale s'y opposent de façon durable, il peut être renoncé à la communication du rapport, dans les cas à déterminer par la loi.
[22] Affaire 43 et 63/82, VBVB et VBBB, Jurispr. 1984, p. 19.
[23] Affaire 229/83, Leclerc, Jurispr. 1985, p. 1; confirmé dans l'affaire C-9/99 Échirolles, Jurispr. 2000, p. I-8207.

importations parallèles sont assimilées aux importateurs. Chaque personne fixe séparément le prix fixe à imposer au livre. Au cas où un importateur aurait pu négocier des rabais, le prix fixe du livre pour également être réduit dans la proportion du rabais accordé (article 3 de la proposition de loi). Ce régime applicable aux importations de livres est, pour l'essentiel, identique à celui qui a fait l'objet des arrêts précités rendus par la cour de justice des Communautés européennes dans les dossiers Leclerc et Échirolles et qui a été considéré comme constituant une infraction à la libre circulation des marchandises[24]. La jurisprudence communautaire interdit également les régimes obligeant les importateurs à indiquer un prix fixe pour les livres importés, au motif que de tels régimes ont pour effet de créer des dispositifs particuliers en matière d'importation. Le Conseil d'État fait observer que le grand public est déjà en mesure d'importer par commandes en ligne des livres du monde entier et que, par ailleurs, il n'est aisé d'assurer la cohérence de bout en bout d'une réglementation qui s'appliquerait aux importations de livres en provenance des Pays membres de l'Union européenne. Par conséquent, le Conseil recommande un réexamen et une révision plus particulière du texte sur ce point.

Réimportations
Toujours d'après la jurisprudence communautaire, les régimes nationaux d'imposition de prix fixes sur les livres ne sont pas non plus applicables aux réimportations, sauf s'il s'agit d'un faux système d'importation ou encore de livres fictivement exportés à l'étranger et immédiatement réimportés avant le pouvoir produire une facture établie à l'étranger (et ainsi pouvoir les faire passer pour des importations régulières en exemption du régime des prix fixes imposés). Cependant, le Conseil relève que la proposition de loi qualifie d'irrégulière toute forme de réimportation, c'est-à-dire la qualifie automatiquement de fraude au régime des prix fixes[25]). Le Conseil d'État fait remarquer que toute réimportation de livres néerlandais ne signifie pas automatiquement qu'il s'agit d'une irrégularité. Il existe des réimportations régulières de livres, au même titre qu'il en existe d'irrégulières. La jurisprudence de la cour de justice des Communautés européennes indique clairement que les régimes anti-abus (donc de nature restrictive) doivent avoir pour objet spécifique le caractère potentiellement irrégulier de certaines situations et ne doivent donc pas viser, d'une manière générale, toutes les situations et *a fortiori* toutes les situations transfrontalières[26]. Aussi, le Conseil d'État préconise-t-il une adaptation de la proposition de loi sur ce point.

[24] Affaire 229/83, Leclerc, Jurispr. 1985, p. 1; C-9/99 Échirolles, Jurispr. 2000, p. I-8207.
[25] Kamerstukken II 2002/03, 28 652, no 3, p.8. (comptes rendus officiels du Parlement).
[26] Cf. par exemple affaires C-324/00, Lankhorst-Hohorst, arrêt 12 déc. 2002, n.n.g.; C-246/96, ICI, Jurispr. 1998, p. I-4695.

Contribution du Lagrådet de Suède

1. Lagrådet
Le *Lagrådet* (Conseil législatif) est un conseil chargé d'émettre des avis sur les projets de loi. Il se compose de membres du *Högsta domstolen* (Cour suprême) et du *Regeringsrätten* (Cour administrative suprême) qui y siègent pour une période de deux ans et rejoignent ensuite leurs collèges respectifs. Cependant, les membres retraités de ces deux cours peuvent aussi siéger au Conseil, qui comprend généralement deux chambres de trois membres chacune.

L'avis du Conseil est sollicité avant toute décision du Parlement (*Riksdag*) concernant :

- les lois relatives à la liberté de la presse écrite ou à la liberté d'expression à la radio et dans les médias audiovisuels, et d'autres lois se rapportant aux libertés et droits fondamentaux ;
- les lois régissant l'accès aux documents administratifs;
- les lois fiscales ;
- les lois se rapportant au statut personnel des personnes privées ou à leurs liens personnels et économiques ;
- les lois soumettant les citoyens à des obligations imposées par les pouvoirs publics ou touchant de quelque façon que se soit à leur situation personnelle et économique ;
- les lois se rapportant à la justice et aux principes de gouvernance.

En émettant son avis, le Conseil tient compte des points suivants :

1. l'accord du projet avec la législation existante ;
2. la corrélation entre les dispositions du projet ;
3. l'accord du projet avec le principe de sécurité juridique ;
4. la pertinence du projet par rapport à l'objectif fixé ;
5. les problèmes que pourrait rencontrer l'application de la loi projetée.

2. Lagrådet

Introduction de la part de la délégation suédoise

L'organisation juridictionnelle suédoise se divise en juridictions de droit commun et en juridictions spécialisées. Les juridictions de droit commun (les tribunaux) sont classées en deux ordres distincts, à savoir: l'ordre judiciaire et l'ordre administratif. Chacun de ces deux ordres forme un ensemble hiérarchisé à trois degrés : un premier degré, un degré d'appel et une juridiction suprême propre. Dans l'ordre judiciaire, cette hiérarchie est composée des tribunaux de première instance, des cours d'appel et de la Cour suprême. Dans l'ordre administratif, il s'agit d'abord du tribunal administratif départemental, ensuite, au niveau de l'appel, des cours d'appel administratives et, en dernier ressort, de la Cour administrative suprême. A ces juridictions s'ajoutent des juridictions spécialisées. Les tribunaux du travail (ou prud'homaux) en sont l'une d'elles.

L'ordre constitutionnel suédois est composé de quatre textes considérés comme les lois fondamentales du Royaume: la Constitution proprement dite (Regeringsformen), la loi sur la succession au trône, la loi sur la liberté de la presse et la loi fondamentale sur la liberté d'expression. Le règlement du Parlement suédois (monocaméral) est le Riksdagordeningen, qui occupe une position subordonnée, mais supérieure aux lois ordinaires. La Suède n'a pas adopté de contrôle juridictionnel par un organe indépendant, à l'instar d'une Cour constitutionnelle. Cependant, une disposition de la Constitution (article 14 du chapitre 11) énonce pour règle que les autorités chargées d'appliquer la loi - et donc pas seulement les tribunaux - ne peuvent appliquer un texte contraire par le fond ou la forme à une loi fondamentale ou à une autre norme supérieure. Les autorités publiques et les tribunaux doivent en cas de conflit de normes faire prévaloir les dispositions constitutionnelles. Pour ce qui est des textes adoptés par le parlement suédois (le « Riksdag ») ou le gouvernement, cette règle est infléchie en ce sens que leur application ne peut être refusée qu'en cas d'erreur manifeste. Aussi les tribunaux doivent-ils, au cas par cas, s'assurer de la conformité de tout texte avec les normes formulées dans des dispositions d'un ordre supérieur. C'est le principe du contrôle normatif ou contrôle de constitutionnalité.

Il existe un conseil de législation (*Lagrådet*) (appelé aussi parfois dans les textes français « conseil législatif ») formé de magistrats de la Cour suprême et de la Cour administrative suprême, qui y siègent pendant deux ans. Ce conseil de législation émet des avis sur les projets de textes législatifs à la demande du gouvernement ou des commissions parlementaires.

L'avis du conseil de législation est remis au gouvernement ou, selon des modalités détaillées dans la loi sur le Riksdag, à une commission du Riksdag.

En principe, le gouvernement est tenu de soumettre toute question importante et tout projet de loi important d'importance au conseil de législation pour avis. Le conseil de législation comporte trois sections. Chaque section se compose de trois membres, dont un au moins est issu de l'une des deux juridictions suprêmes. En somme, lors du processus d'élaboration des lois, le conseil de législation veille à la cohérence de l'ordre juridique et au respect des règles de principe régissant le processus d'élaboration des textes législatifs. Les nombreuses commissions parlementaires sont également libres de lui demander son avis sur certains textes ou questions. C'est le cas lorsqu'une commission envisage d'apporter un amendement à un projet de loi gouvernemental ou lorsqu'elle soulève une question de droit qui n'a pas été soulevée par le gouvernement de lui-même ou dans le cadre d'une réponse apportée à la motion d'un parlementaire. L'examen effectué par le conseil de législation constitue un contrôle important du processus législatif, surtout lorsque le conseil doit déterminer si les textes proposés sont conformes par le fonds à la Constitution et aux lois fondamentales, mais aussi par la forme, c'est-à-dire s'ils sont adoptés par l'organisme compétent et selon les modalités appropriées. Cependant il convient de ne pas perdre de vue l'essentiel, c'est-à-dire que le conseil de législation est un organisme consultatif et non

un organe décisionnel : le gouvernement et en dernier ressort le Riksdag peuvent choisir de ne pas suivre ses avis (cf. *THE CONSTITUTION OF SWEDEN* ; *The fundamental laws and the Parliament Act of Sweden*, 2003, pages 34-35).
Cependant, la consultation du conseil de législation n'est pas sollicitée lorsque son intervention ne revêt aucune importance au regard de la matière en jeu ou serait de nature à retarder le processus d'adoption d'un texte législatif de manière gravement préjudiciable. Si le gouvernement propose au Riksdag d'adopter une loi dans une des matières particulières visées à l'article 18 (liberté de la presse, liberté d'expression, etc.) sans consultation préalable du conseil de législation, le gouvernement est cependant tenu en même temps d'informer le Riksdag des motifs de cette omission. L'absence de consultation du conseil de législation sur un projet de loi ne fait jamais obstacle à l'application de la loi.

L'examen du conseil de législation doit porter :
1. sur les incidences du texte (en chantier) sur les lois fondamentales et sur l'ordre juridique en général;
2. sur l'articulation des diverses dispositions du projet de loi entre elles ;
3. sur les rapports du projet de loi avec les impératifs de sécurité juridique ;
4. sur l'adéquation entre l'énoncé du projet de loi et les objectifs recherchés une fois qu'il sera adopté ;
5. sur les difficultés susceptibles de se poser dans le cadre de l'application de la loi.

La composition et le fonctionnement du conseil de législation font l'objet de dispositions législatives détaillées.
Comme on peut le voir, l'objectif principal du conseil de législation est d'examiner tout projet de texte législatif ou réglementaire, c'est-à-dire que son intervention porte essentiellement sur des questions de droit. À cet égard, il est certain que l'adhésion de la Suède à l'Union européenne apporter une nouvelle dimension au travail du conseil de législation tout en rendant sa tâche plus ardue, puisqu'il lui appartient de prendre en considération non seulement le droit suédois, mais aussi le droit communautaire. La transposition des directives communautaires en conformité avec la tradition légaliste du pays et avec ses lois fondamentales non seulement a constitué une surcharge de travail pour le conseil mais a aussi compliqué son travail. Cela tient essentiellement à l'application en Suède d'un système dualiste pour les conventions internationales (excepté pour les règlements communautaires). Les conventions internationales doivent en effet être d'abord *transformées* en lois nationales avant d'être applicables. Ce principe vaut pour les conventions telles que la CEDH (Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950) et pour l'interprétation qui en est donnée par la Cour européenne de Strasbourg.

À titre d'illustration, nous représenterons ici deux exemples d'avis émis par le conseil de législation. Un de ces avis concerne la transposition de deux directives européennes et l'autre un projet de loi ayant des incidences importantes sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

3. Projet de loi visant à la transposition de la directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice européen et visant à la transposition de la directive 2006/49/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit.

La première directive porte sur les travaux de coordination menés en matière d'établissements de crédit tant pour la protection de l'épargne que pour créer les conditions d'égalité à la concurrence entre ces établissements. L'objectif de l'autre directive consiste à imposer des critères en matière d'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit. Ces directives se caractérisent par leur

haute complexité et technicité ainsi que par une foison de détails, ce qui ne permet pas une transposition pure et simple sous forme de loi ordinaire. Face à ces difficultés, il avait été décidé de scinder la transposition en deux étapes. La première devait consister à l'élaboration d'une loi-cadre comportant les principes généraux et les modalités de base des directives, afin, de la sorte, de confier (déléguer) à des autorités compétentes les pouvoirs nécessaires pour préciser les dispositions ou réglementations destinées à l'application et à la mise en oeuvre intégrale des directives dans un second temps.

Le conseil de législation alors été chargé d'examiner le projet de loi-cadre. Sa première tâche a été de collationner la version linguistique suédoise par rapport aux autres versions linguistiques des directives. Les divergences relevées ont été rapportées au gouvernement, qui se devait de prendre les mesures nécessaires pour corriger la version suédoise.

Après cela, le conseil de législation s'est penché sur les contradictions et incompatibilités entre les textes proposés et les lois fondamentales de la Suède.

À cet égard, les directives prévoyaient, dans les cas similaires, la possibilité de transférer à une autorité compétente étrangère le pouvoir de surveillance sur une base consolidée d'un établissement de crédit suédois. Or, en vertu de l'article 5 du chapitre 10 et la Constitution suédoise, une tâche judiciaire ou administrative *ne peut* être transférée à un autre État, à une organisation ou à une institution ou collectivité internationale ou étrangère *que* par une décision du Riksdag. Le Riksdag peut également habiliter par une loi le gouvernement ou un autre pouvoir public a décidé dans certains cas d'un tel transfert. Si cette tâche implique l'exercice de l'*autorité publique (*ce que l'on appelle en France *les délégations de services publics*), la décision du Riksdag doit être approuvée par au moins les trois-quarts des votants. La décision du Riksdag au sujet d'un tel transfert peut également être adoptée selon la procédure prévue pour le vote d'une loi fondamentale.

La procédure d'amendement d'une loi fondamentale est en effet plus compliquée que celle prévue pour les autres lois. Ce *garde-fou* sert à la protection de la démocratie, puisqu'il est destiné à instaurer un délai de réflexion permettant aux responsables politiques et aux députés de percevoir les changements proposés dans toutes leurs conséquences.

Un amendement à une loi fondamentale n'est approuvé que si le Riksdag adopte une décision à teneur identique deux fois de suite, la seconde décision ne pourrait être prise qu'après des élections générales au Riksdag. Ce *marathon* législatif à obstacles a été instauré pour s'assurer que le Riksdag ne prend pas à la hâte des décisions limitant les libertés et les droits des citoyens.

Dans le cas des directives communautaires, le conseil de législation n'a formulé aucune objection concernant leur transposition en projet de loi, se contentant toutefois de relever que, dans certains cas, le projet de loi du gouvernement nécessitait dans son processus législatif l'adoption de décisions spécifiques, mais que celles-ci étaient considérées comme conformes à l'article 5 du chapitre 10 de la Constitution.

En outre, le conseil de législation a vérifié si tous les principes de base des directives se retrouvaient dans la loi-cadre, de manière à ce que ces délégations de compétences normatives ou réglementaires en faveur de plusieurs autorités compétentes soient bel et bien limitées aux domaines précis énoncés dans le dispositif constitutionnel et dans l'ordre constitutionnel suédois. D'après la Constitution suédoise, les dispositions régissant les relations entre les particuliers et les autorités publiques et qui ont trait aux obligations incombant aux particuliers, ou qui empiètent dans leur vie privée ou leur situation économique, doivent être énoncées par une loi (acte du parlement). Dans ces dispositions sont incluses notamment celles relatives aux infractions pénales et à leurs effets juridiques,

aux impôts perçus pour le complet état ainsi qu'aux mesures de réquisitions et autres mesures analogues.

Néanmoins, en dépit de ces différentes dispositions visant à protéger les particuliers, le gouvernement peut, après y avoir été habilité par une loi, légiférer par voie d'ordonnances sur des matières autres que les impôts si ces dispositions portent sur l'une l'autre des matières suivantes : protection de la vie, de la sécurité ou de la santé privée, importation ou exportation de marchandises, d'argent ou d'autres biens, fabrication, transport et communications, octroi de crédits, activités industrielles commerciales ou artisanales, rationnement, réutilisation et recyclage de matériaux, aménagement de bâtiments, d'installations et de zones d'habitation, l'obligation d'obtention des permis concernant les constructions de bâtiments et d'installations.

Si le Riksdag peut habiliter le gouvernement à *légiférer* par voie de réglementations dans certains domaines précis, il peut également l'autoriser, dans ces cas, à déléguer son pouvoir réglementaire en ce domaine à une autorité administrative ou à une collectivité territoriale ou locale.

Le conseil de législation a eu pour mission spécifique également de vérifier que les différentes habilitations données par la loi n'ont pas excédé les limites prévues par la Constitution. À titre d'illustration, on peut citer le cas de la directive 2006/48/CE qui énonce à son article 70 que, si certaines conditions sont remplies, les autorités compétentes peuvent autoriser au cas par cas les établissements de crédit mères à intégrer leurs filiales dans les calculs de leurs exigences de fonds propres. Dans le projet de loi-cadre suédois, le Riksdag a autorisé le gouvernement à adopter des dispositions clarifiant les conditions et modalités sous lesquelles une telle autorisation peut être donnée. Par ailleurs, le gouvernement a également été autorisé à déléguer à une autorité administrative le pouvoir qui lui avait été confié d'adopter des dispositions réglementaires en matière d'adéquation des fonds propres. Le conseil de législation a considéré que la délégation de pouvoir accordée dans ce cas précis ainsi que les autres délégations de pouvoir étaient conformes à la Constitution. Cependant, il convient de faire observer que lorsque le Riksdag habilite le gouvernement à légiférer sur une matière particulière, il est parfois difficile d'examiner les textes en préparation sous tous leurs aspects, du fait que le conseil de législation n'a que très rarement accès aux textes normatifs (réglementaires) alors adoptés par le gouvernement ou par une collectivité locale et qui trouvent leur légitimité dans la loi mais qui sont rarement déjà élaborés ou énoncés à ce stade du processus législatif. Par conséquent, le conseil de législation n'est pas toujours en mesure d'avoir une vue d'ensemble d'une loi, c'est-à-dire de la percevoir dans toutes ses conséquences et ramifications.

Quoi qu'il en soit, le conseil de législation peut toujours, lorsque les circonstances s'y prêtent, simplifier les textes et en corriger les fautes de grammaire et de syntaxe afin d'améliorer sur le plan logique la structure et l'articulation de la loi ou des dispositions législatives.

Finalement, dans le cas de directives, après avoir examiné les projets de loi sous ans tous les aspects qu'il est tenu d'examiner, le conseil de législation a estimé que dans l'ensemble le projet de loi soumis son examen pouvait être soumis au Riksdag, moyennant quelques modifications mineures.

4. Avis sur un projet de loi sur l'interdiction du port d'un masque dans certaines situations, plus exactement dans le cadre de manifestations organisées dans les lieux publics.

Ce sont les manifestations qui s'étaient déroulées à l'occasion du sommet européen de Göteborg en 2001 qui seraient à l'origine de la présentation de ce projet de loi gouvernemental. Pour l'essentiel, le texte proposé interdisait à toute personne participant à une manifestation sur la place publique aux présentes à l'occasion de cette manifestation de se cacher le visage dans l'intention d'empêcher son identification.

Le projet de loi prévoyait deux exceptions à cette interdiction, à savoir:
a) en premier lieu les cas où, du fait de la nature de la manifestation et d'autres circonstances, il serait considéré comme justifié de se cacher le visage;
b) et en second lieu les cas des personnes autorisées par les autorités compétentes à se cacher le visage en prenant part à une manifestation.

La question majeure qui se posait au conseil de législation sur ce projet de loi interdisant le port d'un masque était celle de sa compatibilité avec la constitution suédoise, qui garantit que tous les citoyens, dans le rapport avec réalisation publique, ont le droit de manifester, c'est-à-dire le droit d'organiser des manifestations dans les lieux publics ou d'y prendre part. Or, cette liberté fondamentale ne peut être restreinte, pour ne citer que les cas pertinents dans ce contexte, que pour des raisons de sauvegarde de la sûreté publique et du maintien de l'ordre au cours de la manifestation. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet de restrictions autres que celles qui constituent des mesures nécessaires pour atteindre un objectif admissible au sein d'une société démocratique et qui n'excèdent ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi par la manifestation ni qui constituent un danger pour la liberté d'expression, qui est un des piliers de la démocratie. Par ailleurs, l'exercice de ce droit ne peut faire l'objet de restrictions fondées uniquement sur des motifs politiques, religieux, culturels ou d'autres motifs similaires.

D'ailleurs la CEDH énonce des principes analogues dans son article 11 (paragraphes 1 et 2) sur la liberté de réunion et d'association.

Le conseil de législation a tiré pour première conclusion que la mesure proposée constituait une restriction à l'exercice du droit de manifester, tel que défini dans la constitution suédoise et dans la CEDH.

La question suivante soulevée par le conseil de législation était celle de savoir si cette restriction du port d'un masque dans les manifestations constituait une restriction autorisée aux libertés des citoyens. Le conseil de législation a estimé qu'on ne pourrait pas considérer, de façon générale, le port d'un masque dans le cadre des manifestations comme un élément mettant en danger la sécurité publique et l'ordre public. Il a rappelé qu'en l'espèce, il convenait de prendre en considération le fait que la participation d'une personne donnée à une manifestation peut revêtir une grande importance pour elle parce que cette participation constitue, pour la personne en question, une manière d'exprimer son opinion, sans pour autant être obligée de révéler son identité. Cela étant et à la lumière ces arguments, le conseil de législation a considéré que l'interdiction générale préconisée du port d'un masque dans le cadre de manifestations était contraire à la Constitution.
En outre, le conseil de législation, après s'être également penché sur la constitutionnalité des exceptions prévues dans le projet de loi, a estimé qu'une formulation aussi générale et peu pertinente d'exceptions ne cadrait pas avec les possibilités de restriction (à la liberté de réunion et d'association) autorisées par la Constitution.

En fin d'analyse, il a considéré le projet de loi comme étant non compatible avec la

Constitution du pays.

Il a également soulevé la question de savoir si, par cette interdiction du port d'un masque dans les manifestations, l'objectif poursuivi par le texte législatif pouvait être atteint à un degré de plénitude permettant de justifier les restrictions imposées. Après avoir pesé les arguments « pour » et « contre », il a estimé que ce n'était pas le cas et que, par conséquent, les restrictions ainsi imposées à l'exercice de la liberté de manifester allaient bien au-delà de ce qu'autorisait la Constitution du pays. En fin de compte, il convient d'ajouter que le conseil a estimé que le projet de loi est également incompatible avec les clauses applicables en la matière de la CEDH.

Le gouvernement a tenu compte de l'avis du conseil et a procédé à une réécriture de parties importantes du texte. Il a notamment:

- limité l'application du texte aux seules personnes prenant part à une manifestation (excluant par là les personnes présentes dans le cadre ou à l'occasion de la manifestation),

- limité l'interdiction du port d'un masque de manière à ce qu'elle ne s'applique que s'il y a des troubles de l'ordre de public ou des risques immédiats de trouble de l'ordre public,

- limité les exceptions tout en les clarifiant (par exemple l'interdiction du port d'un masque ne s'applique pas aux personnes qui, pour des motifs religieux se cachent le visage, ni à celles qui, munies d'une dérogation particulière, sont autorisées à se cacher le visage).

Le gouvernement a adressé la refonte du texte original au Riksdag, qui a ensuite sollicité l'avis du conseil de législation sur cette refonte.

Cette fois-ci, le conseil de législation (dans une autre composition) a déclaré que, compte tenu des modifications apportées, le texte était compatible avec la Constitution et avec la CEDH, s'empressant toutefois de relever relevé que certains doutes continuaient de subsister quant aux effets de cette interdiction de port de masque dans des situations de troubles ou de risques de troubles de l'ordre public dans le cadre de manifestations.

Le Riksdag a finalement adopté le projet de loi dans son nouveau libellé.

Contribution du Conseil législatif de Roumanie

1. Le Conseil Législatif de Roumanie
Extrait de la Loi sur la création, l'organisation et le fonctionnement du Conseil Législatif
Art. 2. – (1) Les attributions du Conseil Législatif sont les suivantes:
a) il analyse et donne des avis sur les projets de lois, les propositions de lois et les projets d'ordonnances et d'arrêtés a caractère normatif du Gouvernement, en vue de les soumettre à la procédure législative ou à la procédure d'adoption, selon le cas;
b) il analyse et donne des avis, sur la demande du président de la commission parlementaire saisie au fond, sur les amendements soumis au débat de la commission et sur les projets de lois ou les propositions de lois reçus par la commission après leur adoption par l'une des Chambres du Parlement;
c) il accomplit lui-même ou coordonne, à la suite d'une décision de la Chambre des Députés ou du Sénat, l'élaboration de projets de codes ou d'autres lois particulièrement complexes;
d) il élabore, à la suite d'une décision de la Chambre des Députés ou du Sénat ou de sa propre initiative, des études visant a systématiser, unifier et coordonner la législation et il fait, en se basant sur cela, des propositions au Parlement et, selon le cas, au Gouvernement;
e) il examine la conformité de la législation avec les dispositions et les principes de la Constitution et saisit les bureaux permanents des Chambres du Parlement et, selon le cas, le Gouvernement sur les cas d'inconstitutionnalité constatés; il présente, dans un délai de maximum 12 mois suivant sa création, des propositions visant a mettre d'accord la législation antérieure à la Constitution avec les dispositions et les principes de celle-ci;
f) il tient à jour officiellement la législation et il organise l'informatisation du système de l'enregistrement officiel de la législation…….

Art. 3. – (1) Les projets de lois et les propositions de lois sont soumis au débat du Parlement avec l'avis du Conseil Législatif.
(2) …….
(3) L'avis est consultatif et a comme objet:
a) la concordance de la réglementation proposée avec la Constitution, ainsi que la nature de la loi;
b) l'élimination des contradictions et des discordances entre les dispositions du projet de loi ou de la proposition de loi et la réalisation du caractère complet de ceux-ci, en respectant les règles de technique législative;
c) la présentation des implications de la nouvelle réglementation sur la législation en vigueur en identifiant les dispositions légales qui, ayant le même objet de réglementation, vont être abrogées, modifiées ou unifiées, et en évitant la réglementation des aspects identiques dans des actes normatifs différents…..

2. Introduction à la contribution
En conformité avec sa loi organique, le Conseil législatif donne trois types d'avis sur les projets ou les propositions d'actes normatifs: a) avis favorable, b) avis favorable avec des observations et propositions, c) avis négatif. *L'avis favorable sans observations et propositions* ne reçoit pas de motivation et par conséquent ne fait pas l'objet de notre présentation. En revanche, tant *l'avis négatif*, ainsi que *l'avis favorable avec des observations et propositions* sont motivés, de sorte qu'ils puissent offrir une argumentation solide des points de vue exprimés.

A la suite de l'analyse des projets d'actes normatifs soumis à l'avis il en a résulté le fait qu'une partie de ceux-ci n'étaient pas corrélés avec les dispositions et les principes constitutionnels. Ces projets ont reçus soit des avis négatifs, en portant préjudice à la réglementation, soit des avis favorables, mais il suit que les observations et les propositions visant des aspects d'inconstitutionnalité soient assimilées par les initiateurs, en étant assurée de cette manière, la concordance avec la loi fondamentale. Certaines des propositions législatives soumises à l'avis comportaient des règles qui n'étaient pas corrélées, parfois contradictoires, qui ne tenaient pas compte de l'ensemble de la réglementation ou des autres dispositions légales auxquelles elles faisaient renvoi.

En principal, la vérification de la conformité des projets d'actes normatifs avec les dispositions et les principes de la Constitution représente l'objectif primordial de l'activité du Conseil législatif. La majorité des avis ont été favorables de ce point de vue, de manière que les observations concernant l'inconstitutionnalité restent insignifiantes par rapport à l'ensemble des observations de fond et de forme.

Après l'entrée en vigueur, le 31 mars 2000, de la *Loi n° 24/2000 sur les règles de technique législative applicables à l'élaboration des actes normatifs*, malgré le fait qu'on avait constaté des améliorations, ont été enregistrés de nombreux cas de manquements aux règles imposées par la loi, en particulier en ce qui concerne la systématisation de la matière réglementée, la modalité d'élaborer les normes visant la modification ou le complètement et, en général, la précision des textes proposés.

Nous présentons en ce qui suit les deux types d'avis élaborés par le Conseil législatif: l'avis favorable avec des observations et propositions, ainsi que l'avis négatif.

En général, *les avis favorables avec des observations et propositions de fond ou de technique législative* rendus par le Conseil législatif ont eu comme but le perfectionnement des projets et ses recommandations ont été assimilées pour la plupart, par les initiateurs, à la rédaction finale du texte.

Le premier avis choisi par nous comme exemple concerne une proposition législative visant à modifier l'art.9 et l'art.11 de la Loi n° 112 du 25 novembre 1995. Nous mentionnons que la Loi n$^{o.}$112 du 25 novembre 1995 relative à la situation juridique de certains immeubles à usage d'habitation, passés dans la propriété de l'Etat instituait des mesures réparatrices pour les anciens propriétaires - personnes physiques - des immeubles à usage d'habitation, passés de manière abusive dans la propriété de l'Etat ou d'autres personnes morales, après la date de 6 mars 1945 et qui se trouvaient en possession de l'Etat ou d'autres personnes morales à la date de 22 décembre 1989. Les articles 9 - 11 prévoient que les appartements qui ne sont pas restitués en nature aux anciens propriétaires peuvent être achetés par les locataires, titulaires du contrat, à condition de n'être pas vendus pendant 10 ans depuis la date à laquelle ils ont été achetés.

Dans l'avis sur la proposition législative visant à modifier l'art. 9 et l'art. 11 on a indiqué que la motivation de cette proposition, à savoir que la disposition visant l'interdiction de vendre l'immeuble serait en contradiction avec les dispositions constitutionnelles concernant la

garantie et la protection de la propriété de manière égale, quel que soit le titulaire, ne peut pas être acceptée. L'avis indiquait que cette motivation est en contradiction avec les décisions de la Cour constitutionnelle saisie de la solution de certaines exceptions d'inconstitutionnalité concernant l'art.9, le dernier alinéa de la Loi n° 112/1995.

De cette manière, par la *Décision n° 169 du 2 novembre 1999* concernant le texte signalé, la Cour constitutionnelle a considéré que cette disposition n'enfreint pas les dispositions de l'art.41, al. (1), thèse I de la Constitution, en conformité avec lesquelles: "Le droit de propriété ainsi que les créances sur l'Etat sont garantis". La décision montre que: "En effet, les dispositions de la première thèse du texte constitutionnel mentionné ne peuvent pas être dissociées des dispositions suivantes de la deuxième thèse, en conformité avec lesquelles - le contenu et les limites du droit de propriété sont fixés par la loi. De ce fait, le Parlement, comme unique autorité législative du pays, a le droit de décider en ce qui concerne l'institution d'une pareille interdiction temporaire d'aliénation, interdiction qui était d'ailleurs connue par l'auteur qui a soulevé l'exception d'inconstitutionnalité encore dès que celui-ci a opté pour acquérir le droit de propriété sur le logement qu'il avait détenu jusqu'à ce moment, en qualité de locataire".

Par conséquent, l'exception d'inconstitutionnalité a été rejetée, en étant considérée comme non fondée. La même solution a été prononcée par la *Décision n° 238 du 21 novembre 2000* publiée au *"Monitorul Oficial"* n° 46 du 22 janvier 2001. Etant donné que les dispositions de l'art.41, al.(1) de la Constitution en vigueur à cette date correspondent aux dispositions de l'art.44, al.(1) de la Constitution republiée, il est évident que ces décisions gardent leur caractère valable encore à présent.
De toute manière, le Parlement peut apprécier de nouveau la solution actuelle, en reconsidérant celle-ci et en éliminant l'interdiction.
Il est à signaler qu'en ignorant les observations du Conseil législatif, la loi qui modifie la Loi n° 112/1995 a été approuvée. Cependant, le président de la Roumanie a refusé de la promulguer et a renvoyé la loi au Parlement, inscrite à présent sur l'ordre du jour afin d'être réexaminée.
Les avis négatifs sont motivés en général, par de graves déficiences dans le contenu et la forme des projets d'actes normatifs qui font qu'ils ne puissent être promus, sans la possibilité réelle d'améliorer les formes présentées. Les déficiences concernent surtout la non concordance avec les dispositions constitutionnelles et avec d'autres dispositions légales de niveau supérieur, le fait de ne pas promouvoir des solutions législatives nouvelles ou même des cas où les réglementations proposées à être modifiées ou complétées avaient été abrogées.
Par exemple, la proposition législative visant à modifier la Loi n° 3/2000 relative à l'organisation et le déroulement du référendum a reçu un avis négatif, l'avis précisant qu'il n'y a aucune contradiction entre les dispositions de l'art.12 et de l'art.13 de la Loi n° 3/2000, proposés à être modifiés. Justement, afin d'éviter de pareilles contradictions entre les deux textes des dispositions, le législateur a structuré la loi en plusieurs chapitres, en concentrant les dispositions générales et les dispositions communes concernant le référendum national et le référendum local en chapitres distincts. En plus, on a signalé que l'actuelle rédaction des deux textes reprend certains formulations expresses de la Constitution, justement afin d'éviter toute équivoque ou toute confusion. Or, la proposition législative visait pratiquement la modification implicite du texte repris de la Constitution en ce qui concerne l'organisation de l'administration publique locale, du territoire ainsi que le régime général visant l'autonomie locale.

En plus, ont été introduit des éléments d'insécurité juridique en utilisant des expressions vagues et générales, en étendant l'applicabilité du référendum local non seulement aux questions d'intérêt spécial des unités administratives territoriales mais également aux questions politiques particulières concernant les unités administratives territoriales. Or, en ce

qui concerne ces derniers aspects c’est seulement le Parlement, comme unique autorité législative du pays, qui peut décider par une loi organique.
Le Conseil législatif est une institution qui réalise une véritable analyse, en présentant de façon correcte et équitable des suggestions visant l’amélioration des projets d’actes normatifs et qui est en liaison avec le pouvoir législatif. Son influence dépend de la valeur de ses avis, de la réponse argumentée aux questions juridiques et de technique législative, mais également, de la considération accordée par les initiateurs, aux observations et aux propositions formulées, en se rapportant au caractère consultatif de l’avis.

3. Avis sur la proposition législative visant à modifier et à compléter l'art.9 et l'art.11 de la Loi n° 112 du 25 novembre 1995 relative à la situation juridique de certains immeubles à usage d'habitation, passés dans la propriété de l'Etat

En analysant la proposition législative visant à modifier et à compléter l'art. 9 et l'art. 11 de la Loi n° 112 du 25 novembre 1995 relative à la situation juridique de certains immeubles à usage d'habitation, passés dans la propriété de l'Etat, transmise par le secrétaire général du Sénat avec l'adresse n^{o} BP92 du 24.03.2005,

LE CONSEIL LEGISLATIF

En conformité avec l'art.2, al.1, lettre a) de la Loi n° 73/1993, republiée et avec l'art. 48(2) du Règlement sur l'organisation et le fonctionnement du Conseil législatif,

Donne un avis favorable sur la proposition législative, avec les observations et les propositions suivantes :

(…)

2. Nous précisons que la motivation proposée, à savoir que la disposition actuelle serait en contradiction avec les dispositions constitutionnelles visant la garantie et la protection de manière égale de la propriété, quel que soit le titulaire, ne peut pas être acceptée, en étant en contradiction avec les décisions de la Cour constitutionnelle saisie de la solution de certaines exceptions d'inconstitutionnalité des dispositions de l'art.9, le dernier alinéa de la Loi n° 112/1995.

De cette manière, par la Décision n° 169 du 2 novembre 1999 concernant l'article signalé, la Cour constitutionnelle, en procédant à l'examen sur le fond a considéré que cette disposition n'enfreint les dispositions de l'art.41, al. (1), première thèse de la Constitution en conformité avec lesquelles "Le droit de propriété ainsi que les créances sur l'Etat sont garantis". La décision montre que: "En effet, les dispositions de la première thèse du texte constitutionnel mentionné ne peuvent pas être dissociées des dispositions suivantes de la deuxième thèse en conformité avec lesquelles - le contenu et les limites du droit de propriété sont fixés par la loi. De ce fait, le Parlement, comme unique autorité législative du pays a le droit de décider en ce qui concerne l'institution d'une pareille interdiction temporaire d'aliénation, interdiction qui était d'ailleurs connue par l'auteur qui a soulevé l'exception d'inconstitutionnalité encore dès que celui-ci a opté pour acquérir le droit de propriété sur le logement qu'il avait détenu jusqu'à ce moment en qualité de locataire".

Par conséquent, l'exception d'inconstitutionnalité a été rejetée en étant considérée sans fondement.

La même solution a été prononcée également par la Décision n° 238 du 21 novembre 2000 publiée au *"Monitorul Oficial"* n° 46 du 22 janvier 2001 qui a précisé que tant les considérants que la solution garde leur caractère valable.

Vu que les dispositions de l'art.41, al. (1) de la Constitution en vigueur à cette date correspondent aux dispositions de l'art.44 al. (1) de la Constitution republiée, il est évident que ces décisions gardent leur caractère valable encore à présent.

De toute manière, le Parlement peut apprécier de nouveau la solution actuelle en la reconsidérant et en éliminant l'interdiction. (…)

4. Avis sur la proposition législative visant à modifier la Loi n° 3 du 22 février 2000 relative à l'organisation et le déroulement du référendum

En analysant la proposition législative visant à modifier la Loi n°3 du 22 février 2000 relative à l'organisation et le déroulement du référendum, transmise par le secrétaire général du Sénat, par l'adresse n^{o} BP 492 du 6.10.2004,

LE CONSEIL LÉGISLATIF

En conformité avec l'art.2, al.1, lettre a) de la Loi n° 73/1993 et avec l'art.48 (3) du Règlement sur l'organisation et le fonctionnement du Conseil législatif,
Donne un avis négatif sur la proposition législative, dans le sens des considérations suivantes:
(…)
2. Quoique l'exposé des motifs fait la mention „qu'il y a une apparente contradiction entre le texte de l'art.12 et celui de l'art.13", nous mentionnons qu'il n'y a aucune contradiction entre les textes de la Loi n° 3/2000, proposés à être modifiés par le présent projet.
En effet, justement afin d'éviter les contradictions entre ces deux textes, le législateur a structuré la loi en plusieurs chapitres, en concentrant les dispositions générales et les dispositions communes concernant le référendum national et le référendum local dans le *Chapitre I* et le *Chapitre IV.*
De même, pendant que les dispositions concernant le référendum national ont été regroupées dans le *Chapitre II* qui comporte également la disposition de l'art.12 al. (1) lettre B, b), les dispositions concernant le référendum local se retrouvent dans un chapitre distinct de la loi, le *Chapitre III* - où se retrouve également la disposition de l'art.13, al.(1).
Par la suite, l'art.12 qui réglemente des *questions d'intérêt national* se retrouve dans le chapitre concernant *le référendum national* et l'art.13 qui concerne *des questions d'intérêt spécial des unités administratives territoriales et les sous divisions administratives territoriales des municipes* se retrouve dans le chapitre concernant le *référendum local.*
3. En plus, nous signalons que l'actuelle rédaction des deux textes reprend certaines formulations expresses de la Constitution, justement afin d'éviter l'équivoque or toute confusion.
Ainsi, l'art.12, al. (1) lettre B, b) utilise voire même l'expression de l'art.73, al. (3), lettre o) de la Constitution republiée qui concerne "l'organisation de l'administration publique locale, du territoire, ainsi que le régime général relatif à l'autonomie locale", formulation qui ne peut par être modifiée, de façon implicite, par de normes ayant une force juridique inférieure, ainsi qu'il est proposé.
D'autre part, du fait de leur importance, ces questions sont inclues et réglementées par la Loi n° 3/2000 parmi les questions d'intérêt national contenues par l'énumération de l'al. (1) de l'art.12, en assurant de cette manière la concordance avec la norme de niveau constitutionnel.
Or, la proposition législative vise pratiquement la modification implicite du texte qui a été repris de la Constitution, en ce qui concerne l'organisation de l'administration publique locale du territoire, ainsi que le régime général relatif à l'autonomie locale.
4. En ce qui concerne l'art.13, al. (1) de la même loi, le texte est clair, sans qu'il s'agisse d'une éventuelle contradiction avec le texte de l'art.12, ainsi qu'il est apprécié par les initiateurs de la proposition législative, car les deux textes réglementent des questions distinctes.
Dans l'actuelle rédaction du texte on prévoit que „Les questions d'intérêt spécial des unités administratives territoriales et les sous divisions administratives territoriales des municipes, peuvent être soumises dans les conditions de la présente loi, à l'approbation des citoyens par un référendum local".

Par la proposition législative on a en vue, d'une part, l'extension des questions qui peuvent être soumises au référendum local et d'autre part, l'élimination du texte de l'expression „dans les conditions de la présente loi".
Nous mentionnons que la proposition concernant ce texte non seulement n'a aucune contribution au texte clair et cohérent de l'art.13 al.(1) mais introduit des éléments d'insécurité juridique par des expressions vagues et générales („questions qui visent"), en étendant l'applicabilité du référendum local non seulement aux questions d'intérêt spécial des unités administratives territoriales et des sous divisions administratives et territoriales des municipes, mais également aux questions politiques spéciales concernant les unités administratives territoriales et les sous divisions administratives territoriales des municipes. Or, ces derniers aspects ne peuvent pas être décidés que par le Parlement comme unique autorité législative du pays, par une loi organique.
Nous avons en vue les mêmes inconvénients majeurs en ce qui concerne l'élimination de l'expression concernant „les conditions prévues par la loi", pour le déroulement du référendum local, car ce procès ne peut pas se dérouler dans les conditions et le but établis par les autorités locales, c'est à dire hors de la loi en domaine, mais seulement en respectant les conditions prévues par la Loi n° 3/2000. (…)

Liste des participants pour la réunion des membres de l'Association des Conseils d'État et des Juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne chargés d'une fonction consultative en matière de législation le vendredi le 8 décembre 2006.

01	Marnix VAN DAMME	Belgique	Président de chambre
02	Jeroen VAN NIEUWENHOVE	Belgique	Auditeur
03	Alberto DE ROBERTO	Italie	Président
04	Mario Egidio SCHINAIA	Italie	Vice-Président
05	Jean-Marc SAUVÉ	France	Vice-Président
06	Jean-Michel BELORGEY	France	Président de la section
07	Konstantinos MENOUDAKOS	Grèce	Vice-Président
08	Pierre MORES	Luxembourg	Président
09	Paul SCHMIT	Luxembourg	Conseiller d'État
10	Herman TJEENK WILLINK	Pays-Bas	Vice-Président
11	Jan Maarten BOLL	Pays-Bas	Conseiller d'État
12	Willem KONIJNENBELT	Pays-Bas	Conseiller d'État
13	Jan Kees WIEBENGA	Pays-Bas	Conseiller d'État
14	Sylvia WORTMANN	Pays-Bas	Conseiller d'État
15	Kamiel MORTELMANS	Pays-Bas	Conseiller d'État
16	Rintse VAN DER BRUG	Pays-Bas	Secrétaire général
17	Albert HEIJMANS	Pays-Bas	Conseiller juridique auprès du Conseil d'État
18	Lars WENNERSTRÖM	Suède	Juge
19	Bengt Ake NILSSON	Suède	Juge
20	Dragos ILIESCU	Roumanie	Président
21	Sorin POPESCU	Roumanie	Président de Section
22	Yves KREINS	Association	Secrétaire général
23	Hanneke LUIJENDIJK	Pays Bas	Juriste