



CONSEIL D'ETAT

DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Rapport annuel 2009-2010

Table des matières

Avant-propos	5
--------------------	---

PARTIE I

I. Les activités du Conseil d'Etat durant l'exercice 2009-2010	9
II. La composition du Conseil d'Etat	13
III. Le secrétariat du Conseil d'Etat	17
IV. Les commissions permanentes	18
V. Les commissions spéciales	21

PARTIE II

I. Analyse juridique des avis du Conseil d'Etat	29
II. Relevé chronologique des oppositions formelles	79

PARTIE III

Mises à jour du « Commentaire de la Constitution »	139
--	-----

PARTIE IV

Monographie: « Le Guide du Conseiller d'Etat »	233
--	-----

PARTIE V

L'Amicale du Conseil d'Etat	279
-----------------------------------	-----

ANNEXES

La législation sur le Conseil d'Etat	285
--	-----

Avant-Propos

En optant pour une nouvelle présentation de son rapport annuel pour la période 2009 / 2010 sous une forme plus consistante, le Conseil d'Etat tient compte de la nécessité de mieux informer sur son activité. Il se propose ainsi de rendre compte des principes qui orientent ses interventions dans le cadre des procédures législative et réglementaire conformément à la Constitution et à sa loi organique.

En concourant à l'élaboration de la loi, le Conseil d'Etat est respectueux en tout état de cause de la place de la Chambre des députés comme représentation élue de la Nation. *A priori*, le rôle du Conseil d'Etat est essentiellement consultatif. Toutefois, la primauté du droit international et du droit communautaire, l'acceptation de principes généraux du droit ainsi que le contrôle de la constitutionnalité des lois s'imposent au législateur et limitent le pouvoir législatif. Le Conseil d'Etat voit sa mission avant tout comme devoir d'aider la Chambre des députés à éviter les écueils juridiques présents dans nombre de projets de loi, et à assurer la qualité du contenu et de la forme des textes légaux afin de garantir la sécurité juridique et la prévisibilité de la règle.

A la suite de la présentation de l'activité et de la composition du Conseil d'Etat, la deuxième partie du présent rapport analyse la contribution du Conseil d'Etat à l'élaboration des normes juridiques au regard des critères qui lui sont imposés par sa loi organique. Cette partie est complétée par le relevé reprenant les différentes oppositions formelles émises.

Toujours est-il que le Conseil d'Etat voit son activité dictée par les projets et propositions dont il est saisi, de sorte que les avis fournis au cours d'une année ne permettent pas une approche méthodique d'ensemble. La quatrième partie reprenant le mémoire de fin de stage d'une collaboratrice du secrétariat expose de façon plus systématique les critères appliqués lors de l'élaboration des avis.

Finalement, il est profité de la troisième partie pour regrouper les mises à jour du « Commentaire de la Constitution article par article » publié dans le cadre de l'ouvrage « Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et libertés fondamentaux », préparé par un groupe de conseillers d'Etat honoraires et actifs et édité par le Conseil d'Etat en 2006 à l'occasion de son 150^e anniversaire.

Au terme d'une année législative riche en activités, il me tient à cœur de remercier tous mes collègues, vice-présidents, présidents de commission et conseillers d'Etat, le secrétaire général et tous les membres du Secrétariat, qui ont prêté une collaboration sans faille à l'activité du Conseil. J'inclus dans mes remerciements le Président Alain Meyer et le Vice-président Nico Edon, qui en fin de mandat ont quitté le Conseil non sans y laisser leur empreinte.

Luxembourg, octobre 2010

Georges Schroeder
Président du Conseil d'Etat

PARTIE I

I. Les activités du Conseil d'Etat durant l'exercice 2009-2010

II. La composition du Conseil d'Etat

III. Le secrétariat du Conseil d'Etat

IV. Les commissions permanentes

V. Les commissions spéciales

I. Les activités du Conseil d'Etat pour la période du 1^{er} août 2009 au 31 juillet 2010

(Entre parenthèses les chiffres correspondants de la période 2008-2009)

Le Conseil d'Etat s'est réuni 21 (21) fois en séance plénière,
12 (12) fois en séance publique,

les commissions de travail ont siégé 249 (281) fois.

Le Conseil d'Etat a été saisi de:

0 (5) projets et propositions de révision
de la Constitution
73 (117) projets de loi
0 (8) propositions de loi
145 (134) projets de règlement grand-ducal
6 (12) projets d'arrêté grand-ducal

soit au total: 224 (276) nouveaux dossiers.

Le Conseil d'Etat a émis les avis suivants:

1 (1) avis sur des projets et propositions de révision
de la Constitution
95 (120) avis sur des projets de loi
4 (3) avis sur des propositions de loi
138 (137) avis sur des projets de règlement grand-ducal
21 (2) avis sur des projets d'arrêté grand-ducal
0 (0) avis complémentaire sur des projets
et propositions de révision
42 (76) avis complémentaires sur des projets de loi
1 (4) avis complémentaires sur des propositions de loi
7 (3) avis complémentaires sur des projets
de règlement grand-ducal

soit au total: 309 (346) avis en matière législative et réglementaire.

A cela s'ajoutent: 140 (97) avis sur des questions diverses
 dont 119 (90) sur des changements de nom ou de prénom
 15 (3) sur des déclarations d'utilité publique d'a.s.b.l.
 6 (4) sur des questions internes.

Le Conseil d'Etat a dispensé du second vote constitutionnel:

93 (126) projets ou propositions de loi

Il a refusé la dispense du second vote constitutionnel à 1 (3) projet(s) ou proposition(s) de loi, à savoir:

48.173 Projet de loi portant réorganisation de la Chambre de Commerce (doc. parl. n° 5939).

La commission du Conseil d'Etat, instituée en vertu de l'article 6, paragraphe 11, de la loi du 29 juin 1989 sur le régime des cabarets, a émis 42 (36) avis sur des demandes en obtention d'un débit hors nombre de plein exercice.

Il résulte d'un relevé dressé à la date du 13 août 2010 que le Conseil d'Etat a émis son avis sur 70 (137) projets ou propositions qui attendent d'être adoptés ou rejetés par la Chambre des députés voire d'être retirés de son rôle, concernant 53 (53) projets de loi, 16 (69) propositions de loi, 1 (10) projets et 0 (5) propositions de révision de la Constitution.

Au 31 juillet 2010, le Conseil d'Etat se trouve saisi de 18 (13) projets de loi ou de règlement grand-ducal visant à transposer en droit national 30 (16) directives européennes. Le délai de transposition de 5 (4) directives sur les 30 (16) en cause était déjà échu au moment de la saisine du Conseil d'Etat.

Entre le 22 septembre 2009 et le 16 juillet 2010, le Conseil d'Etat a émis 96 (124) « oppositions formelles », dont 30 (79) basées sur la Constitution, 19 (13) motivées par des conventions ou traités internationaux et 47 (32) fondées sur les principes généraux du droit.

*

Les avis du Conseil d'Etat au sujet des projets de loi, de propositions de loi ou de projets de règlement grand-ducal ainsi que des amendements à ceux-ci sont publiés le jour même de leur adoption sur le site Internet du Conseil d'Etat, à l'adresse www.conseil-etat.public.lu, ou dans les documents parlementaires, qui sont publiés sur le site Internet de la Chambre des députés www.chd.lu à partir de 1945.

*

Pour mieux faire connaître les attributions et le fonctionnement de l'Institution du grand public, le Conseil d'Etat a reçu pendant l'exercice 2009-2010 13 groupes de visiteurs dans ses locaux.

Le Conseil d'Etat a encore participé à la journée « Porte ouverte des institutions luxembourgeoises », qui a eu lieu le 21 novembre 2009 et qui attirait quelque 500 visiteurs.

A ces occasions, des conseillers d'Etat ont présenté le fonctionnement interne de l'Institution, en répondant aux questions posées.

Le Conseil d'Etat a reçu en visite de courtoisie sept ambassadeurs et deux délégations, à savoir:

Visites de courtoisie

- 02/12/09 Visite de courtoisie S. Exc. Monsieur Hubertus von MORR (Ambassadeur de la R.F. d'Allemagne)
- 08/12/09 Visite de courtoisie S. Exc. Monsieur Edouard Wilhelmus Vincent Maria HOEKS (Ambassadeur du Royaume des Pays-Bas)
- 06/01/10 Visite de courtoisie S. Exc. Monsieur Alexander SCHULGIN (Ambassadeur de la Fédération de Russie)
- 07/01/10 Visite de courtoisie S. Exc. Monsieur Miguel Benzo PEREA (Ambassadeur du Royaume d'Espagne)
- 27/01/10 Visite de courtoisie S. Exc. Monsieur Philippe GUEX (Ambassadeur de Suisse)
- 21/04/10 Visite de courtoisie S. Exc. Madame Marja LEHTO (Ambassadeur de Finlande)
- 07/07/10 Visite de courtoisie S. Exc. Monsieur Celalettin KART (Ambassadeur de Turquie)

Visites de délégations

- 08/06/10 Visite de travail d'une délégation parlementaire de la République du Turkménistan
- 11/06/10 Visite officielle de son Exc. Madame Meira KUMAR, Speaker de la Lok Sabha, accompagnée d'une délégation officielle du Parlement de la République de l'Inde.

*

Sur le plan international, le Conseil d'Etat a présidé, conjointement avec la Cour administrative, la réunion du conseil d'administration, l'assemblée générale et le colloque de l'Association des Conseils d'Etat et des Juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne, qui se sont tenues à Luxembourg, les 7 et 8 juin 2010. L'Association des Conseils d'Etat et des Juridictions suprêmes de l'Union européenne, créée à Vienne en mai 2000, a pour but de favoriser les échanges d'idées et d'expériences sur les questions relatives à la jurisprudence, à l'organisation et au fonctionnement de ses membres dans l'exercice de leurs fonctions, qu'elles soient juridictionnelles ou consultatives, particulièrement au regard du droit communautaire.

Le Conseil d'Etat participait encore en tant que membre observateur à la réunion extraordinaire de l'Association des Sénats d'Europe, qui se déroulait du 22 au 24 octobre 2009 à Gdansk pour fêter le vingtième anniversaire des premières élections libres en Pologne, et dont le thème était: « La démocratie en Europe vingt ans après les premières élections libres à l'est du mur de Berlin - l'Europe dans le monde global vingt ans après la fin de la guerre froide ». Dans cette même qualité, il prenait encore part à la XIIe réunion de l'Association des Sénats d'Europe, qui se tenait à Rome du 15 au 17 avril 2010, et qui était placée sous les thèmes « L'essor de la diplomatie parlementaire au XXIe siècle. Le rôle des Sénats » et « Le rôle des Sénats entre les collectivités locales et l'Union européenne ».

Les 8 et 9 octobre 2009, une délégation du Conseil d'Etat a effectué une visite de travail auprès du Conseil d'Etat et du Sénat de la République française.

II. La composition du Conseil d'Etat

Membres ayant quitté le Conseil d'Etat durant l'exercice

Alain Meyer

Né en 1949; Titulaire d'une maîtrise de lettres modernes de la Faculté des Lettres et sciences humaines de Strasbourg; Professeur de français à l'Athénée de Luxembourg et à la Miami University (Ohio); Membre de la Commission nationale d'éthique depuis sa création jusqu'en 2002; Conseiller communal de la ville de Luxembourg de 1995 à 2000; Nommé Conseiller d'Etat le 15 novembre 1991; Nommé Vice-président du Conseil d'Etat, le 18 décembre 2006; Président du Conseil d'Etat du 1^{er} octobre 2007 au 15 novembre 2009.

Nico Edon

Né en 1954; Maître en droit; Premier conseiller à la Cour d'appel; Nommé Conseiller d'Etat, le 2 octobre 1992; Nommé Vice-Président du Conseil d'Etat, le 13 mai 2009; Démissionné sur sa demande le 1^{er} novembre 2009.

Membres actuels du Conseil d'Etat

Georges Schroeder

Né en 1947; Licence en droit; Moniteur chargé de travaux dirigés au Centre de droit public interne à l'Université des sciences juridiques, politiques et sociales de Strasbourg; Avocat stagiaire; Fonctionnaire (1975), puis Directeur de l'Ins-

pection générale de la sécurité sociale (1982-); Conseiller communal (1976-1993) et Echevin de la Commune de Bettembourg (1979-1987); Membre du conseil d'administration (1989-) et Président (2007-) du Centre d'études de populations, de pauvreté et de politiques socio-économiques (CEPS/INSTEAD); Nommé Conseiller d'Etat, le 6 juin 1994; Membre du Comité du Contentieux (1994-1996); Président du Conseil d'Etat (depuis le 17 novembre 2009).

Claude A. Hemmer

Né en 1951; Diplômé en économie et sciences sociales de l'Université d'Innsbruck; Attaché au ministère de la Santé en 1977; Chef de cabinet (1980-1984) aux ministères de la Santé, ministère de la Force publique et ministère des Sports; Commissaire de Gouvernement aux Hôpitaux (1995-2005); Premier Conseiller de Gouvernement depuis 2000; Conseiller communal (1994-2008); Nommé Conseiller d'Etat, le 25 novembre 1993; Vice-Président du Conseil d'Etat depuis le 21 novembre 2007.

Viviane Ecker

Née en 1952; Docteur en droit; Conseillère de direction première classe au ministère des Affaires étrangères, Direction de l'immigration; Nommée Conseillère d'Etat, le 29 mars 2001; nommée Vice-Présidente du Conseil d'Etat, le 18 novembre 2009.

Son Altesse Royale le Prince Guillaume

Né en 1981; Formation d'officier à l'Académie Royale Militaire de Sandhurst en Grande-Bretagne; Formation en politique internationale en Angleterre et en Suisse; Licencié en lettres et sciences politiques, spécialité sciences politiques; Officier de l'Armée luxembourgeoise depuis 2002, le Prince porte le grade de Major; Le 18 décembre 2000, il est nommé officiellement Grand-Duc Héritier; Depuis le début 2001, il assume la présidence d'honneur du « Board of Economic Development »; Ses missions dans ce cadre l'ont conduit notamment en Corée du Sud, en Italie, en Russie, au Canada, aux Etats-Unis d'Amérique et en Slovaquie; Depuis le 24 juin 2005, il est membre du Conseil d'Etat; Il assure le Haut Patronage à la Fédération du Sport cycliste luxembourgeois, à la Centrale des Auberges de Jeunesse et à l'Orchestre d'Harmonie des Jeunes de l'Union Européenne; Il est Président du conseil d'administration de la Fondation Kräizbierg.

Victor Gillen

Né en 1946; Licencié en droit par la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Nancy; Avocat à la Cour au Barreau de Luxembourg depuis 1972.

Georges Pierret

Né en 1954; Maître en droit; Avocat à la Cour; Nommé Conseiller d'Etat, le 14 janvier 2000.

Agnès Rausch

Née en 1954; Infirmière sociale diplômée de l'Université libre de Bruxelles; Diplômée de l'Institut de médecine tropicale

d'Anvers; Coopérante à Kisangani/RDC (1982-1986); Direction du service-réfugiés de Caritas-Luxembourg (1991-2005); Responsable du Lieu d'Initiatives et de Services des Etudiants au Luxembourg asbl (LISEL); Membre de la Communauté Vie Chrétienne (CVX); Nommée Conseillère d'Etat, le 11 février 2000.

Kik Schneider

Né en 1953; Professeur de philosophie et de mathématiques (1976-1990); Secrétaire général de la Banque Générale du Luxembourg (1990-1998); Directeur du Marketing et de la Coordination Commerciale (1998-2006); Directeur de la banque Retail (2006-2010); Directeur de la banque de détail et des entreprises; Membre du Comité de direction depuis mars 2010; Président du Conseil d'administration de la Fondation Alphonse Weicker; Nommé Conseiller d'Etat, le 8 avril 2000.

Paul Schmit

Né en 1953, il a après ses études de droit à l'Université de Strasbourg et son stage judiciaire, rejoint l'Administration gouvernementale; affecté au Ministère des Transports, il a été en charge de la Circulation routière, des Chemins de fer, de l'Aviation civile et des Affaires européennes; de 1999 à 2004, il a été Secrétaire général dudit ministère; il est président des conseils d'administration de la Société Nationale de Contrôle Technique et de la Société Nationale de Certification et d'Homologation; depuis 2005, il est chargé de cours à l'Ecole de Police, à l'Institut national d'administration publique, au ministère de l'Education nationale et de la Formation professionnelle et au ministère de la Fonction publique et de la Réfor-

me administrative; il a été nommé Conseiller d'Etat, le 9 juin 2000.

En 2005-2006, il a coordonné les travaux d'un groupe de réflexion dont l'analyse de la Constitution a été publiée dans l'ouvrage « Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des droits et libertés fondamentaux », édité à l'occasion du 150^e anniversaire de l'institution. En 2009, il a publié, en collaboration avec Emmanuel Servais, un Précis de droit constitutionnel sur la Constitution luxembourgeoise.

Françoise Thoma

Née en 1969; Diplômée des Universités de Paris I et II (Doctorat en Droit, Maîtrise en sciences politiques) et Harvard (LL.M.), a été Avocat au barreau de Luxembourg (1994-1998), Référendaire à la CJCE (1998-1999), pour rejoindre la Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat, Luxembourg, en 1999, où elle est depuis 2009 Directeur et Membre du Comité de direction, après avoir été Conseiller juridique et Secrétaire Général. Elle a été nommée Conseillère d'Etat, le 27 octobre 2000. Elle est également Assistant-professeur à l'Université du Luxembourg.

Albert Hansen

Né en 1941; Avocat (1967-1969); Juriste au Ministère d'Etat (1969-1998); Secrétaire général du Conseil de Gouvernement (1978-1998); Chef de Cabinet du Grand-Duc (1998-2002); Secrétaire du Grand-Duc (1999-2002); Nommé Conseiller d'Etat, le 23 février 2001.

Albert Rodesch

Né en 1952; Maître en droit; Avocat à la Cour; Nommé Conseiller d'Etat, le 13 février 2003.

Ady Jung

Né en 1938; Cours universitaires en sciences politiques et marketing; Commerçant-Représentant général jusqu'en 1982; Ancien Président de la Caisse de Pension des Artisans, des Commerçants et Industriels et de la Caisse de Maladie des Professions Indépendantes; Fondateur et Président d'Honneur de la Confédération du Commerce Luxembourgeois; Premier Echevin de la Ville d'Esch-sur-Alzette de 1994 à 2000; Membre de la Chambre des Députés de 1989 à 2003; Président d'Honneur du Parlement Benelux; Nommé Conseiller d'Etat, le 28 mai 2003.

Romain Nati

Né en 1959; Docteur en médecine de l'Université Paris VI Pierre et Marie Curie; Diplômé en médecine générale, médecine interne, pneumologie et médecine de l'environnement; Ancien assistant des hôpitaux universitaires de Bonn; Maître de stage en pneumologie auprès de la Landesärztekammer Rheinland-Pfalz; Pneumologue au Centre Hospitalier de Luxembourg depuis 1995; Directeur médical du Centre Hospitalier de Luxembourg depuis 2008; Nommé Conseiller d'Etat, le 15 octobre 2004.

René Kollwelter

Né en 1949; Etudes universitaires à Aix-en-Provence et à Paris en lettres modernes et en sciences politiques; Professeur de l'enseignement secondaire à Luxembourg dans les années 1970, puis Conseiller communal de la ville de Luxembourg et Député dans les années 1984-1999, il était également membre de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe; en 1999, il quitte la politique

volontairement pour intégrer l'Ecole de la deuxième chance de Marseille; il y remplira notamment la fonction de directeur Europe et sera chargé de cours à l'Université d'Avignon; en 2004, il revient sur Luxembourg où il est nommé Conseiller d'Etat, le 29 avril 2005; ancien footballeur international et professionnel en France dans les années 1970, il est l'auteur notamment de l'ouvrage « Umweltatlas für Luxemburg » (avec Dulli Frühauf) en 1987 et puis en 2009 de l'ouvrage « L'Europe que nous voulons ». Aujourd'hui, il est de nouveau Conseiller communal.

Agny Durdu

Née en 1964; Licenciée en droit; D.E.A. en droit communautaire; Avocat à la Cour; Nommée Conseillère d'Etat, le 7 avril 2006.

Georges Wivenes

Né en 1954; Maîtrise en droit; DEA de droit européen; Diplôme d'études supérieures européennes de l'Université de Nancy II; Avocat stagiaire, Certificat de fin de stage judiciaire, Substitut, Juge d'instruction (1982); Conseiller à la cour d'appel; Avocat général (1997); Premier avocat général (2001); Procureur général d'Etat adjoint (2010); Membre du parquet de la Cour Benelux; Chargé d'enseignement à l'Université du Luxembourg; Nommé Conseiller d'Etat, le 1^{er} août 2006.

Marc Schaefer

Né en 1963; Etudes supérieures en tourisme; Enseignant au Lycée technique hôtelier de Diekirch; Ancien bourgmestre de la ville de Vianden (2000-2004); Membre du Comité des Régions de l'Union

européenne depuis 2007; Coordinateur politique de la commission Education, Jeunesse et Culture; Nommé Conseiller d'Etat, le 18 décembre 2006.

Roger Molitor

Né en 1953; Licencié en administration des affaires, Université de Liège (1976); Expert comptable et fiscal (depuis 1982); Auteur de plusieurs publications sur le droit fiscal luxembourgeois et international; Collaborateur et ensuite associé auprès d'un cabinet de conseil international (1982-2008); Nommé Conseiller d'Etat, le 15 février 2008.

Patrick Santer

Né en 1970; Maître en droit de l'Université de Strasbourg; Diplômé d'études supérieures spécialisées (juriste européen) de l'Université de Tours; Avocat à la Cour; Député (1999-2009), Président de la commission juridique de la Chambre des députés (2004-2009); Nommé Conseiller d'Etat, le 27 avril 2009.

Erna Hennicot-Schoepges

Née en 1941; Professeur de piano; Ancien bourgmestre de la commune de Walferdange; Présidente d'honneur de la Chambre des députés; Ancien ministre de la Culture, de l'Education supérieure et de la Recherche, ancien ministre des Travaux publics, ancien ministre de l'Education nationale et des Cultes; Ancien membre du Parlement européen; Nommée Conseillère d'Etat, le 10 novembre 2009.

Lydie Lorang

Née en 1954; Avocat à la Cour; Nommée Conseillère d'Etat, le 1^{er} février 2010.

III. Le Secrétariat du Conseil d'Etat (exercice 2009-2010)

BESCH Marc

Secrétaire général du Conseil d'Etat

MARCHI Yves

Attaché premier en rang

ALEX Françoise

Attachée

SERVAIS Emmanuel

Inspecteur principal premier en rang

KNEBEL Danielle

Inspecteur principal

SIMON Kevin

Employé-secrétaire de direction

GONIVA Lis

Employée-secrétaire

BENASSUTTI-SBARRA Fabienne

Employée-secrétaire

BRUNSFELD Guy (†)

Premier Huissier dirigeant

WAGNER Gérard

Employé

IV. Les commissions permanentes du Conseil d'Etat (octobre 2010)

Commission « Institutions et Administration publique » (IAP)

Compétente pour les affaires relevant du ministère d'Etat à l'exception des communications et médias, du ministère des Affaires étrangères à l'exception de l'immigration et droit d'asile, du ministère de la Fonction publique et de la Réforme administrative à l'exception des régimes de pension spéciaux, et du ministère de l'Intérieur à l'exception de l'aménagement communal et du développement durable ainsi que de la gestion de l'eau et de la sécurité publique, ses attributions portent notamment sur la Constitution, les élections, les traités internationaux, l'Union européenne, la coopération, les opérations pour le maintien de la paix, la défense, la fonction publique, les administrations et services publics, les affaires communales et les cultes.

Président: M. Schroeder

Membres: MM. Hemmer, Schmit, Hansen, Kollwelter, Schaefer, Mme Lorang

Secrétaire de commission: M. Marchi

Réunion régulière: *mercredi matin*

Commission « Développement durable et Infrastructures » (DDI)

Compétente pour les affaires relevant du ministère du Développement durable et des Infrastructures et du ministère du Logement, elle a notamment dans ses attributions l'aménagement du territoire et l'urbanisme, l'énergie, le développement durable et l'environnement, le logement, les travaux publics, les expropriations, les transports, les établissements dangereux et insalubres, l'eau, la nature et les forêts.

Président: M. Hemmer

Membres: Mme Rausch, MM. Schmit, Nati, Mme Durdu, M. Wivenes, Mme Hennicot-Schoepges

Secrétaire de commission: M. Marchi

Réunion régulière: *mardi matin*

Commission « Affaires sociales » (SOC)

Compétente pour les affaires relevant du ministère de l'Egalité des chances, du ministère de la Famille et de l'Intégration, du ministère de la Santé, du ministère de la Sécurité sociale et du ministère du Travail et de l'Emploi, elle a dans ses attributions le travail et

l'emploi, la sécurité sociale, les régimes spéciaux et complémentaires de pension, la santé, la famille, l'intégration sociale, l'égalité des chances, la santé et la sécurité au travail.

Présidente: Mme Ecker

Membres: MM. Schroeder, Pierret, Rodesch, Jung, Nati, Mme Lorang

Secrétaire de commission: M. Marchi

Réunion régulière: *jeudi après-midi*

Commission « Economie et Finances » (ECOFIN)

Compétente pour les affaires relevant du ministère de l'Agriculture (à l'exception des services Sanitel et médecine vétérinaire, du développement rural - Programme LEADER), du ministère des Classes moyennes et du Tourisme, du ministère de l'Economie et du Commerce extérieur et du ministère des Finances, ses attributions portent notamment sur le budget et la comptabilité de l'Etat, les marchés publics, la fiscalité, les finances communales, le domaine de l'Etat, le secteur financier, l'économie, les classes moyennes, le tourisme, l'agriculture et la viticulture (volet économique), la libéralisation des marchés, la concurrence, la consommation et la répression des fraudes, les statistiques et études économiques, la propriété industrielle, l'économie numérique.

Président: M. Gillen

Membres: M. Schneider, Mme Thoma, MM. Jung, Schaefer, Molitor, Santer

Secrétaire de commission: Mme Alex

Réunion régulière: *lundi après-midi*

Commission juridique (JUR)

Compétente principalement pour les affaires relevant du ministère de la Justice, ses attributions portent notamment sur le droit civil, commercial et pénal, les juridictions et les procédures, les fondations et associations, les libertés publiques, la protection des données, la police, les établissements pénitentiaires, l'immigration et le droit d'asile, l'indigénat, le changement de noms.

Président: M. Pierret

Membres: Mme Ecker, M. Gillen, Mme Thoma, MM. Rodesch, Wivenes, Santer

Secrétaire de commission: Mme Alex

Réunion régulière: *mercredi après-midi*

Commission « Culture, Education, Recherche et Médias » (CERM)

Compétente pour les affaires relevant du ministère de la Culture, du ministère de l'Education nationale et de la Formation professionnelle et du ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, elle a dans ses attributions la culture, l'éducation et la formation professionnelle, la jeunesse et les sports, les médias et communications audiovisuelles, la recherche scientifique et l'espace.

Présidente: Mme Rausch

Membres: MM. Schneider, Hansen, Kollwelter, Mme Durdu, M. Molitor, Mme Hennicot-Schoepges

Secrétaire de commission: Mme Alex

Réunion régulière: *jeudi matin*

V. Les commissions spéciales du Conseil d'Etat

Commission spéciale « Refonte de la Constitution » (CONSTIT)

La commission spéciale « Refonte de la Constitution » a pour mission l'examen de la proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution (L48.433) ainsi que des autres propositions de révision constitutionnelle figurant au rôle des affaires.

Composition: M. le Président et tous les membres

Secrétaire de commission: M. Servais

Réunion: *vendredi matin*

Commission spéciale « Avortement » (IVG)

La commission spéciale « Avortement » a pour mission l'examen du projet de loi portant modification de l'article 353 du Code pénal.

Composition: M. le Président et tous les membres

Secrétaire de commission: M. Marchi

Commission spéciale « Dispense du second vote constitutionnel »

La Commission est chargée de réexaminer les oppositions formelles au regard des considérations de la Chambre des députés ou du Gouvernement et d'élaborer, le cas échéant, une proposition de motivation en vue de la délibération en séance publique.

Président: M. Schroeder

Membres: M. Hemmer, Mme Ecker, MM. Gillen, Pierret, Mme Rausch
+ le conseiller-rapporteur

Secrétaire de commission: M. Besch

Commission spéciale « Budget »

La Commission a pour mission l'examen du projet de loi sur le budget de l'Etat.

Président: M. Schroeder

Composition: M. le Président et tous les membres

Secrétaire de commission: Mme Alex

PARTIE II

I. Analyse juridique des avis du Conseil d'Etat

II. Relevé chronologique des oppositions formelles

Sommaire

I. ANALYSE JURIDIQUE DES AVIS DU CONSEIL D'ETAT	29
A) Introduction	29
B) Droits et libertés fondamentaux	30
1. Egalité devant la loi (art. 10bis Constitution)	30
Aides publiques	30
Médias	31
Fiscalité	31
Cessions et saisies	32
Surendettement	32
Accès aux emplois publics	33
2. La légalité des incriminations et des peines	33
Double incrimination	36
Présomption d'innocence	37
Mesures de sûreté	37
Interruption volontaire de la grossesse	38
3. L'inviolabilité du domicile (article 15 Constitution)	39
4. Droit de propriété (article 16 Constitution)	40
5. Liberté de la presse (article 24 Constitution)	41
6. Voies de recours	41
Recours en plein contentieux	41
Action publique et droits de la victime	42
Procès équitable	42
Pourvoi en cassation	43
Impartialité du juge	43
C) Le pouvoir réglementaire dans les matières réservées à la loi	44
1. Protection de la vie privée (article 11, (3) Constitution)	45
2. Protection de la santé (article 11(5) Constitution)	45

3. Liberté du commerce et de l'industrie (article 11(6) Constitution)	46
Mise sur le marché de machines et de véhicules	46
Licences des contrôleurs aériens	47
Produits biocides	48
Agriculture	48
4. Enseignement (article 23 Constitution)	49
Formation et brevets	49
Aides financières en faveur des étudiants (article 23, alinéa 3 Constitution)	49
5. Forces de l'ordre (article 97 Constitution)	50
6. Fiscalité (article 99 Constitution)	51
Droit de timbre	51
D) Institutions et administrations publiques	52
1. Grand-Duc	52
Pouvoir réglementaire	52
2. Chambre des députés	52
Règlement	52
Enquêtes parlementaires (article 64 Constitution)	52
Relations avec la Cour des comptes	53
Ratification des traités et conventions	53
3. Finances publiques	54
Budget et comptabilité de l'Etat	54
Marchés publics	55
Impôts et redevances	55
Gratifications	56
4. Cour des comptes	57
5. Communes	57
Syndicats intercommunaux	57
<i>Objet</i>	57
<i>Désignation du vice-président</i>	57
<i>Engagement du personnel ouvrier</i>	57
Communautés urbaines	58

6. Etablissements publics	58
Reconnaissance du statut d'établissement public	58
Autonomie des établissements publics	59
Pouvoir normatif	60
Organes	60
7. Chambres professionnelles	61
E) Droit communautaire	61
1. Rappel des règles du droit communautaire	61
Libre circulation des personnes	61
<i>Admission à la fonction publique</i>	61
<i>Médecins et autres professions de santé</i>	62
<i>Etudiants</i>	62
Libre prestation des services	63
<i>Droit du travail</i>	63
<i>Environnement</i>	63
<i>Transports</i>	64
Libre circulation des marchandises	64
<i>Machines</i>	64
2. Transposition du droit communautaire	65
Techniques de transposition	65
Entraide judiciaire	66
Reconnaissance de jugements en matière pénale	66
F) Principes généraux du droit	67
1. Liberté contractuelle	67
Enseignement supérieur	67
Divorce	67
Droit des sociétés	68
2. Non-rétroactivité des actes administratifs	68

G) Légistique	69
1. La valeur normative des lois et règlements	69
2. Sécurité juridique	70
Imprécision rédactionnelle	70
<i>Aides publiques</i>	70
<i>Partage des droits à pension</i>	71
<i>Protection de la vie privée</i>	71
<i>Recours en matière de marchés publics</i>	71
Mise en vigueur incertaine	72
Principe de la confiance légitime	72
Incohérence des textes	72
3. Codification	73
Dispositions temporaires	73
Doubles emplois	74
Refonte des textes	74
4. Langues	74
5. Hiérarchie des normes	75
Parallélisme des formes	75
<i>Renvoi à des normes juridiques d'une valeur différente</i>	75
<i>Prorogation de dispositions réglementaires</i>	76
<i>Dispositions abrogatoires</i>	76
Non-conformité d'une norme réglementaire avec sa base légale	76
II. RELEVÉ CHRONOLOGIQUE DES OPPOSITIONS FORMELLES	79

I. Analyse juridique des avis du Conseil d'Etat

A) Introduction

Le cadre de l'activité législative et réglementaire du Conseil d'Etat est fixé par l'article 83bis de la Constitution qui dispose que « 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 ». Ce cadre est précisé par l'article 2, paragraphe 1^{er} de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat qui prévoit qu'« *Aucun projet ni aucune proposition de loi ne sont présentés à la Chambre des députés et, sauf le cas d'urgence à apprécier par le Grand-Duc, aucun projet de règlement pris pour l'exécution des lois et traités ne sont soumis au Grand-Duc qu'après que le Conseil d'Etat a été entendu en son avis* ».

« *S'il estime un projet ou une proposition de loi contraire à la Constitution, aux conventions et traités internationaux, ainsi qu'aux principes généraux du droit, le Conseil d'Etat en fait mention dans son avis. Il en fait de même, s'il estime un projet de règlement contraire à une norme de droit supérieure* » (article 2, paragraphe 2 de la loi précitée du 12 juillet 1996). Le Conseil d'Etat est donc appelé à veiller « ex ante » sur le respect de la hiérarchie des normes juridiques.

Dans le cadre de la procédure législative, l'article 59 de la Constitution prévoit que « *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* ». En associant le Conseil d'Etat à la dispense du second vote constitutionnel, le Constituant lui confère un droit de veto suspensif.

S'il lui arrive d'analyser le contexte politique d'un projet ou d'une proposition de loi, le Conseil d'Etat ne refusera pas de ce chef la dispense du second vote constitutionnel. Il s'oblige à réserver le refus du second vote constitutionnel aux cas où il n'aurait pas été suivi par le législateur dans son appréciation de la non-conformité des voies et moyens mis en œuvre avec les normes juridiques supérieures sur des points dûment signalés dans ses avis. Au cours de la session parlementaire 2009-2010, le Conseil d'Etat a formulé 124 oppositions formelles. Il a refusé la dispense du second vote constitutionnel à un seul projet.

Pour rencontrer la critique qu'il tarderait à remettre son avis sur les projets qui lui déplaisent, le Conseil d'Etat a revu l'organisation et le fonctionnement de ses commissions permanentes de sorte à émettre des avis dans des délais acceptables. Toutefois, il faut constater que la programmation est souvent perturbée par des saisines qui ne tiennent nullement compte des exigences d'un processus d'examen sérieux et, encore moins de

donner aux avis des chambres professionnelles ou d'autres organes consultés la considération qu'ils méritent. Ne sont pas critiqués en l'occurrence les projets répondant à des urgences: ainsi le Conseil d'Etat a émis son avis sur le projet de loi relative à l'octroi de la garantie de l'Etat dans le cadre de l'instrument européen de stabilisation de la zone euro dans les six jours de sa saisine. Il est pareillement évident que le Conseil d'Etat tâche de répondre le plus rapidement possible par des avis complémentaires aux amendements parlementaires qui lui sont soumis. Il est cependant inacceptable que l'Administration traîne à finaliser des projets et impose par après aux instances impliquées dans les procédures législatives et réglementaires des délais extrêmement serrés.

Les retards dans la saisine du Conseil d'Etat sont particulièrement patents en matière de transposition de directives. D'aucuns croient pouvoir faire accrédi-ter l'idée que les retards seraient dus à l'oisiveté du Conseil d'Etat. Que faire si le Conseil d'Etat est saisi le 9 juin 2010 d'un projet de loi (air) transposant la directive 2008/50/CE du 21 mai 2008 dont le délai de transposition est fixé au 11 juin 2010, après que l'administration a mis deux ans depuis la publication, le 11 juin 2008, de ladite directive au Journal officiel de l'Union européenne? Dans un autre cas, le Conseil d'Etat a été saisi du dossier de transposition le 1^{er} décembre 2009, alors que le délai d'expiration était fixé au 4 décembre 2009.

B) Droits et libertés fondamentaux

I. Egalité devant la loi (art. 10bis Constitution)

Malgré une jurisprudence et une doctrine solidement établies en la matière, le Conseil d'Etat a dû constater qu'à de nombreuses reprises le principe de l'égalité devant la loi n'était pas respecté. (Voir encore Partie III)

Aides publiques

La limitation des aides aux seuls opérateurs exerçant sous la forme d'une société commerciale envisagée par le projet de loi relatif à un régime d'aides à la protection de l'environnement et à l'utilisation rationnelle des ressources naturelles n'est pas permise. Le Conseil d'Etat a rappelé son avis complémentaire du 20 mars 2007 relatif au projet de loi relative à la lutte contre le chômage social (doc. parl. n° 5144), où il avait déjà formulé une opposition formelle en considérant que « cette restriction n'est pas compatible avec l'exigence du respect du principe constitutionnel d'égalité devant la loi (article 10bis(1) de la Constitution), alors qu'il n'est pas expliqué en quoi la société commerciale devrait bénéficier d'avantages refusés aux personnes physiques exerçant une activité commerciale ». ¹

1 Avis du Conseil d'Etat du 22 septembre 2009.

Médias

Etant donné que les sanctions prévues par le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques diffèrent selon que l'infraction rentre dans le domaine de compétence de l'un des trois organismes de surveillance, à savoir la Commission indépendante de la radiodiffusion, le Conseil national des programmes ou le ministre ayant les Médias dans ses attributions, le Conseil d'Etat s'est opposé formellement au maintien des dispositions en cause, qui risquaient de se heurter au principe de l'égalité devant la loi, tel que défini à l'article 10*bis* de la Constitution.²

Fiscalité

En matière de succession et de mutation par décès³, le Conseil d'Etat a constaté que le texte envisagé comportait une discrimination des époux ou partenaires reconnus suivant qu'ils ont ou n'ont pas d'enfants ni de descendants communs. En effet, le droit de succession et le droit de mutation par décès sont perçus au taux de base de 5% en cas de transfert de biens entre époux ou entre partenaires reconnus uniquement si ces personnes n'ont ni enfants ni descendants communs. Le Conseil d'Etat a eu de sérieux doutes sur la légitimité d'une telle discrimination par rapport à l'article 10*bis* de la Constitution et par rapport à Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Aussi le Conseil d'Etat a-t-il proposé d'exonérer les transferts entre époux et entre partenaires reconnus sans descendants communs au même titre que les transferts faits, dans les mêmes circonstances, entre époux et partenaires reconnus avec descendants communs.

Le projet de loi concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2010⁴ se proposait d'introduire respectivement un abattement agricole et un abattement commercial aux articles 128 et 128*bis* LIR. Ces deux abattements avaient été abolis et remplacés par un crédit d'impôt pour indépendants suite à l'avis du Conseil d'Etat relatif au projet de loi n° 5924 ayant conduit à la loi du 19 décembre 2008. Le Conseil d'Etat a regretté que le projet de loi budgétaire ait proposé la réintroduction de ces deux abattements avec une motivation sommaire, sans même estimer les incidences budgétaires de cette mesure. Sans revenir plus en détail sur les débats ayant conduit à l'introduction d'un abattement pour indépendants et à l'abolition des abattements agricole et commercial dans le cadre de la loi du 19 décembre 2008, le Conseil d'Etat a analysé les deux abattements proposés quant à leur finalité, quant à leur impact et quant à leur compatibilité avec le principe de l'égalité devant la loi inscrit à l'article 10*bis* de la Constitution. Fai-

2 Avis du Conseil d'Etat du 6 octobre 2009.

3 Avis du Conseil d'Etat du 10 novembre 2009 relatif au projet de loi relative aux droits de succession et de mutation par décès et modifiant la loi modifiée du 27 décembre 1817 sur le droit de succession - la loi modifiée du 7 août 1920, sur la majoration des droits d'enregistrement, de timbre, de succession - la loi du 31 janvier 1921 concernant modification de l'article 22 de la loi du 7 août 1920, sur la majoration des droits d'enregistrement, de timbre, de succession, la loi modifiée du 13 juin 1984 portant révision de certaines dispositions législatives régissant la perception des droits d'enregistrement, de succession et de timbre.

4 Avis du Conseil d'Etat du 10 novembre 2009.

sant somme de tous ces arguments, le Conseil d'Etat s'est opposé formellement à la réintroduction des abattements commercial et agricole.

Cessions et saisies

A l'examen du projet de loi visant à modifier la législation sur les cessions et les saisies⁵, le Conseil d'Etat notait que l'article 1^{er} du projet énonce à ce titre les traitements et appointements des fonctionnaires et employés, les salaires des ouvriers et gens de service, les soldes des militaires et, d'une façon générale, les sommes dues à titre de rémunération à toutes les personnes salariées et à toutes celles travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs, quels que soient le montant et la nature de leur rémunération, la forme et la nature de leur contrat ou de leur statut. Dans la mesure où le dispositif englobait toutes les rémunérations professionnelles, le Conseil d'Etat s'est interrogé sur la justification de maintenir des exemptions au profit de certaines indemnités d'apprentissage et de stage dans le cadre d'un règlement grand-ducal. Cette exemption n'était pas en phase avec l'approche adoptée par le Gouvernement de soumettre tout revenu, même inférieur au minimum vital, à la législation sous revue. Partant, le Conseil d'Etat a considéré que les exemptions de certaines indemnités versées à titre de rémunération de services rendus ne répondaient pas au principe constitutionnel de l'égalité devant la loi.⁶

Surendettement

Dans le cadre de son examen du projet de loi sur le surendettement⁷, le Conseil d'Etat a constaté qu'en l'état actuel du droit, un débiteur surendetté, qui ne tombe pas sous le régime de la faillite, peut relever d'une des situations suivantes: soit il bénéficie d'une remise partielle ou totale des dettes au titre du règlement conventionnel, avec l'accord de ses créanciers, soit il bénéficie des mesures prévues au titre du redressement judiciaire, exigeant un plan de remboursement sur un délai qui ne peut pas dépasser sept ans. Le Conseil d'Etat a posé la question de l'éventuelle rupture du principe d'égalité devant la loi à partir du moment que la Chambre des députés devrait suivre les auteurs du projet pour autant qu'ils visaient à introduire à l'article 536 du Code de commerce l'excusabilité du failli, qui aurait permis au juge de remettre toutes ses dettes, y compris ses dettes fiscales, tout en refusant la remise des dettes au surendetté non-commerçant.

5 Avis du Conseil d'Etat du 23 février 2010 relatif au projet de loi portant modification de la loi modifiée du 11 novembre 1970 sur les cessions et saisies des rémunérations de travail ainsi que les pensions et rentes; de la loi modifiée du 26 avril 1999 portant création d'un droit à un revenu minimum garanti; de la loi modifiée du 24 décembre 1990 sur la préretraite; de la loi du 12 février 1999 portant création d'un congé parental et d'un congé pour des raisons familiales; de la loi modifiée du 1^{er} août 1988 portant création d'une allocation d'éducation; du Code des Assurances Sociales; de la loi du 11 janvier 1995 portant réorganisation des écoles publiques et privées d'infirmières et réglementant la collaboration entre le ministère de l'Education nationale et le ministère de la Santé; du Nouveau Code de Procédure Civile.

6 **Art. VIII:** L'article 11, alinéa 1^{er} de la loi du 11 janvier 1995 portant réorganisation des écoles publiques et privées d'infirmières et réglementant la collaboration entre le ministère de l'Education nationale et le ministère de la Santé est complété comme suit: L'indemnité de stage ne peut être ni cédée ni saisie.

7 Avis du Conseil d'Etat du 22 juin 2010.

Dans le même cadre, le Conseil d'Etat a constaté qu'un traitement égalitaire des créanciers est absolument essentiel pour éviter que le texte ne soit susceptible de violer le principe constitutionnel d'égalité devant la loi. A cet égard se posait la question comment assurer que les créanciers non avisés de l'admission de la demande de règlement conventionnel soient efficacement informés de cette décision.

Accès aux emplois publics

Dans le contexte de l'admission des ressortissants communautaires aux emplois publics, le Conseil d'Etat a été saisi d'un projet de règlement grand-ducal⁸ visant à compléter les programmes des examens-concours de différentes carrières par l'adjonction d'une épreuve d'histoire et de culture luxembourgeoises. Selon l'exposé des motifs et le commentaire des articles, l'épreuve concernerait des sujets tels que « la culture, les traditions et mentalités au Grand-Duché, l'histoire contemporaine du Grand-Duché depuis 1945 à nos jours ainsi que des sujets d'actualité de la société luxembourgeoise ». Le Conseil d'Etat est resté circonspect par rapport à ce programme aussi vaste que nébuleux et dès lors arbitraire. « [Le Conseil d'Etat] souhaite (...) éviter que l'examen soit perçu, à tort ou à raison, comme une barrière destinée à décourager voire écarter les candidats non issus d'un milieu luxembourgeois d'origine. (...) Afin d'assurer une égalité des chances l'Etat devra veiller à fournir, avant l'examen, aux candidats, et particulièrement à ceux qui se destinent aux carrières inférieures de la fonction publique, une documentation comprenant avec la précision requise le contenu concret des connaissances sur lesquelles il portera. »

2. La légalité des incriminations et des peines

Dans son arrêt 12/02 du 22 mars 2002 (cf. Mémorial A n° 40 du 12 avril 2002, p. 672), la Cour constitutionnelle avait rappelé que « le principe de la légalité de la peine entraîne la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour en exclure l'arbitraire et pour permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements sanctionnables; que le principe de la spécification de l'incrimination est partant le corollaire de celui de la légalité de la peine consacrée par l'article 14 de la Constitution ». Dans le passé, le Conseil d'Etat avait déjà dû critiquer à de nombreuses reprises l'imprécision relative à la définition des incriminations, qui sont susceptibles de se heurter aux articles 12 et 14 de la Constitution ainsi qu'à l'article 7 de la

8 Avis du Conseil d'Etat du 10 novembre 2009 relatif au projet de règlement grand-ducal modifiant 1) le règlement grand-ducal modifié du 30 janvier 2004 portant organisation des examens-concours pour l'admission au stage des fonctions administratives et scientifiques de la carrière supérieure des administrations de l'Etat et des établissements publics; 2) le règlement grand-ducal modifié du 30 janvier 2004 portant organisation des examens-concours pour l'admission au stage dans les carrières moyennes du rédacteur, de l'ingénieur technicien, du technicien diplômé, de l'éducateur gradué et de l'informaticien diplômé; 3) le règlement grand-ducal modifié du 30 janvier 2004 portant organisation des examens-concours pour l'admission au stage dans les carrières inférieures de l'expéditionnaire administratif, de l'expéditionnaire technique, de l'expéditionnaire-informaticien, de l'éducateur, de l'artisan, du cantonnier, du concierge, de l'huissier de salle, du garçon de bureau et du garçon de salle.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. L'application des dispositions en question risque dès lors d'être sanctionnée sur base de l'article 95 de la Constitution.

A l'examen du projet de règlement grand-ducal relatif aux avertissements taxés en matière de surveillance du marché dans le contexte de la commercialisation des produits⁹, il a observé qu'en ce qui concerne les infractions susceptibles de faire l'objet d'un avertissement taxé, l'exposé des motifs et le commentaire des articles étaient muets sur les motifs à la base de la sélection des infractions prévues par les auteurs ou encore sur la norme juridique documentant la légalité de l'incrimination retenue. En outre, le libellé proposé omettait de respecter l'exigence de spécificité de l'incrimination par rapport à la règle légale qui énonce la prescription dont il est prévu de sanctionner le non-respect. En effet, en énumérant quelque 17 infractions en dehors de tout lien avec les prescriptions spécifiques des textes légaux auxquels elles sont censées se référer, les critères de sécurité et de prévisibilité nécessaires pour la spécification d'une incrimination n'étaient pas réunis.

De même, le Conseil d'Etat a retenu à propos du projet de loi portant modification de la loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques¹⁰ que le principe de la légalité des incriminations tel que consacré par l'article 12 de la Constitution n'était pas respecté par un renvoi général à « toutes violations d'une disposition de la présente loi ou prise en vertu de la présente loi ou d'un cahier des charges ». Et, il a demandé de remplacer ce renvoi général par des renvois à des articles précis.

A l'endroit du projet de loi 1. portant transposition de la directive 2006/42/CE relative aux machines; 2. modifiant l'article 14 de la loi du 20 mai 2008 relative à la création d'un Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services; 3. concernant la mise à disposition de machines; 4. concernant les machines d'occasion¹¹, le Conseil d'Etat a insisté sur l'obligation d'indiquer les articles dont le non-respect est constitutif d'une infraction ou de préciser à l'article sous examen les faits répréhensibles. En effet, l'article 14 de la Constitution, qui consacre le principe de la légalité des incriminations, suppose que l'infraction et les peines soient établies avec une précision suffisante pour écarter tout risque d'arbitraire au niveau de l'application de la disposition pénale et pour permettre au justiciable de mesurer exactement la portée des dispositions qui s'appliquent. Comme dans le cas d'espèce le champ d'application de la loi en projet était différent de celui de la loi à laquelle renvoie l'article sous examen, il faut prévoir dans le texte du projet de loi les dispositions autonomes traitant des sanctions pénales. Dans l'esprit de l'article 12 de la Constitution et du principe de la légalité des peines y consacré, le Conseil d'Etat a demandé encore qu'il y soit fait aussi mention des peines applicables. Ainsi, il est de mise de mentionner ces peines dans

9 Avis du Conseil d'Etat du 23 février 2010.

10 Avis du Conseil d'Etat du 6 octobre 2009.

11 Avis du Conseil d'Etat du 6 octobre 2009.

la loi aux dispositions de laquelle elles s'appliquent, plutôt que de renvoyer par une formule générale et vague à celles prévues par une autre loi.

La contravention doit s'analyser par rapport à une norme qui détermine tant les éléments constitutifs de l'infraction que les peines. Il ne suffit dès lors pas de renvoyer à cet effet dans la loi à un règlement communal d'avertissements taxés. A l'examen du projet de loi relative à l'élargissement des compétences des agents municipaux et portant modification de la loi communale du 13 décembre 1988, du Code pénal et des dispositions législatives concernant les gardes champêtres¹², le Conseil d'Etat a constaté:

« A lire le paragraphe 2, on pourrait croire qu'il fournit une réponse aux questions soulevées ci-dessus, dans la mesure où il prévoit que des avertissements taxés peuvent être décernés en cas d'infraction à certaines réglementations. Le problème réside dans la référence au 'règlement communal sur les avertissements taxés' alors que ce type de règlement ne respecte pas, ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, le principe de la légalité des délits et des peines. »

L'examen du projet de loi portant modification de la loi du 9 mai 2006 relative aux abus de marché et portant complément de transposition de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché) a également permis de rappeler qu'une disposition qui sanctionne de manière générale les infractions aux dispositions de la loi ou des mesures prises en son exécution sans préciser les comportements incriminés viole le principe de la légalité des incriminations qui a cours en matière pénale et en matière administrative. Une telle disposition doit, sous peine d'encourir l'opposition formelle du Conseil d'Etat, citer précisément et limitativement les infractions ou du moins les articles de la loi qui sont punis par des sanctions administratives.

Dans le cadre de son examen du projet de loi relative à l'introduction des normes comptables internationales pour les entreprises et portant transposition d'un certain nombre de directives communautaires¹³, le Conseil d'Etat s'est opposé formellement au texte proposé qui basait l'incrimination sur le texte proposé qui prévoyait, d'un côté, une obligation collective qui entraîne une responsabilité collective et, d'un autre côté, une obligation qui est seulement de moyens. Comme une obligation de moyens ne peut servir d'incrimination, il y a lieu de préciser dans le texte quels faits peuvent donner lieu à incrimination. Le texte doit aussi éviter une possible incrimination collective qui est inadmissible en droit pénal.

A l'endroit de l'article 16 du projet de règlement grand-ducal définissant les règles spéciales applicables à la commercialisation du bétail de boucherie¹⁴, le Conseil d'Etat a dû

12 Avis du Conseil d'Etat du 19 janvier 2010.

13 Avis du Conseil d'Etat du 18 mai 2010.

14 Avis du Conseil d'Etat du 16 juillet 2010.

constater que le principe de la légalité des incriminations inscrit à l'article 12 de la Constitution n'était pas respecté, faute d'avoir précisé les infractions punies conformément au paragraphe sous examen. Pour éviter dès lors la sanction de l'article 95 de la Constitution, il a proposé de renvoyer au moins aux dispositions du règlement grand-ducal en projet, voire, le cas échéant, aux dispositions des règlements communautaires visés dont le non-respect constitue une infraction à laquelle s'appliquaient les peines prévues à l'article sous avis.

Lors de son examen du projet de règlement grand-ducal concernant les modalités relatives à l'appareil de contrôle dans le domaine des transports par route et fixant les sanctions des infractions aux dispositions du règlement (CE) n° 561/2006 du Parlement et du Conseil du 15 mars 2006 relatif à l'harmonisation de certaines dispositions de la législation sociale dans le domaine des transports par route, modifiant les règlements (CEE) n° 3821/85 et (CE) n° 2135/98 du Conseil et abrogeant le règlement (CEE) n° 3820/85 du Conseil et du règlement (CEE) n° 3821/85 modifié du Conseil des Communautés Européennes concernant l'appareil de contrôle dans le domaine des transports par route, le Conseil d'Etat¹⁵ a constaté que l'article 4*bis*, paragraphe 6 de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques constitue la base légale pour les sanctions à infliger lors d'infractions à des dispositions précises du règlement 561/2006 et du règlement 3821/85 ainsi qu'aux dispositions des appendices 1, 1B et 2 de l'annexe de l'AETR. D'après le Conseil d'Etat, les auteurs étaient tenus de spécifier obligatoirement si une infraction est sanctionnée par une peine de police ou par une peine correctionnelle. Il n'a pas non plus marqué son accord avec des dispositions prévoyant d'infliger des avertissements taxés, alors même que l'article 4*bis* de la loi de 1955 ne prévoit pas la possibilité d'émettre des avertissements taxés en relation avec les infractions prévues.

Double incrimination

A propos du projet de loi portant modification de la loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques¹⁶, le Conseil d'Etat a par ailleurs noté que le paragraphe 3 nouveau de l'article 35 de la loi de 1991 se heurtait au principe « *non bis in idem* », alors qu'il est projeté de faire encourir à un organisme de radiodiffusion, pour une même infraction aux dispositions de la loi de 1991, tant une sanction pénale qu'une sanction administrative infligée selon le cas par la Commission indépendante de la radiodiffusion, le Conseil national des programmes ou le ministre ayant les Médias dans ses attributions.

A l'occasion de l'examen du projet de loi portant modification de la loi du 9 mai 2006 relative aux abus de marché et portant complément de transposition de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés

15 Avis du Conseil d'Etat du 16 juillet 2010.

16 Avis du Conseil d'Etat du 6 octobre 2009.

et les manipulations de marché (abus de marché), le Conseil d'Etat a conclu que les violations des obligations découlant de la directive, et donc de la loi, étaient suffisamment sanctionnées par un dispositif complet de sanctions administratives applicables à toutes les personnes relevant de son champ. Le problème *du non bis in idem* peut dès lors dans le cas d'espèce être résolu en renonçant simplement au dispositif pénal.

Présomption d'innocence

Dans le cadre de la procédure législative relative à la proposition de loi sur les enquêtes parlementaires, la Chambre des députés a entendu introduire par voie d'amendement les articles 10 et 13, alinéa 1^{er} de la loi belge du 3 mai 1880 sur les enquêtes parlementaires, telle qu'elle a été modifiée, dans la loi luxembourgeoise. A cet égard, le Conseil d'Etat s'est opposé formellement à l'emploi de l'expression « présomption d'infraction » figurant dans ce texte ancien. Cette expression n'est plus compatible avec l'article 6(2) de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales qui consacre la présomption d'innocence. Il y avait donc lieu de remplacer les termes précités par ceux plus appropriés d'« indices d'infraction ».

Mesures de sûreté

En envisageant des mesures de rétention, le projet de loi relatif à la prévention de la récidive chez les auteurs d'infractions à caractère sexuel¹⁷ pose le problème d'une « pondération des droits et intérêts du délinquant sexuel et de ceux de la société », ces intérêts consistant dans la protection des victimes potentielles. Le Conseil d'Etat a considéré que l'imposition de mesures de sûreté est moins le résultat d'une pondération des droits et intérêts du délinquant, d'un côté, et de la société, de l'autre, qu'une prééminence claire et nette reconnue à l'impératif de prévention de la récidive. Par le système des mesures de sûreté, l'Etat, mettant en avant son devoir de protéger des victimes potentielles et d'assurer la sécurité, limite, voire met à néant, le droit à la liberté individuelle de certaines personnes considérées comme présentant un degré de « dangerosité caractérisée par le risque particulièrement élevé de récidive ». Contrairement au régime de l'internement des malades mentaux, le mécanisme des mesures de sûreté vise des personnes *a priori* saines d'esprit, mais considérées comme dangereuses. A l'opposé d'une peine privative de liberté, la mesure de sûreté n'est pas la sanction pour un fait passé, mais une privation de liberté en raison d'un potentiel de dangerosité. La particularité consiste dans le fait que l'indice majeur de cette dangerosité, en tout cas sa seule expression connue, consiste dans l'infraction pour laquelle le délinquant a été condamné. Contrairement encore à une peine d'emprisonnement, la mesure peut être renouvelée si l'évaluation de la dangerosité ne change pas. Ceci pose, à l'évidence, le problème de la nature juridique de la mesure, de son rapport avec la condamnation intervenue et du respect du principe de la légalité des peines. Selon Jean Pradel, professeur de droit pénal, auditionné par le sé-

17 Avis du Conseil d'Etat du 16 juillet 2010.

nateur Jean-René Lecerf, rapporteur sur la loi française relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, la rétention de sûreté constitue une « révolution juridique », en ce qu'elle « autorise un enfermement après la peine d'emprisonnement »¹⁸. Même s'il est vrai que le Luxembourg n'est pas le premier Etat européen à envisager de consacrer dans sa législation l'instrument des mesures de sûreté, le Conseil d'Etat considère que le projet de loi soulève des problèmes d'ordre fondamental de droit pénal. La philosophie même du projet de loi, fondée sur une séparation théorique nette entre peine et mesure de sûreté et entre la décision de condamnation et celle de mesure de sûreté, est sérieusement mise en cause par la Cour européenne des droits de l'homme. A son avis, l'ensemble des règles techniques qu'il est envisagé d'adopter devront être revues. Le Conseil d'Etat s'est encore demandé s'il n'y avait pas lieu d'attendre l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne et des initiatives éventuelles au Conseil de l'Europe avant d'adopter une loi sur les mesures de sûreté. L'amélioration au sein des établissements pénitentiaires des instruments de resocialisation et de prévention, par une prise en charge médicale, psychologique et sociale, constitue une méthode privilégiée de réduction des risques de récidive. Si le législateur considère qu'afin de resocialiser le condamné et de le traiter de façon à ce que les risques de rechute soient réduits au minimum possible, il y a lieu de prolonger les durées de détention pour certains délits, il faudra procéder par une modification du taux des peines et du régime d'exécution des peines.

Interruption volontaire de la grossesse

Les auteurs du projet de loi portant modification de l'article 353 du Code pénal¹⁹ proposent d'introduire l'indication « détresse sociale » parmi les situations dans lesquelles une interruption de grossesse n'est pas une infraction. Dans le texte de loi en vigueur, l'interruption volontaire de grossesse est admise lorsque la poursuite de la grossesse, ou les conditions de vie que pourrait entraîner la naissance, risquent de mettre en danger la santé physique ou psychique de la femme enceinte. Le terme de santé physique ou psychique est donc remplacé par celui de détresse physique, psychique ou sociale. Pour le Conseil d'Etat, le terme de détresse n'a pas de définition juridique. La détresse, si on la considère comme sentiment d'abandon, de solitude, d'impuissance que l'on éprouve dans une situation difficile et angoissante, a une valeur éminemment subjective. C'est un sentiment propre à la femme, qui ne peut être soumis à une interprétation par autrui. Pour le Conseil d'Etat, l'article 353, tel que le conçoivent ses auteurs, vise à enlever au comportement incriminé son caractère illicite, afin qu'il n'y ait plus d'infraction. Dans cette optique, l'interprétation par le juge de l'état de détresse pose problème. Contrairement aux autres causes de justification prévues par le nouvel article 353, qui sont objective-

18 Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental par le sénateur Jean-René Lecerf, document du Sénat français n° 174, session ordinaire 2007-2008.

19 Avis du Conseil d'Etat du 16 juillet 2010.

ment retraçables, l'appréciation d'une notion aux contours non clairement circonscrits créerait une incertitude quant à l'issue d'une poursuite pénale à la suite d'une interruption volontaire de grossesse, car elle mettrait le juge dans l'impossibilité pratique de vérifier l'existence des éléments constitutifs de l'infraction. Il ressort de l'exposé des motifs qu'une telle insécurité n'a manifestement pas été voulue par les auteurs du projet, d'après lesquels le nouveau texte devrait justement donner davantage de sécurité juridique devant la loi pénale, tant à la femme qu'au médecin. Par ailleurs, le Conseil d'Etat a rappelé que, dans l'arrêt de la CEDH *Tysiac contre Pologne*, plus amplement décrit dans les considérations générales, la Cour avait noté que « l'interdiction de l'avortement prévue dans la loi, combinée avec le risque pour les médecins de se voir accusés d'une infraction pénale (...), est tout à fait susceptible d'avoir un effet dissuasif sur les praticiens lorsqu'ils décident si les conditions pour autoriser un avortement légal sont réunies dans un cas particulier. Les dispositions définissant les conditions dans lesquelles il est possible de bénéficier d'un avortement légal doivent être formulées de façon à atténuer cet effet. Une fois que le législateur a décidé d'autoriser l'avortement, il ne doit pas concevoir le cadre légal correspondant d'une manière qui limite dans la réalité la possibilité d'obtenir une telle intervention (point 116) ».

3. *L'inviolabilité du domicile (article 15 Constitution)*

L'article 15 de la Constitution consacre le principe de l'inviolabilité du domicile. D'après la jurisprudence de la Cour européenne de droits de l'Homme, l'inviolabilité du domicile ne vise pas uniquement le domicile privé des particuliers mais accorde également aux individus un droit à la protection de leur cadre de travail professionnel. Cette protection se trouve par ailleurs étendue aux personnes morales. Les visites et les perquisitions au domicile relèvent des règles du Code d'instruction criminelle. Une visite domiciliaire, qu'elle concerne le domicile privé d'un particulier ou le siège ou les locaux professionnels d'un entrepreneur individuel ou d'une société, n'est possible que sur la base d'un mandat judiciaire. Le Conseil d'Etat a dû rappeler à différentes reprises ces principes.

Ainsi s'est-il opposé formellement au maintien d'un article du projet de loi portant modification de la loi du 8 juillet 1986 portant réglementation de la mise sur le marché des détergents²⁰ qui se proposait d'adapter cette réglementation aux exigences des dispositions du règlement (CE) n° 648/2004 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relatif aux détergents, destiné à régler les perquisitions et les visites domiciliaires.

Il a également signalé que le projet de règlement grand-ducal concernant la lutte contre les nématodes à kystes de la pomme de terre risque de poser problème aux termes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière d'inviolabilité du domicile et le Conseil d'Etat de recommander au Gouvernement de reprendre sur le mé-

20 Avis du Conseil d'Etat du 9 mars 2010.

tier la loi du 14 juillet 1971 concernant la protection des végétaux et des produits végétaux contre les organismes nuisibles en vue de mettre les dispositions nationales en conformité avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Des observations analogues ont été faites à l'endroit du projet de règlement grand-ducal définissant les règles spéciales applicables à la commercialisation du bétail de boucherie²¹.

A l'examen du projet de loi relative à la concurrence et abrogeant la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence²², le Conseil d'Etat, en s'appuyant sur les motifs de l'arrêt du 22 octobre 2002 de la Cour de Justice des Communautés européennes (actuellement de l'Union européenne) dans l'affaire *Roquette Frère* (CJCE affaire n° C-04/00), a insisté à ce que le juge soit mis en mesure de vérifier que la mesure de la perquisition et de saisie est justifiée et proportionnée au but recherché. Le juge doit examiner si la demande est proportionnée au but recherché et si elle n'est pas arbitraire. Il ne peut admettre une perquisition à titre préventif que s'il existe des raisons de craindre une opposition à la vérification ainsi que des tentatives de dissimulation et de soustraction de preuves au cas où une vérification serait notifiée à l'entreprise.

4. *Droit de propriété (article 16 Constitution)*

A l'examen du projet de loi portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales²³, le Conseil d'Etat a constaté qu'en adoptant le motif de non-contrariété à l'intérêt social, contrairement à la justification de la loi belge qui porte sur l'intérêt social et à la loi française qui, par application de l'article 900-1 du Code civil, vise un intérêt sérieux et légitime, les auteurs avaient contourné la difficulté de devoir prouver l'intérêt de priver un porteur de titre d'un droit qui lui revient soit par héritage soit autrement. Le Conseil d'Etat s'est opposé formellement à cette pirouette qui ôte au porteur de titre toute possibilité sérieuse de contester de telles limitations à l'exercice du droit de propriété.

A l'occasion de l'examen du projet de loi relative au retrait obligatoire et au rachat obligatoire portant sur les titres de sociétés anonymes admis ou ayant été admis à la négociation sur un marché réglementé²⁴, le Conseil d'Etat, tout en étant conscient des difficultés à réglementer le droit de rachat, qu'il soit obligatoire ou facultatif, s'est opposé formellement au dispositif envisagé, en l'absence d'une référence à un juste prix, de l'indication pour le moins du principe des méthodes d'évaluation de ce juste prix, de l'agencement de la procédure, y compris le contrôle de la Commission de surveillance du secteur financier et d'éventuelles voies de recours.

21 Avis du Conseil d'Etat du 16 juillet 2010.

22 Avis du Conseil d'Etat du 16 juillet 2010.

23 Avis du Conseil d'Etat du 23 février 2010.

24 Avis du Conseil d'Etat du 6 octobre 2009.

5. *Liberté de la presse (article 24 Constitution)*

Le nouvel alinéa 2 de l'article 31 du projet de loi portant modification de la loi modifiée du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression dans les médias et de la loi du 3 août 1998 sur la promotion de la presse écrite prévoit que personne n'est autorisé à porter le titre de « journaliste professionnel » s'il n'est pas porteur de la carte de journaliste. Un journaliste « professionnel » ne voit donc son titre protégé que s'il est titulaire d'une carte de journaliste. D'après le Conseil d'Etat, la philosophie de la loi du 8 juin 2004 s'en trouve entièrement bouleversée: en vertu de cette loi, la détention d'une carte professionnelle n'est pas pertinente pour conférer à une personne la qualité de « journaliste ». La loi du 8 juin 2004 est ainsi conforme à la recommandation R(2000)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe qui, dans son exposé des motifs, précise que « une accréditation ou une affiliation professionnelles ne sont pas nécessaires » en vue de la détermination de la qualité de « journaliste ». Le Conseil d'Etat n'a dès lors pas pu admettre que le titre de « journaliste professionnel » ne soit protégé que dans l'hypothèse où la personne concernée est titulaire d'une carte de journaliste.

6. *Voies de recours*

Recours en plein contentieux

A l'occasion de l'examen du projet de loi portant intégration des activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, le Conseil d'Etat a rappelé que suite aux obligations découlant de la Convention sur l'accès à l'information, la participation au public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, faite à Aarhus le 25 juin 1998 et approuvée par la loi du 31 juillet 2005, toute décision en matière environnementale pourra faire l'objet d'un recours en réformation.²⁵

Un recours en plein contentieux s'impose encore à l'endroit de décisions prises par la Direction de l'aviation civile en matière de licences des contrôleurs de la circulation aérienne. Etant donné que ces décisions ne tendent pas à la réparation pécuniaire du préjudice, mais visent pour l'essentiel à punir, elles risquent de relever de la matière pénale au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme admet qu'une sanction imposée par l'administration ne se heurte pas à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme pour autant que l'administré puisse saisir de toute décision prise à son encontre un organe judiciaire de pleine juridiction qui a la « compétence pour se pencher sur toutes

25 Avis du Conseil d'Etat du 10 novembre 2009 relatif au projet de loi portant intégration des activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre et modifiant la loi modifiée du 23 décembre 2004 1. établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre; 2. créant un fonds de financement des mécanismes de Kyoto; 3. modifiant l'article 13bis de la loi modifiée du 10 juin 1999 relative aux établissements classés.

les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi ». Un recours en annulation n'offre toutefois pas les garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁶.

Action publique et droits de la victime

Dans le contexte de son examen du projet de loi portant modification de la loi du 9 mai 2006 relative aux abus de marché et portant complément de transposition de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché), le Conseil d'Etat a donné à considérer que le désistement du procureur d'Etat sur la base de l'article 33 nouveau de la loi ne saurait, le cas échéant, être aussi définitif que l'agencement des nouvelles dispositions pourrait le laisser croire. En effet, d'une part, si une victime devait se manifester ultérieurement à un tel désistement et lancer l'action publique par son initiative, les règles de procédure pénale exigent qu'une telle procédure doive prendre son chemin habituel et ne sache être forclosée du fait du désistement de l'action publique par le procureur d'Etat. D'autre part, au cas où des éléments nouveaux devraient se manifester après le désistement du procureur d'Etat au profit de la CSSF, l'action publique pourrait de nouveau être mise en œuvre. Enfin, suite à l'entrée en vigueur de la loi du 6 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales, le Procureur général d'Etat peut donner injonction au procureur d'Etat de poursuivre.

Procès équitable

Dans le cadre de son examen du projet de loi sur le surendettement, le Conseil d'Etat a rejoint l'avis de la Justice de paix d'Esch-sur-Alzette qui voit dans la possibilité d'entendre le Service de surendettement en dehors de la phase contradictoire une possible violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. D'après le Conseil d'Etat, le Service de surendettement peut de toute façon être entendu dans le cadre de la procédure contradictoire. Dans le même cadre, il a critiqué l'exigence que le demandeur doive comparaître en personne, qui n'est plus conforme à l'article 6(3), c) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, tel qu'il est actuellement interprété par la Cour européenne des droits de l'homme. Cette disposition - aussi raisonnable soit-elle par ailleurs - est dès lors à omettre. Depuis l'arrêt *Van Geyseghem c/ Belgique* du 21 janvier 1999 (Recueil 99 I) et l'arrêt *Van 30 Pelt c/ France* du 28 mai 2000 (requête n° 31070/96), la Cour a créé un véritable « droit à ne pas assister à son procès ». S'il est vrai que l'article 6(3) c) de la Convention vise le domaine pénal, il n'en demeure pas moins que le principe devrait *a fortiori* s'appliquer dans le domaine civil.

26 Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 4 mai 2010 relatif au projet de loi relative aux licences des contrôleurs de la circulation aérienne et transposant la directive 2006/23/CE du 5 avril 2006 du Parlement européen et du Conseil concernant une licence communautaire de contrôleur de la circulation aérienne.

Pourvoi en cassation

Le projet de loi portant modification de l'article 10 de la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation faisait suite à une condamnation du Luxembourg par la Cour européenne des droits de l'homme pour atteinte à l'article 6§1 de la CEDH. Il avait pour objet de réformer la procédure en cassation, la procédure actuelle ayant été jugée trop formaliste. Le Conseil d'Etat a suggéré une modification des modalités de l'introduction du pourvoi et il a proposé à cet effet une reformulation tant de l'article 10, avec suppression du point 1, que de l'article 43 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

Impartialité du juge

Lors de l'élaboration de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence que le nouveau projet de loi relative à la concurrence²⁷ vise à remplacer, le Conseil d'Etat avait déjà signalé son souci de l'indépendance de l'organe, qui doit rendre la sanction, de celui, qui doit se saisir de la plainte ou ordonner et mener l'enquête. Il avait ainsi critiqué le projet de loi de l'époque du fait de la concentration de tous les pouvoirs d'instruction et de jugement entre les mains d'un même organe et il avait proposé d'en créer deux avec des missions indépendantes bien définies. A l'époque, le législateur avait suivi le Conseil d'Etat dans ses propositions. Le Gouvernement est revenu à charge et a proposé encore une fois la concentration des deux missions au sein d'un seul et même organe. Le Conseil d'Etat a fait part de sa réticence de suivre les auteurs sur cette voie, même si les propositions d'amendement afférentes de la commission parlementaire ont eu pour but d'adapter la procédure à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et notamment à l'arrêt *Dubus S.A. c. France* du 11 juin 2009. Il hésitait notamment à voir dans ces propositions les éléments nécessaires à constituer des faits vérifiables autorisant à enlever toute suspicion de partialité au nouveau Conseil de la concurrence. La Cour de Strasbourg a en effet soulevé dans son arrêt qu'en la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables, à commencer, au pénal, par les prévenus (*Didier c. France* (déc.), n° 58188/00, 27 août 2002). Elle a rappelé aussi que les notions d'indépendance et d'impartialité objective sont étroitement liées (*Kleyn et autres c. Pays-Bas* [GC], n° 39343/98, 39651/98, 4147/98 et 46664/99, § 192, CEDH 2003-VI). Dans son avis, le Conseil d'Etat s'est déclaré bien conscient que la décision du Conseil de la concurrence peut être soumise à l'appréciation des juridictions administratives statuant comme juge du fond. Comme la Convention européenne des droits de l'Homme prévoit la transparence, l'impartialité et l'indépendance à tous les niveaux de la procédure, il a semblé pour le moins inconvenant au Conseil d'Etat de permettre la violation des prescriptions de la Convention par l'administration sous le prétexte que les personnes concernées pourront toujours saisir une juridiction statuant en pleine juridiction pour voir redresser ces violations. Cette approche n'entraînerait pas seulement une

27 Avis du Conseil d'Etat du 16 juillet 2010.

perte de temps et des frais, mais constituerait toujours une violation des dispositions de la Convention. Les auteurs ont proposé deux genres de recours différents, suivant que la décision sera prise par le président du Conseil de la concurrence ou le conseiller désigné ou par le Conseil statuant en formation collégiale. Dans le premier cas, ce serait un recours en annulation et dans le deuxième cas, un recours en pleine juridiction. Le Conseil d'Etat était d'avis que dans les deux cas le principe de proportionnalité des mesures peut être mis en cause, de façon qu'un recours en pleine juridiction conviendrait mieux pour contrôler la mesure ordonnée quant à ce principe. Il a encore été d'avis que toutes les décisions qui ont un caractère de sanction ou dissuasif doivent être soumises au contrôle en pleine juridiction. Il a renvoyé à cet égard à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et notamment à l'arrêt du 4 mars 2004, n° 47650/99, *Silvester's Horeca Service c. Belgique*.

C) *Le pouvoir réglementaire dans les matières réservées à la loi*

L'article 32, paragraphe 3 de la Constitution dispose que « dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi ». A de nombreuses occasions, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de rappeler ces règles et de rendre attentif que les dispositions réglementaires qui ne le respectent pas risquent d'encourir la sanction de la non-application par les juridictions, en vertu de l'article 95 de la Constitution.

Le pouvoir du Grand-Duc d'intervenir dans les matières réservées est subordonné à une attribution expresse de la Chambre des députés. Cette habilitation ne peut toutefois pas être générale. Elle doit s'inscrire dans une finalité bien précise et obéir, selon les cas, à des conditions particulières de fond et de forme. Le législateur pourrait ainsi en subordonner l'effet à l'assentiment de la Conférence des présidents ou encore à l'avis obligatoire - le cas échéant même conforme - du Conseil d'Etat. Il appartient donc à la Chambre des députés de décider si elle souhaite que les règlements soient pris suivant la procédure de droit commun impliquant la consultation du Conseil d'Etat, sauf urgence, ou si au contraire elle souhaite rendre obligatoire l'avis du Conseil d'Etat.²⁸

En ces matières, l'article 76, alinéa 2 de la Constitution ne peut dès lors trouver application, en ce que cette disposition ne permet au Grand-Duc que de charger les membres du Gouvernement de prendre des règlements dans le seul cadre des articles 36 et 37 de la Constitution. Les dispositions réglementaires ne respectant pas ces règles risquent d'encourir la sanction de la non-application par les juridictions, en vertu de l'article 95 de la Constitution.

28 Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 24 novembre 2009 relatif au projet de loi relative à la profession de l'audit et - portant transposition de la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, et abrogeant la directive 84/253/CEE du Conseil.

1. *Protection de la vie privée (article 11, (3) Constitution)*

Le projet de loi portant modification des articles 5 et 9 de la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et de l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle²⁹ avait principalement pour objet de transposer en droit national « certains éléments » de la directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques). La modification proposée était censée apporter des précisions relatives à la rétention des données relatives au trafic et de données de localisation en matière de télécommunication en vue d'assurer leur disponibilité à des fins de recherche, de détection et de poursuite d'infractions graves. Elle s'inscrit dans le contexte de la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et répond de ce fait au principe de proportionnalité qui régit toute exception à un droit fondamental. L'article 11(3) de la Constitution dispose que l'Etat garantit la protection de la vie privée, sauf les exceptions fixées par la loi. L'article 8(2) de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ajoute qu'il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le Conseil d'Etat a pris note que les auteurs ont opté pour une deuxième voie de transposition partielle de la directive précitée par le biais du projet de règlement grand-ducal déterminant les catégories de données à caractère personnel générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques ou de réseaux de communications publics. Or, le Conseil d'Etat a insisté à ce que ce règlement se limite à sa base légale, à savoir les catégories de données. Les autres dispositions de la directive, telles que les nouvelles notions à définir, la sécurité des données et l'établissement de statistiques sont à introduire dans la loi.

2. *Protection de la santé (article 11(5) Constitution)*

A l'occasion de l'examen du projet de règlement grand-ducal portant introduction d'un modèle type de dossier individuel du patient hospitalier et d'un modèle type de résumé clinique et modifiant le règlement grand-ducal modifié du 7 juin 1979 déterminant les actes, documents et fichiers autorisés à utiliser le numéro d'identité des personnes physiques et morales³⁰, le Conseil d'Etat a retenu que, depuis l'adoption de la loi du 28 août

29 Avis du Conseil d'Etat du 22 juin 2010.

30 Avis du Conseil d'Etat du 24 novembre 2009.

1998 sur les établissements hospitaliers, le contexte constitutionnel, et plus particulièrement l'article 11 de la Constitution, ont été modifiés en ce sens que les matières y réservées ne se limitent plus à la protection de la santé des travailleurs, mais s'étendent maintenant à tous les éléments de la politique en matière de protection de la santé. L'article 10 de la loi précitée du 28 août 2010, envisagé par les auteurs comme base habilitante, a trait à la détermination de normes d'aménagement, d'organisation et de dotation en personnel des établissements hospitaliers en général et des services en particulier et ne peut donc pas être retenu comme base habilitante du projet de règlement grand-ducal sous avis au sens de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution. Les dispositions envisagées risquent donc d'encourir la sanction de l'article 95 de la Constitution, alors qu'elles ne répondent pas aux exigences de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution. Cette disposition écarte l'application de l'article 36 de la Constitution et partant le pouvoir spontané du Grand-Duc de prendre des règlements. Aussi, le Conseil d'Etat a-t-il insisté à ce que les redressements nécessaires soient opérés au niveau de la législation hospitalière.

Dans le contexte du projet de loi transposant, pour les professions de médecin, de médecin-dentiste, de médecin vétérinaire, de pharmacien et de certaines autres professions de santé, les dispositions de la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et de la directive 2006/100/CE portant adaptation de certaines directives dans le domaine de la circulation des personnes, en raison de l'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie³¹, les auteurs prévoyaient que les modalités de compréhension de la langue luxembourgeoise peuvent être précisées par règlement grand-ducal. Le Conseil d'Etat, admettant qu'il s'agit de vérifier le niveau des compétences linguistiques, a invité les auteurs, sous peine d'opposition formelle, à préciser le terme de « modalités de compréhension », ou à supprimer cette disposition qui, telle que formulée actuellement, est trop floue pour permettre au Grand-Duc de prendre un règlement qui soit conforme aux exigences de l'article 32 de la Constitution.

3. *Liberté du commerce et de l'industrie (article 11(6) Constitution)*

Mise sur le marché de machines et de véhicules

L'article 11, paragraphe 6 du projet de loi 1. portant transposition de la directive 2006/42/CE relative aux machines; 2. modifiant l'article 14 de la loi du 20 mai 2008 relative à la création d'un Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services; 3. concernant la mise à disposition de machines; 4. concernant les machines d'occasion³² avait pour objet premier de transposer l'article 14 de la directive relatif aux organismes notifiés que les Etats membres peuvent désigner pour procéder à l'évaluation de la conformité des différentes catégories de ma-

31 Avis du Conseil d'Etat du 18 décembre 2009.

32 Avis du Conseil d'Etat du 6 octobre 2009.

chines suivant la procédure dite « examen CE de type » prévue à son Annexe IX ou pour évaluer le système de qualité censé assurer la conformité des machines selon les errements retenus à l'Annexe X. Le Conseil d'Etat de rappeler que les critères minima de l'annexe XI doivent obligatoirement être repris dans l'article sous examen, conformément aux exigences de l'article 11(6) de la Constitution. Il s'est opposé formellement à la solution proposée par les auteurs de faire figurer ces critères dans une annexe de la loi en projet, alors que cette annexe peut du vœu des auteurs être modifiée par voie de règlement grand-ducal.

Les homologations automobiles, qui comptent des prescriptions quant à la mise sur le marché de nouveaux types de véhicules routiers, relèvent des matières réservées à la loi formelle en application de l'article 11(6) de la Constitution. La loi du 6 juillet 2004 modifiant la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques a spécialement introduit une base légale adéquate pour prendre le type de règlement répondant aux prescriptions de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution³³.

Licences des contrôleurs aériens

Les critères et les conditions de la délivrance, du maintien et du retrait des licences et partant des éléments qui déterminent la limitation de l'exercice d'une profession, doivent, quant à leur principe, faire l'objet d'une loi et ce au regard de l'article 11, paragraphes 5 et 6 de la Constitution. Le Conseil d'Etat a constaté que le projet de loi délègue au pouvoir réglementaire grand-ducal la mise en oeuvre de la majeure partie des dispositions contenues dans la directive 2006/23/CE du 5 avril 2006 du Parlement européen et du Conseil concernant une licence communautaire de contrôleur de la circulation aérienne directive qu'il a pour objet de transposer. Pour ces mêmes motifs, le Conseil d'Etat a insisté que les définitions de la terminologie employée, reprises de la directive et contenues dans le projet de règlement grand-ducal, soient insérées dans le dispositif du projet de loi. Il en est de même des dispositions du projet de règlement grand-ducal qui ont trait à la reconnaissance des licences délivrées par un autre Etat membre de l'Union européenne, par un pays tiers à l'Union européenne ou une organisation internationale ayant reçu une délégation à cet effet prévue par le projet de règlement grand-ducal.³⁴

33 Avis du Conseil d'Etat du 8 décembre 2009 relatif au projet de règlement grand-ducal modifiant le règlement grand-ducal modifié du 3 février 1998 portant exécution de Directives des C.E. relatives à la réception des véhicules à moteur et de leurs remorques ainsi que des tracteurs agricoles et forestiers à roues.

34 Avis du Conseil d'Etat du 18 décembre 2009 relatif aux 1. Projet de loi relatif aux licences des contrôleurs de la circulation aérienne; 2. Projet de règlement grand-ducal relatif aux conditions de délivrance, de maintien en état de validité, de retrait et de suspension des licences, qualifications et mentions de contrôleur de la circulation aérienne et transposant la directive 2006/23/CE du 5 avril 2006 du Parlement européen et du Conseil concernant une licence communautaire de contrôleur de la circulation aérienne.

Produits biocides

Le projet de loi modifiant la loi modifiée du 24 décembre 2002 relative aux produits biocides prévoyait que « les périodes fixées (...) peuvent être abrégées par une décision ministérielle prise en conformité avec les mesures communautaires arrêtées en vertu de la directive. » Conformément à l'article 16 de la directive 98/8/CE, il s'agirait de propositions de la Commission en vue de limiter la commercialisation et l'emploi de substances actives suite à une décision de non-inscription aux annexes I, I A ou I B de la directive. Selon le Conseil d'Etat, il convenait de supprimer cette disposition laissant au ministre le choix de déroger à une disposition légale en fixant une autre période que celle prévue par la loi, fût-ce suite à une proposition de la Commission, comme étant contraire à l'article 32(2) de la Constitution. En effet, d'après cet article constitutionnel, seul le Grand-Duc peut être habilité à déroger à la loi. Le maintien de la disposition sous examen aurait dès lors mis le Conseil d'Etat dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel au texte sous avis. En ordre subsidiaire, le Conseil d'Etat a précisé qu'une telle dérogation pourrait tout au plus faire l'objet d'un règlement grand-ducal, pour autant que les périodes visées soient clairement spécifiées.

Agriculture

A l'examen du projet de règlement grand-ducal concernant la lutte contre les nématodes à kystes de la pomme de terre, le Conseil d'Etat a rappelé que la loi du 14 juillet 1971 concernant la protection des végétaux et produits végétaux contre les organismes nuisibles prévoit qu'en vue de mener la lutte contre l'apparition ou la propagation d'organismes nuisibles susceptibles d'affecter les végétaux - plantes vivantes et semences - et les produits d'origine végétale, des règlements grand-ducaux peuvent être pris pour organiser la lutte antiparasitaire, pour interdire ou réglementer la culture de végétaux sur des surfaces contaminées et la commercialisation de terre, de végétaux ou de produits végétaux contaminés, pour interdire l'importation, l'exportation et le transit de végétaux, produits végétaux et objets susceptibles d'être contaminés, ou encore pour interdire l'introduction d'organismes nuisibles. Les interdictions et réglementations visées comportent des restrictions à la liberté de commerce et à l'exercice du travail agricole qui constituent, selon l'article 11(6) de la Constitution, une matière réservée à la loi. Toutefois, le Conseil d'Etat a considéré que l'article 4 ainsi que les articles 5 et suivants de la loi de 1971 tracent les grands principes et fixent les règles essentielles, de sorte que les articles 2 et 3 peuvent dès lors abandonner au pouvoir réglementaire la charge de préciser les conditions d'application à partir du concept légalement formulé. Cependant, dans une matière réservée à la loi formelle, l'habilitation générale faite par la loi au Grand-Duc de prendre les mesures d'exécution nécessaires à son application interdit la délégation des mesures visées à un membre du Gouvernement, cette délégation n'étant possible en vertu de l'article 76, alinéa 2 de la Constitution qu'en matière de pouvoir réglementaire d'exécution tel que prévu aux articles 36 et 37 de celle-ci³⁵.

35 Avis du Conseil d'Etat du 16 juillet 2010 relatif au projet de règlement grand-ducal définissant les règles spéciales applicables à la commercialisation du bétail de boucherie.

4. *Enseignement (article 23 Constitution)*

Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de rappeler à différentes reprises que l'enseignement est une matière réservée à la loi en application de l'article 23 de la Constitution, et que des règlements d'exécution ne sont dès lors possibles que sur base de l'article 32(3) de la Constitution.

Formation et brevets

Ainsi il a demandé aux auteurs de revoir les dispositions du projet de règlement grand-ducal relatif à l'organisation des études et à la promotion des étudiants des formations sanctionnées par l'obtention du brevet de technicien supérieur³⁶ qui se fondaient sur une base légale insuffisante, voire inexistante. De même a-t-il critiqué que le projet de loi portant modification de la loi du 11 juillet 1996 portant organisation d'une formation menant au brevet de maîtrise et fixation des conditions d'obtention du titre et du brevet de maîtrise prévoit que les cours de pratique professionnelle sont organisés selon les besoins et que chaque année une liste des métiers dans lesquels lesdits cours sont organisés est arrêtée par le ministre ayant la Formation professionnelle dans ses attributions. Du fait de l'expression vague « en cas de besoin », la disposition sous avis faisait dépendre l'exécution de la future loi du ministre, qui aurait pu décider chaque année pour quels métiers les cours seront organisés. Le texte légal en projet ne se serait donc pas suffi à lui-même pour être appliqué dans toute son étendue, d'où une dévolution du pouvoir réglementaire par le législateur à un ministre, dévolution qui pose problème au regard de la jurisprudence constitutionnelle (Cour constitutionnelle, Arrêt n°01/98 du 6 mars 2008). Pour être conforme aux exigences constitutionnelles, le Conseil d'Etat a proposé que le texte de loi contienne tous les éléments nécessaires et suffisants à son exécution, soit détermine, conformément à l'article 32, paragraphe 3 précité, les fins, les conditions et les modalités suivant lesquelles le Grand-Duc pourra prendre les règlements nécessaires à son application.

Aides financières en faveur des étudiants (article 23, alinéa 3 Constitution)

A propos d'une disposition³⁷ ayant pour objet de donner une base légale à deux règlements grand-ducaux, prévoyant des indemnités pour certains médecins en voie de formation, à savoir les médecins en voie de formation spécifique en médecine générale au

36 Avis du Conseil d'Etat du 8 décembre 2009.

37 Avis du Conseil d'Etat du 18 décembre 2009 relatif au projet de loi transposant, pour les professions de médecin, de médecin-dentiste, de médecin vétérinaire, de pharmacien et de certaines autres professions de santé, les dispositions de la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et de la directive 2006/100/CE portant adaptation de certaines directives dans le domaine de la circulation des personnes, en raison de l'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie, et modifiant 1. la loi modifiée du 29 avril 1983 concernant l'exercice des professions de médecin, de médecin-dentiste et de médecin vétérinaire; 2. la loi du 31 juillet 1991 déterminant les conditions d'autorisation d'exercer la profession de pharmacien; 3. la loi modifiée du 26 mars 1992 sur l'exercice et la revalorisation de certaines professions de santé; 4. la loi du 11 janvier 1995 portant réorganisation des écoles publiques et privées d'infirmiers et d'infirmières et réglementant la collaboration entre le ministère de l'Education nationale et le ministère de la Santé.

Luxembourg et les médecins en voie de spécialisation à l'étranger, le Conseil d'Etat a noté que le terme « les étudiants en médecine » est un terme trop vague et a insisté pour que le cercle des bénéficiaires de cette aide soit davantage précisé. Le texte restait par ailleurs muet sur les principes de ces aides et leurs montants. Or, l'allocation d'aides financières doit tenir compte de deux articles constitutionnels, à savoir l'article 23, alinéa 3 (« La loi règle tout ce qui est relatif à l'enseignement et prévoit, selon des critères qu'elle détermine, un système d'aides financières en faveur des élèves et étudiants. ») et l'article 103 (« Aucune gratification à charge du trésor ne peut être accordée qu'en vertu de la loi. »). Leur respect exige que le principe de ces aides ainsi que les critères d'allocation soient fixés dans la loi. S'il est vrai que l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution donne pouvoir au Grand-Duc de prendre des règlements et arrêtés dans le domaine des matières réservées à la loi par la Constitution, il faut encore que ces règlements et arrêtés soient pris « aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi ». De l'avis du Conseil d'Etat, le texte actuel du projet de loi sous examen ne répond pas à cette exigence. Le Conseil d'Etat y a donc marqué son opposition formelle. La même observation de principe valait à l'égard des montants des aides, quelque forme que prennent ces dernières. C'est le texte de la loi qui doit fixer sinon des montants précis, du moins les maxima des aides des différentes catégories.

Ces réserves se sont encore imposées dans le cadre de l'examen du projet de loi modifiant notamment la loi modifiée du 22 juin 2000 concernant l'aide financière de l'Etat pour études supérieures, à propos de l'article 4 portant sur les critères d'attribution de l'aide financière qui prévoit que la proportion dans laquelle l'aide financière est accordée sous forme de bourse ou de prêt dépend de la situation financière et sociale de l'étudiant dont les modalités de la prise en compte sont déterminées par règlement grand-ducal, et des frais d'inscription à charge de l'étudiant. A ce sujet, le Conseil d'Etat a noté que la modification essentielle par rapport à la législation actuelle consistait dans le fait que la situation financière et sociale des parents n'était plus prise en compte. Certes, l'article 4 n'avait pas donné lieu à observation de la part du Conseil d'Etat dans son avis du 21 mars 2000 sur le projet devenu la loi du 22 juin 2000 concernant l'aide financière de l'Etat pour études supérieures. Toujours est-il que depuis la révision constitutionnelle entreprise en 2004, le Conseil d'Etat applique aux domaines réservés à la loi formelle les critères prévus à l'article 32, paragraphe 3. Il a dès lors estimé que la sécurité juridique serait renforcée, si l'administré trouvait dans le texte même de la loi les éléments essentiels de ses droits.

5. *Forces de l'ordre (article 97 Constitution)*

Le projet de loi relative à l'élargissement des compétences des agents municipaux et portant modification de la loi communale du 13 décembre 1988, du Code pénal et des dispositions législatives concernant les gardes champêtres³⁸ prévoyait l'adoption d'un

38 Avis du Conseil d'Etat du 19 janvier 2010.

règlement grand-ducal pour organiser la formation, le recrutement et la rémunération des agents municipaux. Comme les représentants du ministère public l'ont souligné dans leur avis, l'article 97 de la Constitution réserve l'organisation et les attributions des forces de l'ordre à la loi. On ne saurait soutenir que les agents municipaux échappent à cette disposition dès lors qu'ils ne sont pas armés et n'ont pas de fonction de police judiciaire; en effet, le Conseil d'Etat a toujours défendu une acception très large de la notion de force de l'ordre englobant tous les corps d'agents chargés de missions de maintien de l'ordre public. La position du Conseil d'Etat a été renforcée par la révision constitutionnelle du 19 novembre 2004 qui consacre, à l'article 32, paragraphe 3, le concept de matière réservée à la loi et impose au législateur de fixer les fins, conditions et modalités pour l'adoption de règlements dans ces matières. Au regard des dispositions combinées des articles 97 et 32, paragraphe 3, de la Constitution, le Conseil d'Etat a dès lors formulé une opposition formelle à l'encontre du projet de loi en question.

Dans le cadre de son examen du projet de loi relative à la concurrence et abrogeant la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence³⁹, le Conseil d'Etat a rappelé sa réserve itérativement formulée concernant l'attribution du statut d'officier de police judiciaire à des fonctionnaires qui ne sont pas rompus aux règles de cette fonction et notamment aux dispositions du Code d'instruction criminelle qu'ils sont obligés de respecter dans leur fonction assumée. Il a insisté, sous peine d'opposition formelle, que de façon générale les fonctionnaires susceptibles d'être assermentés comme officiers de police judiciaire soient désignés par référence à leurs fonctions et grades dans la hiérarchie interne de l'administration de laquelle ils relèvent et qu'ils justifient une qualification professionnelle à la hauteur de leur tâche qu'ils auront acquise grâce à une formation spéciale.

6. *Fiscalité (article 99 Constitution)*

Droit de timbre

Le projet de règlement grand-ducal portant organisation de la validation des acquis de l'expérience pour la délivrance des brevets, diplômes et certificats comme prévue au chapitre V de la loi portant réforme de la formation professionnelle⁴⁰ habilitait le ministre ayant l'Education nationale et de la Formation professionnelle dans ses attributions à fixer le montant du droit de timbre auquel le dépôt de la demande de recevabilité sera soumis. Le Conseil d'Etat s'est opposé à cette disposition alors que l'article 99 de la Constitution réserve la matière fiscale à la loi. Or, en matière réservée à la loi, l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution réserve au seul Grand-Duc le droit de faire des règlements aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi. L'article 76, alinéa 2 de la Constitution ne peut dès lors trouver application, en ce qu'il permet au Grand-Duc de charger les membres du Gouvernement à prendre des règlements dans le seul cadre des articles 36 et

39 Avis du Conseil d'Etat du 16 juillet 2010.

40 Avis du Conseil d'Etat du 24 novembre 2009.

37 de la Constitution. La disposition sous avis risquait en conséquence d'encourir la sanction de la non-application par les juridictions, en vertu de l'article 95 de la Constitution.

D) Institutions et administrations publiques

1. Grand-Duc

Pouvoir réglementaire

A l'occasion de son examen du projet de loi relative aux licences des contrôleurs de la circulation aérienne et transposant la directive 2006/23/CE du 5 avril 2006 du Parlement européen et du Conseil concernant une licence communautaire de contrôleur de la circulation aérienne⁴¹, le Conseil d'Etat s'est opposé formellement à l'encontre d'une disposition déléguant à un règlement ministériel la fixation des modalités d'organisation et de fonctionnement ainsi que la composition et les nominations de la future commission spéciale des licences des contrôleurs de la circulation aérienne. En effet, d'après l'article 36 de la Constitution, le pouvoir réglementaire d'exécution des lois appartient au seul Grand-Duc.

2. Chambre des députés

Règlement

Le droit de la Chambre de régler elle-même le mode suivant lequel elle exerce ses attributions découle directement de l'article 70 de la Constitution. Cette prérogative ne trouve sa limite que dans l'article 51(2) disposant que l'organisation de la Chambre est réglée par la loi ainsi que, pour autant que le droit d'enquête est visé, dans le texte de l'article 64 de la Constitution. Il y a lieu de distinguer entre, d'une part, « l'organisation de la Chambre » et « l'exercice du droit d'enquête », domaines réservés à la loi formelle et, d'autre part, « le mode d'exercice des attributions », qui est du domaine du règlement visé par l'article 70 de la Constitution. Dans la mesure où le règlement de la Chambre est certes équipollent à la loi, mais n'est pas une loi formelle, il ne saurait s'imposer aux citoyens et administrés. Or, le droit d'enquête impose des obligations aux citoyens. Il doit dès lors être régi par la loi. L'habilitation prévue au profit du règlement de la Chambre étant inconciliable avec le texte de l'article 64 de la Constitution, qui réserve à la seule loi l'organisation de ce droit, le Conseil d'Etat s'est opposé formellement au libellé proposé⁴².

Enquêtes parlementaires (article 64 Constitution)

Dans le cadre de son examen sur la proposition de loi sur les enquêtes parlementaires⁴³, le Conseil d'Etat a relevé que l'article 4 précise le mode de fonctionnement de la com-

41 Avis complémentaire du Conseil d'Etat.

42 Avis du Conseil d'Etat du 23 février 2010 relatif à la proposition de loi sur les enquêtes parlementaires.

43 ibidem.

mission. Il était prévu de donner à la commission les mêmes droits que ceux réservés au juge d'instruction. En règle générale, les séances lors desquelles la commission entendra des témoins seront publiques. Il était néanmoins prévu que, dans certaines hypothèses, « les personnes assistant à certaines enquêtes peuvent être soumises au secret professionnel ». Cette disposition n'est pas sans poser problème. Qui est visé par « les personnes assistant à certaines enquêtes »? L'hypothèse visée se situe nécessairement dans le contexte d'une mesure exécutée en séance non publique, cas déjà exceptionnel. S'agira-t-il des témoins, ou la disposition vise-t-elle uniquement le personnel de la Chambre ainsi que, le cas échéant, les traducteurs ou interprètes? Quel secret professionnel est visé, s'agissant de témoins, le cas échéant, soumis par ailleurs à aucun secret? Le Conseil d'Etat conçoit qu'il puisse exister des situations justifiant pareilles exceptions, mais estime qu'il serait préférable de les circonscrire dans la loi. Le renvoi au règlement de la Chambre pose problème dans la mesure où la violation du secret professionnel dans des hypothèses exclusivement fixées par le règlement de la Chambre aura néanmoins des répercussions pénales pour les personnes visées alors qu'elles ne sont pas soumises au règlement de la Chambre qui constitue une réglementation à usage interne. Le Conseil d'Etat s'oppose dès lors formellement à ce qu'une disposition ayant des implications directes sur des tiers puisse figurer dans le règlement.

Relations avec la Cour des comptes

A l'examen de la proposition de loi modifiant la loi modifiée du 8 juin 1999 portant organisation de la Cour des comptes⁴⁴, le Conseil d'Etat a retenu qu'il est inadmissible qu'une procédure arrêtée par la « Commission du contrôle de l'exécution budgétaire » puisse se substituer à des dispositions réservées à la loi formelle, alors que l'article 105, paragraphe 2 de la Constitution réserve à la loi formelle les relations de la Cour des comptes avec la Chambre des députés. Si, d'après l'article 70 de la Constitution, « la Chambre détermine par son règlement le mode suivant lequel elle exerce ses attributions », cette faculté est cependant mise en échec dans les matières où la Constitution prévoit une loi formelle.

Ratification des traités et conventions

En vertu de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution, la loi d'approbation d'un traité comportant la dévolution à des institutions de droit international d'attributions réservées aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire (article 49bis Constitution) doit être votée à une majorité qualifiée dans les conditions de l'article 114, alinéa 2⁴⁵ de la Constitution.

Dans le cadre de son examen des projets de loi ratifiant des instruments internationaux, le Conseil d'Etat examine dès lors s'il y a dévolution de compétences à un organe international. Ainsi, à l'examen du projet de loi portant approbation de l'Accord multilatéral

44 Avis du Conseil d'Etat du 19 janvier 2010.

45 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.

entre la Communauté européenne et ses Etats membres, la République d'Albanie, l'ancienne République yougoslave de Macédoine, la Bosnie-Herzégovine, la République de Bulgarie, la République de Croatie, la République d'Islande, la République du Monténégro, le Royaume de Norvège, la Roumanie, la République de Serbie, et la Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo sur la création d'un espace aérien commun européen (EACE), signé à Luxembourg, le 9 juin 2006⁴⁶, le Conseil d'Etat a noté que certaines décisions du comité mixte prévu aux articles 18 et 19 de l'Accord multilatéral à approuver par le présent projet de loi sont obligatoires pour les parties contractantes. En l'occurrence, on se trouve dans le cas de figure d'une dévolution de puissance souveraine (article 49bis de la Constitution⁴⁷), alors que des modifications aux annexes de l'Accord peuvent intervenir sans le consentement des parties contractantes.

Les mêmes considérations ont prévalu à l'endroit du projet de loi portant approbation de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, faite à New York, le 13 décembre 2006 et du Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits des personnes handicapées relatif au Comité des droits des personnes handicapées, fait à New York, le 13 décembre 2006, étant donné que la clause d'amendement prévue est susceptible de comporter un transfert d'attributions normalement réservées par la Constitution au pouvoir législatif. A ce titre, le Conseil d'Etat a rappelé que depuis la révision constitutionnelle du 29 mars 2007 l'intégration des citoyens atteints d'un handicap relève de la loi formelle.

A l'occasion de son examen du projet de loi portant approbation des Accords entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et certains pays tiers concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, qui ont pour objet d'approuver dix accords conclus entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise (UEBL) et respectivement le Bahreïn, l'Ethiopie, le Qatar, la Corée, le Rwanda, l'Oman, la Colombie, le Tadjikistan, le Panama et la Barbade, le Conseil d'Etat a noté que le projet de loi était conforme à la ligne définie en 2002 par le Gouvernement, en vertu de laquelle il ne suffit pas que les accords UEBL soient ratifiés par la seule Belgique, mais qu'il faut qu'ils soient aussi ratifiés et publiés par le Luxembourg, formalités exigées en conformité avec l'article 37 de la Constitution.

3. *Finances publiques*

Budget et comptabilité de l'Etat

Dans son avis 8 décembre 2009 sur le projet de loi portant règlement du compte général de l'exercice 2008, le Conseil d'Etat a constaté que le ministère des Finances, dans sa

46 Avis du Conseil d'Etat du 2 février 2010.

47 **Art. 49bis.** *L'exercice d'attributions réservées par la Constitution aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire peut être temporairement dévolu par traité à des institutions de droit international.*

prise de position relative au rapport général de la Cour des comptes pour l'exercice 2008, avait conclu que « Les efforts entrepris par la Trésorerie de l'Etat en 2004 au niveau du budget pour ordre n'avaient pas pour but de trouver une solution à la situation actuelle (...) critiquée par la Cour des comptes, mais avaient pour seul but de redresser des erreurs comptables qui s'étaient accumulées au fil des années. Ces opérations ont effectivement réduit le solde cumulé global mais la situation de déséquilibre chronique persistera aussi longtemps que la loi n'esquisse pas une solution praticable ». Au vu de ces explications, le Conseil d'Etat a rappelé ses avis antérieurs, notamment celui du 25 octobre 2005 sur le projet de loi portant règlement du compte général de l'exercice 2003, et a réitéré sa demande au Gouvernement d'adapter le cadre légal en place pour répondre aux contraintes posées par les errements de comptabilisation inhérents aux budgets et comptes pour ordre.

Marchés publics

A l'occasion de son examen du projet de loi relatif aux travaux de mise en valeur des hauts fourneaux A et B de Belval, le Conseil d'Etat a rappelé que l'accord parlementaire requis en vertu de l'article 99 de la Constitution ne constitue qu'une autorisation sans obligation pour le pouvoir exécutif de procéder à la dépense des crédits alloués.

Impôts et redevances

Selon l'article 102, les communes sont les seules autorités à côté de l'Etat à pouvoir lever des impôts. Par référence à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle⁴⁸, la loi ne saurait attribuer l'exécution des dispositions constitutionnelles à une autorité autre que celle que la Constitution a elle-même désignée. En l'occurrence, il n'est pas permis au législateur d'attribuer une part du pouvoir fiscal à un établissement public, pouvoir qui, en vertu de la Constitution, est réservé à l'Etat et aux communes⁴⁹.

L'article 102 de la Constitution exige que les conditions et les modalités de perception et d'application des redevances dues pour les prestations en relation avec la délivrance et le maintien en validité des licences, qualifications et mentions du contrôleur de la circulation aérienne soient déterminées par la loi qui fixera par ailleurs au moins le montant maximal qui pourra être perçu à ce titre⁵⁰.

48 Cf. Arrêt n° 01/98 du 6 mars 1998.

49 Avis du Conseil d'Etat du 23 février 2010 relatif au projet de loi portant création des communautés urbaines.

50 Avis du Conseil d'Etat du 18 décembre 2009 relatif aux 1. Projet de loi relatif aux licences des contrôleurs de la circulation aérienne; 2. Projet de règlement grand-ducal relatif aux conditions de délivrance, de maintien en état de validité, de retrait et de suspension des licences, qualifications et mentions de contrôleur de la circulation aérienne et transposant la directive 2006/23/CE du 5 avril 2006 du Parlement européen et du Conseil concernant une licence communautaire de contrôleur de la circulation aérienne.

D'après le Conseil d'Etat, il y a lieu de distinguer clairement entre les notions de taxe et redevance à l'instar de la jurisprudence en la matière, et de préciser à quel moment et pour quel service, soit une taxe, soit une redevance, voire les deux sont dues⁵¹.

Gratifications

L'article 103 de la Constitution prévoit qu'« aucune pension, aucun traitement d'attente, aucune gratification à charge du trésor ne peuvent être accordés qu'en vertu de la loi ». Alors qu'il est difficile de régler en matière d'indemnités pour services extraordinaires le moindre détail dans la loi même, le Conseil d'Etat admet que les modalités soient fixées par règlement grand-ducal, sous condition que le principe même de l'indemnisation soit prévu par la loi de base. Le texte de la loi modifiée du 12 juin 2004 portant création d'une Administration des services de secours a pris soin de régler en ses articles 29 et 30 l'indemnisation des conseillers techniques et membres du Conseil supérieur des services de secours. Les autres volontaires, qui assument des fonctions spécifiques, ont malheureusement été oubliés au niveau de la loi⁵².

L'article 7 du projet de règlement grand-ducal concernant la participation du Luxembourg à l'opération navale de l'Union européenne (EUNAVFOR ATALANTA) contre la piraterie au large de la Somalie⁵³ prévoyait l'allocation d'une indemnité de jour et de nuit dont les montants sont fixés par le Gouvernement en Conseil. D'après le Conseil d'Etat, cette disposition aurait dû être supprimée. S'il s'agit en l'occurrence du remboursement des débours exposés par l'officier, la matière est couverte par la réglementation applicable en matière de frais de route; s'il s'agit par contre de l'attribution d'une indemnité supplémentaire à l'indemnité spéciale envisagée à l'endroit de l'article 8, la disposition ne répond pas aux règles de l'article 103 de la Constitution. Etait pareillement contraire audit article de la Constitution la deuxième phrase de l'article 8 (7 selon le Conseil d'Etat) suivant laquelle « Le membre de l'Armée luxembourgeoise ou ses ayants droit bénéficient d'une indemnisation particulière en cas d'invalidité permanente ou de décès. » L'indemnisation des risques envisagés étant par ailleurs adéquatement couverte par la législation applicable. Le Conseil d'Etat a demandé de supprimer cette phrase, qui, outre son caractère inconstitutionnel, est parfaitement gratuite.

51 Avis du Conseil d'Etat du 29 juin 2010 relatif au projet de règlement grand-ducal instituant la perception de taxes et de redevances relatives aux licences, qualifications et reconnaissance de licences du personnel de conduite d'aéronefs et du personnel d'entretien d'aéronefs.

52 Avis du Conseil d'Etat du 6 octobre 2009 sur le projet de règlement grand-ducal portant organisation:
1. de la division d'incendie et de sauvetage de l'Administration des services de secours
2. des services d'incendie et de sauvetage des communes.

53 Avis du Conseil d'Etat du 18 décembre 2009.

4. *Cour des comptes*

En ce qui concerne la proposition de loi modifiant la loi modifiée du 8 juin 1999 portant organisation de la Cour des comptes, il est renvoyé aux développements sous « Chambre des députés - relations avec la Cour des comptes ».

5. *Communes*

Syndicats intercommunaux

Objet

Appelé à se prononcer sur le projet d'arrêté grand-ducal portant approbation des nouveaux statuts du syndicat intercommunal à vocation multiple SIAS⁵⁴, le Conseil d'Etat a retenu qu'il « ne peut pas accepter la façon retenue par les auteurs pour déterminer les vocations futures du SIAS. (...) un objet aussi large est difficilement compatible avec les exigences de la loi précitée du 23 février 2001 dont l'article 2 insiste précisément sur une fixation claire des objectifs des syndicats intercommunaux ».

Désignation du vice-président

Aux termes du paragraphe 2 de l'article 6, le président du bureau est élu par le comité conformément aux articles 12 et 13 de la loi de 2001. Par contre, le vice-président du bureau serait désigné par le bureau. Comme l'article 13 de la loi précitée renvoie expressément pour l'élection des membres du bureau aux dispositions afférentes de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988, le Conseil d'Etat a estimé que la désignation du vice-président du bureau est une prérogative légale du comité et non du bureau.⁵⁵

Engagement du personnel ouvrier

Quant à l'engagement de personnel pour compte du syndicat (cf. paragraphe 6.4), le Conseil d'Etat a renvoyé à l'article 6 de la loi de 2001 pour attirer l'attention des responsables du syndicat sur les exigences des articles 30 et 57 de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 en matière de création de postes de travail et d'engagement de personnel. Il appartient en particulier au bureau, et non au comité, d'engager des ouvriers.⁵⁶

54 Avis du Conseil d'Etat du 22 septembre 2009.

55 Avis du Conseil d'Etat du 22 septembre 2009 sur le projet d'arrêté grand-ducal portant approbation des nouveaux statuts du Syndicat intercommunal à vocation multiple - SIAS et Avis du Conseil d'Etat du 22 septembre 2009 sur le projet d'arrêté grand-ducal autorisant la création du Syndicat pour la création d'un Parc Naturel dans la région du Mullerthal, en abrégé « Syndicat Mullerthal ».

56 *Ibidem*.

Communautés urbaines

Il n'est pas permis au législateur d'attribuer une part du pouvoir fiscal à un établissement public, pouvoir qui, en vertu de la Constitution, est réservé à l'Etat et aux communes. Le Conseil d'Etat ne saurait par conséquent pas dispenser du second vote constitutionnel la loi en projet en cas de maintien de la prérogative au bénéfice de la communauté urbaine de fixer la quote-part de chaque commune dans l'impôt commercial.⁵⁷

6. *Etablissements publics*

L'article 108*bis* sur les établissements publics, qui a été inséré dans la Constitution à l'initiative du Conseil d'Etat, réserve à ceux-ci un pouvoir réglementaire propre, qui reste toutefois soumis au pouvoir tutélaire de l'Etat. Face à certaines évolutions en matière d'établissements publics, le Conseil d'Etat éprouve cependant une vive inquiétude. Le manque de discernement dans la reconnaissance du statut d'établissement public, constaté dans le cadre de la réforme de la Chambre de commerce, et les limitations apportées au pouvoir tutélaire de l'Etat au motif de « l'indépendance » propagée sous le couvert du droit communautaire, illustré par le projet de loi modificative sur l'Institut luxembourgeois de régulation, aboutissent à une situation malsaine. Si tout contrôle ministériel, ou pire, si tout contrôle par la Chambre des députés est éliminé, il y a risque de création d'Etats dans l'Etat, fonctionnant en toute indépendance et soustraits aux pouvoirs législatif et exécutif, ce qui pose un problème évident au niveau des règles de fonctionnement d'un Etat démocratique.

Reconnaissance du statut d'établissement public

L'établissement public répond au principe de la décentralisation administrative par services. Le Constituant a placé les établissements publics à la suite des communes, qui répondent au principe de la décentralisation territoriale. Le projet de loi portant réorganisation de la Chambre de commerce entend instituer celle-ci en établissement public.

Alors que la vocation essentielle des chambres professionnelles est la sauvegarde et la défense des intérêts de ses ressortissants, intérêts qu'elles peuvent faire valoir en intervenant dans le processus législatif et réglementaire, le Conseil d'Etat a refusé d'accorder à la Chambre de commerce un statut particulier. Dans son avis complémentaire du 6 juillet 2010, il a observé qu'admettre que la Cour administrative⁵⁸ ait pu considérer qu'« un établissement public ne doit donc pas nécessairement être placé sous la tutelle de l'Etat », alors que l'article 108*bis* de la Constitution retient précisément le contraire, n'est pas acceptable. Soutenir ensuite que pareille tutelle « serait d'ailleurs incompatible

57 Avis du Conseil d'Etat du 23 février 2010 relatif au projet de loi portant création des communautés urbaines.

58 Arrêt du 11 mai 2010.

avec les missions de la Chambre de commerce qui l'amènent à intervenir avec une autonomie affirmée dans le processus législatif », pour en tirer non pas la conclusion que le statut d'établissement public ne sied décidément pas à une chambre professionnelle, mais celle qu'« il suffirait donc que le Gouvernement soit investi d'un pouvoir de surveillance » qui se manifesterait notamment « par les pouvoirs inscrits à l'article 28 de la loi modifiée du 4 avril 1924 », n'a pas non plus été acceptable à ses yeux.

Alors que l'exposé des motifs du projet de loi avait encore soutenu que « la loi future définissant le statut de la Chambre de commerce sera dégagée de la loi modifiée du 4 avril 1924 destinée à s'appliquer à toutes les chambres professionnelles », la commission parlementaire estimait que les « pouvoirs de surveillance » définis par la loi de 1924 feraient la spécificité de l'établissement public que serait dorénavant la Chambre de commerce. Celle-ci aurait donc été dès 1924 un établissement public *sui generis* qui s'ignorait. Le Conseil d'Etat a expliqué longuement dans son avis du 23 mars 2010 qu'un établissement public ne fonctionnant pas sous le régime intégral de l'article 108*bis* de la Constitution est inacceptable et qu'il verrait dans le maintien de l'article 1^{er} du projet de loi un argument suffisant pour refuser la dispense du second vote constitutionnel à un texte qui s'ingénierait à vider l'article 108*bis* de la Constitution de sa substance. Comme la Chambre des députés a maintenu tel quel l'article 1^{er}, le Conseil d'Etat a refusé par délibération du 16 juillet 2010 le second vote constitutionnel.

Autonomie des établissements publics

Le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 30 mai 2005 portant organisation de l'Institut luxembourgeois de régulation avait pour objet de mettre les dispositions de la loi nationale en phase avec les dispositions de la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communication électroniques. L'Institut luxembourgeois est un établissement public doté de la personnalité juridique. L'article 108*bis* de la Constitution prévoit que le pouvoir réglementaire peut être accordé à un établissement public par la loi qui peut en outre soumettre les règlements à l'approbation de l'autorité de tutelle ou même prévoir l'annulation ou la suspension en cas d'illegalité, sans préjudice des attributions des tribunaux judiciaires ou administratifs. La Constitution ne s'oppose dès lors pas à la création d'établissements publics à large indépendance par rapport à l'autorité de tutelle. Des établissements publics, dotés de la personnalité juridique, pour lesquels ne subsiste qu'une simple tutelle organique, sont par voie de conséquence constitutionnellement possibles.

Si l'existence de tels établissements est admissible d'un point de vue constitutionnel, le Conseil d'Etat n'est cependant pas convaincu que l'évolution actuelle, qui multiplie la

création de tels organismes à pouvoir réglementaire en les soustrayant à toute tutelle en ce qui concerne leur pouvoir normatif, soit saine.

Toutefois, au vu de l'interprétation jurisprudentielle de la notion « en toute indépendance », telle qu'elle résulte de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 9 mars 2010, d'une part, et du libellé de l'article 3*bis* de la directive 2002/21/CE, d'autre part, le Conseil d'Etat s'est demandé si l'approche des auteurs du projet de loi, qui ont procédé par simple élimination des textes prévoyant une possibilité d'intervention du Gouvernement, était suffisante. Dès lors, le Conseil d'Etat estimait opportun d'inclure dans le texte du projet de loi sous avis une disposition imposant une obligation positive, à l'instar de celle contenue dans le paragraphe 2 de l'article 5 de la loi modifiée du 23 décembre 1998 relative au statut monétaire et à la Banque centrale du Luxembourg prévoyant que « Dans l'exercice des pouvoirs et dans l'accomplissement des missions et des devoirs qui leur ont été conférés dans le domaine de la régulation, ni l'Institut luxembourgeois de régulation, ni un membre de ses organes ne peuvent solliciter ni accepter des instructions des institutions ou organes de l'Union européenne, des gouvernements des Etats membres ou de tout autre organe ».

Pouvoir normatif

A l'examen du projet de règlement grand-ducal déterminant les conditions de qualification professionnelle des réviseurs d'entreprises en exécution de la loi du 18 décembre 2009 relative à la profession de l'audit⁵⁹, le Conseil d'Etat note que les auteurs ont prévu l'obligation pour la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF) d'établir, par voie de règlement, une liste des agréments visés sous B et D de cet article. Or, l'article 108*bis* de la Constitution s'oppose à ce que le pouvoir normatif soit attribué à la CSSF par voie de règlement grand-ducal, cette compétence étant réservée au seul législateur.

Organes

Au sujet de l'inamovibilité des membres de la direction, les auteurs du projet de loi portant modification de la loi modifiée du 30 mai 2005 portant organisation de l'Institut luxembourgeois de régulation s'étaient directement inspirés de l'article 91 de la Constitution qui vise l'inamovibilité des juges. Le Conseil d'Etat a estimé que pour la nomination et la révocation des membres de la direction de l'ILR, dont la situation n'est pas comparable avec celle des juges, il y a lieu d'appliquer le principe du parallélisme des formes. Et il a demandé que le pouvoir d'initiative pour la suspension, la révocation ou le déplacement soit conféré au conseil de l'ILR.

59 Avis du Conseil d'Etat du 19 janvier 2010.

7. *Chambres professionnelles*

A l'examen du projet de loi portant réorganisation de la Chambre de Commerce le Conseil d'Etat a insisté, sous peine d'opposition formelle, sur la nécessité de maintenir l'unicité du statut des chambres professionnelles: « Au-delà du statut juridique de la Chambre de commerce, le Conseil d'Etat est surpris des méandres dans lesquelles s'engage la commission parlementaire pour dissocier la Chambre de commerce de la loi de 1924 (amendement 4 qui abroge les articles 2 à 28, à l'exception de l'alinéa 6 de l'article 3 de la loi de 1924 « pour autant uniquement qu'ils concernent la Chambre de commerce »), et qui par là estime que la Chambre de commerce « resterait, d'un point de vue formel, dans le champ d'application de la loi de 1924 » (commentaire de l'amendement 4). (...) Si la sortie formelle de la Chambre de commerce du contexte de la loi de 1924 n'a d'autre but que de mieux l'y maintenir (cf. le commentaire de l'amendement 4), une simple révision du texte des articles 35 à 37bis de la loi de 1924 aurait mieux atteint le résultat recherché. »

E) *Droit communautaire*

1. Rappel des règles du droit communautaire

Libre circulation des personnes

Admission à la fonction publique

A l'endroit de l'article 25 du projet de loi concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2010⁶⁰, le Conseil d'Etat a observé que le paragraphe 1^{er} visait le recrutement de personnes ressortissant d'un autre Etat membre de l'Union européenne. Dans la mesure où ledit paragraphe tablait sur la prémisse que les emplois dans l'administration publique sont réservés aux ressortissants luxembourgeois, il se plaçait en contradiction avec le droit communautaire. Le droit communautaire écarte en effet une interprétation institutionnelle de l'exception faite au principe de la libre circulation des travailleurs pour les « emplois de l'administration publique » au profit d'une notion fonctionnelle, d'après laquelle seuls les emplois « qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique » et les fonctions « qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques » sont placés hors du champ d'application du principe de la libre circulation des travailleurs et du projet de loi n° 6031, qui a pour objet de mettre le droit luxembourgeois de la fonction publique luxembourgeois en conformité avec le droit communautaire. L'incompatibilité avec le droit communautaire était encore renforcée par l'application du paragraphe 3 qui soumet l'engagement de personnel non luxembourgeois à des conditions de recrutement particulières. Aussi, le Conseil d'Etat s'est-il opposé formellement au maintien du paragraphe 1^{er}.

60 Avis du Conseil d'Etat du 10 novembre 2009.

A l'examen du projet ayant pour objet l'admission des fonctionnaires communautaires à la fonction publique⁶¹, le Conseil d'Etat a constaté l'absence de tout dispositif modificatif de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux, alors même que l'article 2 de cette loi réserve l'accès à la fonction publique communale à la condition de la nationalité luxembourgeoise. Comme il n'y a aucun doute que la fonction publique communale relève en droit communautaire du même régime juridique que la fonction publique étatique, il n'est guère à admettre que les autorités communautaires puissent se satisfaire d'arguments dilatoires tirés du lexique des particularismes sectoriels luxembourgeois. Il en est de même pour le Conseil d'Etat, qui de par sa loi organique a l'obligation de mentionner la contrariété des projets aux normes internationales. Aussi, a-t-il soulevé la menace de l'opposition formelle audit projet de loi, en l'absence d'un dispositif approprié pour la fonction publique communale.

Médecins et autres professions de santé

Dans son avis du 18 décembre 2009 relatif au projet de loi transposant, pour les professions de médecin, de médecin-dentiste, de médecin vétérinaire, de pharmacien et de certaines autres professions de santé, les dispositions de la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et de la directive 2006/100/CE portant adaptation de certaines directives dans le domaine de la circulation des personnes, le Conseil d'Etat a noté que la clause que le médecin doit exercer dans son pays d'origine dans le cadre d'un régime de sécurité sociale imposait une restriction qui n'était pas prévue par la directive. Le Conseil d'Etat a donc invité les auteurs sous peine d'opposition formelle à supprimer cette restriction. En ordre subsidiaire, le Conseil d'Etat a constaté que l'exercice dans le cadre d'un régime de sécurité sociale n'est exigé que pour les médecins généralistes, qui seraient ainsi discriminés par rapport aux médecins spécialistes.

Etudiants

A l'examen du projet de loi modifiant la loi modifiée du 22 juin 2000 concernant l'aide financière de l'Etat pour études supérieures, le Conseil d'Etat a pu marquer son accord à ce que la disposition relative aux bénéficiaires ressortissants d'un autre Etat membre de l'Union européenne soit adaptée aux exigences du droit européen. Afin d'assurer la conformité avec la directive 2004/38/CE, il a proposé la suppression du bout de phrase « par un séjour légal ininterrompu au Grand-Duché de Luxembourg depuis une durée de cinq ans » pour les personnes ayant acquis le droit de séjour permanent, puisque le droit au séjour permanent peut s'acquérir dans certaines hypothèses avant l'écoulement d'une

61 Avis du Conseil d'Etat du 20 octobre 2009 relatif au projet de loi modifiant et complétant a) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat; b) la loi modifiée du 27 janvier 1972 fixant le régime des employés de l'Etat; c) la loi modifiée du 15 juin 1999 portant organisation de l'Institut national d'administration publique.

période de séjour ininterrompu de cinq ans (cf. article 10 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration).

Par ailleurs, le Conseil d'Etat a donné à considérer qu'afin d'être en conformité avec la directive 2003/109/CE du Conseil, du 25 novembre 2003, relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, le point d) de l'article 2 de la même loi pourrait être utilement complété par les termes « ou avoir obtenu le statut de résident de longue durée - CE » à la suite des termes « pendant 5 ans au moins ».

Libre prestation des services

Droit du travail

Le paragraphe 3 de l'article L. 141-1 du Code du travail a été modifié de sorte à insérer des limites maxima dans le temps d'une prestation de services engendrant un détachement. D'après le Conseil d'Etat, ces nouvelles dispositions risquaient d'être considérées comme de nouvelles restrictions à la libre prestation des services. Si la directive prévoit que la prestation de services exécutée par des travailleurs détachés doit être de nature temporaire, aucune limite de temps n'y a été définie de façon précise. Même si le Conseil d'Etat était conscient que la solution préconisée par les auteurs aiderait à éviter les risques de discrimination à rebours et de dumping social amplement décrits dans l'avis afférent de la Chambre des employés privés et de la Chambre de travail, il a mis en doute la conformité des limites proposées aux prescriptions du Traité et de la directive. Aussi, s'est-il prononcé pour la suppression de la modification proposée sous peine d'opposition formelle. Le Conseil d'Etat considère qu'il appartiendra aux juridictions d'interpréter au cas par cas le caractère temporaire d'une prestation de services par rapport à une situation concrète.

Environnement

Dans le cadre de la procédure d'élaboration du projet de règlement grand-ducal modifiant le règlement grand-ducal modifié du 30 novembre 2007 concernant la performance énergétique des bâtiments d'habitation⁶², le Conseil d'Etat a observé que la version modifiée n'était pas faite pour obtenir son accord quant au fond. En effet, le texte de la directive 2002/91/CE, que le règlement de 2007 a transposée en partie, retient expressément dans son article 7(1) que « lors de la vente », le certificat relatif à la performance énergétique du bâtiment est à communiquer à l'acheteur potentiel. Le texte de la directive n'admet pas d'exceptions à ce principe. L'intention des auteurs du projet de règlement sous examen d'accorder une dispense d'élaboration du certificat aux immeubles faisant l'objet de certains types de ventes, non seulement ne constituait pas une transposition, mais se heurtait frontalement aux intentions de la directive à transposer et à son but d'ordre public qu'est la protection de l'environnement. Le maintien de la dis-

62 Avis du Conseil d'Etat du 18 décembre 2009.

pense de certification, dans les situations certes marginales des ventes publiques par voie parée, saisie immobilière ou licitation publique, aurait risqué d'exposer le texte en question à la sanction prévue par l'article 95 de la Constitution.

Transports

Dans son avis sur le projet de loi ayant pour objet la transposition en droit national de la directive 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement des chemins de fer communautaires et la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire, le Conseil d'Etat constatait que la commission parlementaire compétente entendait réserver une approche restrictive à l'énumération des hypothèses permettant un recours. Le Conseil d'Etat notait que la suppression du « préjudice lié à la création de services intérieurs de voyageurs effectués lors d'un service international de voyageurs » n'enlevait rien à la portée du droit de saisine du régulateur par le candidat, pour qui le recours est ouvert chaque fois « qu'il estime être victime d'un traitement inéquitable, d'une discrimination ou de tout préjudice » (cf. article 30, paragraphe 2 de la directive 2001/14/CE). L'énumération n'ayant qu'un caractère exemplatif (« Un candidat peut saisir cet organisme... notamment pour introduire un recours... »), le Conseil d'Etat ressentait les plus vives hésitations pour suivre la commission parlementaire dans sa démarche proposée, qui, au cas où elle aurait été suivie par la Chambre, aurait pu exposer le législateur luxembourgeois au reproche d'ignorer l'esprit de la directive à transposer. Afin de dissiper tout doute quant à la volonté du législateur de transposer fidèlement la directive 2001/14/CE sur ce point, il a proposé de rapprocher le libellé davantage du texte du paragraphe 2 de l'article 30 de la directive, tout en précisant les droits qui découlent de l'article 10 de la directive modifiée 91/440/CEE en ce qui concerne l'accès au réseau ferré en matière de services de fret et de services internationaux de voyageurs.

Libre circulation des marchandises

Machines

Au sujet du projet de loi 1. portant transposition de la directive 2006/42/CE relative aux machines; 2. modifiant l'article 14 de la loi du 20 mai 2008 relative à la création d'un Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services; 3. concernant la mise à disposition de machines; 4. concernant les machines d'occasion⁶³, le Conseil d'Etat a observé qu'aux termes de l'article 4 de la directive, les Etats membres sont tenus de prendre toutes les mesures utiles qui empêchent la mise sur le marché ou la mise en service de machines qui ne répondraient pas aux exigences de santé et de sécurité relatives à leur conception et à leur construction. La même obligation s'impose aux Etats membres en ce qui concerne la mise sur le marché (et non la

63 Avis du Conseil d'Etat du 6 octobre 2009.

mise en service) des « quasi-machines ». A cet effet, les Etats membres doivent désigner les autorités compétentes pour effectuer les contrôles en question et pour définir « les missions, l'organisation et les pouvoirs » de ces autorités. L'article 4 du projet de loi prévoyait la transposition en droit interne de ces exigences. Or, le Conseil d'Etat tenait à rappeler qu'en vertu de l'article 249 du Traité CE la directive lie l'Etat membre quant au résultat à atteindre, mais laisse aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens pour atteindre ce résultat. C'est dire qu'il ne suffit pas, en guise de transposition, de désigner un membre du Gouvernement chargé de prendre « les mesures utiles » voulues par la directive, mais qu'il faut dans l'intérêt de la sécurité juridique des particuliers concernés préciser ce qu'il y a lieu d'entendre par « mesures utiles » afin d'éviter tout reproche d'arbitraire dans la démarche de l'Administration.

Contrairement à l'approche privilégiée par le Conseil d'Etat qui consistait dans le contexte sous examen à s'aligner étroitement sur le régime légal déterminé par la loi précitée du 20 mai 2008, les auteurs entendaient maintenir les compétences du membre du Gouvernement ayant le Travail dans ses attributions d'assumer la responsabilité de la surveillance en matière de conformité des machines aux exigences de santé et de sécurité définies par le droit communautaire. Quel que soit le ministre assumant en définitive la compétence du dossier, il convenait en tout état de cause, sous peine d'opposition formelle de la part du Conseil d'Etat, de déterminer avec davantage de précisions ce qu'il fallait entendre par mesures utiles au paragraphe 1^{er}.

2. *Transposition du droit communautaire*

Techniques de transposition

Les auteurs du projet de règlement grand-ducal portant modification du règlement grand-ducal modifié du 29 juillet 2008 déterminant le plan d'allotissement et d'attribution des ondes radioélectriques (Plan des fréquences) avaient ajouté l'intégralité du texte des décisions européennes 2009/343/CE, 2009/381/CE et 2009/766/CE au chapitre 11 de l'annexe du règlement à modifier. Le Conseil d'Etat a pu se rallier à cette façon de procéder. Toutefois, il n'a pas pu suivre les auteurs qui proposaient de faire de même avec la directive 2009/114/CE du Parlement et du Conseil du 16 septembre 2009 modifiant la directive 87/372/CEE du Conseil concernant les bandes de fréquence à réserver pour l'introduction coordonnée de communications mobiles terrestres publiques cellulaires numériques paneuropéennes dans la Communauté.

Le Conseil d'Etat n'admet par ailleurs pas le renvoi direct à un texte communautaire dont la mise en œuvre requiert un acte normatif national⁶⁴.

64 Avis du Conseil d'Etat du 6 octobre 2009 relatif au projet de loi 1. portant transposition de la directive 2006/42/CE relative aux machines; 2. modifiant l'article 14 de la loi du 20 mai 2008 relative à la création d'un Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services; 3. concernant la mise à disposition de machines; 4. concernant les machines d'occasion.

Entraide judiciaire

A l'occasion de son examen du projet de loi portant 1. approbation de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne; 2. approbation du Protocole du 16 octobre 2001 à la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne; 3. modification de certaines dispositions du Code d'instruction criminelle et de la loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, le Conseil d'Etat a opiné que « Tant qu'il n'est pas établi que la liste des infractions retenues couvre le champ d'application du Protocole de 2001, il n'est pas garanti que la loi à adopter soit conforme aux engagements internationaux que le Luxembourg a souscrits. Sous peine d'être dès lors confronté à l'impossibilité de pouvoir accorder la dispense du second vote constitutionnel, le Conseil d'Etat a demandé qu'il soit procédé aux vérifications utiles avant le vote de la loi en projet. »

L'article 4 du Protocole de 2001 impose une obligation de confidentialité interdisant de révéler aux clients de la banque que des informations ont été demandées à l'Etat requérant. A cet égard, le Conseil d'Etat a retenu que « Le simple renvoi à la législation interne applicable aux demandes aux fins de perquisition et de saisie, sans référence à la réserve de confidentialité, autorise une application du Protocole de 2001 qui n'est pas conforme à son texte et le Conseil d'Etat doit émettre une opposition formelle. »

Reconnaissance de jugements en matière pénale

Lors de son examen du projet de loi relative à la reconnaissance de jugements en matière pénale ayant prononcé des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans un autre Etat membre de l'Union Européenne qui a eu comme objet de transposer en droit luxembourgeois la décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne, le Conseil d'Etat a observé: « Sous le paragraphe 2 sont visés des cas dans lesquels la reconnaissance et l'exécution peuvent être refusées. Ces hypothèses sont également reprises des articles 3, 9 et 11 de la décision-cadre 2008/909/JAI. Le Conseil d'Etat relève le caractère peu précis de l'hypothèse visée au point 1 qui exige une appréciation de l'utilité d'une exécution au Luxembourg aux fins de réinsertion sociale. L'article 7 du projet de loi sous examen (dans la numérotation des auteurs) envisage une procédure particulière de consultation dans ce cas de figure. Conformément à l'article 4, paragraphe 4, de la décision-cadre 2008/909/JAI, l'autorité de l'Etat d'exécution peut présenter un avis motivé à l'autorité de l'Etat d'émission si elle estime que l'exécution de la peine dans l'Etat d'exécution ne contribue pas à la réinsertion sociale. La décision-cadre ne prévoit toutefois pas qu'en cas de maintien de la demande, l'Etat d'exécution puisse opposer un refus. Bien au contraire, la procédure de l'avis motivé vise à obtenir un retrait de la demande de la part de l'Etat d'émission. Si ce dernier maintient sa position, l'Etat d'exécution ne peut pas se soustraire à ses obli-

gations. L'article 9 de la décision-cadre ne reprend d'ailleurs pas le critère de l'objectif de réinsertion parmi les cas de refus. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat estime que le point 1 du paragraphe 2 n'est pas couvert par la décision-cadre 2008/909/JAI et doit formuler une opposition formelle quant à son maintien, opposition formelle qui est fondée sur la non-conformité de la disposition sous avis avec le texte européen à transposer. Le Conseil d'Etat demande en conséquence que la faculté de refus non prévue par la décision-cadre 2008/909/JAI soit supprimée. »

Le Conseil d'Etat a noté, par ailleurs, que le projet de loi, dans son chapitre II relatif aux demandes adressées au Luxembourg, omettait de transposer l'article 19 de la décision-cadre 2008/909/JAI relatif aux problèmes d'amnistie, de grâce et de révision. La loi du 23 février 2010 comporte un article 11 qui transpose l'article 11 de la décision-cadre 2005/214/JAI portant sur la même question. Pour une transposition correcte, le Conseil d'Etat, sous peine d'opposition formelle, a demandé d'ajouter un article identique dans le projet de loi précité.

F) Principes généraux du droit

1. Liberté contractuelle

Enseignement supérieur

A l'examen du projet de règlement grand-ducal concernant la formation théorique et pratique ainsi que la période probatoire des enseignants de l'enseignement post-primaire, le Conseil d'Etat a constaté qu'une disposition interférait directement dans les relations conventionnelles entre l'Université du Luxembourg et le ministre. S'il pouvait, quant au fond, approuver l'intention des auteurs, il estimait toutefois que les dispositions, qui visaient à régler la poursuite de la formation des stagiaires dans l'hypothèse de la terminaison du contrat conclu entre le ministre et l'Université, devaient faire partie intégrante de ladite convention. Il n'appartient en effet pas à un règlement grand-ducal d'écarter le principe de la liberté contractuelle des parties.

Divorce

A l'occasion de son examen des amendements parlementaires au projet de loi portant réforme du divorce, le Conseil d'Etat a noté dans son avis complémentaire du 16 juillet 2010 que le nouvel article 233 du projet de loi prévoyait que la convention une fois homologuée faisait partie intégrante de la décision définitive de divorce. Et il a rappelé qu'il est pourtant généralement admis que la convention homologuée, qui revêt un caractère juridictionnel, ne peut être remise en cause que par l'exercice de l'une des voies de recours ouverte contre la décision de justice. D'après une jurisprudence constante de la Cour de cassation française⁶⁵, les actions en nullité ou en rescision pour lésions exer-

65 Cf. Jurisclasseur.

cées après homologation prononcée par le juge ont été déclarées irrecevables⁶⁶. La jurisprudence a retenu que la convention définitive ne pouvait être remise en cause sans remettre en cause le consentement des époux et que dès lors l'action en rescision pour lésion de plus du quart était irrecevable.

Droit des sociétés

Le projet de loi portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales⁶⁷ a donné lieu à de nombreuses critiques de la part du Conseil d'Etat, qui a conclu notamment: « ... le Conseil d'Etat doute que la loi puisse permettre aux statuts de prescrire l'incessibilité pure et simple et l'intransmissibilité des parts bénéficiaires en toutes circonstances et notamment dans le cadre de la liquidation de régimes matrimoniaux ou de successions. Il ne peut marquer son accord avec de telles restrictions, sauf à prévoir une clause de rachat obligatoire ou de limiter celles-ci à une clause de préemption ou d'agrément, limitées dans le temps afin que les porteurs de titres ne deviennent pas les prisonniers de la société. Le Conseil d'Etat est d'avis que ce texte est trop général. Du point de vue contractuel, il lie à vie et même au-delà, et du point de vue propriété, il prévoit la possibilité d'annulation du droit de propriété. Le Conseil d'Etat propose le maintien du texte actuel, sous peine d'opposition formelle, car la nouvelle disposition est contraire au principe que personne ne pourra se lier contractuellement à vie. » Pour le Conseil d'Etat, l'incessibilité des parts sociales est contraire aux principes généraux du droit, car le contrat de société comme tout autre contrat doit permettre une sortie. Même dans les sociétés qui prévoient une incessibilité, celle-ci ne peut être que temporaire.

2. *Non-rétroactivité des actes administratifs*

Le Conseil d'Etat a dû insister à plusieurs reprises sur le principe de la non-rétroactivité des actes administratifs. A titre d'exemple, le projet de règlement grand-ducal déterminant le mode de perception des cotisations mises à charge des ressortissants de la Chambre des salariés, qui avait pour objet de remplacer la réglementation en vigueur par suite de l'introduction du statut unique pour les salariés du secteur privé par la loi du 13 mai 2008 ayant notamment pour effet la fusion de la Chambre de travail et de la Chambre des employés privés en donnant naissance à la Chambre des salariés, prévoyait de rendre applicable le mode de perception des cotisations incluant les retraités, pour l'exercice 2009. Le Conseil d'Etat n'a su cautionner une mise en vigueur avec effet rétroactif par la voie réglementaire en ce qu'une telle mise en vigueur serait contraire au principe de la non-rétroactivité des actes administratifs. De ce fait, le règlement grand-ducal aurait en effet risqué encourir la sanction de non-application prévue par l'article 95 de la Constitution.

66 Cf. Arrêt de la Cour de cassation française, chambre civile 1, du 3 mars 2010.

67 Avis du Conseil d'Etat du 23 février 2010.

G) Légistique

1. La valeur normative des lois et règlements

Souvent les auteurs entendent rappeler les finalités politiques du projet dans le dispositif de la loi. Ainsi, le projet de loi modifiant la loi du 31 mars 2000 concernant l'administration et l'exploitation du Port de Mertert, dont l'objet était la modernisation et l'agrandissement du réseau ferré existant par la construction de quatre voies ferrées supplémentaires, prévoyait à l'article 1^{er} la déclaration aux termes de laquelle le Port de Mertert serait un élément important pour l'économie luxembourgeoise et que les raccordements par voie fluviale, ferrée et par route contribuent à l'insertion du Port de Mertert dans les réseaux de transport transeuropéens. Le Conseil d'Etat a estimé que cette déclaration d'intention n'apporte aucun élément normatif nouveau par rapport au texte de loi actuellement en vigueur, et ne constituerait partant pas une base légale nécessaire pour adapter le texte existant aux besoins actuellement rencontrés, si bien que le Conseil d'Etat a demandé d'omettre cet ajout⁶⁸.

Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de rappeler que l'objet d'un texte normatif figure dans l'intitulé. Le dispositif reprenant l'objet est d'après le Conseil d'Etat sans portée normative et peut dès lors être supprimé⁶⁹.

Il en est de même de certains articles introductifs, tel l'article 1^{er} de la proposition de loi sur les enquêtes parlementaires qui prévoyait: « L'exercice du droit d'enquête prévu par l'article 64 de la Constitution est réglé par les dispositions suivantes. Elles peuvent être précisées et complétées par le règlement de la Chambre des députés. » De l'avis du Conseil d'Etat, la première phrase de cet article était à omettre alors qu'elle ne contenait aucune disposition normative. En effet, le droit de la Chambre de régler elle-même le mode suivant lequel elle exerce ses attributions découle directement de l'article 70 de la Constitution. Cette prérogative ne trouve sa limite que dans l'article 51(2) disposant que l'organisation de la Chambre est réglée par la loi ainsi que, pour autant que le droit d'enquête est visé, dans le texte de l'article 64 de la Constitution.⁷⁰

68 Avis du Conseil d'Etat du 24 novembre 2009.

69 Avis du Conseil d'Etat du 24 novembre 2009 relatif au projet de règlement grand-ducal portant introduction d'un modèle type de dossier individuel du patient hospitalier et d'un modèle type de résumé clinique et modifiant le règlement grand-ducal modifié du 7 juin 1979 déterminant les actes, documents et fichiers autorisés à utiliser le numéro d'identité des personnes physiques et morales.

70 Avis du Conseil d'Etat du 23 février 2010.

Certaines dispositions n'ont pas de portée normative. Ainsi, le Conseil d'Etat s'est-il interrogé sur le caractère normatif d'une disposition « autorisant toute personne à communiquer au ministre les informations afférentes qu'elle détient ». Le Conseil d'Etat a donc invité les auteurs ou à supprimer cette phrase ou à préciser son contenu⁷¹.

Toutefois, le Conseil d'Etat a pu admettre une disposition dépourvue de valeur normative, si elle s'alignait sur le texte d'une directive à transposer. Ainsi, le Conseil d'Etat a observé à l'endroit de l'article 1^{er} du projet de règlement grand-ducal concernant la lutte contre les nématodes à kystes de la pomme de terre: « Même si les dispositions de cet article qui s'alignent sur le contenu de l'article 1^{er} de la directive 2007/33/CE n'ont qu'une nature purement descriptive et sont dès lors dépourvues de valeur normative, le Conseil d'Etat ne s'oppose pas à leur maintien pour éviter aux autorités luxembourgeoises de se voir reprocher par les instances de l'Union européenne une transposition incomplète de la directive. »

2. Sécurité juridique

Pour ce qui est de la doctrine applicable en matière de sécurité juridique, il est renvoyé à la deuxième partie du présent rapport.

Imprécision rédactionnelle

Aides publiques

Le projet de loi relatif à un régime d'aides à la protection de l'environnement et à l'utilisation rationnelle des ressources naturelles établissait en son article 11 la procédure de la demande adressée au ministre ayant l'Economie dans ses attributions en vue de l'obtention des aides prévues. Le Conseil d'Etat a demandé, sous peine d'opposition formelle, la suppression du mot « notamment » alors que la loi doit, pour des raisons de sécurité juridique, indiquer de façon exhaustive les informations à fournir. De même a-t-il demandé à l'endroit de l'article 12 régissant la procédure d'examen des demandes la suppression du terme « notamment » en relation avec les critères par rapport auxquels il y a lieu d'analyser ces demandes. Pour des raisons de sécurité juridique, la loi doit, d'après le Conseil d'Etat, déterminer avec précision les critères d'octroi des aides.⁷²

71 Avis du Conseil d'Etat du 18 décembre 2009 sur le projet de loi transposant, pour les professions de médecin, de médecin-dentiste, de médecin vétérinaire, de pharmacien et de certaines autres professions de santé, les dispositions de la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et de la directive 2006/100/CE portant adaptation de certaines directives dans le domaine de la circulation des personnes, en raison de l'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie, et modifiant 1. la loi modifiée du 29 avril 1983 concernant l'exercice des professions de médecin, de médecin-dentiste et de médecin vétérinaire; 2. la loi du 31 juillet 1991 déterminant les conditions d'autorisation d'exercer la profession de pharmacien; 3. la loi modifiée du 26 mars 1992 sur l'exercice et la revalorisation de certaines professions de santé; 4. la loi du 11 janvier 1995 portant réorganisation des écoles publiques et privées d'infirmiers et d'infirmières et réglementant la collaboration entre le ministère de l'Education nationale et le ministère de la Santé.

72 Avis du Conseil d'Etat du 22 septembre 2009.

Partage des droits à pension

Dans le cadre de son examen du projet de loi sur le divorce, le Conseil d'Etat a constaté: « Même si le Conseil d'Etat approuve entièrement la volonté de la commission parlementaire de trouver une solution par rapport au partage des droits en matière d'assurance pension, il ne saurait cependant souscrire à la démarche empruntée. Sans vouloir remettre en cause cette souplesse nécessaire en la matière, l'esquisse de la solution reste trop sommaire, de sorte que le Conseil d'Etat doit s'y opposer formellement en raison de l'insécurité juridique qu'elle comporte. »

Protection de la vie privée

Le projet de loi portant modification des articles 5 et 9 de la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et de l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle prévoyait un mécanisme de délégation d'exécution des obligations légales des opérateurs vers des tiers. Le Conseil d'Etat s'est interrogé sur la portée de cette disposition. Les auteurs du projet de loi prévoyaient-ils avec la sous-traitance un transfert de responsabilité? Ou s'agissait-il d'un simple rapport de droit privé? L'Institut luxembourgeois de régulation aurait-il éventuellement ce rôle de sous-traitant? Quels étaient les risques liés à une centralisation auprès d'un seul sous-traitant, qui serait en plus une entité de droit public? Si le législateur veut prévoir un système de sous-traitance, n'y a-t-il pas lieu d'en prévoir un encadrement législatif spécifique? D'après le Conseil d'Etat, les opérateurs étaient les seuls responsables de la conservation des données, même s'ils organisent un régime technique de sous-traitance régi par le droit privé. En l'absence de précisions suffisantes quant aux organismes concernés, pour des raisons d'insécurité juridique et dans le souci de la préservation de la protection en cascade des données, le Conseil d'Etat s'est opposé formellement à cette disposition qui ne répondait pas aux prescriptions de l'article 32(3) de la Constitution.

Recours en matière de marchés publics

Dans son avis sur le projet de loi instituant les recours en matière de marchés publics, qui a pour objet de transposer en droit luxembourgeois la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, le Conseil d'Etat, en se référant à l'avis émis en la matière par la Cour administrative, recommandait l'élimination des ambiguïtés provoquées par le projet de texte sous examen. Il estimait qu'il y avait lieu de préciser la notion de « mesures provisoires » au sujet desquelles le texte n'indiquait pas si le caractère provisoire annonçait la possibilité d'un recours contre la décision présidentielle, ou si certaines mesures ordonnées par l'ordonnance présidentielle pouvaient être limitées dans le temps. En présence des observations présentées dans l'avis du président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 14 avril 2010 au regard de l'article sous examen, en l'absence d'explications satisfaisantes fournies à ce su-

jet par le commentaire de l'article, le Conseil d'Etat recommandait aux auteurs du projet de loi de préciser la portée du pouvoir accordé au juge des référés d'octroyer au pouvoir adjudicateur une indemnité.

Mise en vigueur incertaine

A l'occasion de son examen du projet de loi modifiant la loi du 19 décembre 2008 portant réforme de la formation professionnelle, le Conseil d'Etat a retenu: « Si le Conseil d'Etat peut marquer son accord à ce que l'entrée en vigueur des dispositions de la loi précitée de 2008, concernant l'organisation de la formation professionnelle de base et la formation professionnelle initiale, soit retardée de deux ans, il doit cependant s'opposer formellement au texte lui soumis dans la mesure où celui-ci laisse planer le doute sur l'entrée en vigueur des métiers/professions qui n'ont pas fait l'objet d'un règlement grand-ducal avant le début de l'année scolaire 2012/2013. Il y a en effet lieu de fixer une date d'entrée en vigueur certaine de la loi, quitte à permettre une mise en vigueur anticipée pour des métiers et professions dont la formation pourra déjà démarrer avant l'année scolaire proposée pour la mise en œuvre générale de la loi. »

Principe de la confiance légitime

Dans son avis sur le projet de règlement grand-ducal concernant la lutte contre les nématodes à kystes de la pomme de terre, le Conseil d'Etat a observé que le paragraphe 3 de l'article 4 de la directive applicable laisse aux autorités des Etats membres de l'Union européenne la faculté de considérer d'autres résultats d'examen officiels comme justificatif équivalent à l'examen prévu au paragraphe 2 du même article, à condition que ces examens alternatifs aient été effectués avant le 1^{er} juillet 2010. Or, reprendre cette faculté dans le texte de transposition au profit du pouvoir d'appréciation de l'Administration des services techniques de l'agriculture faisait courir le risque d'une application arbitraire contraire à une approche objective, fondement de la sécurité juridique, ainsi qu'au principe de la confiance légitime à laquelle le citoyen peut prétendre en matière d'action administrative.

Incohérence des textes

A l'occasion de son examen des amendements parlementaires au projet de loi portant réforme du divorce, le Conseil d'Etat a constaté: « Contrairement à la plupart des autres législations européennes, ni le projet de loi initial ni la commission parlementaire n'ont prévu de disposition qui imposerait au demandeur d'établir la réalité de la désunion par une preuve quelconque. Le Conseil d'Etat avait déduit de certaines dispositions du projet initial que les auteurs avaient eu l'intention d'imposer la charge de la preuve de la réalité de la désunion au demandeur en divorce, même si le texte restait muet à cet égard. » Le commentaire de la commission parlementaire relatif à l'amendement proposé enlevait toute incertitude à cet égard: « Dans la mesure où il s'agit d'une cause de divorce objective, il n'est nul besoin pour le demandeur de rapporter la preuve de la réalité des faits

sur lesquels il base sa demande; la simple demande en divorce est la preuve que le maintien des relations matrimoniales n'est plus possible ». Or, le Conseil d'Etat constata que l'appréciation de la réalité de la désunion est totalement subjective alors qu'elle appartient au seul demandeur. En outre, si le commentaire soulignait que l'article 239 nouveau contient une présomption simple, le libellé même de l'article érigeait cette présomption en présomption irréfragable. Le Conseil d'Etat s'interrogeait dès lors sur l'intention réelle de la commission parlementaire. Il réitérait sa position définie dans son avis du 16 mars 2004 selon laquelle il s'était prononcé en faveur d'une solution qui, à côté de la preuve de la désunion irrémédiable par l'accord de l'époux défendeur sur le principe du divorce, érigerait la séparation de fait continue et effective pendant un certain laps de temps en présomption irréfragable de la désunion irrémédiable. C'est d'ailleurs la voie empruntée par le législateur belge dans la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce. Une telle solution permettrait d'empêcher les demandes intempestives et de calmer les appréhensions de certains qui craignent que cette nouvelle procédure aboutisse en une forme de divorce-répudiation. Par ailleurs, elle serait conforme à la démarche adoptée dans le cadre de la procédure du divorce par consentement mutuel où la deuxième comparution est maintenue pour accorder un délai de réflexion aux parties. Selon le Conseil d'Etat, toutes les incohérences inhérentes au texte proposé mettent en cause la sécurité juridique.

3. *Codification*

Dispositions temporaires

Le projet de loi concernant certaines mesures visant à atténuer l'effet de la crise économique sur l'emploi des jeunes⁷³ visait à introduire des dispositions temporaires dans le Code du travail. Le Conseil d'Etat a rappelé à cette occasion sa position de principe sur la question d'après laquelle un code est une œuvre législative contenant des dispositions dont l'application n'est pas éphémère. Songerait-on à introduire dans le Code civil ou le Code pénal des dispositions strictement limitées dans le temps? Le Conseil d'Etat a donné également à considérer que les dispositions temporaires continueraient à figurer dans le code, sauf disposition abrogatoire expresse dans une future loi, même si elles ne sont plus en vigueur.

A cette occasion, le Conseil d'Etat a encore noté que le projet de loi reproduit en son article 1^{er} l'intégralité des sections 1 et 2 du chapitre III du livre V du Code du travail actuellement en vigueur, y compris les articles ne faisant l'objet d'aucune modification. Il n'a pas accepté cette approche qui aurait fait fi de tous les principes légistiques et, de surcroît, aurait semé la confusion. Le Conseil d'Etat a dès lors proposé de ne faire figurer dans l'article 1^{er} que les dispositions modificatives temporaires. Un renvoi à la nouvelle loi d'application temporaire pourrait figurer au Code du travail sous l'intitulé du chapitre III du titre IV du livre V.

73 Avis du Conseil d'Etat du 6 octobre 2009.

Double emplois

Le Conseil d'Etat a dû constater que certaines dispositions du projet de règlement grand-ducal modifiant l'arrêté grand-ducal du 23 novembre 1955 portant règlement de la circulation sur toutes les voies publiques soumis à son avis figuraient d'ores et déjà dans la réglementation en matière de circulation routière.⁷⁴

Refonte des textes

Les auteurs du projet de loi portant modification de la loi du 8 juillet 1986 portant réglementation de la mise sur le marché des détergents⁷⁵ avaient opté pour une modification de la législation existante précitée de 1986. Aux yeux du Conseil d'Etat, il aurait été préférable d'abroger formellement la loi de 1986 et de la remplacer par un texte nouveau, eu égard au nombre important d'articles à modifier, voire à abroger.

4. *Langues*

Le projet de règlement grand-ducal concernant la performance énergétique des bâtiments fonctionnels et modifiant le règlement grand-ducal modifié du 30 novembre 2007 concernant la performance énergétique des bâtiments d'habitation contenait une annexe, rédigée en langue allemande. A ce propos, le Conseil d'Etat a renvoyé aux observations qu'il avait faites dans son avis du 8 mai 2007 sur le projet de texte qui est devenu le règlement grand-ducal du 30 novembre 2007 (doc. parl. n° 5652⁴). Afin de prévenir toute ambiguïté, le Conseil d'Etat a précisé qu'il ne contestait pas la décision des auteurs du projet de règlement sous examen d'axer le régime de l'établissement des performances énergétiques sur celui appliqué dans des pays de langue allemande, mais bien celle de publier ce régime en langue allemande, au lieu de le faire en langue française. L'explication fournie par le commentaire des articles, sous « ad Annexe » (« Considérant que les normes respectives ne sont que publiées en langue allemande et une référence aux différents textes sans recourir à la langue allemande est difficile, voire impossible. »), était à ses yeux « un peu sommaire puisqu'elle [omettait] de considérer la possibilité d'une traduction ». Le Conseil d'Etat de rappeler que la loi du 24 février 1984 sur le régime des langues dispose dans son article 2, alinéa 1, que « les actes législatifs et leurs règlements d'exécution sont rédigés en français ». Si le texte de la loi de 1984 gêne et si son application est difficile dans certains cas d'espèce, il faut le modifier. Faire comme si le texte de la loi de 1984 n'existait pas n'est pas une option. Le Conseil d'Etat attirait encore l'attention des auteurs sur le fait que, dû aux prescriptions de la prédite loi de 1984, le projet de règlement sous examen risquait d'encourir la sanction de la non-application par les cours et tribunaux telle que prévue à l'article 95 de la Constitution.⁷⁶

74 Avis du Conseil d'Etat du 24 novembre 2009 relatif au projet de règlement grand-ducal modifiant l'arrêté grand-ducal du 23 novembre 1955 portant règlement de la circulation sur toutes les voies publiques.

75 Avis du Conseil d'Etat du 9 mars 2010.

76 Avis du Conseil d'Etat du 8 décembre 2009.

Dans son avis du 10 novembre 2009 relatif au projet de règlement grand-ducal déterminant les conditions d'application relatives à la demande de remboursement de la taxe sur la valeur ajoutée à introduire par les assujettis établis dans un autre Etat membre, le Conseil d'Etat a observé que l'article 12 de la directive 2008/9/CE permet à l'Etat membre de spécifier les langues acceptées par l'administration. Le projet de règlement faisait usage de cette option en autorisant l'emploi des langues française, allemande ou anglaise. Le Conseil d'Etat a rappelé à cet égard que la loi du 24 février 1984 sur le régime des langues définit les langues française, allemande et luxembourgeoise comme langues administratives. Autant le Conseil d'Etat félicitait le Gouvernement d'admettre la langue anglaise dans le cadre de cette procédure, autant il insistait pour que le règlement se conforme à la loi du 24 février 1984 en ajoutant la langue luxembourgeoise à l'énumération.

5. *Hierarchie des normes*

Parallélisme des formes

D'après le Conseil d'Etat, le respect du parallélisme des formes commande que les modifications des normes juridiques interviennent par des actes de même valeur dans la hiérarchie des normes.

Renvoi à des normes juridiques d'une valeur différente

Dans la mesure où un article de la loi définit son champ d'application par renvoi à des règlements grand-ducaux, il ne respecte pas la hiérarchie des normes juridiques. Sous peine d'opposition formelle, le Conseil d'Etat a donc demandé que les renvois à différents règlements grand-ducaux soient remplacés soit par un renvoi à la loi modifiée du 27 janvier 1972 fixant le régime des employés de l'Etat, soit par l'énumération des différentes carrières envisagées dans le texte de la loi⁷⁷.

Le Conseil d'Etat n'admet par ailleurs pas le renvoi direct à un texte communautaire dont la mise en œuvre requiert un acte normatif national⁷⁸.

Les auteurs d'un projet de loi ont proposé que les annexes puissent être modifiées par voie de règlement grand-ducal. Le Conseil d'Etat n'a pas accepté cette possibilité, mais demandé que toute modification d'annexe se fasse par le biais d'une loi modificative. Si les auteurs du projet de loi sous revue avaient voulu maintenir cette voie de modification

77 Avis du Conseil d'Etat du 20 octobre 2009 relatif au projet de loi modifiant et complétant a) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat; b) la loi modifiée du 27 janvier 1972 fixant le régime des employés de l'Etat; c) la loi modifiée du 15 juin 1999 portant organisation de l'Institut national d'administration publique.

78 Avis du Conseil d'Etat du 6 octobre 2009 relatif au projet de loi 1. portant transposition de la directive 2006/42/CE relative aux machines; 2. modifiant l'article 14 de la loi du 20 mai 2008 relative à la création d'un Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services; 3. concernant la mise à disposition de machines; 4. concernant les machines d'occasion.

des annexes, comme étant plus rapide, ils auraient dû insérer ces annexes dès le départ dans un règlement grand ducal ⁷⁹.

Prorogation de dispositions réglementaires

Dans son deuxième avis complémentaire sur le projet de loi portant réorganisation de l'Administration des ponts et chaussées, le Conseil d'Etat s'est opposé formellement à un dispositif qui entendait proroger par une mesure légale des dispositions réglementaires. En cela, un tel dispositif est contraire à la hiérarchie des normes juridiques. De toute façon, le dispositif était superfétatoire, alors que les dispositions réglementaires en vigueur continuent à s'appliquer, si elles ne sont pas contraires à la loi nouvelle.

Dispositions abrogatoires

Dans le respect du principe de la hiérarchie des normes, il n'appartient pas à un règlement grand-ducal d'abroger un règlement ministériel ⁸⁰. Le principe du parallélisme des formes à respecter en matière de hiérarchie des normes interdit l'abrogation explicite par une loi de normes juridiques inférieures ⁸¹.

Il n'appartient pas à la réglementation nationale d'abroger des directives européennes ⁸².

Non-conformité d'une norme réglementaire avec sa base légale

Le projet de règlement grand-ducal fixant les mesures d'exécution relatives aux aides individuelles au logement promouvant l'accès à la propriété et prévues par la loi modifiée du 25 février 1979 concernant l'aide au logement impose aux logements subventionnés de répondre aux normes de sécurité, de salubrité, de performance énergétique ainsi qu'« aux besoins spécifiques de logement généralement admissibles dans le pays ». Le Conseil d'Etat a mis en garde contre une disposition tellement vague, qui risque en plus de ne pas cadrer avec la base légale.

Le projet de règlement grand-ducal portant modification du règlement grand-ducal du 19 février 2005 portant exécution de l'article 2 de la loi du 30 juin 2004 portant création

79 Avis du Conseil d'Etat du 10 novembre 2009 relatif au projet de loi portant intégration des activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre et modifiant la loi modifiée du 23 décembre 2004 1. établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre; 2. créant un fonds de financement des mécanismes de Kyoto; 3. modifiant l'article 13bis de la loi modifiée du 10 juin 1999 relative aux établissements classés.

80 Avis du Conseil d'Etat du 24 novembre 2009 relatif au projet de règlement grand-ducal portant sur 1) l'organisation des stages de formation en milieu professionnel de la formation professionnelle initiale; 2) la composition et les missions de l'office des stages.

81 Avis du Conseil d'Etat du 9 mars 2010 relatif au projet de loi portant modification de la loi du 8 juillet 1986 portant réglementation de la mise sur le marché des détergents.

82 Avis du Conseil d'Etat du 8 décembre 2009 sur le projet de règlement grand-ducal modifiant le règlement grand-ducal modifié du 3 février 1998 portant exécution de Directives des C.E. relatives à la réception des véhicules à moteur et de leurs remorques ainsi que des tracteurs agricoles et forestiers à roues; « Art. 2. Les directives suivantes énumérées à l'article 1^{er} du règlement grand-ducal modifié du 3 février 1998 précité sont abrogées: (...) ».

d'un cadre général des régimes d'aides en faveur du secteur des classes moyennes et instituant un régime d'aides en faveur des petites et moyennes entreprises prévoyait de compléter le texte par une disposition rendant applicables les nouveaux pourcentages de respectivement 10 et 20 pour cent introduits par la loi du 28 mai 2009 uniquement pour les aides « ayant un effet incitatif » pour des investissements dans des immobilisations corporelles et incorporelles. Or, cette condition n'est pas retenue explicitement dans la loi de base modifiée. Le Conseil d'Etat n'a pas pu approuver l'approche des auteurs, qui ne correspondait pas aux dispositions de la loi de base.

A l'examen du projet de règlement grand-ducal portant organisation de l'apprentissage pour adultes, le Conseil d'Etat a constaté que l'article 43 de la loi du 19 décembre 2008 détermine les établissements appelés à dispenser la formation pour adultes. En juxtaposant le texte de loi et l'article sous avis, le Conseil d'Etat a noté que l'énumération des établissements visés dans le projet de règlement sous avis différait du texte de base en ce qu'il supprimait tout d'abord sans autre explication les chambres professionnelles. Ensuite, il ajoutait les lycées et lycées techniques privés, les centres de formation privés et les organismes de formation. Le texte ne correspondait pas à la volonté du législateur et il ne comportait pas la mesure d'exécution visée à l'alinéa 1^{er}, point 4 de la loi. En effet, celui-ci prévoit que « les lycées et lycées techniques privés, les fondations, les sociétés commerciales et les associations » doivent être agréés individuellement par voie de règlement grand-ducal. Le Conseil d'Etat n'était pas d'accord avec la disposition sous avis et exigeait qu'elle soit revue à la lumière des critiques formulées.

Les critiques du Conseil d'Etat à l'endroit du projet de règlement grand-ducal déterminant 1) les conditions d'attribution des certificats et diplômes sur la base des modules acquis et mis en compte pour l'apprentissage tout au long de la vie; 2) la nature des modules préparatoires par type de formation accordant l'accès aux études techniques supérieures; 3) l'organisation et la nature des projets intégrés se situaient dans le même ordre d'idées. Le Conseil d'Etat a estimé que les articles 9 et 10 étaient en contradiction avec la loi de base, car ils instaurent, pour ce qui est des projets finaux, un système de session annuelle ainsi que des équipes d'évaluation qui ressemblaient aux pratiques en matière d'examens de fin d'apprentissage, pourtant abolis par la nouvelle loi. Le Conseil d'Etat, tout en reconnaissant le bien-fondé des projets visés, proposait aux auteurs du projet de règlement sous revue de reprendre ces dispositions sur le métier pour respecter davantage le dispositif légal visant une évaluation continue des apprenants. L'article 11, lettre a), dernier alinéa, prévoyait une dispense du projet intégré intermédiaire pour des raisons motivées. Le Conseil d'Etat s'opposait à cette disposition, car l'article 32 de la loi prévoit que « chaque formation comprend obligatoirement un projet intégré intermédiaire et un projet intégré final qui constituent un seul module fondamental ». Un règlement grand-ducal ne peut donc pas y déroger.

II. Relevé chronologique des oppositions formelles prononcées par le Conseil d'Etat dans ses avis au cours de l'exercice 2009-2010

N° C. E.: 48.492

N° doc. parl.: 6071

Avis du 22 septembre 2009

Projet de loi relatif à l'achèvement du Musée de la Forteresse de Luxembourg dans le réduit du Fort Thüngen et de la mise en valeur de certaines parties de la forteresse de Luxembourg.

Article 4

L'article 4 du projet de loi relatif à la proposition de reconstitution de la carrière et de nomination au poste de conservateur d'un architecte du Service des sites et monuments nationaux est étranger à l'objet du projet de loi. Le Conseil d'Etat demande en conséquence, sous peine d'opposition formelle, à ce que les dispositions de l'article 4 fassent l'objet d'un projet de loi à part permettant l'insertion desdites dispositions dans la législation sur la fonction publique.

N° C. E.: 48.389

N° doc. parl.: 6019

Avis du 22 septembre 2009

Projet de loi relatif à la mise à niveau des annexes A, B et C du Palais de la Cour de Justice des Communautés Européennes à Luxembourg-Kirchberg.

Article 2

Opposition formelle à la disposition du projet de loi qui, par le biais de l'adaptation de contrats conclus dans le cadre de la législation sur les marchés publics ou suite à des décisions judiciaires, vise à permettre le dépassement de l'enveloppe financière qui sera accordée par le législateur en vue de la réalisation du projet de construction faisant l'objet du projet de loi. L'échappatoire que les auteurs envisagent de créer pour contourner les limites de l'enveloppe financière à approuver par le législateur s'oppose en effet aux règles de droit constitutionnel inscrites à l'articles 100 de la Constitution qui obligent le Gouvernement de prendre l'accord de la Chambre des députés préalablement à des investissements dont le coût dépasse la limite légale.

N° C. E.: 48.474

N° doc. parl.: 6059

Avis du 22 septembre 2009

Projet de loi relatif à un régime d'aides à la protection de l'environnement et à l'utilisation rationnelle des ressources naturelles.

Article 3

En vertu de l'article 3, qui détermine le champ d'application de la future loi, le bénéfice des aides visées serait limité aux seules entreprises constituées sous forme de société commerciale. Il n'est pas expliqué pourquoi les sociétés commerciales devraient bénéficier d'avantages, qui seraient en l'espèce refusés aux personnes physiques exerçant une activité commerciale. La différence qui serait instituée ne paraît pas procéder de disparités objectives, ni être rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but. Le Conseil d'Etat s'oppose en conséquence à cette restriction qui est contraire au principe constitutionnel d'égalité devant la loi consacré par l'article 11*bis* de la Constitution.

Article 11

L'article 11 du projet de loi qui établit la procédure de demande d'aides dispose que la « *demande est assortie d'un dossier, dans lequel doivent notamment figurer* ». Cette disposition est suivie d'une énumération des documents qui devront composer le dossier. Le Conseil d'Etat demande sous peine d'opposition formelle la suppression du mot « notamment ». La loi doit pour des raisons de sécurité juridique indiquer de façon exhaustive les informations à fournir.

Article 12, paragraphe 1^{er}

L'article 12 régit la procédure d'examen des demandes. Le Conseil d'Etat demande, sous peine d'opposition formelle, à voir supprimer le terme « notamment » se rapportant aux critères par rapport auxquels les demandes d'aides seront analysées. Pour des raisons de sécurité juridique, la loi doit en effet déterminer avec précision les critères déterminants pour l'octroi des aides.

N° C. E.: 48.255

N° doc. parl.: 5978

Avis du 6 octobre 2009

Projet de loi relative au retrait obligatoire et au rachat obligatoire portant sur les titres de sociétés anonymes admis ou ayant été admis à la négociation sur un marché réglementé.

Article 1^{er}

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la disposition du projet de loi appelée à organiser le retrait obligatoire des titres de sociétés anonymes admis ou ayant été admis à la négociation sur un marché réglementé, qui ne comporte pas la moindre allusion à un juste prix, ou un principe d'évaluation de ce juste prix auquel la demande de retrait devra être exercée. L'agencement de la procédure applicable au retrait obligatoire, y compris le rôle qui y reviendrait à la Commission de surveillance du secteur financier, ainsi que l'indication d'éventuelles voies de recours faisant de surcroît complètement défaut.

Article 2

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la disposition du projet de loi dont l'objet est d'organiser le rachat obligatoire des titres de sociétés anonymes admis ou ayant été admis à la négociation sur un marché réglementé, en ce que ledit texte ne comporte pas la moindre allusion à un juste prix, ou un principe d'évaluation de ce juste prix auquel la demande de rachat devra être exercée. L'agencement de la procédure applicable au rachat obligatoire, y compris le rôle qui y reviendrait à la Commission de surveillance du secteur financier ainsi que l'indication d'éventuelles voies de recours faisant par ailleurs complètement défaut. Le caractère embryonnaire de l'article 2 ne sied pas à un texte de loi.

N° C. E.: 48.247

N° doc. parl.: 5959

Avis du 6 octobre 2009

Projet de loi portant modification de la loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques.

Article 4

Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à la disposition autorisant le Gouvernement en conseil à fixer l'indemnité des membres du Conseil national des programmes, alors qu'en vertu de l'article 99 de la Constitution la loi de base doit expressément prévoir le principe d'une indemnité, dont la fixation du montant peut être dévolue à un règlement grand-ducal. La modification proposée de l'article 4 du projet sous avis prévoit le principe de l'indemnité. Le montant de cette indemnité ne pourra être fixé que par règlement grand-ducal, et non par le Gouvernement en conseil.

N° C. E.: 48.468

N° doc. parl.: 6048

Avis du 6 octobre 2009

Projet de loi

- 1. portant transposition de la directive 2006/42/CE relative aux machines;**
- 2. modifiant l'article 14 de la loi du 20 mai 2008 relative à la création d'un Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services;**
- 3. concernant la mise à disposition de machines;**
- 4. concernant les machines d'occasion.**

Article 1^{er}

L'article renvoie expressément à plusieurs règlements grand-ducaux en vigueur. Le Conseil d'Etat se verrait obligé de refuser la dispense du second vote constitutionnel en cas de maintien desdits renvois. Le principe de la hiérarchie des normes qui impose le parallélisme des formes s'oppose en effet à ce qu'une norme supérieure se réfère expressément à une norme inférieure.

Article 4 (13 selon le Conseil d'Etat)

La directive 2006/42/CE relative aux machines impose aux Etats membres de l'Union européenne de prendre « toutes les mesures utiles » qui empêchent la mise sur le marché ou la mise en service des machines qui ne répondraient pas aux exigences de santé et de sécurité relatives à leur conception et à leur construction. L'article 249 du Traité CE prévoit que la directive lie l'Etat quant au résultat à atteindre en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens pour atteindre ce résultat. Il ne suffit donc pas, en guise de transposition, de désigner le membre du Gouvernement chargé de prendre les « mesures utiles » voulues par la directive, mais il faut dans l'intérêt de la sécurité juridique des particuliers concernés préciser ce qu'il y a lieu d'entendre par « mesures utiles » afin d'éviter tout reproche d'arbitraire dans la démarche de l'Administration. Le Conseil d'Etat devrait refuser la dispense du second vote constitutionnel si cette disposition n'était pas remplacée.

Article 13 (8 selon le Conseil d'Etat)

L'article 13 du projet de loi concerne les organismes notifiés que les Etats membres peuvent charger de l'évaluation de la conformité des différentes catégories de machines en vue de leur mise sur le marché. Les critères auxquels devront répondre ces organismes sont déterminés dans une annexe de la loi en projet. Il est prévu que cette annexe pourra être modifiée par voie d'un règlement grand-ducal. Ces critères constituent des restrictions au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, consacré par l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution. Le Conseil d'Etat doit en conséquence s'opposer formellement au maintien de l'article 13 du projet de loi dans sa forme actuelle, du moins en ce qui concerne la possibilité de modifier par voie d'un règlement grand-ducal des matières réservées par l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution à la loi formelle.

Article 14 (9, paragraphes 1^{er} et 2 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement au contenu du paragraphe 1^{er} de l'article 14 du projet de loi, en ce qu'il ne respecte ni le sens ni la lettre de la faculté de transposition prévue à l'article 15 de la directive 2006/42/CE relative aux machines qu'il a pour objet de transposer.

Article 20, paragraphe 3 (9, paragraphe 3 selon le Conseil d'Etat)

L'article renvoie expressément à une annexe d'un règlement grand-ducal en vigueur. Le Conseil d'Etat se verrait obligé de refuser la dispense du second vote constitutionnel en cas de maintien de ce renvoi. En effet, le principe de la hiérarchie des normes qui impose le parallélisme des formes s'oppose à ce qu'une norme supérieure se réfère expressément à une norme inférieure.

Article 25 (15 selon le Conseil d'Etat)

Opposition formelle à l'encontre de la disposition qui prévoit que sont d'application à la future loi les dispositions pénales figurant à l'article 18 et les avertissements taxés figurant à l'article 19 de la loi du 20 mai 2008 relative à la création d'un Institut luxembourgeois de la normalisation. Le Conseil d'Etat insiste à cet égard sur l'obligation d'indiquer à l'article sous examen les articles dont le non-respect est constitutif d'une infraction ou de préciser à l'article sous examen les faits répréhensibles. En effet, l'article 14 de la

Constitution, qui consacre le principe de la légalité des incriminations, suppose que l'infraction et les peines soient établies avec une précision suffisante pour écarter tout risque d'arbitraire au niveau de l'application de la disposition pénale et pour permettre au justiciable de mesurer exactement la portée des dispositions qui s'appliquent. Comme dans le cas d'espèce le champ d'application de la loi en projet est différent de celui de la loi à laquelle renvoie l'article sous examen, il faut prévoir dans le texte du projet de loi les dispositions autonomes traitant des sanctions pénales. Dans l'esprit de l'article 12 de la Constitution consacrant le principe de la légalité des peines, le Conseil d'Etat demande encore qu'il y soit fait mention des peines applicables. Ce principe s'oppose en effet à ce qu'il soit renvoyé par une formule générale et vague aux peines prévues par une autre loi.

Article 27

L'article 27 prévoit la possibilité de modifier les annexes par voie d'un règlement grand-ducal. Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement au maintien de l'article 27 du projet de loi dans sa forme actuelle, du moins en ce qui concerne la possibilité de modifier par voie de règlement grand-ducal des dispositions qui font partie des matières que la Constitution réserve à la loi formelle.

Article 29

Opposition formelle à l'encontre d'une disposition qui prévoit dans un projet de loi la formule exécutoire propre aux règlements grand-ducaux.

N° C. E.: 48.432

N° doc. parl.: 6031

Avis du 20 octobre 2009

Projet de loi modifiant et complétant

- a) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat;**
- b) la loi modifiée du 27 janvier 1972 fixant le régime des employés de l'Etat;**
- c) la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux;**
- d) la loi modifiée du 15 juin 1999 portant organisation de l'Institut national d'administration publique.**

Le projet a principalement pour objet d'ouvrir la fonction publique aux ressortissants communautaires, tout en réservant l'accès aux postes comportant une participation à l'exercice de la puissance publique aux ressortissants luxembourgeois. Le Conseil d'Etat note l'absence de tout dispositif modificatif de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux, qui soumet l'accès à la fonction publique communale à la condition de la nationalité luxembourgeoise. Il n'y a aucun doute que la fonction publique visée par l'article 48 du Traité CE (actuellement article 39) englobe la fonction publique étatique et la fonction publique communale. Il s'ensuit que la fonction publique communale relève en droit communautaire du même régime juridique que la fonction publique étatique. Le Conseil d'Etat doit en conséquence s'opposer formellement au présent projet qui ne comporte pas de dispositif approprié pour la fonction publique communale.

Article 3 (4 selon le Conseil d'Etat)

L'article 3 du projet de loi a pour objet l'insertion d'un article *9bis* dans la loi modifiée du 15 juin 1999 portant organisation de l'Institution national d'administration publique. L'article *9bis* envisagé définit son champ d'application par renvoi à des règlements grand-ducaux en vigueur. Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à ces renvois qui sont contraires au principe de la hiérarchie des normes qui interdit qu'une norme de droit supérieure se réfère expressément à une norme de droit inférieur.

N° C. E.: 48.562

N° doc. parl.: 6100

Avis du 10 novembre 2009

Projet de loi concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'année 2010.

Article 4, paragraphes 2 et 3

Les paragraphes 2 et 3 de l'article 4 proposent la réintroduction aux articles 128 et 128bis LIR de l'abattement commercial et de l'abattement agricole abolis par une loi du 19 décembre 2008. En 1967, le législateur estimait pouvoir compenser la charge de l'impôt foncier relativement lourde supportée par les exploitations agricoles en comparaison avec l'impôt foncier perçu à charge des entreprises commerciales, artisanales ou industrielles. Le Conseil d'Etat doit toutefois constater, eu égard aux données économiques contemporaines et notamment au vu du fait que plus de la moitié de la surface agricole est aujourd'hui prise en location, que la réintroduction de l'abattement agricole, telle que proposée, n'est pas une mesure pertinente au vu de l'objectif de la mesure, à savoir la compensation de la charge de l'impôt foncier subie par les exploitations agricoles. En 1996, l'abattement du bénéfice commercial devait compenser l'augmentation mécanique de l'assiette de l'impôt sur le revenu perçu à charge des commerçants exerçant leur activité sous forme d'entreprise individuelle ou de société de personnes. Depuis l'introduction de l'abattement commercial en 1995, les taux d'imposition ont néanmoins fortement diminué de sorte que la réintroduction de l'abattement commercial n'est plus à propos au vu de l'objectif pré-exposé, à savoir la neutralisation de l'augmentation purement technique du revenu imposable liée aux allègements introduits pour déterminer l'assiette de l'impôt commercial communal. Le Conseil d'Etat s'oppose en conséquence formellement à la réintroduction des abattements commercial et agricole.

Article 51

L'article 51 entend entre autres modifier la loi modifiée du 4 mars 1982 a) portant création d'un Fonds Culturel National; b) modifiant et complétant les dispositions fiscales tendant à promouvoir le mécénat et la philanthropie. Cette modification, qui permettrait à l'Etat d'intervenir sur un immeuble dont il n'est pas propriétaire, n'a aucune incidence sur le budget de l'Etat. La disposition constitue un cavalier budgétaire. Le Conseil d'Etat s'y oppose formellement.

N° C. E.: 48.432

N° doc. parl.: 6031

Avis complémentaire du 24 novembre 2009

Projet de loi modifiant et complétant

- a) la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat;**
- b) la loi modifiée du 27 janvier 1972 fixant le régime des employés de l'Etat;**
- c) la loi modifiée du 15 juin 1999 portant organisation de l'Institut national d'administration publique.**

Article 6

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à l'article du projet de loi qui prévoit que certaines des dispositions du projet de loi entrent en vigueur avant la publication de la loi au Mémorial. Cet article est contraire à l'article 112 de la Constitution qui dispose qu'« aucune loi n'est obligatoire qu'après avoir été publiée dans la forme déterminée par la loi ». La publication détermine ainsi le moment d'entrée en vigueur de la loi et on ne saurait en conséquence fixer une date d'entrée en vigueur antérieure à celle de la publication de la loi.

N° C. E.: 48.187

N° doc. parl.: 5942

Avis du 24 novembre 2009

Projet de loi portant modification des articles L. 010, L. 141-1, L. 142-2 et L. 142-3 du Code du travail.

Article 2

L'article 2 entend modifier le paragraphe 3 de l'article L. 141-1 du Code du travail afin d'introduire des limites maxima dans le temps d'une prestation de services engendrant un détachement. La loi n'impose aujourd'hui pas de limitations dans le temps applicables aux prestations effectuées en détachement. Le Conseil d'Etat met en doute la conformité de ces limitations avec la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services. Ces limitations temporaires risquent par ailleurs d'être contraires à l'article 49 du Traité CE, en ce qu'elles pourraient être interprétées comme constituant de nouvelles restrictions à la libre prestation des services. Le Conseil d'Etat se prononce en faveur de la suppression de la modification proposée sous peine d'opposition formelle.

N° C. E.: 48.484

N° doc. parl.: 6056

Avis du 18 décembre 2009

Projet de loi relatif aux licences des contrôleurs de la circulation aérienne.

Le projet de loi et le projet de règlement grand-ducal, soumis au Conseil d'Etat pour avis, ne sont sur une multitude de points pas conformes à la Constitution. Il en est notamment ainsi de la détermination des critères et des conditions de la délivrance, du maintien, et du retrait des licences que le projet de loi confie au projet de règlement grand-ducal. Ces critères limitent l'exercice d'une profession dans le sens de l'article 11, paragraphes 5 et 6 de la Constitution, et doivent, à ce titre, au moins quant à leur principe, faire l'objet d'une loi, l'article 32, paragraphe 3 n'autorisant le Grand-Duc à prendre des règlements dans les matières réservées par la Constitution à la loi, qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi. Les textes soumis pour avis ne respectent par ailleurs pas l'article 102 de la Constitution qui impose la détermination légale des conditions et des modalités de perception et d'application des redevances dues pour les prestations en relation avec la délivrance et le maintien en validité des licences, qualifications et mentions du contrôleur de la circulation aérienne, la loi devant par ailleurs fixer au moins le montant maximal qui pourra être perçu au titre desdites redevances. Eu égard à l'ampleur des problèmes constitutionnels qui se posent, le Conseil d'Etat s'oppose formellement à l'adoption du projet de loi sous avis, qui est à remettre sur le métier.

N° C. E.: 48.521

N° doc. parl.: 6062

Avis du 18 décembre 2009

Projet de loi transposant, pour les professions de médecin, de médecin-dentiste, de médecin vétérinaire, de pharmacien et de certaines autres professions de santé, les dispositions de la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et de la directive 2006/100/CE portant adaptation de certaines directives dans le domaine de la circulation des personnes, en raison de l'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie, et modifiant

- 1. la loi modifiée du 29 avril 1983 concernant l'exercice des professions de médecin, de médecin-dentiste et de médecin vétérinaire;**
- 2. la loi du 31 juillet 1991 déterminant les conditions d'autorisation d'exercer la profession de pharmacien;**
- 3. la loi modifiée du 26 mars 1992 sur l'exercice et la revalorisation de certaines professions de santé;**
- 4. la loi du 11 janvier 1995 portant réorganisation des écoles publiques et privées d'infirmiers et d'infirmières et réglementant la collaboration entre le ministère de l'Education nationale et le ministère de la Santé.**

Article I, point 1

L'article I, point 1 du projet de loi, qui entend modifier l'article 1^{er} de la loi modifiée du 29 avril 1983 concernant l'exercice des professions de médecin, de médecin dentiste et de médecin vétérinaire, prévoit que « les modalités de compréhension » de la langue luxembourgeoise, nécessaires à l'exercice de la profession, peuvent être précisées par règlement grand-ducal. Les exigences relatives à la compréhension de la langue luxembourgeoise constituent des restrictions à l'exercice d'une profession au sens de l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution. Sous peine d'opposition formelle, le Conseil d'Etat invite les auteurs à préciser le terme « modalités de compréhension », ou à supprimer cette disposition qui, telle que formulée actuellement, est trop floue pour permettre au Grand-Duc de prendre un règlement qui soit conforme aux prescriptions de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution.

Article I, point 5

L'article I, point 5 a pour objet de modifier l'article 4 de la loi modifiée du 29 avril 1983 concernant l'exercice des professions de médecin, de médecin dentiste et de médecin vétérinaire. Le Conseil d'Etat constate que la disposition suivant laquelle le médecin doit exercer dans son pays d'origine dans le cadre d'un régime de sécurité sociale impose une restriction qui n'est pas prévue par la directive. Le Conseil d'Etat invite les auteurs sous peine d'opposition formelle à supprimer cette restriction.

Article I, point 7

Il est proposé qu'une convention à conclure entre l'Etat et une association détermine les modalités d'organisation du service de remplacement des médecins. Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à cette disposition. Afin de respecter les prescriptions des articles 32, paragraphe 3 et 11, paragraphe 5 de la Constitution, l'organisation du service de remplacement des médecins devra être déterminée par un règlement grand-ducal, aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi.

N° C. E.: 47.947

N° doc. parl.: 6062

Avis complémentaire du 18 décembre 2009

Projet de loi portant approbation du Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adopté par l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies à New York le 18 décembre 2002.

Article 5 (7 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à la disposition de l'article 5 du projet de loi en ce qu'il n'est pas conforme au Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adopté par l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies à New York le 18 décembre 2002. L'article 5 du projet de loi prévoit en effet la publication « d'un rapport annuel » par la Chambre des députés alors que l'article 23 du Protocole fait obligation à l'Etat de publier le rapport du mécanisme national de prévention.

N° C. E.: 48.128

N° doc. parl.: 6072

Avis du 19 janvier 2010

Projet de loi relative à l'élargissement des compétences des agents municipaux et portant modification de la loi communale du 13 décembre 1988, du Code pénal et des dispositions législatives concernant les gardes champêtres.

Article 1^{er}

L'article 1^{er} sous avis a pour objet d'insérer un article 29*bis* dans la loi communale modifiée du 13 décembre 1988. Le paragraphe 1^{er} de ce nouvel article permettrait l'établissement par voie d'un règlement communal de contraventions pour lesquelles des avertissements taxés pourraient être décernés. Le règlement communal ne pourrait que reprendre les contraventions figurant dans un catalogue de contraventions à établir par voie d'un règlement grand-ducal. Il est prévu que les libellés des contraventions, les références et les montants des taxes ainsi repris devraient être identiques à ceux figurant au catalogue. Le Conseil d'Etat se doit de souligner que le simple fait qu'il est question de contraventions ne permet pas de faire abstraction de toute référence à un texte légal fixant les sanctions. Ce n'est que si le mécanisme légal de sanctions pénales des nouvelles infractions est établi qu'un régime d'avertissement taxé peut être envisagé. Or, les auteurs du projet de loi adoptent une logique inverse et instaurent un mécanisme détaillé d'avertissements taxés sans s'interroger sur les infractions de base. La contravention doit s'analyser par rapport à une norme qui détermine tant les éléments constitutifs de l'infraction que les peines. Il ne suffit dès lors pas de renvoyer à cet effet dans la loi à un règlement communal d'avertissements taxés. Au regard des principes de la légalité des délits et des peines et de la sécurité juridique, le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement au texte sous examen.

Le nouvel article 29*bis* qu'il est proposé d'introduire dans la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 prévoit la possibilité que des agents communaux décernent des avertissements taxés afin de sanctionner des contraventions à certaines dispositions légales ou réglementaires. Sont ainsi visées les contraventions à une disposition du Code pénal, à une disposition de la loi du 9 mai 2008 relative aux chiens ou du règlement grand-ducal modifié du 26 août 1963 relatif aux avertissements taxés, aux consignations pour contrevenants non résidents ainsi qu'aux mesures d'exécution de la législation en matière de mise en fourrière des véhicules et en matière de permis à points. Les contraventions qui pourraient être sanctionnées de la manière seraient inscrites dans un catalogue à établir par voie d'un règlement grand-ducal. Les avertissements taxés ne pourraient être décernés par les agents municipaux que sur le territoire de la commune dans laquelle ils exer-

cent leurs attributions. Il est prévu que lesdits agents seraient habilités à cette fin par le bourgmestre. Le Conseil d'Etat met d'abord en garde contre la création d'une diversité de corps d'agents de maintien de l'ordre au niveau des communes dont les attributions viendraient « doubler » celles de la police, qui gardera par ailleurs le monopole de dresser procès-verbal. Il relève ensuite l'incohérence de la logique inhérente au système mis en place, la compétence première des agents municipaux n'étant pas de décerner des avertissements taxés, mais de constater des infractions, à l'instar des membres de la police. L'avertissement taxé est en effet une mesure qui arrête les poursuites qui suivent normalement le constat. Il se pose encore le problème de la soumission des agents à la seule autorité du bourgmestre, sans la moindre référence au procureur d'Etat. Que signifient, dans ce cadre, les termes « habilités par le bourgmestre »? Ils ne sauraient être interprétés en ce sens que le bourgmestre de chaque commune est investi par la loi du droit de constater des infractions au règlement communal et qu'il habilite des organes d'exercer des attributions qui lui reviennent en principe. La loi du 16 juin 1989 portant modification du Livre premier du Code d'instruction criminelle et de quelques autres dispositions légales a enlevé aux bourgmestres la qualité d'officier de police judiciaire. S'agit-il de réintroduire une telle compétence dans le domaine des nouvelles contraventions communales?

Par ailleurs, le fait que le texte proposé renvoie directement à un règlement grand-ducal déterminé est opposé au principe de la hiérarchie des normes qui interdit qu'une norme supérieure se réfère directement à une norme inférieure. Le texte proposé n'est enfin pas conforme aux principes constitutionnels de la légalité des incriminations et des peines. En effet, la contravention doit s'analyser par rapport à une norme qui détermine tant les éléments constitutifs de l'infraction que les peines. Il ne suffit dès lors pas de renvoyer à cet effet dans la loi à un règlement grand-ducal dans lequel seraient inscrites les contraventions concernées par la disposition sous avis. Au vu de l'ensemble de ces critiques, le Conseil d'Etat s'oppose formellement à ce texte.

Le nouvel article 29bis qu'il est proposé d'introduire dans la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 prévoit en son paragraphe 9 que le contrevenant, qui n'a pas de résidence normale au Luxembourg et qui ne s'acquitte pas de l'avertissement taxé sur le lieu même de l'infraction, devra verser aux membres de la Police grand-ducale une somme destinée à couvrir l'amende et les frais de justice éventuels en vue de la consignation de ladite somme. Il est prévu qu'un règlement grand-ducal fixera le montant et les modalités d'application de la consignation, sans que le montant ne puisse toutefois excéder le double du maximum de l'amende ni être inférieur à 74 euros. Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à ce texte. En effet, le principe de non-discrimination de l'article 6 du Traité de l'Union européenne ainsi que le principe général d'égalité consacré par le droit communautaire s'opposent à un système de sanctions institué par les législations nationales des Etats membres qui impose aux seuls non-résidents qui optent, en cas d'infraction, non pas pour le paiement immédiat d'une amende transactionnelle, mais pour la poursuite à leur encontre de la procédure pénale normale, l'obligation de consigner une som-

me déterminée à titre de caution qui est plus élevée que celle prévue en cas de paiement immédiat (CJCE *Pastors et Transcop c/ Etat belge* du 23 janvier 1997 et CJCE *Commission des communautés européennes c/ République d'Italie* du 19 mars 2002).

Il est proposé de remplacer l'article 99 de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988. Le paragraphe 2 de ce nouvel article 99 prévoit qu'un règlement grand-ducal pourra organiser la formation, le recrutement et la rémunération des agents municipaux. Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à cette disposition qui est contraire à l'article 97 de la Constitution, aux termes duquel « L'organisation et les attributions des forces de l'ordre font l'objet d'une loi. », ainsi qu'à l'article 32, paragraphe 3 imposant au législateur de déterminer pour le moins les fins, les conditions et les modalités des matières réservées à la loi par la Constitution.

Article 3

L'article 3 propose d'abroger toutes les dispositions concernant les gardes champêtres dans la loi communale modifiée du 13 décembre 1988. Le Conseil d'Etat s'interroge sur la portée que revêtira désormais l'article 14 du Code d'instruction criminelle qui investit les gardes champêtres de fonctions de police judiciaire, à moins de supprimer également la référence au garde champêtre figurant dans le Code d'instruction criminelle. Pour des raisons de sécurité juridique et de cohérence des textes, le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la disposition sous avis.

N° C. E.: 47.522

N° doc. parl.: 5667

Avis du 19 janvier 2010

Proposition modifiant la loi modifiée du 8 juin 1999 portant organisation de la Cour des comptes.

Article 1^{er}

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la disposition qui entend modifier l'article 4, paragraphe 7 de la loi modifiée du 8 juin 1999 portant organisation de la Cour des comptes afin d'obliger la Cour des comptes d'informer la Chambre des députés des faits ou situations portés à sa connaissance, dont elle estime qu'ils seront de nature à pouvoir donner lieu à une poursuite pénale ou à une action disciplinaire. Conformément au commentaire afférent à cet article, cette modification s'expliquerait par la procédure applicable aux rapports spéciaux soumis par la Cour des comptes à la Chambre des députés, procédure qui a été arrêtée par la Commission du contrôle de l'exécution budgétaire au cours de sa réunion du 18 novembre 2002. La procédure précitée traite notamment des suites à donner aux rapports de la Cour des comptes, suites qui prendraient la forme de recommandations de la Commission du contrôle de l'exécution budgétaire, sinon de la Chambre des députés réunie en séance plénière et qui seraient adressées au contrôlé. L'article 105, paragraphe 2 de la Constitution réserve à la loi formelle les relations de la Cour des comptes avec la Chambre des députés; il est ainsi inadmissible qu'une procédure arrêtée par la « Commission du contrôle de l'exécution budgétaire » puisse se substituer à des dispositions réservées par la Constitution à la loi formelle. Si, d'après l'article 70 de la Constitution, « la Chambre détermine par son règlement le mode suivant lequel elle exerce ses attributions », cette faculté est cependant mise en échec dans les matières où la Constitution prévoit une loi formelle. Le Conseil d'Etat ne saurait dès lors dispenser du second vote constitutionnel les modifications envisagées à l'endroit du paragraphe 7, à moins de recevoir au préalable les clarifications nécessaires à ce sujet par la Chambre des députés.

N° C. E.: 48.574

N° doc. parl.: 6072

Avis complémentaire du 2 février 2010

Projet de loi portant approbation d'une série de conventions fiscales.

Article 6, paragraphe 1^{er}

L'article 5 du projet de loi prévoit que lorsque les renseignements demandés ne sont pas fournis endéans le délai d'un mois à partir de la notification de la décision portant injonction de fournir les renseignements demandés, une amende administrative d'un montant maximum de 250.000 euros peut être infligée au détenteur des renseignements. L'article 6, paragraphe 1^{er} du projet de loi entend conférer au détenteur des renseignements un recours en annulation devant le tribunal administratif contre la décision visée à l'article 5 du projet de loi. Au regard de la jurisprudence constante de la Cour administrative, la décision de l'article 5 du projet de loi sous avis risquera de relever de la matière pénale au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, étant donné qu'elle ne tend pas à la réparation pécuniaire du préjudice, mais vise pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération des agissements incriminés, de manière à poursuivre un but à la fois préventif et répressif. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme admet qu'un système d'amendes administratives imposées par l'administration ne se heurte pas à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme pour autant que le contribuable puisse saisir de toute décision prise à son encontre un organe judiciaire de pleine juridiction qui a la « compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi ». Le recours en annulation prévu par l'article 6, paragraphe 1^{er}, sous avis n'offre pas les garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Sous peine d'opposition formelle, le Conseil d'Etat exige que l'article 6, paragraphe 1^{er} confère au détenteur des renseignements un « *recours en réformation* » devant le tribunal administratif contre la décision prévue à l'article 5 du projet de loi.

N° C. E.: 47.660

N° doc. parl.: 5730

Avis du 23 février 2010

Projet de loi portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

Article II

Opposition formelle à l'encontre de la disposition qui entend modifier l'article 37 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales en prévoyant que des clauses statutaires, ainsi que des clauses prévues dans des actes d'émissions d'obligations convertibles ou dans des actes d'émissions de droits de souscription ainsi que dans toutes autres conventions, peuvent temporairement prévoir l'aliénabilité des actions de toute nature, des droits de souscriptions ou de tous autres titres donnant droit à l'acquisition d'actions en ce compris les obligations convertibles, les obligations avec droit de souscription ou les obligations remboursables en actions, à condition que ces clauses ne soient pas contraires à l'intérêt social. Le Conseil d'Etat s'oppose à ce que l'inaliénabilité de ces titres doive être motivée par la non-contrariété à l'intérêt social, alors que c'est au droit de propriété des porteurs de titres auquel il est porté atteinte par ces clauses; c'est donc par rapport à l'atteinte à ce droit que l'inaliénabilité devra être motivée.

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la disposition qui entend modifier l'article 37 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales dans le but de permettre aux statuts de prévoir l'incessibilité pure et simple ou l'intransmissibilité des parts bénéficiaires. Le Conseil d'Etat s'interroge sur la compatibilité de ces clauses avec les règles s'appliquant en matière de liquidation des régimes matrimoniaux ou en matière de successions. Il ne peut se déclarer d'accord avec ces restrictions, sauf à prévoir une clause de rachat obligatoire ou de limiter celles-ci à une clause de préemption ou d'agrément au profit de la société, afin que les porteurs de parts ne deviennent pas les prisonniers de la société. Cette disposition est contraire au principe suivant lequel personne ne peut se lier contractuellement à vie.

Le projet de loi entend introduire un article 63*bis* nouveau dans la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales ayant pour objet d'accorder une action minoritaire aux actionnaires, qui se verraient ainsi attribuer le droit d'intenter pour le compte de la société contre les membres du conseil d'administration, ou du directoire ou du conseil de surveillance, l'action sociale prévue aux articles 59, 60*bis*-10, 60*bis*-16, et 62 alinéa 3 de la loi modifiée précitée du 10 août 1915. Le texte proposé manque de répondre à

plusieurs questions de procédure qui se posent, de sorte que le Conseil d'Etat doit s'y opposer formellement pour des raisons de sécurité juridique.

Il est proposé d'apporter plusieurs modifications à l'article 67 de la loi du 10 août 1915 concernant les commerciales ayant trait aux assemblées générales des sociétés anonymes et des sociétés européennes. Il est prévu qu'un droit de vote double pourrait être conféré à toutes les actions entièrement libérées pour lesquelles il sera justifié d'une inscription nominative depuis deux ans au moins au nom du même actionnaire. Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à cette modification qui est contraire au principe suivant lequel, dans les sociétés de capitaux, les droits sont attachés au titre et non aux personnes des actionnaires. Cette disposition entraîne dans le domaine de la société anonyme et de la société européenne un mélange de genres entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux auquel le Conseil d'Etat ne saurait adhérer.

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la disposition tendant à remplacer l'article 68 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et qui prévoit, dans les hypothèses où il existe plusieurs catégories d'actions, ou si plusieurs catégories de parts bénéficiaires ont été émises, que l'assemblée générale pourra, nonobstant toute disposition contraire dans les statuts, modifier les droits respectifs attachés à ces catégories d'actions ou à ces parts bénéficiaires, voire décider le remplacement des actions d'une catégorie d'action ou de parts bénéficiaires par celles d'une autre. Il est en effet inconcevable que l'assemblée statutaire puisse statuer en violant les statuts. Les statuts constituent, à côté de la loi, la règle fondamentale de chaque société.

Il est proposé de modifier l'article 115 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales relativement aux indications qui doivent figurer dans l'acte constitutif de la société coopérative. Le projet de loi entend par ailleurs ajouter un deuxième paragraphe audit article, paragraphe dont l'objet serait de déterminer, en dehors de causes de nullité déjà prévues par l'article 4 de la loi modifiée du 10 août 1915, les autres causes de nullité d'un acte constitutif d'une société coopérative. Le Conseil d'Etat note les incohérences qui existent entre ces propositions et celles qui sont faites au niveau de l'article 116 ainsi qu'au niveau du nouvel article 117*bis*. Pour des raisons de sécurité juridique, le Conseil d'Etat exige sous peine d'opposition formelle que les modifications proposées relatives à l'article 115 soient remises sur le métier afin de les mettre en cohérence avec les autres dispositions du projet de loi.

Il est proposé de modifier l'article 183 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, qui prévoit à l'état actuel que le capital de la société à responsabilité limitée doit être entièrement souscrit et libéré au moment de la constitution de ladite société. L'article 183 serait modifié dans le sens que seule l'entière libération des apports en numéraire serait exigée au moment de la constitution de la société. Les apports en nature ne devraient par contre être libérés que dans un délai de cinq ans à compter de la constitution de la société à responsabilité limitée. La possibilité de former

l'entière du capital de la société par des apports en nature serait toutefois donnée, ce qui risquerait d'avoir pour conséquence que la société à responsabilité limitée pourrait démarrer sans capital libéré. Le Conseil d'Etat doit s'opposer aux modifications proposées qui sont de nature à nuire aux intérêts des créanciers, qui verraient la protection de leurs droits bafouée.

Il est prévu de modifier la procédure de cession des parts sociales d'une société à responsabilité limitée qui est réglée à l'article 189 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la disposition proposée qui prévoit qu'en cas de refus de l'agrément à la cession des parts sociales par les associés de la société, les parts sociales deviennent de plein droit incessibles. Cette disposition serait en effet contraire au principe général du droit selon lequel personne ne peut se lier à vie.

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la disposition du nouvel article 196*bis* que le projet de loi propose d'introduire dans la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et qui prévoit dans les hypothèses où il existe plusieurs catégories de parts sociales, ou si plusieurs catégories de parts bénéficiaires ont été émises, que l'assemblée générale pourra, nonobstant toute disposition contraire dans les statuts, modifier les droits respectifs attachés à ces catégories de parts sociales ou à ces parts bénéficiaires, voire décider le remplacement des parts sociales d'une catégorie de parts sociales ou de parts bénéficiaires par celles d'une autre. Il est en effet inconcevable que l'assemblée statutaire puisse statuer en violant les statuts. Les statuts constituent, à côté de la loi, la règle fondamentale de chaque société.

Il est proposé de modifier l'article 191*bis* de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. Le paragraphe 5 qui serait ajouté audit article tend à permettre la délégation des pouvoirs de gestion de la gérance de la société à responsabilité limitée vers un comité de direction qui constituerait un nouvel organe à côté du collège de gérance. Ce comité exercerait ses fonctions de manière exclusive même s'il appartiendrait à la gérance de le surveiller. Le comité pourrait se voir déléguer le pouvoir de représentation de la société à l'égard des tiers. Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à cette disposition qui enlèverait tout élément personnel à la société à responsabilité limitée. Celle-ci deviendrait une vraie société de capitaux à façade de société de personnes.

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement au paragraphe 6 qu'il est proposé d'ajouter à l'article 191*bis* de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, en ce que cet article prévoit que la société serait liée par les actes accomplis par les personnes ayant qualités pour engager la société alors même que ces actes dépasseraient l'objet social de la société.

Le Conseil d'Etat, se référant aux oppositions formelles qu'il a faites en ce qui concerne la modification proposée à l'endroit de l'article 68 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et le nouvel article 196*bis* qu'il est proposé d'insérer dans la loi modifiée précitée du 10 août 1915, réitère cette opposition formelle à l'endroit du paragraphe 2 du nouvel article 308*bis*-21. L'article 308*bis*-21 se réfère en effet aux catégories d'actions, de parts sociales et de parts bénéficiaires, prévues aux articles 68 et 196*bis* précités. Dans la lignée des oppositions faites aux articles 68 et 196*bis*, le Conseil d'Etat se doit d'émettre ladite opposition formelle également à l'égard de la disposition de l'article 308*bis*-21.

Il est proposé d'introduire un nouvel article 308*bis*-27 dans la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. Ledit texte prévoit, pour le cas où les statuts d'une société en nom collectif prévoiraient, dans l'hypothèse du décès d'un associé, que la société continuera avec ses ayants cause qui auront la qualité de commanditaires, que la transformation de la forme sociale de la société qui résultera de l'application de cette clause statutaire ne sera pas automatique, mais nécessitera une décision des associés, qui devra être adoptée dans les formes et les conditions établies par la loi. Ce texte n'est pas complet en ce qu'il manque de répondre à un certain nombre de questions. Le texte proposé reste notamment muet sur les effets d'un éventuel refus d'acceptation de la succession et du legs par les ayants cause sur la forme de la société. Pour des raisons de sécurité juridique, le Conseil d'Etat s'y oppose formellement.

N° C. E.: 46.649

N° doc. parl.: 5331

Avis du 23 février 2010

Proposition de loi sur les enquêtes parlementaires.

Article 1^{er}

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la disposition selon laquelle la future loi sur les enquêtes parlementaires pourra être complétée par le règlement de la Chambre des députés. Cette habilitation serait en effet contraire à l'article 64 de la Constitution qui prévoit que la loi règle l'exercice du droit d'enquête conféré à la Chambre des députés. Par ailleurs, comme le droit d'enquête impose des obligations aux citoyens, il ne pourra être réglé par le règlement de la Chambre des députés. Ledit règlement interne, qui aux termes de l'article 70 de la Constitution détermine le mode d'après lequel la Chambre exerce ses attributions, n'est en effet pas opposable aux citoyens.

Article 4

L'article 4 prévoit qu'à titre exceptionnel, si la recherche de la vérité l'exige et dans les hypothèses limitativement fixées par le règlement de la Chambre des députés, les personnes assistant à certaines enquêtes professionnelles peuvent être soumises au secret professionnel. La disposition ne précise pas si les personnes visées sont les témoins ou uniquement le personnel de la Chambre des députés. Elle reste par ailleurs muette sur le secret professionnel dont il s'agit. Le renvoi au règlement interne de la Chambre des députés pose problème dans la mesure où la violation du secret professionnel dans les hypothèses exclusivement fixées par le règlement de la Chambre des députés aura néanmoins des répercussions pénales pour les personnes visées qui ne sont pas soumises audit règlement. Le règlement de la Chambre des députés constitue en effet une réglementation à usage interne, non opposable aux tiers. Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à ce qu'une disposition ayant des implications directes sur des tiers puisse figurer dans ce règlement.

Article 5

L'article prévoit que les pouvoirs attribués à la commission d'enquêtes ainsi qu'à son président sont déterminés par la Chambre des députés. Or il semble compliqué, voire risqué, de laisser la Chambre des députés, dans chaque cas d'espèce, le cas échéant - après un changement afférent de la Constitution - par un vote minoritaire, déterminer les pouvoirs attribués à la commission. Le Conseil d'Etat insiste dès lors, sous peine d'opposition formelle, pour des raisons de sécurité juridique à voir fixer les pouvoirs dans la loi, quitte à ce que l'étendue des pouvoirs théoriques puisse être restreinte par une décision de la commission.

N° C. E.: 45.860

N° doc. parl.: 4955

Avis du 23 février 2010

Projet de loi portant modification

- **de la loi modifiée du 11 novembre 1970 sur les cessions et saisies des rémunérations de travail ainsi que les pensions et rentes;**
- **de la loi modifiée du 26 avril 1999 portant création d'un droit à un revenu minimum garanti;**
- **de la loi modifiée du 24 décembre 1990 sur la préretraite;**
- **de la loi du 12 février 1999 portant création d'un congé parental et d'un congé pour des raisons familiales;**
- **de la loi modifiée du 1^{er} août 1988 portant création d'une allocation d'éducation;**
- **du Code des Assurances Sociales;**
- **de la loi du 11 janvier 1995 portant réorganisation des écoles publiques et privées d'infirmières et réglémentant la collaboration entre le ministère de l'Education nationale et le ministère de la Santé;**
- **du Nouveau Code de Procédure Civile.**

Article VIII

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la disposition qui a pour objet de compléter l'article 11, alinéa 1^{er} de la loi du 11 janvier 1995 portant organisation des écoles publiques et privées d'infirmières et réglémentant la collaboration entre le ministère de l'Education nationale et le ministère de la Santé par la phrase aux termes de laquelle « l'indemnité de stage ne peut être cédée ni saisie ». Cette exemption n'est pas compatible avec l'approche adoptée par le Gouvernement qui consiste à soumettre tout revenu, même inférieur au minimum vital, à la législation sous revue. Partant, le Conseil d'Etat considère que l'exemption concernant cette indemnité qui est versée à titre de rémunération de services rendus ne répond pas au principe constitutionnel de l'égalité devant la loi.

N° C. E.: 48.318

N° doc. parl.: 5990

Avis du 23 février 2010

Projet de loi portant création des communautés urbaines.

Article 7

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la prérogative que le projet de loi tend à conférer à la communauté urbaine de fixer la quote-part de chaque commune dans l'impôt commercial. Aux termes de l'article 107 de la Constitution, les communes forment des collectivités autonomes qui, par l'organe de leur conseil, peuvent établir des impositions communales. Selon l'article 102 de la Constitution, les communes sont les seules autorités à côté de l'Etat à pouvoir lever des impôts. Par référence à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle⁸³, la loi ne saurait attribuer l'exécution des dispositions constitutionnelles à une autorité autre que celle que la Constitution a elle-même désignée. En l'occurrence, il n'est pas permis au législateur d'attribuer une part du pouvoir fiscal à un établissement public, pouvoir qui, en vertu de la Constitution, est réservé à l'Etat et aux communes.

83 cf. Arrêt n° 01/98 du 6 mars 1998.

N° C. E.: 48.664

N° doc. parl.: 6096

Avis du 9 mars 2009

Projet de loi portant modification de la loi du 8 juillet 1986 portant réglementation de la mise sur le marché des détergents.

Article X

L'article X du projet de loi a pour objet de modifier l'article 10 de la loi modifiée du 8 juillet 1986 portant réglementation de la mise sur le marché des détergents afin de permettre aux officiers de police judiciaire, aux agents de la police grand-ducale, aux fonctionnaires de l'Administration de la gestion de l'eau ainsi qu'aux fonctionnaires de la douane, qui ont la qualité d'officiers de police judiciaire dans l'accomplissement des fonctions relatives à la loi précitée du 8 juillet 1986, de pénétrer dans les locaux professionnels pendant le temps où ces locaux sont ouverts au public et même pendant la nuit lorsqu'il existe des indices graves faisant présumer une fraude à la loi précitée du 8 juillet 1986 et aux règlements d'exécution de cette loi. Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à cette disposition qui serait contraire à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui assimile les locaux professionnels au domicile de l'homme et qui entraîne ainsi l'application des dispositions du Code d'instruction criminelle qui concernent les visites et les perquisitions au domicile de l'homme aux visites et perquisitions opérées dans des locaux professionnels. Les visites et perquisitions prévues par la disposition sous avis devront ainsi être autorisées par un mandat judiciaire.

Article XIII

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la disposition de l'article XIII du projet de loi qui entend abroger le règlement grand-ducal du 9 juillet 1986 relatif à la biodégradabilité des agents de surface anioniques et non ioniques dans les détergents ainsi que le règlement grand-ducal portant désignation des experts chargés de rechercher et de constater les infractions aux dispositions légales et réglementaires en matière de mise sur le marché des détergents. Cette abrogation légale serait en effet contraire au principe de la hiérarchie des normes, qui impose le parallélisme des formes et qui interdit qu'une norme de droit supérieure abroge expressément une norme de droit inférieure.

N° C. E.: 48.420

N° doc. parl.: 6037

Avis complémentaire du 9 mars 2009

Projet de loi portant modification de la loi du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression dans les médias et de la loi du 3 août 1998 concernant la presse écrite.

Amendement 5

L'amendement 5 entend modifier les critères d'éligibilité tendant à permettre à un organe de presse de bénéficier de la promotion sous forme d'une aide financière prévue par la loi du 3 août 1998. L'amendement entend conformer lesdits critères d'éligibilité à la modification que le projet de loi entend porter à la loi du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression dans les médias, et qui consiste à lier la reconnaissance de la qualité de journaliste professionnel ou du titre de journaliste professionnel à la détention d'une carte professionnelle. Le Conseil d'Etat, dans la lignée de son opposition formelle émise dans son avis du 14 juillet 2009, s'oppose formellement à cet amendement. En effet, la réintroduction de la protection du titre de journaliste qui avait été abrogée par la loi modifiée du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression dans les médias irait à l'encontre de la philosophie de cette loi. La disposition qui entend soumettre le droit de porter le titre de journaliste à la condition d'être porteur d'une carte de journaliste est d'autre part difficilement compatible avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Enfin, la recommandation R(2000)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe précise dans son exposé des motifs qu'« une accréditation ou une affiliation professionnelle ne sont pas nécessaires en vue de la détermination de la qualité de journaliste ».

N° C. E.: 48. 048

N° doc. parl.: 5899

Avis complémentaire du 9 mars 2009

Projet de loi portant réforme de l'assurance accident et modifiant:

1. le Code de la sécurité sociale;
2. la loi modifiée du 3 août 1998 instituant des régimes de pension spéciaux pour les fonctionnaires de l'Etat et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des chemins de fer luxembourgeois;
3. la loi modifiée du 26 mai 1954 réglant les pensions des fonctionnaires de l'Etat;
4. le Code du travail;
5. la loi du 18 avril 2008 concernant le renouvellement au soutien au développement rural;
6. la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu.

Amendement 32

L'amendement 32 de la commission parlementaire prévoit que les recommandations de prévention peuvent être déclarées d'obligation générale par voie de règlement grand-ducal. Il n'est toutefois pas concevable que de simples recommandations puissent être déclarées d'obligation générale et que le non-respect desdites recommandation puisse être pénalement sanctionné. Cette disposition constitue une contradiction *in terminis* à laquelle le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement.

N° C. E.: 48.173

N° doc. parl.: 6014

Avis du 23 mars 2010

Projet de loi portant réorganisation de la Chambre de Commerce.

Article 1^{er}

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à l'article 1^{er} du projet de loi qui entend rompre avec l'unicité du régime des chambres professionnelles organisé par la loi modifiée du 24 avril 1924 portant création des chambres professionnelles à base élective pour donner à la Chambre de commerce le statut à part d'un établissement public. Or, en tant que tel la Chambre de commerce devra répondre aux caractéristiques des établissements publics consacrées par l'article 108*bis* de la Constitution et notamment être placée sous une autorité de tutelle. Cette caractéristique constitutionnelle n'est toutefois par compatible avec le statut que doit avoir une entité intervenant de manière autonome dans la procédure législative.

Article 5

L'article 5 du projet de loi entend permettre l'adhésion volontaire des personnes physiques ou morales qui ne sont pas ressortissantes de la Chambre de commerce à cette chambre professionnelle, sans toutefois leur attribuer le droit de vote actif et passif. Le Conseil d'Etat s'oppose formellement au texte de cet article qui ne respecte pas la spécificité des missions imposées par la loi à la Chambre de commerce et est contraire au système d'affiliation de la loi du 24 avril 1924 portant création des chambres professionnelles à base élective. Le texte efface par ailleurs les limites tracées entre les chambres professionnelles et les ordres professionnels visés par l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution.

Article 38

Opposition formelle à l'article 38 du projet de loi qui prévoit que les arrêtés et règlements pris en exécution de la loi modifiée du 24 avril 1924 portant création des chambres professionnelles à base élective restent en vigueur. Cette disposition légale, qui entend valider des textes d'un ordre inférieur, ne respecte en effet pas le principe de la hiérarchie des normes imposant le parallélisme des formes.

N° C. E.: 48. 715

N° doc. parl.: 6140

Avis du 20 avril 2009

Projet de loi modifiant la loi du 19 décembre 2008 portant réforme de la formation professionnelle.

Article 2 (unique selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat doit formellement s'opposer au texte lui soumis pour avis en ce qu'il laisse planer le doute sur l'entrée en vigueur des métiers et des professions qui n'ont pas fait l'objet d'un règlement grand-ducal avant le début de l'année scolaire 2012/2013. Il faut fixer une date d'entrée en vigueur certaine dans la loi, quitte à permettre une mise en vigueur anticipée pour des métiers et professions dont la formation pourra déjà démarrer avant l'année scolaire proposée pour la mise en œuvre générale de la loi.

N° C. E.: 48.718

N°doc. parl.: 6122

Avis du 4 mai 2010

Projet de loi modifiant la loi modifiée du 24 décembre 2002 relative aux produits biocides.

Article unique (1^{er} selon le Conseil d'Etat)

Opposition formelle à la disposition qui autorise un ministre d'abrégé les périodes fixées par le texte légal. Cette disposition est en effet contraire à l'article 32, paragraphe 2 de la Constitution en vertu duquel seul le Grand-Duc pourrait être habilité à déroger à la loi.

N° C. E.: 48.670

N° doc. parl.: 6122

Avis du 4 mai 2010

Projet de loi ayant pour objet

- A) la transposition en droit national de la directive 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires et la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire;**
- B) la création d'un organisme de contrôle du marché ferroviaire;**
- C) de modifier la loi modifiée du 11 juin 1999 relative à l'accès à l'infrastructure ferroviaire et à son utilisation;**
- D) de modifier la loi modifiée du 10 mai 1995 relative à la gestion de l'infrastructure ferroviaire.**

Article 4

Opposition formelle à la référence dans le texte sous avis au règlement grand-ducal modifié du 31 mars 2003 définissant les modalités d'application des redevances de l'infrastructure ferroviaire luxembourgeoise en ce que le principe de la hiérarchie des normes qui impose le parallélisme des formes s'oppose à ce qu'une norme supérieure se réfère expressément à une norme de droit inférieur.

Article 6

Afin d'éviter la violation du principe du *non bis in idem*, c'est-à-dire le risque qu'une personne soit poursuivie ou punie pénalement en raison d'une infraction pour laquelle elle a déjà été acquittée ou condamnée, qui existe notamment lorsque la loi cumule les sanctions pénales et les sanctions administratives pour des faits identiques, le Conseil d'Etat exige sous peine d'opposition formelle que les manquements à la loi en projet puissent être frappés uniquement d'une sanction administrative.

N° C. E.: 48.602

N° doc. parl.: 6081

Avis du 4 mai 2010

Projet de loi portant modification de la loi du 9 mai 2006 relative aux abus de marché et portant complément de transposition de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché).

Article 4

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la disposition du projet de loi qui, en sanctionnant de manière générale les infractions aux dispositions de la loi ou aux mesures prises en son exécution sans préciser les comportements incriminés, viole le principe de la légalité des incriminations qui a cours en matière pénale et en matière administrative.

N° C. E.: 48.484

N° doc. parl.: 6056

Avis du 4 mai 2010

Projet de loi relative aux licences des contrôleurs de la circulation aérienne et transposant la directive 2006/23/CE du 5 avril 2006 du Parlement européen et du Conseil concernant une licence communautaire de contrôleur de la circulation aérienne.

Article 7

Opposition formelle à l'encontre de la disposition qui institue un recours en annulation contre les sanctions administratives prises par la Direction de l'aviation civile qui sont susceptibles d'avoir un caractère pénal. Le recours en annulation n'offre en effet pas les garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme admet en effet que les sanctions administratives qui sont constitutives de sanctions pénales peuvent être prononcées par des autorités ne réunissant par toutes les caractéristiques d'un tribunal au sens de l'article 6 précité, à condition que l'administré dispose contre cette décision d'un recours en pleine juridiction.

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la disposition qui délègue à un règlement ministériel la fixation des modalités d'organisation et de fonctionnement ainsi que la composition et les nominations de la future commission spéciale des licences des contrôleurs de la circulation aérienne. Cette disposition est en effet contraire à l'article 36 de la Constitution en vertu duquel le pouvoir réglementaire d'exécution des lois appartient au seul Grand-Duc.

Article 9

Opposition formelle à l'encontre de la disposition qui prévoit que les modalités de délivrance, de suspension ou de retrait des agréments d'homologations des organismes de formation offrant les formations destinées aux contrôleurs de la circulation aérienne sont fixées par règlement grand-ducal. Le fait de prévoir un agrément pour les personnes autorisées à dispenser ces cours, agrément dont les conditions de délivrance, de suspension ou de retrait des agréments d'homologations seraient fixées par un règlement grand-ducal, risque en effet de heurter le principe de la liberté du commerce qui est érigé en matière réservée à la loi par l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution. Il y aurait donc

lieu, conformément à l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution, de fixer pour le moins les grands principes de ces conditions dans la loi, quitte à abandonner la mise en œuvre du détail à un règlement grand-ducal.

Article 12

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement au renvoi à des règlements grand-ducaux dans la disposition sous avis. Le principe de la hiérarchie des normes qui impose le parallélisme des formes s'oppose en effet à ce qu'une norme supérieure se réfère expressément à des normes de droit inférieur.

N° C. E.: 48.365

N° doc. parl.: 6017

Avis du 4 mai 2010

Projet de loi portant

- 1. approbation de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne;**
- 2. approbation du Protocole du 16 octobre 2001 à la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne;**
- 3. modification de certaines dispositions du Code d'instruction criminelle et de la loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale.**

Article 9

L'article 9 du projet de loi a trait à l'exécution des demandes d'informations, envoyées par un autre Etat membre de l'Union européenne aux autorités judiciaires luxembourgeoises, concernant des comptes bancaires situés au Luxembourg ou des transactions bancaires sur ces comptes. Conformément à l'article 1^{er} du Protocole du 16 octobre 2001 à la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, l'obligation de renseignement s'applique aux enquêtes qui concernent un fait punissable d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'un maximum d'au moins quatre ans, les infractions visées par la Convention Europol ainsi que les infractions prévues par la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes. Il n'est pas établi que la liste des infractions retenues par les auteurs du projet de loi couvre le champ d'application visé par le protocole précité. Il n'est en conséquence pas garanti que la loi en projet soit conforme aux engagements internationaux souscrits par le Luxembourg. Le Conseil d'Etat demande donc à ce qu'il soit procédé aux vérifications utiles avant le vote de la loi, sous peine d'être confronté à l'impossibilité de pouvoir accorder la dispense du second vote constitutionnel.

L'article 9 prévoit que l'exécution par les autorités judiciaires compétentes d'une demande d'entraide émise par un Etat membre de l'Union européenne au titre des articles 1^{er} et 2 du Protocole du 16 octobre 2001 à la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne est subordonnée aux mêmes conditions qui s'appliquent pour l'exécution au Luxembourg d'une demande d'entraide aux fins de perquisition ou de saisie émise par cet Etat membre. Il est ainsi renvoyé à la loi du 8 août 2000 relative à l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. L'ar-

ticle 4 du protocole précité impose une obligation de confidentialité interdisant la révélation de la sollicitation des informations aux clients de la banque concernée. La loi précitée du 8 août 2000 autorise toutefois la banque d'informer son client que des renseignements ont été sollicités par l'Etat requérant afin de permettre au client concerné d'intenter un recours endéans un certain délai. Le renvoi à la loi précitée du 8 août 2000 sans réserve quant à l'obligation de confidentialité prévue par le protocole risque d'entraîner une exécution de la demande de renseignement qui n'est pas conforme au protocole du 16 octobre 2001 précité. Le Conseil d'Etat doit en conséquence émettre une opposition formelle à l'encontre de la disposition sous avis.

N° C. E.: 48.270

N° doc. parl.: 5976

Avis du 18 mai 2010

Projet de loi relative à l'introduction des normes comptables internationales pour les entreprises et portant transposition:

- **de la directive 2001/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 modifiant les directives 78/660/CEE, 83/349/CEE et 86/635/CEE en ce qui concerne les règles d'évaluation applicables aux comptes annuels et aux comptes consolidés de certaines formes de sociétés ainsi qu'à ceux des banques et autres établissements financiers**
- **de la directive 2003/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2003 modifiant les directives 78/660/CEE, 83/349/CEE, 86/635/CEE et 91/674/CEE du Conseil sur les comptes annuels et les comptes consolidés de certaines catégories de sociétés, des banques et autres établissements financiers et des entreprises d'assurance**
- **des articles 5 et 9 du règlement (CE) No 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales modifiant les directives 78/660/CEE, 83/349/CEE, 86/635/CEE et 91/674/CEE du Conseil sur les comptes annuels et les comptes consolidés de certaines catégories de sociétés, des banques et autres établissements financiers et des entreprises d'assurance**
- **de la directive 2006/46/CE du Parlement Européen et du Conseil du 14 juin 2006 modifiant les directives du Conseil 78/660/CEE concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, 83/349/CEE concernant les comptes consolidés, 86/635/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers, et 91/674/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance.**

Article 2, paragraphe 2

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à l'incrimination pénale prévue par l'article 2 en ce qu'elle est basée sur le viol d'une obligation collective de moyens.

N° C. E.: 48.702

N° doc. parl.: 6121

Avis du 18 mai 2010

Projet de loi portant modification de la loi du 11 juillet 1996 portant organisation d'une formation menant au brevet de maîtrise et fixation des conditions d'obtention du titre et du brevet de maîtrise.

Article 1^{er}

L'article sous avis prévoit en son point 3 que les cours de pratique professionnelle sont organisés « selon les besoins » et que chaque année une liste des métiers pour lesquels des cours sont offerts est arrêtée par le ministre ayant la Formation professionnelle dans ses attributions. Le texte légal ne se suffit donc pas à lui-même pour être appliqué dans toute son étendue, mais dévolue le pouvoir réglementaire en la matière à un ministre. Cette dévolution pose problème au regard de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. La matière de la Formation professionnelle fait partie des matières que la Constitution réserve à la loi formelle. Pour être conforme aux exigences constitutionnelles, le texte devra sous peine d'opposition formelle soit contenir tous les éléments nécessaires à son application, soit prévoir les grands principes quitte à abandonner la mise en œuvre du détail à un règlement grand-ducal conformément aux exigences de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution.

N° C. E.: 48.841

N° doc. parl.: 6147

Avis du 22 juin 2010

Projet de loi

- 1. concernant certaines mesures temporaires visant à promouvoir l'emploi et à adapter certaines modalités d'indemnisation de chômage;**
- 2. modifiant les articles L. 513-3, L. 521-7 et L. 523-1 du Code du travail.**

Article 5

Pour des raisons de sécurité juridique, le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à la disposition qui a pour objet d'introduire un article L. 521-7 au Code du travail qui se trouve en contradiction avec les dispositions de ce même code, dont notamment l'article L. 521-8. La disposition aurait en effet pour conséquence que le Code du travail prévoit deux délais distincts d'inscription au chômage dont les effets différeraient de surcroît.

Article 6

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la disposition qui a pour effet de confier dans une matière que la Constitution réserve à la loi certaines dispositions d'exécution au Gouvernement en conseil. Tout comme dans le pouvoir réglementaire visé par l'article 36 de la Constitution, dans le domaine des matières réservées par la Constitution à la loi, une loi ne saurait investir un ministre ou le Gouvernement en conseil de cette attribution.

N° C. E.: 48.717

N° doc. parl.: 6123

Avis du 22 juin 2010

Projet de loi portant modification de la loi modifiée du 30 mai 2005 portant:

- 1. organisation de l'Institut Luxembourgeois de Régulation;**
- 2. modification de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat.**

Opposition formelle à l'encontre des dispositions du projet de loi qui ne sont pas conformes à la directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les services de communications électroniques en ce qu'elles ne prévoient pas à l'instar de l'article 3*bis* de cette directive la publication de la décision de congédier le chef de l'autorité réglementaire ou, le cas échéant, des membres de l'instance collégiale remplissant cette fonction, ni la transmission des motifs du congédiement audit chef ou aux membres de l'instance collégiale. Le chef de l'autorité réglementaire et les membres de l'instance collégiale ont par ailleurs aux termes de l'article 3*bis* précité le droit de demander la publication de la décision de congédiement si celle-ci n'intervient pas d'office, disposition qui n'est également pas transposée par le texte du projet de loi. Il s'agit là d'obligations claires, précises et inconditionnelles qu'il faut transposer.

N° C. E.: 48.682

N° doc. parl.: 6113

Avis du 22 juin 2010

Projet de loi portant modification

- **des articles 5 et 9 de la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et**
- **de l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle.**

Article 1^{er}

Opposition formelle à l'encontre de la disposition sous avis qui prévoit la possibilité de déléguer vers une ou plusieurs entités tierces l'exécution de l'obligation légale de conserver les données relatives au trafic pendant une période de six mois dont sont tenus les fournisseurs de services ou les opérateurs, en ce que cette délégation serait contraire à l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution et ne répondrait par ailleurs pas à l'impératif de sécurité juridique des règles de droit. Elle risquerait par ailleurs de mettre en péril le mécanisme de protection en cascade des données.

N° C. E.: 48.502

N° doc. parl.: 6060

Avis du 22 juin 2010

Projet de loi relative à la reconnaissance de jugements en matière pénale ayant prononcé des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans un autre Etat membre de l'Union européenne.

Article 5, paragraphe 2

Opposition formelle à l'encontre de la disposition sous avis en ce qu'elle n'est pas conforme au texte européen à transposer. La décision-cadre 2008/909/JAI ne prévoit en effet pas, contrairement au texte en projet, que l'Etat d'exécution doit pouvoir refuser l'exécution de la peine lorsque l'Etat d'émission maintient sa demande d'exécution, malgré l'avis motivé qui lui a été présenté par l'Etat d'exécution, avis dans lequel ce dernier a exprimé son opinion relative à l'absence de contribution à la réinsertion sociale du condamné par le fait de l'exécution de la peine sur son territoire.

Article 17

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement au texte proposé qui omet de transposer l'article 19 de la décision-cadre 2008/909/JAI traitant des questions concernant l'amnistie, la grâce et la révision.

N° C. E.: 48.375

N° doc. parl.: 6014

Deuxième avis complémentaire du 6 juillet 2010

Projet de loi portant réorganisation de l'Administration des Ponts et Chaussées.

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à l'amendement parlementaire qui entend proroger par une mesure légale l'effet des règlements et arrêtés grand-ducaux et ministériels concernant l'organisation de l'Administration des ponts et chaussées jusqu'à l'entrée en vigueur des textes destinés à les remplacer, pris sur base de la future loi. Pareille prorogation légale de mesures réglementaires serait en effet contraire au principe de la hiérarchie des normes qui impose le parallélisme des formes.

N° C. E.: 46.649

N° doc. parl.: 5331

Avis complémentaire du 6 juillet 2010

Proposition de loi sur les enquêtes parlementaires.

Amendement VIII

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à l'emploi de l'expression « présomption d'infraction » qui n'est pas compatible avec le principe de la présomption d'innocence consacré par l'article 6, paragraphe 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

N° C. E.: 48.875

N° doc. parl.: 6154

Avis du 8 juillet 2010

Projet de loi portant

- **organisation de la formation à la profession réglementée de l'infirmier responsable de soins généraux et à la formation de sage-femme et portant reconnaissance des titres de certaines professions réglementées, transposant les dispositions spécifiques relatives à l'infirmier responsable de soins généraux ainsi que celles relatives à la sage-femme et à l'architecte de la Directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, modifiée par la Directive 2006/100/CE du Conseil du 20 novembre 2006 portant adaptation de certaines directives dans le domaine de la libre circulation des personnes en raison de l'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie;**
- **modifiant la loi modifiée du 4 septembre 1990 portant réforme de l'enseignement secondaire technique et de la formation professionnelle continue;**
- **modifiant la loi du 11 janvier 1995 portant réorganisation des écoles publiques et privées d'infirmiers et d'infirmières et réglementant la collaboration entre le ministère de l'Education nationale et le ministère de la Santé;**
- **modifiant la loi du 19 juin 2009 portant organisation de l'enseignement supérieur.**

Article 12

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à l'article 12 du projet de loi prévoyant la possibilité de déterminer les modalités d'application de la future loi par voie de règlements grand-ducaux, dans un domaine que l'article 11, paragraphe 5 de la Constitution réserve à la loi, sans respecter les conditions de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution. L'article 32, paragraphe 3 n'autorise en effet le Grand-Duc dans les matières réservées à la loi par la Constitution à prendre des règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi.

N° C. E.: 46.280

N° doc. parl.: 5155

Avis complémentaire du 16 juillet 2010

Projet de loi portant réforme du divorce.

Article 1^{er}

Opposition formelle à l'amendement parlementaire, concernant l'article 230 du Code civil, qui entend soumettre la convention de divorce par consentement mutuel aux dispositions concernant la lésion contractuelle prévues à l'article 1118 du Code civil et cela en raison des contrariétés juridiques qu'entraînerait cette proposition de la commission parlementaire.

Il découle de l'article 1476 du Code civil que concernant la liquidation et le partage de la communauté, les règles établies au titre « Des successions » pour les partages entre cohéritiers s'appliquent, dont notamment les articles 887 et suivants concernant la rescision pour lésion en matière de partage. D'abord, le mode de calcul, pour déterminer l'existence d'une lésion, prévu à l'article 887 du Code civil, diffère de celui prévu à l'article 1118 du Code civil. Ensuite, l'article 888 du Code civil admet l'action en rescision pour cause de lésion d'un partage alors même que l'acte mettant fin à l'indivision constitue une transaction. L'article 888 constitue en ce sens une dérogation à l'article 2052 du Code civil aux termes duquel les transactions ne peuvent être attaquées pour cause de lésion. Si on considère toutefois que l'acte de partage, qui met fin à l'indivision de la communauté, constitue un contrat, comme l'entend faire la commission parlementaire, l'article 2052 est applicable.

Enfin, le projet de loi prévoit que la convention de divorce une fois homologuée fait partie intégrante de la décision définitive du divorce, ce qui a pour effet d'attribuer à la convention de divorce un caractère juridictionnel. Il s'ensuit que les actions en nullité ou en rescision pour lésion contre la convention homologuée deviendraient irrecevables. L'application de l'article 1118 serait en conséquence réservée à la durée de la convention de divorce dans les cas où une deuxième comparution des parties est prévue. Or, dans cette hypothèse, la partie qui s'estime lésée s'abstiendra de comparaître. La disposition est donc superflue.

Article 1^{er}

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à l'article 239 nouveau du Code civil, proposé par la commission parlementaire en raison des incohérences juridiques, mettant en cause la sécurité juridique, qui sont inhérentes à cet article. L'article 239 entend introduire le droit à un divorce unilatéral pour cause de désunion irrémédiable entre les époux. Il prévoit que la rupture des relations conjugales est présumée irrémédiable par l'introduction d'une demande en divorce. Cette présomption serait aux termes de l'article 239 irréfragable. Le commentaire de la commission parlementaire concernant l'amendement proposé explique que la désunion irrémédiable est une cause objective du divorce et qu'il n'est donc nul besoin pour le demandeur de rapporter la preuve de la réalité des faits sur lesquels il base sa demande, la réalité de la désunion étant prouvée par la simple demande en divorce. Le Conseil d'Etat se doit de relever au contraire que l'appréciation de la réalité de la désunion est totalement subjective alors qu'elle appartient au seul demandeur; cette nouvelle procédure risque ainsi d'être pervertie en une forme de divorce répudiation.

L'article 266 nouveau du Code civil proposé par la commission parlementaire vise à introduire une prestation compensatoire afin de réparer le préjudice subi par l'époux qui a interrompu son activité professionnelle pour des raisons familiales ou dans l'intérêt de l'autre conjoint. La solution proposée par la commission parlementaire est trop sommaire pour permettre au tribunal de déterminer la prestation compensatoire, de sorte que le Conseil d'Etat doit s'y opposer formellement en raison de l'insécurité juridique qu'elle comporte.

N° C. E.: 48.667

N° doc. parl.: 6103

Avis du 16 juillet 2010

Projet de loi portant modification de l'article 353 du Code pénal.

Article unique

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la cause de justification visant à enlever tout caractère illicite à l'acte d'interruption de grossesse pratiqué avant la fin de la 12ème semaine de grossesse ou avant la 14ème semaine d'amnénorrhée, acte de justification qui consisterait en la situation de détresse d'ordre physique, psychique et social dans lequel l'état de grossesse place la femme enceinte. En effet, l'appréciation de cette cause de justification par le juge pose problème en ce que la notion de détresse n'est pas définie par des caractères objectifs mais doit s'analyser en une situation personnelle qui ne peut être objectivée en ce qu'elle varie d'une femme à l'autre. Le juge risque ainsi de se trouver sans l'impossibilité pratique de vérifier les éléments constitutifs de l'infraction. Cette approche risque par ailleurs d'aboutir à une situation qui serait contraire à la recommandation faite par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt Tysiac contre Pologne. La Cour a en effet noté dans cet arrêt qu'« (...) une fois que le législateur a décidé d'autoriser l'avortement, il ne doit pas concevoir le cadre légal d'une manière qui limite dans la réalité la possibilité d'obtenir une telle intervention ».

N° C. E.: 47.858

N° doc. parl.: 5816

Avis du 16 juillet 2010

Projet de loi relative à la concurrence et abrogeant la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence.

Il relève de la sécurité juridique de soumettre toutes les décisions des autorités créées par une même loi au même genre de recours, à savoir le recours en pleine juridiction. Le Conseil d'Etat s'oppose ainsi formellement à voir instituer deux genres de recours.

Article 2, paragraphe 5

Opposition formelle à la disposition qui confie la fixation des prix des produits pharmaceutiques au ministre ayant la Sécurité sociale dans ses attributions, en ce que le pouvoir d'exécution des lois ne peut être conféré à un ministre. Il appartient par conséquent au Grand-Duc de prendre de tels règlements.

Article 7, paragraphe 3

Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à l'institution d'un règlement intérieur qui aura pour effet d'établir ou de restreindre les droits des personnes concernées par la loi. Ce règlement devra trouver sa base dans la loi et être sanctionné par un règlement grand-ducal dans les formes prévues par la Constitution.

Article 9, paragraphe 3

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement, au regard de l'article 97 de la Constitution, à la disposition qui entend attribuer des compétences de police judiciaire à des agents de l'Etat qui ne relèvent pas de la Police grand-ducale sans désigner ces agents par référence à leurs fonctions et grades dans la hiérarchie interne de leurs services et administrations. Pour être conforme à l'article 97 de la Constitution, le législateur doit en effet préciser, sinon la désignation exacte de la fonction, du moins les carrières auxquelles devront appartenir les fonctionnaires et agents appelés à être investis de missions de police judiciaire et qui se verront à ce titre conférer la qualité d'officier de police judiciaire ou des pouvoirs de police judiciaire.

Article 16, paragraphe 3

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la disposition aux termes de laquelle le juge judiciaire ne vérifie pas la légalité et la justification de la mesure d'enquête. Cette disposition se trouve en effet en contradiction avec la disposition de l'alinéa précédent du même article suivant laquelle « le juge doit vérifier que la mesure de perquisition et de saisie est justifiée et proportionnée au but recherché ». Cette disposition s'oppose par ailleurs à l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes rendu dans l'affaire *Roquette Frères*, n°C-94/00, dans lequel la Cour a souligné l'obligation du juge d'examiner si la demande est proportionnée au but recherché et si elle n'est pas arbitraire.

Article 25, paragraphe 2

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la disposition qui prévoit que la procédure de communication des griefs est précisée par un règlement interne du Conseil. Il n'appartient en effet pas au Conseil de la concurrence de régler par voie de son règlement interne la procédure de communication des griefs, qui est une matière normative destinée à des tiers dont les droits devront être garantis. Une administration ne saurait se voir attribuer un pouvoir réglementaire.

Article 26, paragraphe 4

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la disposition qui prévoit que la procédure en matière d'accès au dossier est précisée par un règlement interne du Conseil. Il n'appartient en effet pas au Conseil de la concurrence de régler la procédure d'accès au dossier, qui est une matière normative destinée à des tiers dont les droits devront être garantis, par voie de son règlement interne. Une administration ne saurait se voir attribuer un pouvoir réglementaire.

Article 28, paragraphe 2

Opposition formelle pour des raisons de sécurité juridique à l'encontre de la disposition qui prévoit que les recours contre toutes les décisions du Conseil de la concurrence doivent être signifiés au Conseil de la concurrence en la personne de son président. Cette disposition, qui n'est pas objectivement justifiée, constitue en effet une exception à la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives et notamment à l'article 4, paragraphe 3 de cette loi qui dispose que « le dépôt de la requête vaut signification à l'Etat ».

N° C. E.: 48.457

N° doc. parl.: 6047

Avis du 16 juillet 2010

Projet de loi relatif à la prévention de la récidive chez les auteurs d'infractions à caractère sexuel et portant modification:

(1) du Code pénal et

(2) du Code d'instruction criminelle.

Article 2

L'article 2 du projet de loi entend introduire dans le Code d'instruction criminelle un article 633-8 prévoyant des mesures particulières de surveillance auxquelles la personne condamnée du chef d'une infraction sexuelle et placée sous le régime du sursis probatoire peut être soumise. Certaines de ces mesures visent en particulier la protection des mineurs. Le texte sous avis vise cette catégorie de victimes potentielles par l'emploi des termes « notamment (...) les mineurs ». Le Conseil d'Etat, en rappelant son opposition de principe à l'emploi du terme « notamment » dans une disposition normative, demande sous peine d'opposition formelle la suppression dudit terme en ce qu'il comporte un élément d'insécurité juridique qui est inadmissible en matière pénale.

Article 3

L'article 3 du projet de loi entend introduire une nouvelle section VI dans le livre II, titre VIII, chapitre IV du Code d'instruction criminelle. Cette nouvelle section comprend un article 634-2 qui prévoit qu'une personne qui a été condamnée à une peine privative de liberté en application des articles 372 à 378-1 du Code pénal, pour avoir commis une infraction sexuelle, et qui à l'issue de l'exécution de la peine privative de liberté présente une dangerosité caractérisée par le risque particulièrement élevé de récidive, peut faire l'objet d'une mesure de sûreté. Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à cette disposition qui n'est pas conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et plus précisément à l'arrêt rendu le 17 décembre 2009 dans l'affaire *M. c/ Allemagne*. La disposition sous examen envisage en effet l'imposition de la mesure de sûreté comme un mécanisme autonome en fin de peine. Dans l'arrêt précité du 17 décembre 2007, la Cour a toutefois exigé un lien étroit entre la décision de condamnation pénale et l'imposition ultérieure de la mesure de sûreté. Au regard de la jurisprudence précitée de la Cour européenne des droits de l'homme, l'application des mesures de sû-

reté doit être limitée au cas où le juge pénal a expressément prévu l'application de cette mesure en fin de l'exécution de la peine privative de liberté.

L'article 3 du projet de loi entend introduire une nouvelle section VI dans le livre II, titre VIII, chapitre IV du Code d'instruction criminelle. Cette nouvelle section comprend un article 634-6 qui prévoit que le Procureur général d'Etat peut en cas de nécessité ordonner la rétention de sûreté provisoire de la personne faisant l'objet de la surveillance de sûreté lorsque celle-ci méconnaît les obligations lui imposées ou présente une dangerosité caractérisée par le risque particulièrement élevé de récidive. Il est prévu que la décision du Procureur général d'Etat ne doit être confirmée par le juge que dans un délai de trois mois. Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à cette disposition qui est incompatible avec l'article 12 de la Constitution ainsi qu'avec les règles internationales relatives à la liberté individuelle, en ce qu'elle entend permettre qu'une personne, qui a purgé sa peine et qui n'est pas soupçonnée d'avoir commis une nouvelle infraction, puisse être privée de liberté pendant trois mois sur ordre du Parquet avant d'avoir accès à un juge.

Article 5

L'article 5 entend introduire la rétroactivité du mécanisme de sûreté en l'appliquant aux condamnés ayant encore au moins une année de peine à purger au moment de l'entrée en vigueur de la loi. La Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt du 17 décembre 2009 rendu dans l'affaire *M. c./ Allemagne*, a souligné la portée autonome de la notion de peine, portée autonome impliquant que la Cour n'est pas liée dans son appréciation par les qualifications conférées en droit interne. Reconnaisant ainsi à la mesure de sûreté prévue par le droit allemand une grande similitude avec la notion de peine, elle a jugé que le principe de non-rétroactivité de la loi pénale prévue à l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme était applicable. Eu égard à cette jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la rétroactivité du mécanisme de sûreté que la disposition sous avis entend introduire.

PARTIE III

Mises à jour de l'ouvrage édité par le Conseil d'Etat en 2006:

**« Le Conseil d'Etat, Gardien de la Constitution
et des Droits et Libertés fondamentaux »,**

par un collectif d'auteurs *

Chapitre II. (Introduction)

Art. 9 et 10

Art. 10*bis*

Art. 11

Art. 11*bis*

Art. 16

Art. 26

Art. 32*bis*

Art. 34

Art. 59

Art. 95*ter*

Art. 99

** (clôture : septembre 2009)*

Les présentes mises à jour du commentaire édité pour la première fois en 2006 comprennent les textes élaborés en 2007 et en 2009 sous forme d'un travail collectif qui, fruit d'une concertation poussée entre l'équipe de ses auteurs, ne représente pas une position officielle du Conseil d'Etat. Cette contribution ne saurait partant lier le Conseil d'Etat ni pour le présent ni pour l'avenir.

L'équipe des auteurs a réuni:

- *Monsieur Claude Bicheler, vice-président honoraire du Conseil d'Etat,*
- *Madame Viviane Ecker, conseillère d'Etat,*
- *Monsieur Nico Edon, conseiller d'Etat,*
- *Monsieur Albert Hansen, conseiller d'Etat,*
- *Monsieur Pierre Mores, président du Conseil d'Etat,*
- *Monsieur Georges Pierret, conseiller d'Etat,*
- *Monsieur Albert Rodesch, conseiller d'Etat,*
- *Monsieur Paul Schmit, conseiller d'Etat,*
- *Monsieur Georges Schroeder, conseiller d'Etat,*
- *Madame Annette Schwall-Lacroix, conseillère d'Etat honoraire,*
- *Monsieur Georges Wivenes, conseiller d'Etat.*

Monsieur le conseiller Paul Schmit et Monsieur Manou Servais ont assuré respectivement la coordination et le secrétariat des travaux.

*Chapitre II. - Des libertés publiques et des droits fondamentaux*⁸⁴

A l'origine, le Chapitre II était intitulé « *Des Luxembourgeois et de leurs droits* ». Si ce libellé respectait une cohérence certaine dans les Constitutions de 1848, 1856 et 1868, il prêtait à confusion depuis que les articles 24, 25 et 26, révisés le 2 juin 1999, ne réservent plus les libertés et droits aux seuls Luxembourgeois, mais visent également les étrangers.⁸⁵ L'intitulé actuel du Chapitre II est le résultat d'un compromis laborieux entre la position de la commission parlementaire des Institutions et de la Révision constitutionnelle et celle du Conseil d'Etat. Dans le cadre du projet qui a abouti à la loi du 2 juin 1999 et qui a eu pour objet unique de modifier l'intitulé du présent chapitre, la commission parlementaire avait souhaité scinder le Chapitre II pour ne laisser subsister sous l'intitulé « *Des Luxembourgeois et de leurs droits* » que les articles 9, 10 et 10bis et regrouper les articles 11 à 28 sous un chapitre nouveau intitulé « *Des libertés publiques* ». Cette proposition fut rejetée par le Conseil d'Etat qui fit remarquer que la subdivision envisagée pourrait faire admettre que le principe d'égalité devant la loi, inséré dans le nouvel article 10bis, paragraphe 1^{er}, ne s'appliquerait pas aux étrangers. Il exprima par ailleurs sa préférence de voir remplacer l'expression « *Libertés publiques* » par « *Droits fondamentaux* » alors que les dispositions afférentes de la Constitution visaient encore d'autres droits que les libertés publiques. La commission s'efforça toutefois de souligner la distinction entre les libertés publiques qui correspondent à l'Etat légal, c'est-à-dire au règne de la loi, d'une part, et les libertés ou droits fondamentaux qui renvoient à l'Etat de droit et à la suprématie des normes supra-légales, d'autre part. La commission s'était notamment fondée sur l'ouvrage de droit constitutionnel de Louis Favoreu (Daloz 1998). Tout en admettant que la majorité des libertés publiques sont devenues des droits fondamentaux, la Commission a maintenu l'intitulé plaçant les libertés publiques devant les droits fondamentaux. Existe-t-il réellement une différence claire et nette entre les deux notions? De nombreux auteurs se sont penchés sur la question sans réussir à distiller une analyse qui aurait fait l'unanimité. Aussi peut-on considérer que les droits fondamentaux sont ceux qui protègent l'individu tant contre d'éventuels abus du pouvoir exécutif que contre les excès du pouvoir législatif, alors que les libertés publiques proclamées par la Constitution constituent une protection contre une emprise excessive de l'exécutif. Les droits fondamentaux nécessitent dès lors également une protection par un juge constitutionnel ou international.

Les Constitutions de 1848, 1856 et 1868 ne contenaient que des droits « libertés », encore qualifiés de droits de la première génération, hérités de la philosophie des Lumières et consacrés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ces droits imposent à l'Etat une obligation de ne pas intervenir dans la sphère d'action du citoyen,

84 Le Chapitre II de la Constitution comprend les articles 9 à 31.

85 Pour la distinction entre les « droits politiques » et les « droits civils », évoqués aux articles 84 et 85 de la Constitution, il est renvoyé au commentaire figurant sous ces articles.

sauf à le protéger contre une atteinte émanant d'autres particuliers. L'article 11, qui dans sa formulation initiale établissait le principe de l'égalité des Luxembourgeois devant la loi, relevait de cette catégorie de droits.

La révision constitutionnelle du 21 mai 1948 a inséré, dans l'article 11, une série de droits nouveaux, qualifiés de « droits créance », encore appelés « droits économiques et sociaux » ou droits de la deuxième génération. Les droits classiques, aussi appelés « droits de » furent ainsi complétés par des « droits à » (droits à l'éducation, à la culture, à la protection sociale, etc.). Ces droits imposent à l'Etat une obligation de faire, qui se traduit concrètement par une obligation d'assurer aux citoyens, sinon à tous les résidents, certaines prestations dont la collectivité garantit le financement. Il s'agit certes de droits subjectifs, mais le caractère souvent imprécis de la formulation de ces droits laisse à l'Etat une large marge d'appréciation et affecte, à l'évidence, le caractère justiciable de ces droits.

Le droit à un environnement sain de même que la protection des animaux relèvent d'une nouvelle ou troisième génération des droits de l'homme. A la différence des droits fondamentaux traditionnels, le titulaire n'est pas tellement l'individu vivant actuellement, mais la collectivité des êtres humains. Cette collectivité dépasse d'ailleurs le cadre strictement étatique, de même qu'elle transcende les générations actuelles pour englober les générations à venir, ce qui explique et justifie les qualificatifs de droits collectifs et de droits pour l'avenir. Plus encore que les droits dits de la deuxième génération, cette nouvelle catégorie de droits met l'accent sur les obligations assumées par les pouvoirs publics, en particulier par le législateur à qui incombe la mise en œuvre de ces nouveaux droits.

Le Conseil d'Etat a tenté de mettre en évidence la différence entre les droits fondamentaux (« Grundrechte ») et les objectifs de valeur constitutionnelle (« Staatsaufträge ») dans un avis du 14 février 2006: « L'objectif de valeur constitutionnelle s'impose au législateur mais il n'est pas considéré comme directement justiciable... Les objectifs de valeur constitutionnelle, s'ils constituent une obligation d'agir, ne créent cependant pas, en eux-mêmes, des droits entre les citoyens, ni au bénéfice de ceux-ci face à l'administration. Ils ne sont donc pas directement applicables et invocables par les citoyens devant le juge. »⁸⁶

La délimitation entre droits fondamentaux et objectifs de valeur constitutionnelle est toutefois souvent difficile à tracer, que ce soit au niveau de la détermination du titulaire des droits (individu ou collectivité) et de sa position juridique (droits justiciables ou non justiciables), ou que ce soit au niveau des obligations assumées par l'Etat. Ainsi, certains droits sociaux introduits à l'article 11, dès 1948, tels le droit au travail ou la protection

86 4ème Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 14 février 2006 relatif à la proposition de révision n° 3923B de l'article 11 de la Constitution; doc. parl. n° 3923B⁹, p. 3.

de la santé, peuvent également être qualifiés d'objectifs constitutionnels, dans la mesure où l'individu ne dispose pas d'un droit subjectif dont il pourrait revendiquer le respect devant le juge. Il en va, ainsi, *a fortiori*, de la lutte contre la pauvreté et de l'intégration sociale des citoyens atteints d'un handicap dont l'insertion dans l'article 11 en 2007 n'a plus soulevé les mêmes interrogations.⁸⁷

Le Conseil constitutionnel français a de même qualifié d'objectif de valeur constitutionnelle la protection de la santé publique (325DC du 13 avril 1993) ou encore la possibilité pour toute personne humaine de disposer d'un logement décent (436 DC du 7 décembre 2000, 455 DC du 12 janvier 2002, 503 DC du 12 août 2004).

L'expression « droit fondamental » peut également prêter à confusion. A partir de quel degré d'intensité un droit devient-il « fondamental »? A l'instar de plusieurs Constitutions européennes (Allemagne, Espagne, Portugal, Italie), le Luxembourg connaît une liste des libertés ou principes fondamentaux définis expressément comme tels. Ces droits sont dès lors fondamentaux parce que la Constitution les qualifie ainsi. Leur caractère essentiel et « fondamental » justifie voire exige leur inscription dans la Constitution.⁸⁸ La notion de liberté publique a par contre un contenu plus large: elle englobe à la fois les droits de l'homme à valeur constitutionnelle et ceux à valeur législative.

Manifestement, tous les droits mentionnés au Chapitre II ne méritent pas l'attribut de « fondamental ». Il en est ainsi par exemple du droit des organes des professions libérales, dotés de la personnalité civile, de pouvoir prendre des règlements (article 11(6)).

Dans son avis complémentaire du 27 avril 1999 relatif au projet de révision n° 3923B, visant à réformer l'article 11 de la Constitution, le Conseil d'Etat estima que « les valeurs fondamentales figurant dans une Constitution doivent dès lors être libellées de manière telle que le juge constitutionnel y trouve des concepts juridiques aussi clairs et cohérents que possible. Il ne s'agit pas seulement d'inscrire dans la Constitution des idées, encore faut-il que ces idées qui ont obtenu un consensus politique soient exprimées de manière à correspondre à des concepts juridiques suffisamment précis pour être adoptés par le Constituant » et de continuer: « On peut a posteriori regretter que le Constituant n'ait pas procédé à une reformulation des droits fondamentaux avant de munir la Constitution d'une Cour constitutionnelle. »⁸⁹

87 Le Conseil d'Etat relève dans son quatrième avis complémentaire susmentionné que la doctrine constitutionnelle allemande considère que: « Staatszielbestimmungen sind den Programmsätzen der Verfassung verwandt, die eigentlich nur richtungsgebenden Charakter haben. Sie verbürgen also keine individuellen Ansprüche, wie etwa die Grundrechte. Zu den Staatszielbestimmungen gehören zum Beispiel das Sozialstaatsprinzip, der Umweltschutz, Art. 20a GG, aber auch trotz der auf ein Grundrecht hindeutenden Formulierung ein 'Recht auf Arbeit' oder 'Recht auf angemessene Wohnung' »; doc. parl. n° 3923B⁹, p. 3.

88 Voir B. Genevois, *Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux*, RFD adm., 1990, p. 317.

89 Doc. parl. n° 3923B¹.

Pour le Conseil d'Etat, il y a lieu de distinguer entre les droits fondamentaux formulés de manière expresse dans un texte de loi et les « droits fondamentaux naturels ». Il a rangé notamment le droit à l'intégrité physique ou encore le droit à avoir accès à une juridiction en cas de litige « parmi beaucoup d'autres » dans cette dernière catégorie.⁹⁰

Une Constitution moderne doit contenir des concepts clairs permettant à la Cour constitutionnelle d'en contrôler l'application sans être tenue d'y apporter elle-même une définition. Le Constituant devra dès lors veiller à adopter un énoncé des droits et des libertés se rapprochant de celui figurant dans les normes supranationales telles que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée le 7 décembre 2000 dans le cadre du Traité de Nice.

*

La forme rédactionnelle des dispositions du Chapitre II mérite par conséquent aussi quelques commentaires.

Le libellé de nombre des articles formant ce chapitre remonte à la Constitution de 1848 et a pour partie été repris de la Constitution belge de 1831. La majorité des dispositions en question ont été maintenues dans leur version initiale, sans subir le moindre toilettage rédactionnel qui aurait permis de les adapter à la manière d'expression d'aujourd'hui. Ainsi, les nombreuses références faites aux cultes mériteraient sans doute une formulation seyant davantage aux réalités du XXI^e siècle. L'article 23 relatif à l'éducation apparaît comme un ensemble rapiécé de dispositions reflétant des réponses aux questions du moment de leur insertion dans la Constitution plutôt que de représenter un concept cohérent et moderne du droit à l'éducation. Plusieurs initiatives destinées à étendre la protection du secret des lettres de l'article 28 aux différentes formes électroniques et de télécommunication de la correspondance moderne, prises depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, n'ont pas abouti...

Les hésitations mises par le Constituant pour désigner les sujets des libertés et droits identifiés au Chapitre II documentent aussi ce manque de cohérence rédactionnelle. Tout comme l'intitulé du chapitre, ses articles 9 et 10*bis* s'adressent aux « *Luxembourgeois* ». Les deux articles préfèrent parler, le premier depuis sa révision du 23 décembre 1994, le second depuis son insertion dans la Constitution le 29 avril 1999, par opposition aux « *Luxembourgeois* », plutôt des « *non-Luxembourgeois* » que des « *étrangers* », bien que cette dernière notion continue à être employée à l'article 111. L'article 11 garantit au « *citoyen* » l'exercice du droit au travail et délègue à la loi le soin de régler l'intégration sociale des « *citoyens atteints d'un handicap* », sans que ce terme soit défini nulle part

90 Avis du 27 avril 1999 précité.

avec plus de précision. L'article 12 évoque à son tour de façon très neutre le droit de « toute personne » d'« être informée sans délai des moyens légaux dont elle dispose pour recouvrer sa liberté ». L'option pour un terme neutre prévaut aussi à l'article 27 (« Chacun a le droit d'adresser aux autorités publiques des pétitions... ») ainsi qu'au dernier alinéa de l'article 23 (« Chacun est libre de faire ses études dans le Grand-Duché ou à l'étranger et... »), alors que selon son alinéa premier ce dernier article garantit à « toute personne habitant le Grand-Duché » l'accès à l'instruction primaire.

La rédaction hybride qui en résulte est due surtout à la coexistence dans notre Constitution d'anciens textes du XIX^e siècle et de dispositions de facture plus récente qui ont notamment été ajoutées à partir de la fin de la Deuxième Guerre mondiale. Or, il faut se rendre à l'évidence que les modifications apportées au Chapitre II au rythme des révisions constitutionnelles intervenues depuis lors manquent elles aussi, de façon singulière, de la cohérence rédactionnelle souhaitable. En effet, leur libellé ne permet par exemple pas d'identifier les droits de la première, de la deuxième et de la troisième générations ou de distinguer entre les droits et libertés fondamentaux classiques et les objectifs de valeur constitutionnelle.

Les Constitutions successives du XIX^e siècle avaient depuis 1848, dans les grandes lignes, fait preuve d'une rédaction cohérente en ce que les libertés d'agir du citoyen et la protection de ses droits contre des ingérences injustifiées de la part d'autrui et notamment de la part des pouvoirs publics étaient exprimées de sorte à faire émaner ces garanties et protections directement de la Constitution (art. 11: « *Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi* »; art. 12: « *La liberté individuelle est garantie* »; art. 15: « *Le domicile est inviolable* »; art. 20: « *Nul ne peut être contraint de concourir d'une manière quelconque aux actes et cérémonies d'un culte ni d'en observer les jours de repos* »; art. 23: « *Tout Luxembourgeois (« Chacun ») est libre de faire ses études dans le Grand-Duché ou à l'étranger et de fréquenter les universités de son choix* »; art. 28: « *Le secret des lettres est inviolable* »).

Certains des articles considérés réservent en outre à la loi la possibilité de mettre en œuvre le principe constitutionnel prévu, voire d'en restreindre l'exercice (art. 9: « *La qualité de Luxembourgeois s'acquiert, se conserve et se perd d'après les règles déterminées par la loi civile* »; art. 12: « *Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi et dans les formes qu'elle prescrit* »; art. 14: « *Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu d'une loi* »; art. 15: « *Aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu que dans les cas prévus par loi et dans la forme qu'elle prescrit* »; art. 23: « *La loi détermine les moyens de subvenir à l'instruction publique; ... elle règle pour le surplus tout ce qui est relatif à l'enseignement* »; art. 28: « *La loi réglera la garantie à donner au secret des télégrammes* »).

En ce qui concerne les restrictions érigées en réserves légales, il est intéressant de noter que celles s'appliquant à la liberté des cultes, à la liberté de manifester ses opinions re-

ligieuses ou autres ainsi qu'à la liberté de la presse sont limitées à « *la répression de délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés* » (cf. art. 19 et 24). Ce n'est donc pas à la loi générale, mais à la loi pénale que la Constitution fait référence, tout en restreignant clairement la possibilité d'intervention du législateur. Cette intervention n'est permise que pour assurer la répression des délits commis à l'occasion de l'usage abusif de ces libertés, voire pour en empêcher ou entraver l'exercice.

Enfin, depuis l'adoption de notre première Constitution, deux dispositions rendent l'Etat en tant que tel compétent pour mettre en œuvre leur contenu. C'est le cas de l'article 22 qui prévoit depuis la Constitution du 9 juillet 1848 (où il portait le numéro 23) l'intervention de l'Etat dans les rapports de l'Eglise avec l'Etat, dont notamment le mode de nomination et l'installation des chefs et ministres des cultes et la publication des actes des cultes. C'est encore le cas de l'article 23 (24 dans la Constitution du 9 juillet 1848) qui désigne l'Etat comme investi de la responsabilité de veiller à l'organisation de l'instruction primaire, obligatoire, gratuite et accessible à tout habitant du Grand-Duché⁹¹, et de créer des établissements d'instruction moyenne ainsi que les cours d'enseignement supérieur nécessaires.

Or, avec l'inscription à partir de la révision constitutionnelle de 1948 des droits fondamentaux dits de la deuxième génération dans notre Loi fondamentale, la relative discipline rédactionnelle ayant prévalu jusqu'ici commence à fléchir.

Le libellé des droits nouvellement inscrits dans la Constitution tient certainement pour partie au fait que plusieurs de ces droits constituent bien plus des objectifs de valeur constitutionnelle que des droits et libertés fondamentaux au sens classique du terme. En effet, comme ces objectifs se distinguent tant par leur nature que par leur portée des droits et libertés constitutionnels de la première génération, les critères de rédaction de ceux-ci ne s'appliquent que difficilement aux règles introduites depuis 1948.

Ainsi, les dispositions ajoutées à l'article 11 lors de la révision du 21 mai 1948, en particulier celles relatives au droit au travail, au droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé ou à la liberté syndicale, mais aussi celles qui concernent la liberté du commerce et de l'industrie et la garantie de l'exercice de la profession libérale ou du travail agricole présentent ces droits, protections et libertés comme ne trouvant pas leur source dans la Constitution même, mais comme relevant de la responsabilité de l'Etat (« *L'Etat veille à promouvoir...* », « *L'Etat garantit...* ») ou comme étant l'œuvre de la loi ordinaire (« *La loi garantit...* », « *La loi organise...* »).

A leur tour, les articles 25 et 26 qui garantissent respectivement le droit de s'assembler et le droit d'association comportent, dans la version qui résulte de la révision du 2 juin

91 Texte modifié lors de la révision du 2 juin 1999.

1999, un libellé inédit qui s'écarte de celui des autres règles faisant l'objet du chapitre II, en ce qu'il dispose que c'est « *La Constitution [qui] garantit [ces droits]* ».

La révision du 27 mars 2007 qui a profondément modifié l'article 11 de la Constitution et ajouté un article 11*bis* est une autre illustration du manque de cohésion rédactionnelle du chapitre II.

Au paragraphe 1^{er} de l'article 11, c'est l'Etat qui garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille.

Par contre, d'après le libellé du paragraphe 2, le principe de l'égalité entre femmes et hommes a sa source directe dans la Constitution, même si c'est de nouveau l'Etat qui doit veiller à l'élimination des entraves pouvant subsister en la matière.

En vertu du paragraphe 3 l'Etat garantit la protection de la vie privée, mais il revient à la loi de fixer les exceptions à apporter à cette garantie.

Au paragraphe 4, la garantie du droit au travail est assurée par la loi, tout comme la garantie des libertés syndicales. Il revient à l'Etat de veiller à l'exercice du droit au travail, mais c'est la loi qui organise le droit de grève.

Selon le paragraphe 5, c'est encore la loi qui règle la sécurité sociale, la protection de la santé, les droits des travailleurs, la lutte contre la pauvreté et l'intégration sociale des personnes atteintes d'un handicap, mais elle le fait uniquement quant aux principes. Face au libellé des autres matières que la Constitution a érigées en réserves légales, il faut se demander si, à la suite de la modification de l'article 32 de la Constitution intervenue dans le cadre de la révision du 19 novembre 2004, l'utilité de la limitation de l'intervention du législateur « aux principes » des objectifs à valeur constitutionnelle y visés est encore donnée. En effet, la question du degré d'exclusivité de l'intervention du législateur dans la matière réservée n'a-t-elle pas trouvé une réponse grâce à la disposition générale de l'article 32(3) qui confère au Grand-Duc la prérogative de « *prendre des règlements et arrêtés [qu']aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi* »? La formule restrictive accordant au pouvoir législatif l'autorité « *[de régler] quant à [leurs] 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* » pourrait dès lors s'avérer superfétatoire, surtout qu'elle se différencie du libellé retenu pour énoncer les garanties et objectifs à valeur constitutionnelle valant pour d'autres matières réservées.

Contrairement à l'option prise au moment de l'ajout du paragraphe 6 à l'article 11 de la Constitution en 1948, le nouveau libellé de ce paragraphe en vigueur depuis 2007 fait de la garantie de la liberté du commerce et de l'industrie ainsi que de l'exercice de la profes-

sion libérale et du travail agricole une règle qui n'est dorénavant plus le fait de la loi ordinaire, mais qui prend sa source directement dans la Constitution, assimilant la protection de ces libertés à celle prévue pour les droits et libertés dits de première génération.

Selon ledit paragraphe 6, la loi peut établir des restrictions, tandis que le paragraphe 3 relatif à la protection de la vie privée parle à cet égard d'exceptions que la loi peut fixer.

Aux termes de l'article 11*bis*, l'Etat garantit la protection de l'environnement humain et naturel et promeut la protection et le bien-être des animaux. Dans la mesure où les dispositions en question s'identifient clairement comme objectifs de valeur constitutionnelle, c'est à bon escient que le Constituant a confié à l'Etat l'obligation d'en garantir la protection.

Il reste néanmoins la nuance rédactionnelle entre le deuxième alinéa de l'article 11*bis* et le deuxième alinéa du paragraphe 2 de l'article 11; alors que selon l'article 11, « *L'Etat veille à promouvoir activement l'élimination des entraves pouvant exister en matière d'égalité entre femmes et hommes* », et que l'article 11*bis* dispose que « *L'Etat promeut la protection et le bien-être des animaux* ». La différence rédactionnelle, notée par ailleurs entre la disposition précitée de l'article 11 (« *L'Etat veille à promouvoir...* ») et le premier alinéa de l'article 23 (« *L'Etat veille à l'organisation de l'instruction primaire...* »), est par contre justifiée comme prévoyant une mission publique inconditionnelle de l'Etat d'organiser l'enseignement primaire dans le second cas, et une obligation de moyens de l'Etat, aux contours moins clairement tracés, de contribuer à l'élimination de toutes formes d'inégalités entre femmes et hommes qui risquent de subsister, dans le premier cas.

Article 9

La qualité de Luxembourgeois s'acquiert, se conserve et se perd d'après les règles déterminées par la loi.

La présente Constitution et les autres lois relatives aux droits politiques déterminent quelles sont, outre cette qualité, les conditions nécessaires pour l'exercice de ces droits.

Par dérogation à l'alinéa qui précède, la loi peut conférer l'exercice de droits politiques à des non-Luxembourgeois.

Article 10

(abrogé)

Par deux lois du 23 octobre 2008, la première portant révision de l'article 9, alinéa 1^{er} de la Constitution, la deuxième portant révision de l'article 10 de la Constitution, le fondement constitutionnel de la législation sur la nationalité luxembourgeoise a connu une modification.

La Constitution a jusqu'à la révision du 23 octobre 2008 abandonné à la loi civile le soin de régler la manière dont s'acquiert, se conserve et se perd la qualité de Luxembourgeois. Elle ne réservait que le cas de la naturalisation, celle-ci devant être accordée par le pouvoir législatif.

Le soin de déterminer les conditions d'acquisition, de conservation et de perte de la qualité de Luxembourgeois était laissé par la Constitution au législateur ordinaire.⁹² Le renvoi à la loi civile, dans l'ancien article 9, alinéa 1^{er}, devait s'entendre en fait comme un renvoi au Code civil, qui, jusqu'à une loi du 23 avril 1934, réglait en ses articles 9, 10 et 12 l'acquisition (en dehors de l'acquisition par voie de naturalisation) de la nationalité luxembourgeoise, les articles 17 à 20, également abrogés par la prédite loi du 23 avril 1934, réglant la perte et le recouvrement de la nationalité luxembourgeoise. Dans la mesure où depuis la loi de 1934, le Code civil n'est plus la base de la législation sur la nationalité luxembourgeoise, le renvoi à la loi « civile » ne s'imposait plus.

92 Pierre Majerus, *L'Etat Luxembourgeois, Manuel de droit constitutionnel et de droit administratif*, 1990, p. 65.

Lors de la révision constitutionnelle de 2008, la proposition de révision⁹³ entendait ajouter au texte de l'actuel alinéa premier la phrase « Les contestations y relatives sont du ressort des juridictions administratives ».

Il a toujours été admis que le contentieux de la nationalité luxembourgeoise était de la compétence des tribunaux ordinaires. Cette compétence des juridictions judiciaires se fondait avant tout sur l'absence d'un texte attribuant expressément compétence pour connaître de ce contentieux soit aux juridictions judiciaires soit aux juridictions administratives.⁹⁴ Ce n'est pas la référence, dans l'ancien article 9, alinéa 1^{er}, à la loi « civile » qui est déterminante pour la qualification du droit à la nationalité et partant de l'attribution de la compétence juridictionnelle au regard des articles 84 et 85 de la Constitution.

S'il faut qualifier le droit à la nationalité d'après les effets principaux qu'elle engendre, sa nature politique paraît certaine.⁹⁵ Dans son avis relatif à la proposition de révision n° 5672, le Conseil d'Etat a également retenu que la nationalité détermine en premier lieu les droits politiques de l'individu, au titre desquels figure le droit de vote et d'éligibilité. Il a encore été d'avis que le contentieux relatif à l'acquisition de la nationalité luxembourgeoise pouvait être abordé, principalement, sous l'aspect lien (ou absence de lien) d'un individu à l'égard de l'Etat.⁹⁶ Le Conseil d'Etat a en conséquence estimé que le rattachement de la compétence juridictionnelle aux juridictions administratives pouvait se faire sur la base de l'article 85 de la Constitution. Cette attribution de compétence est l'œuvre de la loi (« *Les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi* »), de sorte qu'une attribution de compétence dans la Constitution elle-même ne s'impose pas. Cette attribution de compétence dans la Constitution était par ailleurs contre-indiquée, selon le Conseil d'Etat, dans la mesure où elle risquait de faire de toute question incidente ayant trait à la nationalité une question préjudicielle. Dans son rapport, la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle de la Chambre des députés a indiqué qu'il n'était pas dans ses intentions d'étendre la compétence des juridictions administratives au-delà des décisions relatives à l'acquisition, à la perte ou au recouvrement de la nationalité tel que cette matière est réglée par la loi sur la nationalité luxembourgeoise, et elle s'est ralliée à la proposition du Conseil d'Etat de faire abstraction de la deuxième phrase à l'endroit de l'article 9, alinéa 1^{er}.⁹⁷

93 Proposition de révision n° 5672, texte de la proposition de révision.

94 François Rigaux, *Droit international privé*, 1979, tome II, Droit positif belge, n° 530, p. 13.

95 François Rigaux, ouvrage précité, n° 530, p. 13.

96 Avis du Conseil d'Etat du 21 décembre 2007, doc. parl. n° 5672¹, p. 2 et 3.

97 Rapport de la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, doc. parl. n° 5672², p. 3.

Le principal changement de paradigme que traduisent les révisions constitutionnelles de 2008 est l'abrogation de l'article 10 de la Constitution. L'acquisition de la nationalité luxembourgeoise par voie de naturalisation n'est plus un acte de haute souveraineté. Du droit *de* la nationalité, on passe au droit *à* la nationalité.⁹⁸ Sous l'empire de l'ancien article 10, l'obtention de la nationalité luxembourgeoise par la voie de la naturalisation n'était pas un droit, mais une faveur, résultant de l'exercice d'un pouvoir souverain d'appréciation. Désormais, l'acquisition de la nationalité luxembourgeoise par voie de naturalisation constituera un droit. Dans son avis relatif à la proposition de révision de l'article 10, le Conseil d'Etat a cité des extraits de l'avis du Conseil d'Etat de Belgique relatif au projet de loi devenu par la suite la loi belge du 1^{er} mars 2000 modifiant certaines dispositions relatives à la nationalité belge, pour conclure que celui, qui remplit les conditions posées par la loi pour l'acquisition de la nationalité luxembourgeoise, dispose d'un droit subjectif à l'acquisition de la nationalité luxembourgeoise.⁹⁹ Cette rupture avec la conception traditionnelle de la naturalisation ne fait que traduire le fait que « la législation sur la nationalité s'inscrit dans la continuité d'une politique volontaire d'intégration politique et sociale d'une partie croissante de résidents non luxembourgeois »¹⁰⁰. Si la naturalisation doit être considérée aujourd'hui comme un outil d'intégration des populations immigrées, à tout le moins de celles installées durablement sur le territoire¹⁰¹, la naturalisation ne peut plus être considérée comme une faveur, et il n'y a plus lieu de régler spécifiquement ce mode d'acquisition de la nationalité luxembourgeoise.

Cf. Art. 84, 85

98 Avis du Conseil d'Etat du 21 décembre 2007, doc. parl. n° 5595²

99 Avis du Conseil d'Etat du 21 décembre 2007, doc. parl. n° 5595² précité.

100 Rapport de la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, doc. parl. n° 5672², p. 2.

101 Marc Verdussen, *La Constitution Belge, Lignes et entrelignes*, 2004, p. 46.

Article 10bis

(1) *Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi.*¹⁰²

(2) *Ils sont admissibles à tous les emplois publics, civils ou militaires; la loi détermine l'admissibilité des non-Luxembourgeois à ces emplois.*

L'article 10bis fut introduit dans la Constitution lors de la révision du 29 avril 1999. Il résulte d'une reformulation de l'ancien article 11(2) abrogé à la même occasion.¹⁰³ Le texte relatif à l'égalité (« *Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi* ») n'a pas varié depuis 1848. A signaler que le Conseil d'Etat avait désapprouvé l'inclusion du principe d'égalité dans un article traitant par ailleurs exclusivement de l'accès à la fonction publique au motif que cet agencement pourrait faire croire que le principe de l'égalité des citoyens ne doit s'appliquer que dans le seul contexte des emplois publics.¹⁰⁴

La proclamation de l'égalité des citoyens devant la loi est déjà, en 1848, un principe largement admis dont les origines remontent bien au-delà de la Déclaration des Droits de l'Homme et des Citoyens du 26 août 1789 en France. Citons, parmi les textes fondateurs, le Bill of Rights de 1689 en Grande-Bretagne, et, surtout, la Déclaration d'Indépendance des Etats-Unis d'Amérique adoptée le 4 juillet 1776, qui affirme que « tous les hommes sont créés égaux ». La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen a également placé le principe d'égalité à la tête des droits.

En 1848, le Constituant estimait que l'égalité devant la loi se produirait principalement de trois manières: par l'absence de toute distinction d'ordre, par l'admissibilité de tous les citoyens indistinctement aux emplois civils et militaires et par l'absence de tout privilège en matière d'imposition publique.¹⁰⁵ L'exigence d'égalité entendait ainsi garantir au citoyen une protection contre la partialité des agents du pouvoir. On était loin d'une conception garantissant au citoyen une protection contre un traitement arbitraire de la part du législateur ou une interdiction des discriminations dans la loi.

102 La proclamation de l'égalité entre les femmes et les hommes figure dorénavant à l'article 11(2) nouveau de la Constitution.

103 L'article 11(2) était à l'époque, et jusqu'à la révision du 29 avril 1999, libellé comme suit:
« (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.* ».

Pour connaître l'origine historique de cette disposition, il est renvoyé à une contribution de Manou Servais: « Une petite généalogie de nos droits et libertés », publiée dans « Les Cahiers luxembourgeois », 1998/4, p. 14.

104 Avis du Conseil d'Etat du 6 mai 1994; doc. parl. nos 3855¹ - 3913¹; 3635¹; 3686¹; 3914¹; 3922¹ - 3925¹.

105 Voir en ce sens: Gustave Beltjens, *La Constitution belge révisée*, 1894, p. 100-108.

Dans son rapport de juin 1913 à la commission spéciale de Révision de la Constitution nommée le 12 juillet 1912, le député Michel Welter notait: « Lorsque la Constitution proclame que tous les citoyens sont égaux, elle n'a pas en vue la proclamation de l'égalité sociale et économique, mais elle proclame que tous les citoyens sont égaux devant la loi, que tous les citoyens jouissent de la même protection de la loi, qu'ils soient pauvres ou riches, forts ou faibles. C'est un idéal qui certainement dans l'état actuel de la société ne sera jamais atteint, mais la Constitution proclame le principe, aux hommes de le réaliser. »¹⁰⁶

Le contexte historique se reflète dans l'agencement initial des dispositions constitutionnelles. L'interdiction des distinctions d'ordre (article 11(1)) précédait en effet l'énoncé du principe d'égalité.

Alors qu'il a été longtemps ignoré dans la jurisprudence, on s'aperçoit aujourd'hui qu'aucun autre texte de la Constitution n'est invoqué aussi souvent dans le cadre de recours judiciaires. Le souci de ne pas être discriminé constitue manifestement une préoccupation majeure du justiciable. Nos juridictions rappellent invariablement les mêmes principes: « Le principe constitutionnel de l'égalité devant la loi, applicable à tout individu touché par la loi luxembourgeoise si les droits de la personnalité, et par extension des droits extra-patrimoniaux sont concernés, ne s'entend pas dans un sens absolu, mais requiert que tous ceux qui se trouvent dans la même situation de fait et de droit soient traités de la même façon. »¹⁰⁷ « Le principe d'égalité de traitement est compris comme interdisant le traitement de manière différente des situations similaires, à moins que la différenciation soit objectivement justifiée. Il appartient par conséquent aux pouvoirs publics, tant au niveau national qu'au niveau communal, de traiter de la même façon tous ceux qui se trouvent dans la même situation de fait et de droit. Par ailleurs, lesdits pouvoirs publics peuvent, sans violer le principe d'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que les différences instituées procèdent de disparités objectives, qu'elles soient rationnellement justifiées, adéquates et proportionnées à leur but. »¹⁰⁸

L'aspiration à l'égalité a, dans l'acception actuelle du concept, connu un développement prodigieux depuis la deuxième moitié du XXe siècle seulement. Faut-il rechercher la cause de cette ineffectivité antérieure de la disposition constitutionnelle dans le manque de prise de conscience concrète du justiciable ou dans l'absence d'un contrôle de constitutionnalité par une juridiction suprême?

106 Michel Welter, Rapport de juin 1913 à la commission spéciale de Révision de la Constitution nommée le 12 juillet 1912; *La Révision de la Constitution*, Compte rendu de la Chambre des députés, sess. ord. 1912-1913, vol. 3, Annexes.

107 TA 12-1-99 (10800); TA 22-3-2000 (11351); TA 23-10-02 (14663); TA 17-3-03 (15379); TA 5-11-03 (16243, frappé d'appel 17261C); TA 2-2-04 (16191); TA 2-2-04 (16273); TA 2-2-04 (16653).

108 TA 6-12-2000 (10019); TA 10-7-02 (14378, confirmé par arrêt du 26-11-02, 15233C); TA 23-10-02 (14663); TA 12-12-02 (15377); TA 17-3-03 (15379); TA 5-5-03 (15026); TA 5-11-03 (16243, frappé d'appel 17261C); TA 2-2-04 (16191); TA 2-2-04 (16273); TA 2-2-04 (16653); TA 29-9-04 (17156).

Si le principe d'égalité figurait dès l'origine dans la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et du Citoyen, les citoyens n'ont exprimé que depuis quelques décennies par des recours juridictionnels leur désir d'égalité et de suppression des discriminations.

En fait, l'égalité devant la loi était bien limitée au XIXe et au début du XXe siècles malgré l'énoncé du principe dans la Constitution. Il y a lieu de citer pour mémoire:

- l'inégalité aux élections par la subsistance du suffrage censitaire qui réservait le droit de vote aux plus fortunés ainsi que l'absence de droit de vote pour les femmes;
- la restriction du principe d'égalité aux seuls nationaux: les Luxembourgeois;
- le traitement inégalitaire des femmes mariées avant la loi du 12 décembre 1972 réformant le chapitre 6 du Code civil relatif aux droits et devoirs respectifs des époux. A noter que le principe d'égalité entre hommes et femmes fait entre-temps l'objet du paragraphe 2 de l'article 11 de la Constitution;
- les atteintes au principe d'égalité dans la législation discriminant les enfants « naturels » par rapport aux enfants « légitimes ».

Ce n'est que sous l'effet de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme que le principe a connu l'essor extraordinaire auquel nous assistons aujourd'hui, au point de supplanter tous les autres droits et en imposant son respect, non seulement dans l'application des lois, mais aussi et d'abord dans le libellé même de la norme législative: l'égalité devant la loi a été complétée par le principe d'égalité dans la loi.

Le Conseil d'Etat et, depuis sa création, la Cour constitutionnelle s'appliquent à veiller sous l'œil vigilant du citoyen au respect de ce principe. Le Comité du contentieux du Conseil d'Etat, juridiction administrative jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions administratives,¹⁰⁹ avait notamment jugé qu'un règlement communal limitant l'attribution d'un subside scolaire aux seuls élèves fréquentant un établissement public, à l'exclusion des établissements privés, violait le principe constitutionnel de l'égalité devant la loi.¹¹⁰

Dans nombre de ses arrêts, la Cour constitutionnelle a dressé les contours de ce droit fondamental. Pour justifier un traitement distinct de deux ou plusieurs catégories de personnes, elle exige que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but. D'après la Cour, « le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à condition de respecter ces principes ».¹¹¹

109 Voir commentaires des articles 83*bis* et 95*bis*.

110 Conseil d'Etat (Comité du contentieux), 12 décembre 1990, Ville de Dudelange, n° 8343.

111 Cour constitutionnelle, arrêt 9/00 du 5 mai 2000; Mémorial A n° 40 du 30 mai 2000, p. 948.

Sur un total de cinquante décisions rendues par la Cour constitutionnelle entre mars 1998 et juin 2009, une prétendue violation du principe d'égalité fut invoquée dans vingt-huit recours. Par dix-sept arrêts, les dispositions légales soumises à l'appréciation de la Cour ont été jugées non conformes au principe d'égalité.¹¹²

Le principe d'égalité est ainsi devenu la première norme de référence du contrôle de la constitutionnalité d'une loi. La prédilection des plaideurs pour fonder leurs demandes de questions préjudicielles sur la disposition de l'article 10*bis*(1), et dès lors le nombre élevé de décisions traitant du respect du principe constitutionnel de l'égalité, s'explique probablement par le fait que, contrairement aux autres libertés et droits fondamentaux énoncés dans la Constitution, ce principe n'est pas libellé avec le même caractère de généralités dans la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, encore que la CEDH admet que le principe d'égalité est opposable à tous les pouvoirs publics, y compris le pouvoir législatif.¹¹³

La Cour a jugé que l'exclusion du bénéfice du forfait d'éducation, institué par la loi du 28 juin 2002, pour des « personnes bénéficiant d'une pension au titre de leur activité statutaire auprès d'un organisme international » violait le principe d'égalité dans la mesure où cette disparité de traitement n'était fondée sur aucune raison déterminante rationnellement justifiée au regard de la finalité de la loi.¹¹⁴ Dans le même sens, la Cour constitutionnelle a décidé, par un arrêt du 20 octobre 2006, après avoir constaté que les chargés de cours au service de l'Etat ou des communes se trouvent dans le même rapport de soumission à l'autorité que les travailleurs tombant sous le régime du droit commun, que leur besoin de protection légale est « foncièrement comparable », de sorte qu'une disposition légale prévoyant, par dérogation au régime de droit commun, la possibilité de conclure un nombre illimité de contrats de travail à durée déterminée pour cette catégorie de salariés, constituait une violation du principe d'égalité prévu à l'article 10*bis*(1) de la Constitution.¹¹⁵ Par un arrêt du 25 mai 2007, la Cour constitutionnelle a invalidé un volet important de la législation du 9 juillet 1969 régissant le partage agricole.¹¹⁶ Les juges constitutionnels ont certes admis que le régime de traitement inégalitaire institué par cette loi en faveur des copartageants, qui reprennent l'unité de production, est en principe rationnellement justifié dans la mesure où il vise à préserver l'économie rurale. Ils ont néanmoins sanctionné la loi au motif que l'estimation des biens alloués à leur valeur de

112 Cour constitutionnelle, arrêt 7/99 du 26 mars 1999, Mémorial A n° 41 du 20 avril 1999, p. 1087; 20/04 du 28 mai 2004, Mémorial A n° 94 du 18 juin 2004, p. 1562; 21/04 du 18 juin 2004, Mémorial A n° 116 du 12 juillet 2004, p. 1766; 22/04 du 18 juin 2004, Mémorial A n° 117 du 12 juillet 2004, p. 1770; 25/05 du 7 janvier 2005, Mémorial A n° 8 du 26 janvier 2005, p. 74; 26/05 du 8 juillet 2005, Mémorial A n° 106 du 22 juillet 2005, p. 1854; 29/06, 30/06, 31/06, 32/06 et 33/06 du 7 avril 2006, Mémorial A n° 69 du 21 avril 2006, p. 1334, 1336, 1338, 1340 et 1342; 36/06 du 20 octobre 2006, Mémorial A n° 188 du 6 novembre 2006; 40/06 du 25 mai 2007, Mémorial A n° 96 du 19 juin 2007.

113 Sur toute cette question, il est renvoyé à une contribution de Me Patrick Kinsch dans la Pasirisie luxembourgeoise 1-2/2008, sous le titre « L'égalité devant la loi ».

114 Cour constitutionnelle, arrêts 29/06 à 33/06 du 7 avril 2006; Mémorial A n° 69 du 21 avril 2006, p. 1334.

115 Cour constitutionnelle, arrêt 36/06 du 20 octobre 2006; Mémorial A n° 188 du 6 novembre 2006, p. 3304.

116 Cour constitutionnelle, arrêt 40/07 du 25 mai 2007; Mémorial A n° 96 du 19 juin 2007, p. 1806.

rendement agricole au jour du partage - en lieu et place de l'évaluation à la valeur vénale déterminée par le marché - ensemble avec la limitation de la faculté de procéder à un partage supplémentaire dans les délais déterminés par la loi au seul cas de la vente des immeubles sans prendre en considération toute autre hypothèse d'aliénation (tel l'apport en société) créerait une disproportion au détriment des copartageants privés du bénéfice de ces mesures et violerait ainsi l'article 10*bis* de la Constitution. La formulation très succincte de l'arrêt quant à la proportionnalité ne permet pas de circonscrire avec certitude les contours de la violation quant au critère de proportionnalité. La tâche du législateur appelé à adapter la loi aux exigences constitutionnelles n'en est pas facilitée.

L'arrêt 41/07 de la Cour constitutionnelle du 14 décembre 2007 est particulièrement intéressant dans ce contexte.¹¹⁷ La Cour devait se prononcer sur la conformité à la Constitution d'une loi soumettant les fonctionnaires de l'Entreprise des postes et télécommunications à un régime disciplinaire spécifique, moins protecteur que celui en vigueur dans le régime ordinaire des fonctionnaires de l'Etat.

La Cour a accepté cette disparité de traitement comme étant compatible avec l'article 10*bis* au motif que l'activité des fonctionnaires de l'EPT se situerait dans un environnement commercial hautement compétitif, nécessitant une gestion plus flexible des ressources humaines. En d'autres termes: la nécessité d'œuvrer dans un contexte concurrentiel constitue une justification rationnelle adéquate et proportionnée d'une réduction des garanties protectrices du régime disciplinaire des fonctionnaires.

Une loi limitant la prise en compte de la collaboration apportée à une exploitation agricole pour la détermination du salaire différée à une période de cinq ans précédant son entrée en vigueur a été jugée inconstitutionnelle au motif que ce délai était fixé arbitrairement. La Cour a jugé que d'éventuelles difficultés de preuve ne pourraient influencer que sur les possibilités de faire valoir ses droits.¹¹⁸

Dans un arrêt 49/09, la Cour constitutionnelle a admis pour la première fois que le principe d'égalité s'applique tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales.¹¹⁹

La loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat a précisé, parmi les attributions du Conseil d'Etat, le contrôle *a priori* de la constitutionnalité des projets et propositions de loi. Cette disposition légale nouvelle, ensemble avec la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, a indéniablement contribué à une attention plus aiguë du Conseil d'Etat pour les questions tenant au respect de l'exigence constitutionnelle d'égalité devant la loi.

117 Cour constitutionnelle, arrêt 41/07 du 14 décembre 2007; Mémorial A n° 1 du 11 janvier 2008, p. 2.

118 Cour constitutionnelle, arrêt 45/08 du 27 juin 2008; Mémorial A n° 98 du 10 juillet 2008, p. 1298.

119 Cour constitutionnelle, arrêt 49/09 du 22 mai 2009; Mémorial A n° 123 du 5 juin 2009, p. 1748.

Entre janvier 1990 et septembre 2009, vingt-sept oppositions formelles du Conseil d'Etat contre des dispositions figurant dans des projets de loi étaient fondées sur le non-respect du principe constitutionnel d'égalité. Ont notamment été déclarées contraires au principe d'égalité:

- la disposition de l'accord salarial pour les fonctionnaires et employés de l'Etat qui prévoyait la prise en charge par l'Etat des frais d'avocat d'un fonctionnaire résultant d'un litige l'opposant à l'Etat employeur;¹²⁰
- une disposition dans le projet de loi concernant le sport qui aurait permis de faire bénéficier les sportifs intégrés dans le cadre du sport d'élite d'un droit d'engagement prioritaire pour les emplois du secteur public;¹²¹
- une disposition d'un projet de loi prévoyant une prorogation d'un congé de maladie, portant sa durée totale à dix-huit mois pendant lesquels le fonctionnaire aurait touché l'intégralité de son traitement, alors même que le Code des assurances sociales prévoit une durée maximale d'indemnisation d'un an seulement;¹²²
- l'attribution d'une aide à l'emploi aux seules entreprises constituées sous forme de personne morale, excluant par là les personnes physiques et notamment les agriculteurs, les professions libérales et les artisans;¹²³
- la dispense accordée aux concessionnaires de réseaux de transport ou de distribution de solliciter une autorisation de construire pour les travaux au réseau;¹²⁴
- une disposition prévoyant la possibilité, pour les seuls avocats agissant en société, de limiter leur responsabilité professionnelle et d'exclure par là de ce droit les avocats exerçant en dehors de toute structure sociale.¹²⁵

S'il est admis que l'égalité complète n'est pas possible, la recherche d'un traitement égalitaire doit constituer une préoccupation primordiale du législateur.¹²⁶

120 Avis du Conseil d'Etat du 7 juillet 2000; doc. parl. n° 4677².

121 Avis du Conseil d'Etat du 10 février 2004; doc. parl. n° 4766¹⁴.

122 Avis du Conseil d'Etat du 20 décembre 2002 sur le projet relatif au statut du fonctionnaire; doc. parl. n° 489¹⁵.

123 Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 20 mars 2007 sur le projet de loi portant rétablissement du plein emploi; doc. parl. n° 5144¹³.

124 Avis du Conseil d'Etat du 24 avril 2007 sur le projet devenu la loi du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité, doc. parl. n° 5605⁵; avis du Conseil d'Etat du 22 mai 2007 sur le projet devenu la loi du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel, doc. parl. n° 5606⁷.

125 Avis du Conseil d'Etat du 24 avril 2007 sur les lois du 21 juin 2007; doc. parl. n° 5660¹ A et B.

126 On est dès lors loin de l'analyse de Boissy d'Anglas en 1792 qui, après avoir déclaré que l'égalité absolue est une chimère, jugeait qu'il était raisonnable de confier le soin de gouverner aux seuls riches, car, disait-il « ils seraient plus respectueux des lois ». Le constat de Jean Cruet cité dans le rapport précité du député Michel Welter reste par contre d'actualité: « Dans l'histoire, les faibles n'ont encore trouvé qu'un moyen d'accroître leur place dans la société et dans le droit, c'est de devenir forts. » (Rapport Michel Welter, voir Note 106).

L'égalité devant la loi est-elle réservée aux seuls Luxembourgeois? Le libellé de l'article 10*bis*, paragraphe 1^{er}, permettrait cette conclusion. Le principe de l'égalité entre Luxembourgeois et étrangers figurait déjà au Code civil¹²⁷ promulgué le 15 mars 1803 ainsi qu'au Code pénal¹²⁸ introduit par la loi du 16 juin 1879.

Le même principe se dégage de l'article 111 de la Constitution. La Cour constitutionnelle l'a expressément rappelé dans ses arrêts du 7 avril 2006 précités.

L'interdiction de toute discrimination à l'égard des étrangers est encore imposée par l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

L'introduction de l'article 10*bis*, paragraphe 2, est due au fait que le Constituant s'était cru obligé de réagir à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) d'après laquelle les dispositions légales qui excluaient les ressortissants communautaires des emplois dans les administrations publiques nationales n'impliquant pas une participation de leur titulaire à l'exercice de la puissance publique, violaient l'article 48-4 du Traité sur l'Union européenne.¹²⁹ Dans ses arrêts, la CJCE donna une interprétation très restrictive à la notion d'administration publique et s'exprima comme suit: « En ne limitant pas l'exigence de la nationalité luxembourgeoise à l'accès aux emplois de fonctionnaire et d'employé public comportant une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la fonction publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques, dans les secteurs publics de la recherche, de l'enseignement, de la santé, des transports terrestres, des postes et télécommunications et dans les services de distribution d'eau, de gaz et d'électricité, le Grand-Duché de Luxembourg a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 48 du Traité CEE et de l'article 1^{er} du règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté. » L'exception à la libre circulation des travailleurs pour les emplois dans la fonction publique telle qu'elle figure à l'article 48-4 du Traité instituant la Communauté européenne ne permettait dès lors plus une exclusion quasi généralisée des ressortissants communautaires de nationalité non luxembourgeoise telle qu'elle fut pratiquée avant cet arrêt. Le Constituant luxembourgeois décida de modifier le texte de la Constitution afin de l'adapter à la nouvelle donne.

127 Article 3, alinéa 1, du Code civil: « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. ». Article 7: « L'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle. ».

Article 13: « L'étranger qui aura été admis par l'autorisation du Grand-Duc à établir son domicile dans le Luxembourg, y jouira de tous les droits civils, tant qu'il continuera d'y résider. ».

128 Article 3 du Code pénal: « L'infraction commise sur le territoire du Grand-Duché, par des Luxembourgeois ou par des étrangers, est punie conformément aux dispositions des lois luxembourgeoises. ».

129 CJCE, Arrêts du 17 décembre 1980 et du 26 mai 1982 C149/79, Commission c. Belgique; Arrêt C/473/93 du 2 juillet 1996, Commission c. Grand-Duché de Luxembourg.

Dans son avis du 6 mai 1994 relatif au projet de révision de la Constitution,¹³⁰ le Conseil d'Etat fut réservé sur cette initiative alors que le texte original de la Constitution n'excluait ni ne restreignait formellement l'emploi de citoyens de nationalité non luxembourgeoise dans la fonction publique, raison pour laquelle le Constituant belge, face à un texte positif identique, n'avait d'ailleurs pas jugé nécessaire d'intervenir après les arrêts précités de la CJCE. Aux yeux du Conseil d'Etat, la loi ouvrant l'accès des ressortissants communautaires à la fonction publique luxembourgeoise n'aurait pas violé la Constitution dans sa version ancienne. Il proposa dès lors de se limiter à supprimer dans l'ancienne version de l'article 11(2) les termes « pour des cas particuliers ». Entre 1994 et le moment d'émettre en 1998 son avis sur le projet de loi ouvrant l'accès de ressortissants communautaires à la fonction publique luxembourgeoise, le Conseil d'Etat se ralliait à l'avis du Gouvernement en estimant qu'une révision constitutionnelle préalable était nécessaire.¹³¹

Cf. Art. 11(2), 111

130 Doc. parl. n° 3923¹.

131 Avis du Conseil d'Etat du 3 mars 1998; doc. parl. n° 4325⁴.

Article 11

(1) L'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille.

(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.

(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.

Le libellé de l'article 11 en vigueur jusqu'à la révision du 21 mai 1948 était resté inchangé depuis la Constitution du 9 juillet 1848, où il avait fait l'objet de l'article 12 (devenu l'article 11 sous la Constitution du 27 novembre 1856).

La teneur initiale était la suivante:

« 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. »

La révision du 21 mai 1948 avait subdivisé l'article 11 en paragraphes tout en complétant les dispositions en place par quatre paragraphes nouveaux libellés comme suit:

« (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. »

Lors de la révision du 29 avril 1999, le paragraphe 2 traitant de l'égalité des Luxembourgeois devant la loi fut transféré sous une forme amendée à un nouvel article 10*bis*.

Le paragraphe 6 a à son tour été complété dans le cadre de la révision du 19 novembre 2004 par deux alinéas nouveaux avec l'objectif de conférer aux organes des professions réglementées du secteur libéral, dotés de la personnalité civile, le pouvoir de réglementer l'organisation et les modalités d'exercice de leur profession.

L'avant-dernière révision du 13 juillet 2006 a consacré formellement le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes.

Enfin, la révision du 29 mars 2007 a remodelé la structure de l'article 11 et a donné à cet article son libellé actuel.

Depuis cette dernière révision, il ne reste plus rien des dispositions de 1848.

En effet, suite au transfert de la disposition traitant de l'égalité des Luxembourgeois à l'article 10*bis*, le 29 avril 1999, la révision du 29 mars 2007 a supprimé la disposition relative à l'abolition des ordres connus sous l'Ancien Régime. Le motif en a été que ce texte n'avait manifestement plus sa place dans une Constitution moderne. Aujourd'hui, personne ne songerait en effet plus sérieusement à rétablir les ordres. Le Conseil d'Etat s'était prononcé en faveur de cette suppression.¹³²

A côté de l'introduction d'un nouvel article 11*bis*, la révision du 29 mars 2007 a introduit la structure actuelle de l'article 11.

132 Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 27 avril 1999; doc. parl. n° 3923B¹.

(1) L'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille.

En 1948, le Constituant, influencé par les préparatifs de la Déclaration universelle des droits de l'homme de l'Organisation des Nations unies, adoptée le 10 décembre 1948, souhaita compléter la liste des droits individuels censés protéger les individus contre les abus du pouvoir politique par l'adjonction de nouveaux droits sociaux. Les droits classiques, aussi appelés « *droits de* », furent ainsi complétés par des « *droits à* », droits à l'éducation, à la culture, à la protection sociale, etc.

D'où l'idée d'inclure une référence à la famille dans le texte même de la Constitution.

Pour justifier l'introduction de la notion de famille dans la Constitution, la commission parlementaire spéciale, après avoir constaté que les familles et plus particulièrement les familles nombreuses n'avaient pas bénéficié des progrès économiques et sociaux réalisés au profit des individus, s'exprima comme suit: « Dans ce désarroi des esprits on commence donc à reconnaître que pour rendre aux générations nouvelles, en même temps que la foi dans l'avenir, l'esprit de continuité et de tradition, pour faire renaître ces vertus modestes, indispensables à la force et à la grandeur d'une nation, pour opérer la reconstruction morale d'une société profondément désaxée, il faut chercher le salut dans la restauration intégrale de l'institution familiale. » La commission proposa toutefois majoritairement un texte qui, avec le regard du XXI^e siècle, peut surprendre: « Le mariage, comme fondement de la vie de la famille, de la conservation et de l'accroissement de la Nation, est placé sous la protection de l'Etat. »¹³³

Cette formulation ne visait pas tant la protection des enfants et de la famille dans le sens contemporain, mais la consécration constitutionnelle d'une conception sacralisée du mariage, censé constituer le fondement de la Nation. Dans son premier avis du 25 mars 1948, le Conseil d'Etat souligna d'emblée l'intérêt de voir ancrer certains droits sociaux et familiaux dans la Constitution.¹³⁴ Il proposa néanmoins un propre libellé plus large qui, à ses yeux, aurait mieux permis d'assurer la protection de tous les droits inhérents à la personne humaine, dont le mariage n'est qu'une expression. Et de suggérer la formule: « *Le droit concernant l'état et la capacité des personnes est garanti par la loi.* » Cette version ne convainquit manifestement pas la commission spéciale qui finit par proposer le texte tel qu'il figure actuellement dans la Constitution.

Dans son avis complémentaire du 11 mai 1948, le Conseil d'Etat exprima ses réticences les plus formelles par rapport à ce libellé.¹³⁵ Le texte lui parut trop imprécis, et le renvoi à la Déclaration des droits de l'homme, norme supérieure, fut également jugé inapproprié. Il fut en outre d'avis que tous les droits garantis par la Constitution, comme par

133 Proposition de la commission spéciale pour la révision de la Constitution; doc. parl. n° 18 (158), p. 175.

134 Avis du Conseil d'Etat du 25 mars 1948; doc. parl. n° 18 (158), p. 210.

135 Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 11 mai 1948; doc. parl. n° 18 (158), p. 236.

exemple l'égalité devant la loi, la liberté individuelle, l'inviolabilité du domicile, le droit de propriété, faisaient partie des droits visés par la nouvelle formule. Ils ont dès lors pour ainsi dire été élevés à un rang supérieur à la Constitution en tant que normes juridiques immuables. Le Conseil d'Etat redouta également que l'amendement proposé n'ouvrit « la porte à l'incertitude, à l'appréciation subjective » et de conclure: « Les droits de la personne humaine, pour être efficacement garantis, doivent être énumérés; c'est une définition par approximation et par application... ». Le Conseil d'Etat brandit même le spectre de voir émerger des procès qui « feraient entrer les philosophes dans le prétoire »!

Force est de constater que la disposition constitutionnelle adoptée malgré l'opposition du Conseil d'Etat n'eut pas l'écho appréhendé. Les droits naturels n'ayant pas été autrement précisés, le Conseil d'Etat et les juridictions s'y sont rarement référés.

L'article 11(3) fut notamment invoqué dans l'avis du Conseil d'Etat du 9 décembre 2003 relatif au projet de loi modifiant la loi du 28 août 1998 sur les établissements hospitaliers, projet retiré entre-temps du rôle.¹³⁶ Le Conseil d'Etat avait estimé qu'en vertu des paragraphes 3 et 5 (aujourd'hui 1^{er} et 5) de l'article 11 de la Constitution, la protection des mineurs était un domaine réservé et que dès lors les règles auxquelles sont soumis des essais cliniques les concernant ne pouvaient être déterminées dans un règlement grand-ducal à défaut de fixation des principes mêmes dans la loi.

La Cour constitutionnelle fut saisie à quelques rares occasions au sujet de prétendues violations de ce paragraphe, sans toutefois admettre le bien-fondé de cet argument. Dans l'arrêt 2/98 du 13 novembre 1998, la Cour circonscrit le droit naturel comme étant « celui découlant de la nature humaine », existant même sans texte de loi positif.¹³⁷ Les droits naturels de la famille comprennent ainsi notamment, selon la Cour, le droit à la procréation et à la communauté de vie. En précisant que l'adoption prenait son fondement dans « un droit positif et non dans le droit naturel », la Cour jugea que la Constitution n'était pas violée. D'aucuns ont cru lire dans cette motivation une volonté de privilégier le droit positif par rapport au droit naturel non écrit. Dans l'arrêt 20/04 du 28 mai 2004, la Cour précisa que « le droit naturel se restreint aux questions existentielles de l'être humain, au respect de sa dignité et de sa liberté ». ¹³⁸ Dans son arrêt 14/02 du 6 décembre 2002, la Cour refusa d'analyser une prétendue violation du paragraphe sous examen au motif que, s'agissant d'une situation impliquant un étranger, la disposition en question ne serait pas applicable,¹³⁹ alors que selon l'article 111 des exceptions aux droits garantis par la même Constitution pourraient être prévues dans la loi en défaveur des étrangers.¹⁴⁰

136 Doc. parl. n° 4950.

137 Mémorial A n° 102 du 8 décembre 1998, p. 2500.

138 Mémorial A n° 94 du 18 juin 2004, p. 1562.

139 Mémorial A n° 144 du 23 décembre 2002, p. 3504.

140 Pour l'analyse de l'incidence de l'article 111 par rapport aux droits fondamentaux, il est renvoyé au commentaire de l'article afférent.

Les décisions citées prouvent à l'évidence que la Cour constitutionnelle n'entend pas échafauder un système de normes quasi supra-constitutionnelles à partir de la notion de « droit naturel ». La Cour constitutionnelle ne souhaite manifestement pas contribuer à la création d'une nouvelle catégorie de droits fondamentaux à contenu indéterminé laissés au bon vouloir du juge. En adoptant une interprétation restrictive et littérale de cette notion, la Cour constitutionnelle s'est elle-même imposé des limites à l'œuvre jurisprudentielle.

Le Conseil d'Etat s'est entre-temps accommodé du libellé du paragraphe sous examen. Alors que dans la proposition de révision n° 3923 la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle prévoyait de remplacer le terme « *droit naturel* » par « *droits fondamentaux* », le Conseil d'Etat se prononça dans son avis précité du 27 avril 1999 pour le maintien de la notion de « *droits naturels de la personne humaine et de la famille* ». ¹⁴¹ Ce faisant, il admit qu'il n'est pas opportun d'abolir ou de modifier des concepts juridiques, certes toujours aussi flous, mais qui ont l'avantage d'exister depuis des décennies et qui ont fait l'objet d'une interprétation jurisprudentielle restrictive. Le Conseil d'Etat tint toutefois à rappeler sa position fondamentale dans les termes suivants: « D'autres Constitutions modernes ont procédé différemment et formulé de manière précise et positive ce qu'il faut entendre par 'droit naturel'. Ce procédé aurait *a priori* eu les faveurs du Conseil d'Etat étant donné que le législateur ne pourrait pas voir sanctionnée un jour une disposition légale considérée comme 'droit naturel' par la Cour constitutionnelle... Si le Conseil d'Etat a toutefois marqué son accord à ce que la Constitution continue à prévoir la garantie des droits naturels au texte proposé malgré tous les aléas qu'il présente, c'est qu'il paraît évident qu'à défaut d'énumération complète, il y a des droits fondamentaux qui doivent être protégés par la Constitution, droits qui se dénomment de manière générique 'droits naturels'. »

(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.

La proposition précitée de la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle du 28 janvier 1999 avait visé à ancrer dans un nouveau paragraphe 2 de l'article 11 de la Constitution le principe de l'égalité juridique entre femmes et hommes tout en conférant une base constitutionnelle à des mesures visant à atteindre une égalité de fait entre les deux sexes. ¹⁴²

141 Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 27 avril 1999; doc. parl. n° 3923B¹.

142 Doc. parl. n° 3923B.

Le texte initialement proposé était libellé comme suit:

« Les femmes et les hommes sont égaux en droits et en devoirs.

*En vue de réaliser l'égalité de fait dans l'exercice des droits et devoirs, la loi peut fixer des mesures appropriées. »*¹⁴³

La décision d'inscrire l'égalité des sexes dans la Constitution partait de la constatation que le principe général d'égalité figurant dans notre Constitution depuis 1848 et ayant été transféré lors de la révision du 29 avril 1999 à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, n'avait pas permis de garantir cette égalité de manière effective. L'alinéa premier du nouveau paragraphe 2 de l'article 11 n'a dès lors pas donné lieu à débat, tant il est vrai que chacun s'accordait à reconnaître la nécessité d'une déclaration forte et claire de l'égalité entre les sexes dans la Constitution.

Il en fut autrement du libellé du deuxième alinéa qui prévoyait la possibilité d'adopter des mesures de promotion de l'égalité (« actions positives »). Le libellé proposé ne contenait en fait qu'une déclaration d'intention du Constituant. Dans son avis du 27 avril 1999, le Conseil d'Etat ne manqua pas de rappeler la formule du Professeur Delpérée comme quoi « les Constitutions programmes sont de fausses Constitutions ».¹⁴⁴

Le bien-fondé même de l'initiative constitutionnelle n'était pas pour autant mis en cause. Le Constituant souhaitait en effet donner une base constitutionnelle aux discriminations positives telles qu'introduites dans la législation par la loi du 12 février 1999 concernant la mise en œuvre du plan d'action national en faveur de l'emploi 1998.¹⁴⁵

Le recours à des actions positives en vue d'éliminer des inégalités est expressément prévu dans le Traité instituant la Communauté européenne, version résultant du Traité d'Amsterdam.¹⁴⁶ L'article 2, paragraphe 8, de la Directive 76/207/CEE telle que modifiée par la Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil dispose que les Etats membres peuvent maintenir ou adopter des mesures au sens de l'article 141(4) du Traité CE.¹⁴⁷ L'article 23, alinéa 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée le 7 décembre 2000 par le Traité de Nice, contient une disposition analogue.¹⁴⁸

143 Proposition du 11 février 1999; doc. parl. n° 3923.

144 Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 27 avril 1999; doc. parl. n° 3923B¹.

145 Mémorial A n° 13 du 23 février 1998, p. 190; doc. parl. n° 4459.

146 Traité CE:

« Art. 3.(2) Pour toutes les actions visées au présent article, la Communauté cherche à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes. ».

147 Traité CE:

« Art. 141.(4) Pour assurer concrètement une égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un Etat membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévoir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle. ».

148 « Le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté. » (JOCE, n° 364 du 18 décembre 2001, p. 1).

Le Conseil d'Etat s'était montré réticent à voir introduire dans la Constitution un libellé pouvant, le cas échéant, être interprété comme une obligation de résultat quant au but d'égalité effective visé. Pour cette raison, il s'était opposé au texte de l'amendement du 7 octobre 2003 proposé par la commission parlementaire, texte libellé de manière très approximative (« *L'Etat adopte des mesures visant à éliminer les entraves...* »).

Le volet relatif au principe constitutionnel d'égalité entre femmes et hommes a finalement été introduit dans la Constitution par la loi du 13 juillet 2006.¹⁴⁹ La révision du 29 mars 2007 n'a touché ni au libellé ni à l'endroit d'insertion du paragraphe 2 de l'article 11.

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

Même si l'inscription formelle de la garantie de la protection de la vie privée dans notre Constitution est de facture récente, des aspects essentiels de cette protection tels que l'inviolabilité du domicile ou le secret de correspondance figuraient déjà dans la Constitution du 9 juillet 1848 (voir articles 16 et 29 devenus articles 15 et 28 depuis la Constitution du 27 novembre 1856).

Au fil des années, le législateur a tissé un maillage toujours plus fin et plus serré de règles juridiques destinées à assurer la protection de l'intimité de la sphère privée contre des ingérences non justifiées des autorités publiques. La Constitution du 17 octobre 1868 avait déjà étendu le secret postal à celui des télégrammes. Par la suite, le secret valant pour les lettres et les télégrammes a été étendu par la loi aux télécommunications pour englober depuis 2000 la correspondance dans son ensemble.¹⁵⁰ Parallèlement, le Code d'instruction criminelle a été complété par un cadre légal très strict définissant les circonstances et les conditions dans lesquelles les autorités judiciaires, voire le Gouvernement peuvent procéder aux repérages et écoutes téléphoniques jugés nécessaires pour enquêter sur les crimes ou délits ou encore les infractions contre la sûreté extérieure de l'Etat.¹⁵¹ En matière de procédure administrative non contentieuse, l'administré a droit à la communication de son dossier et peut demander l'enlèvement de toute pièce étrangère à l'objet du dossier qui est de nature à lui causer préjudice, tout comme l'Administration peut refuser la communication d'informations pouvant constituer une atteinte à l'intimité de la vie privée d'autres personnes.¹⁵² A partir des années 1970, la protection légale de la vie privée a été étendue au traitement des données à caractère personnel.¹⁵³ La loi du

149 Mémorial A n° 124 du 19 juillet 2006, p. 2140; doc. parl. n° 3923B.

150 cf. Loi du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers postaux (art. 2(3)) et loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques (art. 4(1)).

151 cf. Articles 67-1 et 88-1 et suivants du Code d'instruction criminelle.

152 cf. Règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes (articles 11 et 13).

153 cf. 1. Loi modifiée du 29 mars 1974 créant un centre informatique de l'Etat; 2. Loi modifiée du 31 mars 1979 réglementant l'utilisation des données nominatives dans les traitements informatiques (abrogée en 2002); 3. Loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement de données à caractère personnel.

15 mars 2007 portant réglementation de la fouille des véhicules délimite clairement les prérogatives des parquets et de la Police grand-ducale pour procéder à ces fouilles.

Lors de l'élaboration de textes légaux ou réglementaires touchant à la protection de la vie privée, le Conseil d'Etat a toujours veillé méticuleusement à la protection des droits des particuliers contre toute emprise de la part de l'Etat jugée excessive.

Dans ces conditions, l'inscription, lors de la révision du 27 mars 2007, de la protection de la vie privée dans la Constitution se présente comme une consécration par notre Loi fondamentale d'une tradition légale acquise depuis longtemps bien plus que comme une innovation en matière de droits fondamentaux protégés sur le plan constitutionnel.

Dans son avis du 27 avril 1999, le Conseil d'Etat avait proposé de compléter la proposition initiale de la commission parlementaire qui avait entendu limiter le texte au seul principe de la garantie de la protection de la vie privée par l'Etat.¹⁵⁴ A cet effet, il avait renvoyé à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et il avait noté que sans la possibilité pour le législateur d'y apporter des restrictions, le libellé serait e.a. contraire à l'article 15 de la Constitution et interdirait toutes mesures contraignantes telles que perquisitions, écoutes téléphoniques, rétentions, arrestations, placements dans une structure psychiatrique fermée.

Le contenu du paragraphe 3 de l'article 11, tel qu'il résulte de la révision du 29 mars 2007, est par conséquent directement inspiré par l'article 8 de la Convention du 4 novembre 1950.¹⁵⁵ Pour le principe énoncé, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne abonde dans le même sens.¹⁵⁶

Contrairement à la Convention et à la Charte précitées, le Constituant luxembourgeois se limite cependant à évoquer la protection de la vie privée, le respect de la vie familiale étant traité dans un paragraphe distinct de l'article 11 (paragraphe 1^{er}) aux termes duquel « *l'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille* ».

154 Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 27 avril 1999; doc. parl. n° 3923B¹.

155 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales:

« Art. 8. Droit au respect de la vie privée et familiale

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. ».

156 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne:

« Art. 7. Respect de la vie privée et familiale

Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. ».

Certaines Constitutions européennes retiennent le droit au respect de la vie privée (Constitution belge, art. 22; Constitution néerlandaise, art. 10) ou à l'intimité personnelle (Constitution espagnole, art. 18).¹⁵⁷

D'autres se limitent, tout comme la nôtre avant la révision de 2007, à prévoir notamment l'inviolabilité du domicile et le respect de la correspondance (cf. Loi fondamentale allemande, art. 13 et 10; Constitution danoise, art. 72; Constitution suédoise, art. 6 du Chapitre II).¹⁵⁸ Les Constitutions néerlandaise et espagnole étendent la protection de la sphère privée en spécifiant de façon explicite, la première, que ce droit joue à l'égard de l'enregistrement et de la communication de données à caractère personnel (Constitution néerlandaise, art. 10, par. 2), la deuxième, que la loi limite l'usage de l'informatique pour garantir l'intimité personnelle (Constitution espagnole, art. 18, par. 4); la Constitution suédoise mentionne cette protection à son article 3 du Chapitre II.¹⁵⁹

157 Constitution belge:

Art. 22, premier alinéa.

Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi.

Constitution néerlandaise:

Art. 10.

(1) Toute personne a droit au respect de sa vie privée, sauf restrictions à établir par la loi ou en vertu de la loi.

(2) La loi fixe des règles en vue de la protection de la vie privée à l'égard de l'enregistrement et de la communication de données à caractère personnel.

(3) La loi fixe des règles concernant les droits des personnes à prendre connaissance des données enregistrées à leur sujet et de l'utilisation qui en est faite, ainsi qu'à faire rectifier de telles données.

Constitution espagnole:

Art. 18.

(1) Le droit à l'honneur, à l'intimité personnelle et familiale et à sa propre image est garanti.

(2) Le domicile est inviolable. Aucune irruption ou perquisition ne sera autorisée sans le consentement de celui qui y habite ou sans décision judiciaire, hormis en cas de flagrant délit.

(3) Le secret des communications et, en particulier, des communications postales, télégraphiques et téléphoniques est garanti, sauf décision judiciaire.

(4) La loi limitera l'usage de l'informatique pour garantir l'honneur et l'intimité personnelle et familiale des citoyens et le plein exercice de leurs droits.

158 Loi fondamentale allemande:

Art. 13. Inviolabilité du domicile

(1) Le domicile est inviolable.

(2) Des perquisitions ne peuvent être ordonnées que par le juge ainsi que, s'il y a péril en la demeure, par les autres organes prévus par les lois; elles ne peuvent être effectuées que dans la forme y prescrite.

(3) Lorsque certains éléments de fait fondent le soupçon que quelqu'un a commis l'une des infractions pénales particulièrement graves spécialement prévues par la loi, des moyens techniques de surveillance acoustique de domiciles dans lesquels la personne poursuivie est supposée séjourner peuvent, pour la répression de cette infraction, être utilisés sur le fondement d'une ordonnance juridictionnelle si l'investigation des faits par d'autres moyens serait incomparablement plus difficile ou vouée à l'échec. La mesure doit être limitée dans le temps. L'ordonnance est prise par une formation de trois juges. S'il y a péril en la demeure, elle peut être également prise par un juge unique.

(4) Pour parer à des dangers imminents pour la sécurité publique et notamment à un danger collectif ou à un péril mortel, des moyens techniques de surveillance de domiciles ne peuvent être utilisés que sur le fondement d'une ordonnance juridictionnelle. S'il y a péril en la demeure, la mesure peut être également ordonnée par une autre autorité déterminée par la loi; une décision juridictionnelle doit intervenir sans délai.

158 (5) Lorsque des moyens techniques sont exclusivement prévus pour la protection de personnes intervenant dans des domiciles, la mesure peut être ordonnée par une autorité déterminée par la loi. L'exploitation à une autre fin des connaissances ainsi acquises n'est permise qu'à la seule fin de poursuites pénales ou de prévention d'un danger, et à la condition seulement que la régularité de la mesure ait été préalablement constatée par le juge; s'il y a péril en la demeure, la décision juridictionnelle doit intervenir sans délai.

(6) Le gouvernement fédéral informe chaque année le Bundestag sur l'utilisation de moyens techniques dans le cadre du paragraphe 3 et, pour les affaires ressortissant à la Fédération, du paragraphe 4 ainsi que du paragraphe 5 lorsque le juge doit exercer un contrôle juridictionnel. Un organisme collégial élu par le Bundestag exerce le contrôle parlementaire sur la base de ce rapport. Les Länder assurent un contrôle parlementaire équivalent.

(7) D'autres atteintes ou restrictions ne peuvent être apportées à l'inviolabilité du domicile que pour parer à un danger collectif, écarter un péril mortel menaçant des personnes ou encore, en vertu d'une loi, pour prévenir la sécurité et l'ordre publics de dangers imminents, en particulier pour remédier à la pénurie de logement, pour lutter contre les risques d'épidémie ou pour protéger la jeunesse en danger.

Art. 10 Secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications

(1) Le secret de la correspondance ainsi que le secret de la poste et des télécommunications sont inviolables.

(2) Des restrictions ne peuvent y être apportées qu'en vertu d'une loi. Si la restriction est destinée à défendre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, ou l'existence ou la sécurité de la Fédération ou d'un Land, la loi peut disposer que l'intéressé n'en sera pas informé et que le recours juridictionnel est remplacé par le contrôle d'organes et d'organes auxiliaires désignés par la représentation du peuple.

Constitution danoise:

Art. 72.

Le domicile est inviolable. Toute visite domiciliaire, toute saisie ou tout contrôle de lettres ou d'autres papiers, toute violation du secret de la correspondance postale, télégraphique et téléphonique ne pourront se faire, si aucune loi ne justifie une exception particulière, qu'après une décision judiciaire.

Constitution suédoise:

Art. 6 du Chapitre II.

Tout citoyen, dans ses relations avec les autorités publiques, est protégé contre toute atteinte corporelle imposée même dans les cas autres que ceux visés aux articles 4 et 5 du présent chapitre. En outre, il est à l'abri de toute fouille corporelle, perquisition ou intrusion analogue ainsi que de l'examen de ses lettres ou autre correspondance confidentielle et de l'écoute ou de l'enregistrement de ses conversations téléphoniques ou autres communications confidentielles.

159 Constitution néerlandaise:

Art. 10(2).

La loi fixe des règles en vue de la protection de la vie privée à l'égard de l'enregistrement et de la communication de données à caractère personnel.

Constitution espagnole:

Art. 18(4).

La loi limitera l'usage de l'informatique pour garantir l'honneur et l'intimité personnelle et familiale des citoyens et le plein exercice de leurs droits.

Constitution suédoise:

Art. 3 du Chapitre II.

L'inscription d'un citoyen sur des registres publics ne peut sans son consentement être fondée seulement sur ses opinions politiques.

Tout citoyen est protégé, dans les limites fixées par la loi, contre la violation de son intégrité personnelle par l'enregistrement d'informations le concernant à l'aide d'un traitement informatique.

En arrêtant le droit à protéger, tout en énonçant la manière d'y apporter les restrictions qui peuvent y être appliquées, le Constituant luxembourgeois suit la démarche retenue pour l'article 8 de la convention précitée. Il reste pourtant en retrait par rapport au libellé du paragraphe 2 de cet article 8 en laissant au législateur la pleine liberté de définir la portée des lois susceptibles d'arrêter les exceptions au principe constitutionnel de protection de la vie privée. Or, cette différence n'a qu'une portée pratique relative, car en vertu du principe de prééminence des conventions internationales sur le droit national, l'Etat devra, en apportant des exceptions au principe de cette protection, légitimer son ingérence par des motifs compatibles avec les dispositions de l'article 8, paragraphe 2 de la Convention.¹⁶⁰

La protection de la vie privée prévue au paragraphe 3 de l'article 11 a « essentiellement pour objet de protéger l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics dans sa vie privée », comme l'a relevé la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt du 23 juillet 1968 (arrêt A n° 6 dans une affaire relative à *certain aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*). Dans un autre arrêt du 26 mars 1985 (arrêt A n° 91 dans une *affaire X et Y c. Pays-Bas*), la Cour de Strasbourg a en outre retenu que la protection du droit au respect de la vie privée ne se borne pas à garantir l'individu contre les ingérences de l'autorité publique, mais qu'elle peut aussi entraîner pour l'Etat des obligations de caractère positif, y compris l'adoption de mesures qui, pour garantir le respect de la vie privée, règlent les rapports entre particuliers. Enfin, l'évolution législative a fait qu'entre-temps l'obligation de non-ingérence englobe la collecte et la détention de données par l'Etat sur ses citoyens ainsi que le souci de protéger les données personnelles. La protection de la vie privée implique aussi la reconnaissance à l'individu d'un droit d'accès aux informations qui le concernent et le droit au recours pour obtenir la rectification sinon l'effacement des informations erronées ou étrangères à l'objet du dossier.

160 En vue d'assurer la concordance entre les dispositions nationales et les règles internationales en matière de protection des droits et libertés fondamentaux, la Constitution espagnole retient dans son article 10, paragraphe 2: « (2) Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne. ».

(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.

Tenant compte de l'évolution sociale, la révision constitutionnelle de 1948 avait apporté une importante innovation au chapitre des droits des Luxembourgeois en plaçant sous la garantie constitutionnelle le droit au travail, la sécurité sociale et les libertés syndicales.

La révision du 29 mars 2007 a largement maintenu les principes introduits en 1948. Elle a pourtant changé le mode de présentation. En outre, elle a ajouté parmi les objectifs à valeur constitutionnelle (« Staatsziele »)¹⁶¹ repris au paragraphe 5 la lutte contre la pauvreté et l'intégration sociale des personnes handicapées. Enfin, depuis cette révision, le droit de grève est mentionné de façon explicite à côté de la garantie des libertés syndicales.

En 1947, la commission spéciale pour la Révision de la Constitution avait souligné qu'aucune Constitution, ni des temps révolutionnaires de la France ni du XIX^e siècle, ne contient des déclarations visant les droits du travailleur. La commission avait regretté que les Constituants de l'époque se fussent limités à proclamer la liberté pour tous et l'égalité entre tous, sans se soucier de la personne considérée sous le point de vue économique et social.

Par conséquent, elle avait proposé d'ajouter à l'article 11 de la Constitution un alinéa visant à garantir le droit au travail et à organiser la sécurité matérielle, la protection de la santé et le repos de tous les citoyens.

La commission avait fait cette proposition à un moment où des déclarations concernant les droits sociaux avaient déjà été inscrites dans de nombreuses Constitutions étrangères, dont surtout la Constitution française de 1946.

A la lecture du rapport de la commission spéciale, on constate que les discours du Président démocrate américain Franklin D. Roosevelt de 1941 et de 1944 ont été une source d'inspiration non négligeable pour la commission.¹⁶²

161 cf. Ci-avant Introduction au Chapitre II - Des libertés publiques et des droits fondamentaux.

162 Message au Congrès du 6 janvier 1941 sur les Quatre libertés et Discours du 11 janvier 1944, dans lequel il préconisa l'adoption d'une Déclaration des droits économiques.

Le Conseil d'Etat avait, dans son avis du 25 mars 1948, admis que le droit constitutionnel doit tenir compte de l'évolution des idées qui ont placé le principe solidariste à côté des règles individualistes traditionnelles.¹⁶³ Il approuva l'avènement dans le droit constitutionnel du droit au travail, du droit à la sécurité sociale et au repos comme l'aboutissement d'une longue évolution du droit. Il exposa notamment les raisons de principe suivantes: « La liberté n'est complète que si la situation sociale de l'individu est assurée, s'il est à l'abri des soucis matériels, s'il a le droit d'obtenir un emploi, si son travail journalier s'accomplit dans le cadre de mesures de sécurité strictement réglées, si par le jeu des assurances sociales il n'a plus à redouter les risques de l'incapacité de travail, si enfin il a la garantie du droit au repos. »

Pour éviter une controverse liée à la notion de travail, c.-à-d. la question de savoir si la Constitution protège seulement le travail salarié ou, plus généralement, toute occupation de l'homme, le commerce, l'industrie, la profession libérale, le travail agricole, le Conseil d'Etat avait suggéré d'ajouter au texte un paragraphe prévoyant que 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.¹⁶⁴

Dans son avis précité, le Conseil d'Etat s'était prononcé contre l'inscription formelle des libertés syndicales et du droit de grève dans la Constitution, telle que proposée dans un rapport séparé de députés socialistes.¹⁶⁵ En effet, pour ce qui est des libertés syndicales, il n'en vit pas l'opportunité, alors qu'il estima que ce droit est compris dans l'article 26 relatif à la liberté d'association. Quant au droit de grève, et tout en reconnaissant que ce droit est de nature à appuyer de justes revendications des travailleurs, le Conseil d'Etat fut d'avis que ce droit doit du point de vue constitutionnel avoir subi l'épreuve du temps et s'être suffisamment stabilisé.

La Chambre des députés avait finalement retenu le libellé suivant des paragraphes 4 et 5 de l'article 11 qui se présentaient dès lors comme suit jusqu'à la révision du 29 mars 2007:

« (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. »

Quant au sort de l'idée d'évoquer le droit de grève dans la Constitution, lors de la révision de 1956, la Constituante renonça à l'y inscrire formellement. Elle vota cependant la motion interprétative suivante: « La Constituante déclare que la garantie des libertés syndicales inscrite à la Constitution luxembourgeoise comprend le droit à la grève pour la sauvegarde des revendications sociales légitimes de ceux qui travaillent. »

163 Avis du Conseil d'Etat du 25 mars 1948; doc. parl. n° 18 (158), p. 210.

164 cf. Commentaire ci-après relatif au paragraphe 6 de l'article 11.

165 cf. Rapport séparé de la commission spéciale; doc. parl. n° 18 (158), p. 193.

Dans la doctrine, les libertés syndicales, le droit de grève et la liberté de travailler avaient par après suscité des commentaires intéressants.

Roger Thiry ne conteste pas que le droit de grève est compris dans les termes « *libertés syndicales* » utilisés par la Constitution et que ce droit doit être reconnu aux travailleurs dans des situations extrêmes.¹⁶⁶ Il indique que le législateur lui-même partage cette interprétation, puisqu'il règle pour les fonctionnaires de l'Etat et des administrations communales l'exercice de ce droit, y pose certaines conditions préalables et en limite le champ d'application.

Il propose cependant d'abandonner les termes constitutionnels vagues actuels (« *les libertés syndicales* ») par une formule qui reconnaisse expressément le droit de grève non politique et énonce en même temps le droit pour le législateur d'y apporter des conditions, restrictions et garanties, tout en réservant l'application de la loi pénale.

L'auteur va encore plus loin en soutenant que du moment que la Constitution reconnaît les libertés syndicales, y compris le droit de grève, il lui semble évident que la liberté de travailler trouve sa place dans la Loi fondamentale et que celle-ci garantisse que nul n'est obligé de participer à une grève.

Luc Frieden développe des idées similaires quant au droit de grève: « ...cet acquis social des années trente qui ne peut toutefois être absolu ». Il souligne que la loi a prévu des conditions qui doivent être remplies avant de pouvoir entamer une grève. Il estime qu'en cas de conflit entre le droit de grève et le droit au travail, ce dernier doit l'emporter et il suggère d'inscrire le droit de grève *expressis verbis* dans la Constitution luxembourgeoise.¹⁶⁷

Par ailleurs, il disserte sur les limites du droit au travail qu'il comprend plutôt comme un but, une intention politique, et non pas comme un droit subjectif du citoyen à l'égard de l'Etat, c'est-à-dire un droit individuel dont il pourrait demander en justice que l'Etat l'observe.

Quant à la jurisprudence, à laquelle les principes constitutionnels sous examen ont donné lieu, il convient de mentionner plus particulièrement les décisions suivantes:

- des dispositions dérogoatoires au principe constitutionnel du droit au travail sont à interpréter restrictivement;¹⁶⁸
- la participation à une grève professionnelle, légitime et licite, constitue pour le travailleur un droit proclamé implicitement par l'article 11 de la Constitution garantissant les libertés syndicales.¹⁶⁹

166 Roger Thiry, Droit de grève et liberté de travailler.

167 Luc Frieden, *Le droit au travail. Le droit de grève*.

168 Conseil d'Etat (Comité du contentieux), 13 juillet 1956, Pas. 16, p. 529; Conseil d'Etat (Comité du contentieux), 2 juillet 1958, Pas. 17, p. 319.

169 Cour, 24 juillet 1952, Pas. 15, p. 355; Cour, 15 décembre 1959, Pas. 18, p. 90.

Quant à la protection de la santé, la jurisprudence a confirmé l'interprétation du Conseil d'Etat qui, après certaines hésitations, n'avait pas seulement estimé que tout ce qui a trait à la santé au travail relève de la loi formelle,¹⁷⁰ mais que les questions relatives à la politique de la santé en général sont également du ressort de la loi formelle.¹⁷¹

La question fut l'objet d'un réexamen dans le cadre des travaux préparatoires de la révision constitutionnelle du 29 mars 2007. La proposition de la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle de la Chambre des députés du 28 janvier 1999 comportait quatre modifications¹⁷² du texte en vigueur des paragraphes 4 et 5 de l'article 11 :

- le droit de grève est explicitement élevé au rang de disposition constitutionnelle, son organisation étant confiée à la loi;
- le repos des travailleurs à organiser par loi, qui avait été introduit lors de la révision du 21 mai 1948, est remplacé par la notion plus large et plus générale de « *droits des travailleurs* »;
- la lutte contre la pauvreté ainsi que l'intégration sociale des personnes handicapées sont reprises parmi les objectifs à valeur constitutionnelle;
- la protection de la santé ne se limite désormais plus à la seule santé au travail, domaine traditionnellement considéré comme matière réservée à la loi, mais le domaine de la santé devient de façon positive dans son ensemble une matière réservée.¹⁷³

Quant au droit de grève, la commission parlementaire souligna que c'est à dessein qu'elle proposait que le droit de grève devrait être organisé et non pas garanti par la loi pour permettre au législateur d'édicter les normes légales relatives à l'organisation de ce droit (« pour rendre possible une réglementation de ce droit par le législateur »). Concernant la mention de la lutte contre la pauvreté et l'intégration sociale des personnes handicapées, la proposition était motivée par le souci de donner une base constitutionnelle à la politique appliquée en ces matières.

Sur un plan chronologique, l'initiative parlementaire en question se situe non loin de l'institution d'une Cour constitutionnelle dont le premier arrêt est daté au 6 novembre 1998.¹⁷⁴ Devant cette toile de fond, le Conseil d'Etat évoquait dans son avis du 27 avril 1999 relatif au projet de révision précité tant l'orientation donnée par le Constituant au contrôle de la constitutionnalité des lois (confiée à une Cour composée exclusivement par des magistrats) que la façon de la Cour constitutionnelle de contrôler en pratique la conformité des lois à la Constitution.¹⁷⁵ Et de conclure que le contrôle de la conformité

170 cf. p.ex. Avis du Conseil d'Etat du 30 novembre 1999 sur l'assistance médicale à bord des navires, doc. parl. n° 45873; avis du Conseil d'Etat du 27 mars 2001 sur la protection des salariées enceintes, accouchées et allaitantes, doc. parl. n° 4661⁷.

171 cf. p.ex. Avis du Conseil d'Etat du 9 décembre 2003 sur la modification de la loi du 28 août 1998 sur les établissements hospitaliers, doc. parl. n° 4950¹; Avis du Conseil d'Etat du 5 juillet 2005 sur l'aménagement du temps de travail, doc. parl. n° 5386⁴.

172 Projet de révision des paragraphes 1^{er} et 3 à 6 de l'article 11 de la Constitution, doc. parl. n° 3923B.

173 Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 27 avril 1999; doc. parl. n° 3923B¹.

174 cf. Arrêt de la Cour constitutionnelle 01/98 du 6 mars 1998, Mémorial A19 du 18 mars 1998.

175 Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 27 avril 1999; doc. parl. n° 3923B¹.

constitutionnelle apparaissait, surtout au vu des premiers arrêts rendus par la Cour, comme contrôle purement juridique et donnant lieu à une interprétation plutôt littérale des dispositions de la Constitution.

Dans ce contexte, le Conseil d'Etat mettait pour la première fois en exergue la différence entre les droits et libertés fondamentaux, d'une part, et les objectifs à valeur constitutionnelle, d'autre part. C'est à la lumière de ce raisonnement que le Conseil d'Etat préconisait de changer le libellé de la proposition parlementaire tout en se déclarant d'accord avec le contenu.

Pour prévenir des problèmes en rapport avec le contrôle juridictionnel sur la question des matières réservées à la loi, avec ses exceptions et aménagements, il proposa de ne pas retenir à la première phrase du nouveau paragraphe 4 que « *la loi garantit le droit au travail et assure à chaque citoyen l'exercice de ce droit* », mais de dire que « *la loi garantit le droit au travail et [que] l'Etat veille à assurer à chaque citoyen l'exercice de ce droit* ». Dans le même ordre d'idées, c'est sur la proposition du Conseil d'Etat que furent remplacés au nouveau paragraphe 5 les mots « *la loi organise...* » par « *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* ».

La comparaison du nouveau libellé des paragraphes 4 et 5 de l'article 11 avec les Constitutions belge, néerlandaise et française documente le bien-fondé des modifications intervenues en ce qu'elles réservent aux matières traitées un libellé plus précis et s'alignent derechef sur les lois fondamentales de nos pays voisins.

Il convient d'évoquer à cet égard en particulier l'article 23 de la Constitution belge selon lequel les droits économiques, sociaux et culturels sont garantis, ces droits comprenant notamment le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle dans le cadre d'une politique générale de l'emploi, le droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale, médicale et juridique, le droit à un logement décent, le droit à la protection d'un environnement sain ainsi que le droit à l'épanouissement culturel et social. Les articles 19, 20, 21 et 22 de la Constitution du Royaume des Pays-Bas disposent que les pouvoirs publics veillent à la promotion d'un emploi suffisant, à la sécurité d'existence de la population et à la répartition de la prospérité, à l'habitabilité du pays ainsi qu'à la protection et à l'amélioration du cadre de vie, à la promotion de la santé publique et d'équipements de logement suffisants ainsi qu'à la création de conditions propices à l'épanouissement social et culturel de même qu'à l'occupation des loisirs. Quant au droit de grève, seule la Constitution française du 27 octobre 1946 y fait référence en énonçant au point 7 du Préambule que « Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ».

(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

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.

L'article 11, paragraphe 6, fut introduit dans la Constitution par la révision de mai 1948.¹⁷⁶ Ce paragraphe ne comprenait à l'origine que la disposition figurant sous le premier alinéa et restait en l'état jusqu'à la révision constitutionnelle du 19 novembre 2004 qui le compléta par deux alinéas nouveaux traitant du pouvoir normatif des organes professionnels mis en place dans le secteur économique des activités libérales.¹⁷⁷

Le premier alinéa fut inséré à l'article 11 de la Constitution à l'initiative du Conseil d'Etat confronté à l'interprétation de la notion de *travail* figurant dans le texte proposé par la commission spéciale pour la Révision de la Constitution dans son rapport du 15 décembre 1947.¹⁷⁸ Dans son avis du 25 mars 1948 sur la réforme en vue, le Conseil d'Etat fit en effet valoir que « la notion de travail est susceptible d'interprétations diverses, suivant qu'on la considère au sens général d'une occupation de l'homme, quelle qu'elle soit, ou au sens spécifique de l'occupation salariée. Si la Constitution doit à l'avenir garantir le droit au travail, il n'est pas certain que la garantie porte sur l'une ou sur l'autre notion. »¹⁷⁹ Pour éviter la controverse à laquelle le terme de travail risquait de donner lieu, il proposa la disposition finalement retenue par le Constituant de l'époque et qui figure actuellement sous le paragraphe 6, alinéa 1^{er} de l'article 11. La réglementation de l'accès des professions indépendantes visées est ainsi érigée en matière réservée à la loi.

Or, jusqu'à la révision du 29 mars 2007, le texte prévoyait que la liberté de l'industrie et du commerce et l'exercice des professions libérales et du travail agricole étaient garantis par la loi, sauf les restrictions qu'elle pouvait y apporter.

La rédaction résultant de la modification intervenue en 2007 peut à première vue apparaître comme un simple toilettage rédactionnel. Il faut cependant se rendre à l'évidence que cette nouvelle rédaction fait que dorénavant c'est la Constitution elle-même qui re-

176 Mémorial A n° 30 du 10 mai 1948, p. 797.

177 Mémorial A n° 186 du 25 novembre 2004, p. 2784.

178 Article 11(4) : « La loi garantit le droit au travail, elle organise la sécurité matérielle, la protection de la santé et le repos des citoyens. » Doc. parl. n° 158, p. 187.

Pour une juxtaposition des différents textes proposés, voir même document, p. 227.

179 Doc. parl. n° 158, p. 215.

tient le principe de la garantie de ces libertés tout en déléguant à la loi la possibilité d'y prévoir des exceptions.

La version du texte retenue avait été proposée par le Conseil d'Etat dans son avis du 27 avril 1999.¹⁸⁰

Les alinéas 2 et 3 ont été insérés au paragraphe 6 de l'article 11 de la Constitution¹⁸¹ comme réaction à l'arrêt n° 17/03 du 7 mars 2003 rendu par la Cour constitutionnelle¹⁸² et pouvant être interprété comme mettant au ban le fait par une loi d'investir une représentation professionnelle d'un pouvoir normatif autonome en matière de détermination de règles professionnelles. C'est plus précisément l'article 19 de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat¹⁸³ qui s'était trouvé dans le collimateur de la haute juridiction. Celle-ci avait jugé cet article contraire à l'article 36 de la Constitution en ce qu'il délègue l'exécution de la loi à une autorité autre que le Grand-Duc.

Face à cette jurisprudence, le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 16 mars 2004 sur la proposition de révision de l'article 36 de la Constitution, estima qu'il s'imposait « de consacrer dans la Constitution, au profit des organes des professions dites réglementées, le pouvoir d'organiser l'exercice de la profession et d'émettre des règles contraignantes pour les membres tant dans leurs rapports mutuels que dans leurs relations avec des tiers ». Il prit soin d'ajouter que « [la] réglementation de l'accès aux dites professions doit évidemment rester réservée à la loi, dans la stricte conformité de l'article 11 de la Constitution ». ¹⁸⁴

La révision constitutionnelle de 2004 intéressait donc au premier chef les organes professionnels institués en vue de réguler l'exercice d'activités intellectuelles indépendan-

180 Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 27 avril 1999; doc. parl. n° 3923B¹.

181 Pour un commentaire critique de ces nouvelles dispositions, voir l'article « Le pouvoir réglementaire démembré », par Marc Thewes (dans les Annales du droit luxembourgeois / Volume 14-2004, 2005, p. 112 à 116 et 119-120).

182 Mémorial A n° 41 du 2 avril 2003, p. 656.

183 « Art. 19. Le Conseil de l'ordre peut arrêter des règlements d'ordre intérieur qui déterminent les règles professionnelles, relatives notamment

1. à la déontologie entre avocats et à l'égard des clients et des tiers;

2. au secret professionnel;

3. aux honoraires et frais;

4. à l'information du public concernant les avocats et leur activité professionnelle;

5. à la protection des intérêts des clients et des tiers; les règlements y relatifs peuvent prévoir des mesures d'assurance individuelle ou collective facultatives ou obligatoires ainsi que les prescriptions concernant la conservation des fonds de tiers. ».

L'article 18, alinéa 2, de la loi modifiée du 29 avril 1983 concernant l'exercice des professions de médecin, de médecin-dentiste et de médecin-vétérinaire allait d'ailleurs subir le même sort. Il est renvoyé à cet égard à l'arrêt n° 28/05 du 23 décembre 2005 (Mém. A n° 1 du 5 janvier 2006, p. 2 et s.) dans lequel la Cour constitutionnelle a statué par rapport au code de déontologie édicté par le Collège médical sur une base habilitante jugée anticonstitutionnelle. Doc. parl. n° 47545, sess. ord. 2003-2004, p. 8.

cf. Article 1^{er} de la loi du 8 juin 1999 relative au Collège médical; article 1^{er} de la loi du 31 mai 2002 relative au Collège vétérinaire; article 7 de la loi du 10 août 1991 qui prévoit pour chaque ordre des avocats la personnalité civile.

184 Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 16 mars 2004; doc. parl. n° 4754⁵.

tes. Sont plus particulièrement visées les professions réglementées, dans le sens que leur exercice est soumis à des règles déontologiques ou prudentielles strictes dont l'observance est surveillée par les pairs. Dans son avis précité, le Conseil d'Etat évoqua, à titre d'exemples, les avocats, architectes, médecins et autres professionnels de la santé, les notaires et les réviseurs d'entreprises. Aux termes de la Constitution, seuls les organes professionnels dotés de la personnalité civile peuvent être légalement investis d'un pouvoir normatif.

Force est de souligner que la loi d'habilitation est portée en vertu de la Constitution même. Il s'en dégage que la loi d'habilitation doit elle-même respecter l'agencement constitutionnel des pouvoirs tel qu'il se déduit notamment des articles 11, 32 et 36 de la Constitution. Il en découle également que le pouvoir réglementaire habilité sur la base de l'article 11, paragraphe 6, ne peut déroger ni à la Loi fondamentale ni évidemment à sa base légale.

Les règlements édictés par les organes professionnels tombent sous le champ d'application des articles 95 de la Constitution et 7 de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif. Ils sont ainsi exposés à l'exception d'illégalité prévue audit article, et ils sont susceptibles de faire l'objet du recours en annulation institué à l'égard des actes administratifs à caractère réglementaire. Comme tout acte normatif, pour être obligatoires, ils doivent en plus avoir été publiés, conformément à l'article 112 de la Loi fondamentale.^{185, 186}

185 Sinon comment faire d'ailleurs jouer l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi »?

186 Pour un exemple de publication: cf. code de déontologie des professions de médecin et de médecin-dentiste, édicté par le Collège médical, approuvé par arrêté ministériel du 7 juillet 2005 et publié au Mémorial A n° 160 du 27 septembre 2005, p. 2752.

Article 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 renouvellement, et la satisfaction des besoins des générations présentes et futures.

Il promeut la protection et le bien-être des animaux.

La loi du 29 mars 2007 a entre autre porté création d'un article 11bis nouveau de la Constitution. La genèse du nouveau texte doit être vue en étroite relation avec la révision de l'article 11 intervenue par la même loi et des discussions des divers projets de révision de cet article dont le premier remonte à 1994.¹⁸⁷ Le 20 janvier 1999, la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle de la Chambre des députés avait proposé d'insérer dans l'article 11 un nouveau paragraphe 7 sur la protection de l'environnement. Le 26 octobre 2004, la commission avait encore proposé l'insertion d'un second alinéa en vue de consacrer la protection des animaux. Réagissant à des interrogations soulevées par le Conseil d'Etat, dans son quatrième avis complémentaire du 14 février 2006, sur l'intégration de « la problématique de l'environnement dans la réflexion sur les libertés publiques »¹⁸⁸, la commission a proposé, le 27 mars 2006, « de transférer les dispositions du paragraphe 7, alinéas 1^{er} et 2 dans un article 11bis, alinéas 1^{er} et 2 nouveaux de la Constitution s'agissant d'une matière étrangère à l'article 11 de la Constitution ».¹⁸⁹

La nature juridique et la place des nouvelles dispositions dans l'ordre constitutionnel ont fait l'objet de discussions tout au long de la procédure de révision. Ces questions sont d'ailleurs intimement liées à celle de la teneur des dispositions nouvelles dont la formulation a fait l'objet d'adaptations successives au cours des travaux préparatoires.

Le Constituant luxembourgeois a finalement décidé d'ancrer le nouvel article relatif à la protection de l'environnement et des animaux dans le Chapitre II de la Constitution relatif aux droits fondamentaux et aux libertés publiques. Il résulte des travaux préparatoires qu'il était parfaitement conscient que les nouvelles dispositions ne relevaient pas d'une acception traditionnelle des droits fondamentaux.¹⁹⁰

187 Pour un historique détaillé de la procédure de révision, il est renvoyé au rapport de la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle de la Chambre des députés du 15 novembre 2006, doc. parl. n° 3923C².

188 Doc. parl. n° 3923B⁹.

189 Doc. parl. n° 3923C.

190 Voir le cinquième avis complémentaire du Conseil d'Etat du 4 juillet 2006 (doc. parl. n° 3923C¹) et le rapport de la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle du 15 novembre 2006 (doc. parl. n° 3923C²).

Le droit à un environnement sain de même que la protection des animaux font partie de la troisième génération de droits de l'homme.¹⁹¹ Dans la logique de cette analyse, le Conseil d'Etat, dans son avis du 14 février 2006, précité, s'est d'ailleurs référé à la distinction opérée par la Cour constitutionnelle allemande entre « Grundrechte » et « Staatszielbestimmungen »¹⁹² et a considéré que le nouvel article 11*bis* consacrait davantage des « objectifs constitutionnels » que des droits fondamentaux au sens classique du terme. Les choix des Constituants d'autres Etats européens quant au statut de la protection de l'environnement et quant à sa nature juridique ne sont d'ailleurs pas uniformes: insertion dans le préambule ou parmi les principes directeurs de la politique, dans le chapitre sur les droits fondamentaux ou dans les dispositions sur les compétences des organes de l'Etat.

Une autre caractéristique de la protection de l'environnement et des animaux, d'ailleurs relevée dans les travaux préparatoires, est que leur « constitutionnalisation » a été postérieure à leur consécration dans la loi et dans des instruments internationaux. En adoptant le nouvel article 11*bis*, le Constituant luxembourgeois a mis le texte constitutionnel à jour au regard des Constitutions de nombreux autres Etats européens qui connaissent des dispositions relatives à la protection de l'environnement.¹⁹³

Le premier alinéa de l'article 11*bis* impose à l'Etat de garantir la protection de l'environnement humain et naturel. Cette formule proposée par la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle dès 1999 n'a pas fait l'objet de controverses au cours de la procédure de révision. Le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 27 avril 1999, a qualifié le respect de l'environnement de « valeur fondamentale », en évitant le concept de droit fondamental.¹⁹⁴ Le texte juxtapose l'environnement humain et naturel sans que les auteurs précisent la portée et la raison d'être de cette distinction. La protection de l'environnement n'a sa place dans la Constitution que par rapport à son impact sur l'être humain et l'emploi des deux concepts « humain et naturel » ne saurait être interprété comme réservant à la protection de l'environnement un statut autonome par rapport à l'être humain.

La proposition faite par le Conseil d'Etat, dans son avis de 1999, de remplacer les termes « *l'Etat garantit* » par la formulation « *l'Etat veille à garantir* », - inspirée par le souci de ne pas imposer à l'Etat une obligation de résultat -, n'a pas été retenue. Le maintien de la formulation positive « *l'Etat garantit* » pose, à l'évidence, le problème de la portée de l'obligation de l'Etat et de la sanction par la Cour constitutionnelle d'une loi qui pri-

191 Voir Introduction au Chapitre II.

192 Se référant à la doctrine allemande, le Conseil d'Etat expose: « Staatszielbestimmungen sind den Programmsätzen der Verfassung verwandt, die eigentlich nur richtungsgebenden Charakter haben. Sie verbürgen also keine individuellen Ansprüche, wie etwa die Grundrechte. Zu den Staatszielbestimmungen gehören zum Beispiel das Sozialstaatsprinzip, der Umweltschutz, Art. 20a GG, aber auch trotz der auf ein Grundrecht hindeutenden Formulierung ein 'Recht auf Arbeit' oder 'Recht auf angemessene Wohnung' »; doc. parl. n° 3923B⁹, p. 3.

193 Voir Annexe du présent commentaire.

194 Doc. parl. n° 3923B¹.

vilégierait d'autres objectifs, de nature économique ou sociale, par rapport à l'impératif de la protection de l'environnement. Il est vrai que la suite de la disposition qui circonscrit la mise en œuvre de la protection de l'environnement ouvre une certaine marge d'appréciation au législateur et au juge constitutionnel.

Les dispositions relatives à la mise en œuvre de la garantie de la protection de l'environnement frappent, à première vue, par la complexité de leur formulation; un examen plus détaillé met en évidence le caractère prudent et nuancé de la démarche du Constituant. Le texte initialement proposé par la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, en 1999, contenait une référence au « *développement durable de la société* ». ¹⁹⁵ Ce choix s'expliquait à la lumière de l'introduction de cette notion dans le Traité sur l'Union européenne par le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, entré en vigueur le 1^{er} mai 1999. ¹⁹⁶ Le Conseil d'Etat avait émis des critiques fondamentales par rapport à ce concept, équivalent de la notion allemande de « *Nachhaltigkeit* »: il avait considéré que la consécration du concept de développement durable revenait à « ériger la protection de l'environnement en un droit supérieur aux droits économiques, sociaux et politiques » et insisté sur les « contours juridiques incertains » du concept, « source de grandes difficultés en cas d'interprétation par la Cour constitutionnelle ». ¹⁹⁷ Il avait, par ailleurs, contesté la référence au développement de la « société » dans un texte visant l'environnement de l'être humain. Le Conseil d'Etat avait encore marqué ses réserves par rapport à la proposition d'investir le législateur de la mission de définir le développement durable, ¹⁹⁸ cette solution revenant à « inverser la hiérarchie des normes » et « à élever la loi, appelée à définir le concept, à un niveau quasi-constitutionnel ». ¹⁹⁹ A ce propos, il avait attiré l'attention sur l'existence d'un texte légal en la matière fournissant une définition du concept de développement durable. ²⁰⁰

195 Le texte initialement proposé avait la teneur suivante:

« *L'Etat garantit la protection de l'environnement humain et naturel en vue d'assurer le développement durable de la société.* ».

196 L'article 2 du Traité sur l'Union européenne dispose que

« L'Union se donne pour objectifs:

- de promouvoir le progrès économique et social ainsi qu'un niveau d'emploi élevé, et de parvenir à un développement équilibré et durable, notamment par la création d'un espace sans frontières intérieures, par le renforcement de la cohésion économique et sociale et par l'établissement d'une union économique et monétaire comportant, à terme, une monnaie unique, conformément aux dispositions du présent traité... ».

197 Avis complémentaire du 27 avril 1999, précité (doc. parl. n° 3923B¹).

198 En 2004, la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle avait proposé la formulation suivante: « *L'Etat garantit la protection de l'environnement humain et naturel en vue d'assurer le développement durable de la société, tel que défini par la loi.* ».

199 Quatrième avis complémentaire du 14 février 2006, précité (doc. parl. n° 3923B⁹).

200 La loi du 25 juin 2004 relative à la coordination de la politique nationale de développement durable dispose à son article 2, premier tiret: « Pour l'application de la présente loi, il y a lieu d'entendre par:

- développement durable: le développement axé sur la satisfaction des besoins des générations présentes, sans compromettre la possibilité pour les générations futures de satisfaire leurs propres besoins, et basé sur trois piliers d'égale valeur, à savoir le développement économique, le développement social et la protection de l'environnement. » (Mémorial A n° 102 du 2 juillet 2004, p. 1622; doc. parl. n° 5159).

Le libellé définitif, proposé par le Conseil d'Etat, est inspiré des dispositions pertinentes de la Constitution suisse²⁰¹ et de la Charte de l'environnement française du 28 février 2005²⁰². L'objectif de l'article 11*bis* est la protection de l'environnement, la réalisation d'un équilibre entre la conservation de la nature et la satisfaction des besoins de l'être humain étant le moyen par lequel l'Etat, en particulier au niveau du pouvoir législatif, doit mettre en œuvre cet objectif. Pour le juge constitutionnel, les valeurs à respecter lors de la mise en œuvre constitueront le critère d'examen de la conformité de la loi avec la Constitution davantage que l'objectif de protection de l'environnement en tant que tel. Ainsi qu'il a déjà été indiqué, la formulation très nuancée de la mission de mise en œuvre assignée au législateur permet la conclusion qu'une certaine marge d'appréciation doit lui être reconnue. Le texte requiert une mise en balance entre la conservation de la nature et la satisfaction des besoins de l'être humain. L'équilibre recherché doit être durable, terme qui n'est pas sans rappeler l'idée de « *Nachhaltigkeit* » pourtant fort controversée au cours des travaux préparatoires. Dans la logique d'un équilibre durable, l'accent est mis sur la capacité de *renouvellement de la nature*, terme qui a été préféré à celui de « *régénération* ». Toujours dans la même optique, la pondération doit se faire non pas en fonction des besoins à court terme, mais elle doit prendre en compte ceux des générations futures.

Tant l'insertion de la nouvelle disposition constitutionnelle dans le chapitre de la Constitution relatif aux droits fondamentaux que la référence aux besoins à long terme de l'être humain autorisent la conclusion que le Constituant n'a pas entendu se départir de la philosophie traditionnelle de l'anthropocentrisme et ériger la nature en valeur propre dont l'homme ne constituerait qu'une partie intégrante. La nouveauté du texte par rapport aux droits de l'homme traditionnels réside dans le fait que la référence à l'être humain se double d'une responsabilité pour les générations à venir et que le droit des générations présentes et futures à un environnement sain se traduit, dans un premier temps, par des obligations de préserver l'environnement.²⁰³ La mise en balance entre la conservation de la nature et la satisfaction des besoins de l'être humain met encore en évidence que la protection de l'environnement n'est pas une valeur absolue, mais revêt une « *relative Schutzgutqualität* » au sens du droit constitutionnel allemand.²⁰⁴

201 cf. Les articles 2 et 73 de la Constitution suisse reproduits à la Note 193.

202 Charte de l'Environnement française du 28 février 2005:

« Art. 6. Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social. ».

203 L'article 45(1) de la Constitution espagnole vise le droit de jouir d'un environnement approprié et le devoir de le conserver. Cf. Note 193.

204 Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Art. 20a.

Le second alinéa de l'article 11 *bis* prévoit que l'Etat promeut la protection et le bien-être des animaux. Le Constituant a spécifié cet objectif, en dépit du fait que la protection des animaux domestiques et de la faune sauvage pourrait parfaitement être rattachée à la sauvegarde de l'environnement humain et naturel. Le second alinéa de l'article 11 *bis* se distingue du premier en ce que l'obligation pour l'Etat est exprimée dans des termes moins contraignants, l'Etat étant seulement tenu de promouvoir la protection des animaux et non pas de la garantir. Tout comme pour la protection de l'environnement, la constitutionnalisation de la protection des animaux est postérieure aux normes internationales et aux dispositions législatives qui remontent, pour le premier texte en la matière, à l'année 1965.²⁰⁵

Le second alinéa vise la promotion de la protection et du bien-être des animaux. La référence au bien-être des animaux est reprise d'une proposition formulée par le Conseil d'Etat par référence au texte de l'article III-121 du projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe.²⁰⁶ Il n'en reste pas moins que la juxtaposition de l'objectif traditionnel de protection avec une mission nouvelle positive d'assurer le bien-être des animaux peut surprendre.²⁰⁷ Cette mission positive assignée à l'Etat revêt d'ailleurs une signification particulière dans une réflexion de philosophie du droit déjà abordée à la fin du commentaire relatif au premier alinéa. En effet, la protection des animaux, au sens traditionnel du terme, renvoie à l'être humain qui ne doit pas avilir sa dignité en soumettant les animaux à des traitements inappropriés à leur nature. L'animal n'en reste pas moins, dans cette logique, un objet de droit, que ce soit au niveau de la loi ou de la Constitution. La protection des animaux peut parfaitement trouver sa place dans les dispositions relatives aux droits de l'homme, même si l'accent y est mis sur les devoirs inhérents à la dignité de l'être humain. La promotion du bien-être des animaux soulève la question de savoir si l'animal, sans être à proprement parler titulaire de droits, ne devrait pas moins se voir reconnaître un certain statut juridique en tant que « être sensible ».²⁰⁸ A l'examen des travaux préparatoires, on peut toutefois admettre que telle n'a pas été la volonté du Constituant. En témoignent la combinaison des objectifs de la protection et du bien-être des animaux qu'il s'agit de promouvoir, l'absence de reprise du concept

205 Le Code pénal de 1879 incriminait, à l'article 561-5° et 6°, comme contravention de la troisième classe, les actes de cruauté et de mauvais traitements excessifs envers les animaux, de même que la soumission des animaux à des tortures lors de combats ou de spectacles; la première législation particulière en la matière est la loi du 26 février 1965 sur la protection des animaux qui a abrogé les dispositions de l'article 561-5° et 6° et qui a sanctionné les mauvais traitements des animaux de peines correctionnelles allant jusqu'à six mois d'emprisonnement; cette loi a été remplacée par la loi actuelle du 15 mars 1983 ayant pour objet d'assurer la protection de la vie et le bien-être des animaux, qui a élargi et reformulé les incriminations tout en maintenant les pénalités introduites en 1965.

206 Traité établissant une Constitution pour l'Europe:
« Art. III-121. Lorsqu'ils formulent et mettent en œuvre la politique de l'Union dans les domaines de l'agriculture, de la pêche, des transports, du marché intérieur, de la recherche et développement technologique et de l'espace, l'Union et les Etats membres tiennent pleinement compte des exigences du bien-être des animaux en tant qu'êtres sensibles, tout en respectant les dispositions législatives ou administratives et les usages des Etats membres, notamment en matière de rites religieux, de traditions culturelles et de patrimoines régionaux. »

207 Le Conseil d'Etat avait proposé la formulation suivante:

« *Il (l'Etat) promeut la protection du bien-être des animaux.* »

208 Concept utilisé par l'article III-121 du projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

d'être sensible, de même que l'absence de prise en considération de la proposition de révision constitutionnelle n° 4990 visant à garantir la protection des animaux en relation avec « la dignité de la créature ». ²⁰⁹ A noter enfin que le concept de bien-être des animaux existe dans l'ordre juridique luxembourgeois depuis la loi du 15 mars 1983 « ayant pour objet d'assurer la protection de la vie et le bien-être des animaux », sans que cette loi n'ait été interprétée comme consacrant des conceptions nouvelles en matière de protection des animaux. ²¹⁰

209 Proposition de révision de l'article 11 de la Constitution concernant la protection des animaux, déposée par la députée Renée Wagener le 9 juillet 2002. L'article unique de la proposition de révision visait à ajouter à l'article 11 de la Constitution un alinéa 7 ayant la teneur suivante:

« L'Etat adhérant au principe de la dignité de la créature, garantit la protection des animaux. » (Doc. parl. n° 4990).

210 cf. Mémorial A n° 15 du 19 mars 1983, p. 306; doc parl. n° 2464.

Annexe à la Note 193 du commentaire de l'article 11bis

1° Constitution portugaise du 2 avril 1976:

Principes fondamentaux

« Art. 9. Tâches fondamentales de l'Etat

Les tâches fondamentales de l'Etat sont les suivantes:

(...)

e) protéger et mettre en valeur le patrimoine culturel du peuple portugais, défendre la nature et l'environnement, préserver les ressources naturelles et assurer un aménagement correct du territoire; ».

Première partie.- Droits et devoirs fondamentaux, Titre premier.- Principes généraux, Chapitre II.- Droits et devoirs sociaux

« Art. 66. Environnement et qualité de la vie

(1) Toute personne a droit à un environnement humain, sain et écologiquement équilibré, et a le devoir de le défendre.

(2) Afin de garantir ce droit, dans le cadre d'un développement durable, il appartient à l'Etat, au travers d'organismes spécialisés et en faisant participer les citoyens:

a) de prévenir et de contrôler la pollution et ses effets, ainsi que les formes d'érosion susceptibles d'occasionner des dommages;

b) d'organiser et de promouvoir l'aménagement du territoire en vue d'une localisation correcte des activités, d'un développement socio-économique harmonieux et d'une valorisation des paysages;

c) de créer et d'agrandir des réserves et des parcs naturels et d'agrément, ainsi que de classer et de protéger les paysages et sites afin d'assurer la préservation de la nature et la sauvegarde des valeurs culturelles d'intérêt historique ou artistique;

d) de promouvoir l'exploitation rationnelle des ressources naturelles, en sauvegardant leur capacité de renouvellement et la stabilité écologique, dans le respect du principe de solidarité entre générations;

e) d'encourager, en collaboration avec les collectivités locales, la qualité de l'environnement des communautés rurales et urbaines, notamment au plan de l'architecture et de la protection des zones historiques;

f) d'insérer des objectifs environnementaux dans les différentes politiques de portée sectorielle;

g) de faire respecter les valeurs environnementales et de promouvoir l'éducation dans ce domaine;

h) de garantir que la politique en matière fiscale allie le développement à la protection de l'environnement et à la qualité de la vie. »

2° Constitution espagnole du 27 décembre 1978:

Titre I.- Des droits et des devoirs fondamentaux, Chapitre III.- Des principes directeurs de la politique sociale et économiques

« Art. 45.

(1) Toute personne a le droit de jouir d'un environnement approprié pour développer sa personnalité et elle a le devoir de le conserver.

(2) Les pouvoirs publics veillent à l'utilisation rationnelle de toutes les ressources naturelles, dans le but de protéger et d'améliorer la qualité de la vie, ainsi que de défendre et de réparer l'environnement, en s'appuyant sur une indispensable solidarité collective.

(3) Pour ceux qui violent les dispositions du paragraphe précédent, dans les termes fixés par la loi, on établira des sanctions pénales ou, le cas échéant, administratives, ainsi que l'obligation de réparer le dommage causé. »

3° Constitution des Pays-Bas du 17 février 1983:

Chapitre premier.- Des droits fondamentaux

« Art. 21. Les pouvoirs publics veillent à l'habitabilité du pays ainsi qu'à la protection et à l'amélioration du cadre de vie. »

4° Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999:

Préambule

« Le peuple et les cantons suisses,

(...)

Conscients des acquis communs et de leur devoir d'assumer leurs responsabilités envers les générations futures

(...). »

Titre premier.- Dispositions générales

Art. 2. (But)

« (1) La Confédération suisse protège la liberté et les droits du peuple et elle assure l'indépendance et la sécurité du pays.

(2) Elle favorise la prospérité commune, le développement durable, la cohésion interne et la diversité culturelle du pays.

(3) Elle veille à garantir une égalité des chances aussi grande que possible.

(4) Elle s'engage en faveur de la conservation durable des ressources naturelles et en faveur d'un ordre international juste et pacifique. »

Titre 3.- Confédération, cantons et communes, Chapitre 2.- Compétences, Section 4.- Environnement et aménagement du territoire

« Art. 73. Développement durable

La Confédération et les cantons œuvrent à l'établissement d'un équilibre durable entre la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et son utilisation par l'être humain. »

« Art. 74. Protection de l'environnement

(1) La Confédération légifère sur la protection de l'être humain et de son environnement naturel contre les atteintes nuisibles ou incommodes.

(2) Elle veille à prévenir ces atteintes. Les frais de prévention et de réparation sont à la charge de ceux qui les causent.

(3) L'exécution des dispositions fédérales incombe aux cantons dans la mesure où elle n'est pas réservée à la Confédération par la loi. »

« Art. 78. Protection de la nature et du patrimoine

(1) La protection de la nature et du patrimoine est du ressort des cantons.

(2) Dans l'accomplissement de ses tâches, la Confédération prend en considération les objectifs de la protection de la nature et du patrimoine. Elle ménage les paysages, la physionomie des localités, les sites historiques et les monuments naturels et culturels; elle les conserve dans leur intégralité si l'intérêt public l'exige.

(3) Elle peut soutenir les efforts déployés afin de protéger la nature et le patrimoine et acquérir ou sauvegarder, par voie de contrat ou d'expropriation, les objets présentant un intérêt national.

(4) Elle légifère sur la protection de la faune et de la flore et sur le maintien de leur milieu naturel dans sa diversité. Elle protège les espèces menacées d'extinction.

(5) Les marais et les sites marécageux d'une beauté particulière qui présentent un intérêt national sont protégés. Il est interdit d'y aménager des installations ou d'en modifier le terrain. Font exception les installations qui servent à la protection de ces espaces ou à la poursuite de leur exploitation à des fins agricoles. »

A noter que l'article 80 de la Constitution suisse a pour objet la « Protection des animaux ». Les exigences du développement durable et la conservation des ressources naturelles reviennent dans l'article 104 relatif à l'« Agriculture ».

Article 16

Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, dans les cas et de la manière établis par la loi et moyennant une juste indemnité.

Depuis l'adoption de la Constitution du 9 juillet 1848, la disposition constitutionnelle relative à l'expropriation se lisait comme suit: « *Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, dans les cas et de la manière établis par la loi et moyennant une juste et préalable indemnité.* »

Le libellé actuel de l'article 16 résulte de la révision constitutionnelle du 24 octobre 2007. Le Constituant a dès lors renoncé en 2007 à la condition du versement d'une indemnité préalable à l'exproprié.

Le Constituant luxembourgeois avait été contraint de réagir à trois arrêts prononcés par la Cour constitutionnelle en date des 7 février 2003 et 12 mai 2006. Dans l'arrêt n° 16/03 du 7 février 2003²¹¹, la Cour constitutionnelle avait retenu que « le droit de propriété est un droit fondamental et toute dérogation qui y porte atteinte est d'interprétation stricte ». D'après la Cour, « l'envoi en possession sur la seule base de la consignation d'une indemnité provisionnelle sommairement évaluée n'est pas conforme à l'article 16 de la Constitution qui prévoit une indemnité juste et préalable ». En conséquence, la Cour avait invalidé les articles 28 et 32 de la loi modifiée du 15 mars 1979 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. Dans deux arrêts du 12 mai 2006²¹², la Cour avait décidé qu'une disposition légale organisant le transfert de propriété²¹³ sur base du paiement ou de la consignation d'une indemnité provisionnelle violait à son tour le principe constitutionnel de l'indemnité préalable. La Cour avait dès lors dit que les articles 27, 34 et 35 de la loi du 16 août 1967 ayant pour objet la création d'une grande voirie de communication et d'un fonds des routes n'étaient pas conformes à l'article 16 de la Constitution.

Depuis le prononcé de l'arrêt du 7 février 2003, la législation en matière d'expropriation était devenue inapplicable. Aucune expropriation n'avait pu être prononcée ce qui risquait d'entraîner des répercussions graves sur le développement du pays en rendant notamment aléatoire tout projet de développement des voies de communication terrestres et d'autres infrastructures exigeant le transfert de fonds privés à la collectivité.

211 Mémorial A, n° 31 du 28 février 2003, p. 510 et 511.

212 Mémorial A, n° 96 du 31 mai 2006.

213 Le transfert de propriété est prononcé par le tribunal compétent en matière d'expropriation et est antérieur à l'envoi en possession prononcée par ordonnance du Président du tribunal.

Le 12 juillet 2006, le président de la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle de la Chambre des députés déposa une proposition de révision de l'article 16 qui prévoyait l'adjonction d'un alinéa 2 à l'article 16, libellé comme suit: « Les dispositions de l'alinéa qui précède ne font pas obstacle au transfert de propriété et à l'envoi en possession de l'expropriant des biens expropriés après paiement d'une indemnité provisionnelle évaluée par l'autorité judiciaire.

Dans son avis du 22 mai 2007, le Conseil d'Etat approuva la décision de la Chambre des députés de réagir aux arrêts de la Cour constitutionnelle par une révision de la Constitution. Le Conseil d'Etat releva dans son analyse que parmi tous les pays européens la Belgique et la France étaient les seuls à faire figurer l'exigence d'une indemnité préalable dans la Loi fondamentale. Il a également souligné que malgré la formule identique des textes constitutionnels, les plus hautes juridictions de ces deux pays acceptaient une interprétation bien moins rigoureuse de l'exigence d'une indemnité préalable. Les législations française et belge, sensiblement identiques à la loi luxembourgeoise en matière d'expropriation, furent déclarées conformes à la disposition constitutionnelle en question. Le paiement d'une provision sommairement évaluée, permettant le transfert de propriété et l'envoi en possession, était considéré comme répondant à cette exigence.

Les instruments de droits fondamentaux internationaux tels que la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, proclamée par l'Organisation des Nations Unies en 1948²¹⁴ ainsi que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales²¹⁵ ne prévoient pas la condition d'un paiement préalable d'une indemnité à l'exproprié.

Pour sortir de cette impasse, le Conseil d'Etat a dès lors proposé, dans son avis du 22 mai 2007, l'abandon de l'exigence d'une indemnité préalable dans le texte de la loi fondamentale. Il jugeait l'abandon pur et simple de cette condition préférable à l'adjonction d'un alinéa 2 à l'article 16 de la Constitution tel que suggéré par la Chambre des députés. Aux yeux du Conseil d'Etat, il ne convenait pas d'introduire dans la Constitution des notions de droit civil telles que « envoi en possession » et « transfert de propriété ».

La Chambre des députés s'est ralliée à cette approche.

214 « Art. 17. Toute personne, seule ou en collectivité, a le droit à la propriété. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété. »

215 Premier protocole additionnel de 1952: « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte aux droits que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. ».

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle insistant sur le caractère de droit fondamental du droit de propriété reste néanmoins d'actualité. Une privation forcée de la propriété privée exige une constatation préalable de l'utilité publique dans une loi.

Le Conseil d'Etat s'était itérativement préoccupé de la compatibilité de certains projets de loi, soit avec l'article 1^{er} du Protocole n° 1 additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme, soit avec l'article 16 de la Constitution. Il en fut ainsi des dispositions sur le séquestre des biens ennemis (loi du 26 avril 1951), le remembrement des biens ruraux (loi du 25 mai 1964), la création de réserves foncières dans le cadre de l'aide au logement (loi du 25 février 1979), l'expropriation pour cause d'utilité publique (loi du 15 mars 1979) ou encore dans le contexte de l'assainissement de la Cité Syrdall (loi du 10 décembre 1998).

La question de la conformité de certaines dispositions d'une loi avec la Constitution, dans la mesure où la loi touche au respect du droit fondamental à la protection de la propriété privée, fut soulevée dans le cadre du projet n° 5696 ayant abouti à la loi du 22 octobre 2008 portant promotion de l'habitat et création d'un pacte logement avec les communes.

Dans son avis du 27 novembre 2007 relatif à ce projet, le Conseil d'Etat s'est également opposé formellement à une disposition selon laquelle la collectivité peut invoquer un droit de préemption afin de créer notamment des réserves foncières et de réaliser des logements à coût modéré (*doc. parl. n° 5696¹¹*). Le Conseil d'Etat se heurtait au fait qu'une procédure contraignante telle que la procédure d'expropriation fût relayée par un autre mécanisme qui, pour être moins contraignant, n'en constitue pas moins une atteinte à la liberté contractuelle et au droit de propriété, et dont la mise en œuvre sera abandonnée au choix de l'acheteur public concerné. Dans son avis complémentaire du 18 mars 2008 sur même le projet de loi, le Conseil d'Etat s'était également opposé formellement à une disposition prévoyant la possibilité, au profit de l'Etat, de se substituer aux communes pour procéder, en lieu et place des communes, à des expropriations pour cause d'utilité publique (*doc. parl. n° 5696¹⁴*). Le Conseil d'Etat a rappelé que l'utilité publique n'est pas interchangeable entre divers expropriants. Aux yeux du Conseil d'Etat, l'Etat ne saurait dès lors tenter une procédure d'expropriation si l'utilité publique existe dans le seul chef de la commune. Il a estimé qu'une telle disposition viderait l'article 16 de la Constitution de toute substance. La Chambre des députés a décidé de passer outre l'opposition formelle du Conseil d'Etat.

Il convient encore de renvoyer à un arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 10 juillet 2007 relatif à l'organisation de la chasse au Luxembourg²¹⁶. Dans cette affaire, la Cour a jugé que « nonobstant les buts légitimes recherchés par la loi de 1925

216 Affaire *Schneider c/ Luxembourg* n° 2113/04 du 10 juillet 2007.

[sur l'amodiation de la chasse et l'indemnisation des dégâts causés par le gibier] au moment de son adoption, le système de l'appartenance obligatoire à un syndicat de chasse qu'elle prévoit, aboutit à placer la requérante dans une situation qui rompt le juste équilibre devant régner entre la sauvegarde du droit de propriété et les exigences de l'intérêt général: obliger une petite propriétaire à faire apport de son droit de chasse sur son terrain pour que des tiers en fassent un usage totalement contraire à ses convictions se révèle une charge démesurée qui ne se justifie pas sous l'angle du second alinéa de l'article 1^{er} du Protocole n° 1. Il y a donc violation de cette disposition. ».

Il résulte des développements qui précèdent que la protection de la propriété ne s'analyse pas au regard du seul article 16 de la Constitution.

Le droit de propriété n'est toutefois pas absolu. Son exercice n'est protégé par la loi qu'autant qu'il ne se révèle pas abusif et qu'il ne rompt pas l'équilibre entre la protection du droit de propriété et les exigences de l'intérêt général, conformément à l'article 6-1 du Code civil²¹⁷. Dans ce contexte, l'on peut se demander si, dans des cas déterminés, les restrictions à l'usage d'un bien ne pourraient pas se montrer draconiennes au point de revenir en fait à une dépossession « à froid ». Dans la mesure où ces limitations seraient manifestement disproportionnées par rapport à l'avantage qu'escompte en retirer l'intérêt général, ne serait-il pas envisageable que le titulaire du droit ainsi mutilé soit un jour ou l'autre admis à revendiquer en justice d'être exproprié en bonne et due forme, avec toutes les garanties légales prévues?²¹⁸

L'arrêt 46/09 de la Cour constitutionnelle du 26 septembre 2008 a d'ores et déjà annoncé une évolution en ce sens et ce alors même que la question n'avait pas été posée en ces termes.²¹⁹ Dans les considérants de cet arrêt visant la constitutionnalité d'une disposition de la loi modifiée du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles, la Cour a énoncé qu'« un changement dans les attributs de la propriété qui est substantiel à ce point qu'il prive le propriétaire de ses aspects essentiels peut constituer une expropriation ». En continuant les développements par le considérant que « les dispositions visées par la question préjudicielle ne concernent pas le classement ou le reclassement d'une propriété de zone constructible en zone non constructible », la Cour

217 « **Art. 6-1.** Tout acte ou tout fait qui excède manifestement, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, l'exercice normal d'un droit, n'est pas protégé par la loi, engage la responsabilité de son auteur et peut donner lieu à une action en cessation, pour empêcher la persistance dans l'abus. »

218 La Cour européenne des droits de l'homme condamne effectivement la théorie de l'expropriation indirecte qui permet par exemple aux pouvoirs publics d'occuper un terrain privé et d'y engager des travaux (Voir AJDA, 6 février 2006, p. 225 / Tribune par René Hostiou). Dans un arrêt du 12 janvier 2006, elle a encore constaté que « dans tous les cas, l'expropriation indirecte vise à entériner une situation de fait découlant des illégalités commises par l'administration, tend à régler les conséquences pour le particulier et l'administration, et permet à cette dernière de tirer bénéfice de son comportement illégal. Que ce soit en vertu d'un principe jurisprudentiel ou d'un texte de loi (...), l'expropriation indirecte ne saurait donc constituer une alternative à une expropriation en bonne et due forme (...). » (Affaire *Sciarrotta et autres c. Italie*, Requête n° 14793/02, point 71).

219 Cour constitutionnelle, arrêt 46/08 du 26 septembre 2008; Mémorial A n° 154 du 15 octobre 2008, p. 2196.

annonce, sans détour, sa position: le reclassement de zone constructible en zone non constructible peut constituer une expropriation.

Le législateur aura intérêt à avancer prudemment en cette matière pour ne pas subir la sanction judiciaire.

Article 26

La Constitution garantit le droit d'association, dans le respect des lois qui règlent l'exercice de ce droit, sans pouvoir le soumettre à une autorisation préalable.

Liberté collective tout comme la liberté de réunion prévue par l'article 25 de la Constitution, le droit d'association fut particulièrement malmené au cours du XIX^e siècle. Les divers changements constitutionnels et législatifs en fournissent une preuve éloquente.

De tout temps, la liberté d'association a posé de nombreux problèmes au pouvoir en place. Indépendamment de son objet, une association constitue une structure intermédiaire exerçant un pouvoir qui peut constituer une gêne pour un Gouvernement jaloux de ses prérogatives. Si l'association poursuit un but politique, elle risque de contester le pouvoir. Les chartes révolutionnaires françaises voyaient d'un mauvais œil la possibilité du développement d'un corporatisme hostile à la liberté d'entreprendre, voire même de coalitions d'ouvriers qui pourraient s'opposer à la toute-puissance des patrons. A cela s'ajouta la crainte du rôle joué par les clubs sous la Révolution. Le droit d'association ne fut pas mentionné dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Il était néanmoins énoncé dans le décret français des 13 et 14 novembre 1790 qui disposa que « les citoyens ont le droit de s'assembler paisiblement et de former entre eux des sociétés libres ». Par la suite, cette liberté s'était progressivement amoindrie: les décrets d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 supprimaient les corporations de métier au nom de la liberté économique, la loi Le Chapelier des 14 et 15 juin 1791, souhaitant étouffer les mouvements de protestation ouvriers, interdisait les associations ouvrières et la loi du 17 août 1792, dans un esprit antireligieux, supprimait les confréries et les sociétés de secours mutuel. La loi du 7 thermidor an XI interdisait finalement les clubs politiques.²²⁰

Le Code pénal de 1810 disposait à l'article 291 que « nulle association de plus de vingt personnes, dont le but sera de (...) s'occuper d'objets religieux, littéraires, politiques ou autres, ne pourra se former qu'avec l'agrément du gouvernement, et sous les conditions qu'il plaira à l'autorité publique d'imposer à la société ».

La liberté d'association, tout comme la liberté de réunion, était inexistante selon la Charte des Etats de la Confédération germanique.²²¹ « Nos industries ont un développement modéré, jamais on y entend parler de chômage, de grève, de coalition d'ouvriers. Elles sont, on peut le dire, sans exception administrées paternellement, et plusieurs de ces établissements pourraient être cités comme des modèles sous le rapport de leur régime tu-

220 cf. B. Gibaud, *Révolution et droit d'association: Au conflit de deux libertés*, 1989.

221 cf. Commentaire de l'article 25.

télaire. D'autre part, n'existe-t-il pas de grandes populations ouvrières agglomérées sur un seul point, et plusieurs industries importantes, telles que la forgerie, la tannerie, s'exercent au domicile des ouvriers même (...). »²²²

Sous l'influence du vent de liberté soufflant sur l'Europe, l'article 27 de la Constitution de 1848 réintroduisit la liberté d'association dans les termes suivants:

« Art. 27. Les Luxembourgeois ont le droit de s'associer. Ce droit ne peut être soumis à aucune mesure préventive.

L'établissement de toute corporation religieuse doit être autorisée par une loi. »

Le deuxième alinéa de cet article 26 ne figura pas dans la Constitution belge de 1831 qui consacrait par ailleurs la liberté totale des cultes, contrairement à l'article 23 de notre Constitution de 1848, devenu par après l'article 22.²²³ Le but de cette restriction se dégage d'un avis du Conseil d'Etat du 24 avril 1873: « Au point de vue économique, un grand nombre de couvents introduirait chez nous les dangers de la mainmorte,²²⁴ dont les anciens souverains et les prescriptions de l'autorité publique ont, de tout temps, cherché à diminuer les abus, par les mesures les plus énergiques. Et, à cet égard, il est aujourd'hui avéré, par des faits indéniables, que les corporations religieuses, quoique non investies des droits de la personnification civile, ont des moyens à leur disposition pour assurer à leurs établissements la transmission à perpétuité des biens qu'elles acquièrent par leur influence sur les fidèles. »²²⁵

La Constitution de 1856 entérinait les restrictions aux libertés en vigueur dans les Etats membres de la Confédération germanique. Le droit d'association était dorénavant bridé comme suit:

« Art. 26. Les Luxembourgeois ont le droit de s'associer. - La loi règle et limite l'exercice de ce droit dans l'intérêt de l'ordre public. L'établissement de toute corporation religieuse doit être autorisé par une loi. » L'alinéa 2 relatif aux corporations religieuses ne fut enlevé de l'article 26 de notre Loi fondamentale que lors de la révision du 13 juin 1989. La commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle jugea que ce paragraphe était « désuet et discriminatoire ». ²²⁶

Le Constituant de 1868 entendit revenir au texte en vigueur en 1848 et réintroduire la prohibition de toute mesure préventive. Dans son avis du 2 mai 1868, le Conseil d'Etat

222 Circulaire du Conseil de Gouvernement du 29 décembre 1846 relative à l'organisation de la bienfaisance publique dans le Grand-Duché de Luxembourg; Mémorial 1846 n° 71, notamment p. 682.

223 cf. Commentaire de l'article 22.

224 Incapacité légale de disposer de ses biens; ainsi, les biens possédés p.ex. par des congrégations, qui ont une existence indéfinie, échappaient aux règles des mutations par décès.

225 Cité par Manou Servais, « Une petite généalogie de nos droits et libertés », in: Les Cahiers Luxembourgeois, 1998/4, p. 25.

226 Exposé des motifs de la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle relatif au projet de révision de l'article 26 de la Constitution; doc. parl. n° 3228.

s'opposa à la réintroduction de la liberté d'association en ces termes: « Le Conseil d'Etat et le Gouvernement n'adhèrent pas à la proposition de la section centrale, qui tend à proscrire toute mesure préventive quelconque dirigée contre le droit d'association. Ils voient dans cette liberté illimitée un danger pour l'ordre et la sécurité publics. »²²⁷

Le Constituant passa outre à ces hésitations et se rallia à la position libérale de la commission centrale. Le bout de phrase « *sans pouvoir le soumettre à une mesure préventive* » fut toutefois remplacé par « *sans pouvoir le soumettre à une autorisation préalable* », libellé qui exprime certainement mieux le sens de la disposition.

La notion d'association se distingue substantiellement de la notion de réunion en ce que l'association a un but prédéterminé, un objet durable et une certaine organisation, éléments qui font défaut dans le cadre d'une réunion éphémère.

Aujourd'hui, la garantie de la liberté d'association est également prévue à l'article 11 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales.²²⁸

La liberté d'association était certes également garantie à tous les étrangers, même non-résidents, en vertu de l'article 111 de la Constitution, à l'instar des autres libertés. Dans la mesure où l'article 111 aurait toutefois permis de restreindre cette liberté fondamentale par une simple mesure législative, le Constituant a jugé qu'il convenait de modifier le libellé de l'article pour assurer un traitement strictement identique afin de garantir tant aux nationaux qu'aux étrangers, indépendamment de leur nationalité, le droit de s'associer sans que ce droit puisse être soumis à des conditions particulières à respecter.²²⁹ La loi de révision constitutionnelle du 2 juin 1999 a introduit le libellé actuellement en vigueur.²³⁰

A côté de son aspect collectif, la liberté d'association est également une liberté individuelle. Une association n'est pas toujours ouverte à toute personne qui désire y adhérer. Dans ce contexte, le droit privé l'emporte sur la liberté publique. Le principe constitutionnel inclut pareillement la reconnaissance du droit d'association négatif. La Cour de Strasbourg l'a rappelé dans son arrêt Sigurdur A. Sigurjonsson.²³¹ Elle entend le droit

227 Avis du Conseil d'Etat du 6 mars 1868; Compte rendu de la Chambre des députés, sess. ord. 1867-1868, Annexes, p. 186.

228 Convention des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales:

« Art. 11. Liberté de réunion et d'association

1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat. ».

229 Voir Note 227.

230 Mémorial A n° 63 du 8 juin 1999, p. 1414; doc. parl. n° 3905.

231 CEDH, Arrêt Sigurdur A. Sigurjonsson du 30 juin 1993, série A n° 264.

d'association négatif d'une manière large et le définit comme comprenant à la fois « la liberté de ne pas adhérer à une association » et celle « de s'en retirer ». Cependant, comme le droit d'association positif, il est nécessairement enfermé dans une double limite: il cède devant les justifications de l'article 11, paragraphe 2; il ne vaut qu'à l'égard des organisations de droit privé. Des restrictions ne peuvent être apportées au droit garanti par l'article 11 que lorsque trois conditions sont réunies: si elles sont prévues par la loi, si elles sont inspirées par un ou plusieurs des buts légitimes y énumérés, si elles sont nécessaires dans une société démocratique à la poursuite de ce ou de ces buts.²³²

La question s'était posée de savoir si la contrainte d'être membre d'un syndicat de chasse en application de la loi modifiée du 20 juillet 1925 sur l'amodiation de la chasse et l'indemnisation des dégâts causés par le gibier constitue une violation de la liberté d'association négative. Dans un premier jugement du 12 février 2003, le tribunal administratif a jugé que la contrainte n'était pas absolue en l'espèce étant donné qu'une majorité qualifiée de propriétaires pouvait s'opposer au relaiement du droit de chasse sur leur propriété et dès lors s'opposer à être membre de droit du syndicat.²³³ Par ailleurs, le tribunal a estimé que la qualité de membre de droit dans un syndicat de chasse pèserait au Luxembourg sur tous les propriétaires y compris les propriétaires de droit public, de sorte que l'atteinte aux droits négatifs d'association serait à considérer comme proportionnée eu égard à l'intérêt général poursuivi. Dans un jugement du 18 décembre 2003, le tribunal administratif, autrement composé, a au contraire retenu que la loi modifiée du 20 juillet 1925 ne dénotait pas une « nécessité absolue, sinon caractérisée, de soumettre l'entier territoire non urbanisé à l'exercice du droit de chasse en vue de réaliser le but reconnu comme légitime dans l'intérêt général consistant à éviter une pratique anarchique de la chasse et de favoriser une gestion rationnelle du patrimoine cynégétique ». ²³⁴ L'arrêt de la Cour administrative du 13 juillet 2004 rendu en appel a confirmé ce jugement dans toute sa teneur et a retenu que « l'obligation d'adhésion au syndicat de chasse constitue en effet une ingérence dans la liberté d'association 'négative' » et la Cour européenne des droits de l'homme a retenu dans ce contexte que « bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante, de sorte qu'une restriction à un droit que consacre la Convention doit être proportionnée au but légitime poursuivi. Or, un « droit » ou une « liberté » de chasse ne fait pas partie de ceux reconnus par la Convention qui, en revanche, garantit expressément la liberté d'association ». ²³⁵ En conséquence, la décision ministérielle approuvant la délibération du syndicat de chasse de procéder au relaiement de la chasse sur les terrains de la re-

232 cf. Jean-Pierre Marguénaud, *La reconnaissance du droit d'association négatif*, Jurisprudence, 1994, p. 181.

233 Tribunal administratif, 12 février 2003, aff. Schneider, n° 15316, confirmé en appel, Cour administrative, 10 juillet 2003, n° 16177C.

234 Tribunal administratif, 18 décembre 2003, n° 15096, frappé d'appel, Cour administrative, arrêt n° 17488C du 13 juillet 2004.

235 Arrêt Chassagnou et autres c. France du 29 avril 1999, n°s 25088/94, 28331/95 et 28443/95, CEDH 1999-III.

quérente, opposée à l'exercice de la chasse, fut annulée. Il est à noter que dans les deux affaires citées les requérants ont préféré fonder leur recours sur l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacrant la liberté d'association plutôt que sur l'article 26 de la Constitution.

Par un arrêt du 10 juillet 2007, la Cour européenne des Droits de l'homme, saisie dans l'affaire *Schneider*, a tranché en faveur de la thèse défendue par la requérante en retenant que « contraindre par la loi un individu à une adhésion profondément contraire à ses propres convictions et l'obliger, du fait de cette adhésion, à apporter le terrain dont il est propriétaire pour que l'association en question réalise des objectifs qu'il désapprouve, va au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer un juste équilibre entre des intérêts contradictoires et ne saurait être considéré comme proportionné au but poursuivi ». La Cour a dès lors retenu qu'il y avait eu violation de l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.²³⁶

236 Arrêt *Schneider* contre Luxembourg du 19 septembre 2006, n° C-193/05.

Article 32bis

Les partis politiques concourent à la formation de la volonté populaire et à l'expression du suffrage universel. Ils expriment le pluralisme démocratique.

L'article 32bis, qui a été inséré par la loi du 31 mars 2008 portant création d'un article 32bis nouveau de la Constitution, confère aux partis politiques un ancrage constitutionnel, à l'instar de ce qui est le cas dans de nombreuses constitutions étrangères.

Au terme de discussions sur l'inscription des partis politiques dans la Constitution luxembourgeoise datant des années 1980, la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle de la Chambre des députés se prononça dans sa réunion du 25 octobre 2006 pour l'adoption d'un texte de révision reprenant sous une formulation plus concise les éléments essentiels de la définition légale des partis politiques retenue par la loi du 7 janvier 1999 sur le remboursement partiel des frais de campagnes électorales aux partis et groupements politiques engagés dans les élections à la Chambre des députés et du Parlement européen.

Les travaux préparatoires de la Constitution ont dégagé un large consensus pour voir dans les partis politiques un des rouages indispensables au bon fonctionnement de notre démocratie parlementaire. Essentiels à l'organisation démocratique ainsi qu'à l'expression et à la manifestation du pluralisme politique, les partis permettent aux citoyens de s'intégrer dans le système politique, structurent les courants d'idées dans des programmes d'action politique, sensibilisent le public et jouent un rôle essentiel dans la préparation des élections en sélectionnant et en présentant des candidats aux charges publiques. L'article 32bis est par ailleurs l'expression de la volonté politique de moderniser le texte de la Constitution en le mettant en concordance avec la pratique institutionnelle.

A aucun moment de son histoire, la Charte fondamentale du pays n'a mentionné l'existence, voire la mission des partis politiques. Si la Constitution consacre son chapitre IV à la Chambre des députés, elle s'est bornée jusqu'en 2008 à en définir le régime électoral applicable, sans référence quelconque aux partis ou groupes parlementaires. La réalité des partis politiques et leur implication dans le fonctionnement des institutions politiques étaient complètement passées sous silence.

Les réticences à consacrer les partis politiques de manière spécifique dans la Loi fondamentale résultaient de la constatation que les partis politiques sont des associations, et qu'ils trouvent donc leur fondement dans le droit d'association régi par l'article 26 de la Constitution. Cette constatation demeure valable, même si dorénavant on consacre aux partis politiques un texte spécifique dans la Constitution. De la façon, le droit d'association dans des partis politiques n'est pas soumis à une autorisation préalable. Toute velléité de soumettre les partis politiques à des conditions limitant cette liberté fondamentale serait dès lors contraire à la Constitution. Toutefois, l'action des partis politiques demeure soumise à la loi. Le droit d'association s'applique aux partis comme il s'applique à toutes autres formes d'associations, comme par exemple les syndicats. Toujours est-il que les partis politiques se distinguent des autres associations par la dimension particulière qui est celle de choisir et de présenter des candidats aux élections en vue de l'exercice de mandats au sein des institutions publiques. L'article 32*bis* doit par ailleurs être considéré comme complémentaire à l'article 24 de la Constitution qui traite de la liberté d'expression.

L'interdiction du mandat impératif prévue à l'article 50 de la Constitution constituait une autre pierre d'achoppement à laquelle un dispositif juridique relatif aux partis politiques risquait de se heurter. L'encadrement partisan, qui se manifeste tant avant les élections, le candidat étant lié au parti qui lui accorde son investiture, qu'après celles-ci, où les groupes politiques ont peu à peu confisqué les prérogatives que la Constitution a dévolues individuellement aux élus, risque de constituer une transgression de cet interdit. Toutefois, l'interdiction du mandat impératif ne s'oppose pas tant à l'inscription des partis politiques dans la Constitution des dispositions normatives subséquentes qui subordonneraient le maintien des avantages accordés à l'élu à son maintien dans le giron et dans la discipline d'un groupe ou parti politique.

L'article 32*bis* apporte une définition du rôle des partis politiques dans notre système institutionnel. La notion de « parti politique » est utilisée dans un sens générique. Elle englobe également les groupements politiques se présentant aux élections, mais qui ne se désignent pas eux-mêmes comme partis.

Les partis politiques sont des acteurs importants dans le fonctionnement d'une démocratie représentative, mais ils n'ont pas la vocation, de bénéficier d'une quelconque exclusivité dans ce domaine. L'utilisation du verbe « concourir » reprend cette idée et effectue également le lien entre l'action des partis et les élections politiques. La présence de plusieurs partis assure l'expression du pluralisme démocratique. Une véritable démocratie ne peut se concevoir que dans le multipartisme. L'électeur doit pouvoir disposer d'un choix politique réel entre différents programmes et entre différents candidats aux élections.

Les auteurs ont placé l'article à créer à la suite de l'article 32 de la Constitution arguant que ce choix est cohérent dans la mesure où l'article 32 prévoit que « la puissance souveraine réside dans la Nation ». Les constitutions étrangères, qui peuvent servir de référence, en font de même.²³⁷ Toutefois, l'article 32 traite, par ailleurs, de l'exercice de la puissance souveraine par le Grand-Duc, ce qui perturbe l'agencement, lequel perd de la sorte sa suite logique. Une autre possibilité aurait consisté à prévoir un article 26*bis* nouveau à la suite du dispositif relatif au droit d'association. Cette solution n'aurait pas été plus heureuse, puisque l'évocation des partis politiques aurait de la façon figuré au chapitre des libertés publiques et des droits fondamentaux.

Certaines constitutions étrangères imposent aux partis politiques le respect des principes démocratiques, de la souveraineté nationale, de la Constitution et de la loi ou encore des règles de fonctionnement interne de l'ordre démocratique. Ces précautions qui peuvent s'expliquer par des considérations historiques propres à certains pays ont pu donner lieu à un contentieux devant les juridictions constitutionnelles. Le texte de l'article 32*bis* se réfère implicitement à ces valeurs. Pour les auteurs, une référence aux programmes, aux structures et au financement des partis dans le texte de la Constitution n'aurait guère apporté de plus-value. Au contraire, elle engendrerait plus de questions que de réponses. L'expérience de la loi dite « muselière » de 1937 montre d'ailleurs qu'un quelconque contrôle des partis quant à leur constitutionnalité est une opération très hasardeuse, difficilement conciliable avec les principes fondamentaux d'un régime démocratique.

Cf. Art. 24, 26, 32, 50

237 Cf. Loi fondamentale allemande: Chap. II.- La Fédération et les Länder:

« **Art. 21. (1)** Les partis concourent à la formation de la volonté politique du peuple. Leur fondation est libre. Leur organisation interne doit être conforme aux principes démocratiques. Ils doivent rendre compte publiquement de la provenance et de l'emploi de leurs ressources ainsi que de leurs biens. ».

Constitution française: Titre Ier.- De la Souveraineté:

« **Art. 4.** Les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie.

Ils contribuent à la mise en œuvre du principe énoncé au second alinéa de l'article premier dans les conditions déterminées par la loi.

La loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation. ».

Constitution espagnole: Titre préliminaire:

« **Art. 6.** Les partis politiques traduisent le pluralisme politique, concourent à la formation et à la manifestation de la volonté populaire et sont un instrument fondamental de la participation politique. Ils se constituent et exercent leur activité librement dans le respect de la Constitution et de la loi. Leur structure interne et leur fonctionnement doivent être démocratiques. ».

Article 34

Le Grand-Duc promulgue les lois dans les trois mois du vote de la Chambre.

Jusqu'à sa révision du 12 mars 2009, l'article 34 était libellé comme suit: « *Le Grand-Duc sanctionne et promulgue les lois. Il fait connaître sa résolution dans les trois mois du vote de la Chambre* ». La Constitution belge de 1831 avait été à l'origine de cette disposition.

A compter de son introduction dans notre première Constitution démocratique, la première phrase était restée inchangée. Le délai réservé en vertu de la deuxième phrase au (Roi) Grand-Duc pour faire connaître sa résolution, qui n'est pas prévu dans la Constitution belge et qui a été ajouté par le Constituant luxembourgeois en 1848, a par contre subi des changements successifs. Ce délai était de 3 mois en 1848. Selon la Constitution de 1856, le Roi Grand-Duc faisait connaître « le plus tôt possible à l'Assemblée des Etats s'il approuve ou non le projet de loi votée par elle ». En 1868, le Constituant est revenu à un délai déterminé, fixé à 6 mois. Celui-ci a été ramené à 3 mois lors de la révision de l'article 34, le 6 mai 1948.

Avant la révision précitée du 12 mars 2009, la sanction faisait participer le Grand-Duc à l'exercice de la fonction législative, à côté de la prérogative prévue à l'article 47 qui continue à lui conférer un droit d'initiative en matière législative.

Aujourd'hui, le pouvoir du Grand-Duc se trouve limité à la promulgation des lois. Le délai pour ce faire n'a pas changé par rapport au texte antérieur.

Sanction et promulgation intervenaient sous forme d'une seule et même signature apposée par le Grand-Duc sous le texte voté par la Chambre des Députés. « Le fait que dans la pratique la sanction, exercice d'une attribution législative du Grand-Duc, se confond dans une seule signature avec la promulgation, exercice d'une attribution exécutive, ne change rien à la distinction fondamentale qu'il y a lieu d'établir entre ces deux attributions. L'apposition de la signature du Grand-Duc sous la prescription votée par la Chambre, revêtue de la formule de promulgation, est en fait l'expression d'une double manifestation de la volonté qu'on pourrait théoriquement imaginer dans des actes séparés. »²³⁸

238 Pierre Majerus, *L'Etat luxembourgeois, Manuel de droit constitutionnel et de droit administratif*, 1990, p. 151.

A l'origine, la sanction réservait au Grand-Duc un droit de veto absolu; à défaut de sanction dans le délai prévu par l'article 34, version applicable jusqu'à la révision du 12 mars 2009, le texte voté par la Chambre devenait caduc. A la question de savoir si, pour la publication d'une loi sanctionnée et promulguée dans le délai prévu à l'article 34 (dans sa version antérieure à la révision du 12 mars 2009) de la Constitution, le pouvoir exécutif était lié à un délai péremptoire, le Conseil d'Etat avait répondu affirmativement²³⁹: l'article 34 ne se contentait pas d'une sanction et d'une promulgation occultes, mais il exigeait que la décision souveraine soit rendue publique.

Dès avant la révision du 12 mars 2009, il était déjà admis que, même si le texte de la Constitution était resté inchangé, la prérogative du Grand-Duc de confirmer le vote parlementaire n'avait plus qu'un caractère formel. « Dans la plupart des monarchies contemporaines les pouvoirs dévolus au monarque dans le texte de la Constitution sont réinterprétés de façon à ce que l'autorité attribuée au monarque soit comprise comme un octroi d'autorité au gouvernement. Selon le texte constitutionnel, le monarque participe à l'élaboration des lois, et le texte constitutionnel qui confère cette autorité au monarque est inchangé. Cependant, la fonction du monarque - surtout la nécessité de la sanction royale pour les projets de loi adoptés par la majorité du parlement - est considérée comme une formalité. L'assentiment du monarque est obligatoire s'il est recommandé par le gouvernement dans le cadre d'un régime parlementaire. »²⁴⁰

Déjà lors de la révision de la Constitution de 1919, le Constituant avait pris soin d'interpréter les pouvoirs dévolus par la Constitution au Grand-Duc de la manière suivante: « D'après le texte formel de la Constitution, la Couronne n'enfreint pas ses pouvoirs si elle ne manifeste pas sa résolution avant les six mois révolus. Mais il n'y a pas le moindre doute que la Couronne, ne pouvant pas être rendue responsable ni des actes qu'elle pose, ni de ceux qu'elle ne pose pas, n'engage pas sa responsabilité en usant du délai de six mois imparti par l'article 34 de la Constitution, mais celle de ses conseillers responsables est engagée. Il est donc clair que la Couronne n'a le droit de refuser sa signature, aussi longtemps que ses conseillers responsables sont d'accord avec elle et qu'ils en assument la responsabilité... Si la Couronne voulait assumer la responsabilité pour ses actes, ce serait une violation flagrante de la Constitution, qui n'admet pas la responsabilité de la Couronne. On peut dire que malgré le texte clair et formel, qui ne semble laisser aucune équivoque, le Grand-Duc n'a pas six mois pour faire connaître sa volonté, il a seulement ce droit si les conseillers entendent couvrir sa responsabilité. »²⁴¹

239 Avis du Conseil d'Etat du 1^{er} mai 1914.

240 Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Avis n° 227/2002, doc. CDL-AD(2002)32.

241 *La Révision de la Constitution; Compte rendu de la Chambre des députés*, sess. ord. 1912-1913, vol. 3, Annexes. A signaler que le terme « conseiller de la Couronne » n'est plus en usage dans le texte constitutionnel depuis la révision de l'article 45, le 13 juin 1989, qui y substitua le terme « membre du Gouvernement ».

Le problème de la sanction d'une loi par le Roi s'était posé une première fois en Belgique, lorsqu'en avril 1990 le Roi Baudouin refusa de sanctionner la loi sur la dépenalisation partielle de l'interruption de la grossesse. Le Gouvernement, obligé de trouver une solution permettant de faire entrer en vigueur la loi même sans l'intervention du Roi, décida alors de recourir à l'article 93 de la Constitution belge qui permet au Gouvernement, avec l'approbation de la Chambre, de suspendre le Roi de ses fonctions s'il se trouve dans l'impossibilité de régner. Conformément à la Constitution belge qui s'écarte à cet égard de l'article 7 de la Constitution luxembourgeoise, les pouvoirs du Roi purent être exercés par le Conseil des ministres qui sanctionna la loi avant la réintégration du Roi dans ses fonctions.

Un scénario analogue s'était présenté fin 2008 au Luxembourg lorsque le Grand-Duc annonçait son intention de ne pas entériner par sa sanction le vote parlementaire à intervenir sur la proposition de loi sur l'euthanasie et l'assistance au suicide qui a finalement été adoptée le 18 décembre 2008 par la Chambre des députés. Afin d'éviter une crise institutionnelle, les partis politiques représentés à la Chambre des députés se sont sans tarder concertés sur une révision de l'article 34 de la Constitution dans le but d'ôter au Grand-Duc la sanction des lois, tout en laissant par ailleurs inchangée sa prérogative de promulguer les lois adoptées par la Chambre des députés.

La suppression de la sanction grand-ducale des lois constitue une étape importante de l'évolution des institutions du Grand-Duché. Fortement marquées au début par le principe monarchique, ces institutions ont évolué vers une démocratie parlementaire sans que la rédaction de la Constitution ait toujours suivi. En effet, la modification d'autres dispositions de la Constitution qui concernent le rôle institutionnel du Grand-Duc font aujourd'hui apparaître ses fonctions dans une lumière qui s'écarte des vues des constituants de la première moitié du 19^e siècle. Et, le Conseil d'Etat de rappeler que « Lors de la rédaction de la Constitution de 1868, « on s'est efforcé de traduire la théorie démocratique d'une façon ne heurtant guère et épargnant plutôt l'idéal monarchique ... ce qui se répercutait sensiblement sur la terminologie employée. La clarté des dispositions constitutionnelles de 1868 peut en avoir souffert quelque peu;... »²⁴². Le Conseil d'Etat considère qu'une lecture actuelle de l'article 34 de la Constitution ne peut pas se faire exclusivement au regard de la lettre de ce texte ou de la teneur et de l'esprit de la Constitution telle qu'elle a été adoptée en 1868. Il y a lieu de tenir compte de la pratique constitutionnelle dans laquelle le rôle du Grand-Duc, dans le processus législatif est devenu purement formel, y compris en ce qui concerne l'acte de sanction-promulgation. Il convient surtout de lire l'article 34 dans le contexte d'une série de révisions constitutionnelles importantes intervenues depuis un siècle qui soulignent que l'acte de sanction n'est plus l'expression d'un pouvoir réel du Grand-Duc quant à l'approbation de la substance d'une loi votée par la Chambre. Le Conseil d'Etat voudrait en particulier relever la révi-

242 Alphonse Huss, « La Constitution dans la perspective historique », *Feuille de liaison de la Conférence St-Yves*, n° 72, mars 1989, pp. 4 et 5.

sion constitutionnelle du 15 mai 1919 qui consacre, à l'article 32, le principe de la souveraineté nationale, et la révision constitutionnelle du 21 mai 1948 qui place le Luxembourg sous le régime de la démocratie parlementaire. Enfin, depuis sa révision en 1998 l'article 33 désigne le Grand-Duc comme « chef de l'Etat, symbole de son unité et garant de l'indépendance nationale »... Du moment que la souveraineté réside dans la Nation, représentée par la Chambre des députés, le rôle du Grand-Duc comme organe de la fonction législative, s'est naturellement effacé au bénéfice du pouvoir du Parlement. Et, dans la mesure où il symbolise l'unité nationale, son intervention dans le processus politique d'élaboration des lois ne saurait être dans l'esprit de la Constitution que symbolique et formelle ». ²⁴³

Dans son avis précité, le Conseil d'Etat avait par ailleurs rendu attentif au fait que « la suppression de la sanction grand-ducale [confirme] la plénitude de la fonction législative revenant au Parlement », et que « dans ces conditions l'article 46 de la Constitution ne [décrit] plus que de manière incomplète la prérogative de la Chambre, car celle-ci ne [donne] plus seulement son assentiment aux lois. ... C'[est] désormais la Chambre et elle seule qui [détient] le pouvoir législatif ». En adoptant la révision de l'article 34 de la Constitution, la Chambre n'a pourtant pas entendu suivre sur ce point le Conseil d'Etat, au motif de réserver l'examen de la redéfinition du processus d'élaboration des lois au cadre de sa proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution, déposée le 21 avril 2009 (*doc. parl. n° 6030*) ²⁴⁴.

Dans la partie III. *Essai sur une refonte de la Constitution* du présent ouvrage, les auteurs s'étaient également interrogés sur l'agencement à réserver à l'avenir aux prérogatives constitutionnelles du Grand-Duc en relation avec les différents pouvoirs institutionnels. Et, ils se sont prononcés au profit d'une limitation de ces pouvoirs, le rôle du Grand-Duc étant confiné « à contrôler si les formes et les procédures suivies par un texte voté par le Parlement répondent aux prescriptions constitutionnelles légales et réglementaires [pertinentes] ».

L'attribution du Grand-Duc de promulguer les lois relève, aux termes de l'interprétation courante, du pouvoir exécutif que le Grand-Duc exerce par ailleurs en vertu de l'article 33 de la Constitution.

La portée de la notion de promulgation varie selon les auteurs. « La promulgation est la constatation authentique de la genèse régulière de la loi, de son existence comme telle et de sa teneur. » ²⁴⁵ D'autres auteurs voient dans la promulgation non seulement le constat de l'authenticité de la loi, mais considèrent en outre que celle-ci donne à la loi sa

243 Avis du Conseil d'Etat du 9 décembre 2008 relatif au projet de révision de l'article 34 de la Constitution (*doc. parl. n° 59672*).

244 Rapport de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle (10 décembre 2008) relatif au projet de révision de l'article 34 de la Constitution (*doc. parl. n° 59673*).

245 Pierre Pescatore, *Introduction à la science du droit*, 1960, p. 135.

force exécutoire²⁴⁶. Dans un arrêt du 14 février 1928, la Cour supérieure a retenu que « ... la promulgation est l'acte par lequel le Chef d'Etat atteste au corps social l'existence de la loi et en ordonne l'exécution; ... »²⁴⁷.

Selon la formule figurant *in fine* des lois: « Mandons et ordonnons que la présente loi soit insérée au Mémorial pour être exécutée par tous ceux que la chose concerne », la promulgation apparaît comme la compétence du pouvoir exécutif de porter à la connaissance du public l'existence de la loi, tout en donnant l'ordre aux autorités publiques de la publier, de l'observer et de la faire observer.

Quant à l'attribution du Grand-Duc de promulguer les lois, le Conseil d'Etat s'est demandé si, « dans la mesure où promulguer une loi signifie en outre constater l'existence de la loi et sa teneur, ... le Grand-Duc [serait] tenu de contrôler la régularité de l'existence de la loi soumise à sa signature. [Serait]-il en outre en droit et, dans l'affirmative, avec quelle conséquence, de refuser la promulgation en attendant que l'erreur soit redressée? ». En poursuivant son analyse, le Conseil d'Etat constatait que « la promulgation des lois, comme acte du pouvoir exécutif, fait que ce dernier est lié par la décision du pouvoir législatif (et qu') au regard du nouveau libellé de l'article 34 il n'est pas prévu d'assortir la promulgation d'un droit de contrôle de la loi votée quant à la régularité de son existence et de sa teneur ». Et de conclure que « la loi [doit dorénavant] son existence au seul vote parlementaire. La promulgation ne constitue pas une condition de l'existence de la loi, sa nature étant uniquement de rendre la loi exécutoire en en attestant l'existence et en en ordonnant l'exécution. ... [La] promulgation s'avère donc une compétence liée relevant du pouvoir exécutif du Grand-Duc qui oblige celui-ci aux termes de l'article 5 de la Constitution »²⁴⁸.

Cf. Art. 5, 7, 32, 33, 46, 47

246 Robert Wilkin, *Dictionnaire du droit public*, 1962, p. 336.

247 Cour, appel, 14 février 1928, *Pas.* 11, pp. 389-390.

248 Avis précité du Conseil d'Etat du 9 décembre 2008.

La sanction grand-ducale en droit constitutionnel luxembourgeois

Selon le vocabulaire juridique²⁴⁹, la sanction est (au sens historique) l'« acte par lequel le souverain revêt une loi de l'approbation qui la rend exécutoire ».

Avant la modification de l'article 34 de la Constitution, le 12 mars 2009, le Luxembourg partageait avec la plupart des autres monarchies européennes le principe de l'intervention formelle du monarque dans la formation de la volonté législative, même si en pratique il était admis que les décisions du Parlement étaient simplement entérinées. « ... la sanction est une caractéristique des régimes monarchiques qui connaissent une disjonction entre l'élaboration de la teneur des lois, dévolue au Parlement, et l'acte de législation proprement dit, dévolu au Chef d'Etat ». ²⁵⁰ Seule la Constitution suédoise (et dorénavant la Constitution luxembourgeoise) s'écarte(nt) de ce modèle. La Constitution suédoise ne prévoit pas de sanction royale des lois, mais dispose en son article 19 que « Le Gouvernement promulgue sans délai les lois qui ont été adoptées ». En Belgique par contre, selon l'article 109 de la Constitution, « le Roi sanctionne et promulgue les lois ». La même solution se retrouve avec des libellés différents dans les Constitutions néerlandaise (art. 87(2)), danoise (art. 22), espagnole (art. 91), monégasque (art. 66) et norvégienne (art. 77). Les Constitutions danoise et espagnole prévoient pour ce faire un délai de respectivement trente et quinze jours. Si en principe les pays européens à régime républicain ne retiennent pas la sanction des lois par le président de la république, la Constitution finlandaise fait exception en conférant au président la compétence de sanctionner les lois adoptées par le Parlement dans un délai de 3 mois (art. 77).

La version de l'article 34 de la Constitution applicable avant la révision du 12 mars 2009 était inspirée de l'article 69 de la Constitution belge de 1831 dont le libellé ne diffère pas de celui de l'actuel article 109.

A l'époque, la section centrale du Congrès national belge avait estimé que le consentement du Roi était aussi indispensable à la formation de la loi que celui des autres branches de la puissance législative: « ce consentement est donné par la sanction, qui dépend de sa libre volonté et dont le défaut emporte ainsi une espèce de droit de veto ». ²⁵¹

249 Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 8e édition mise à jour (avril 2007).

250 Pierre Pescatore, Introduction à la science du droit, 1960, p. 134.

251 Constitution belge de 1831; Pasinomie belge, 1831.

En 1831, une vive discussion avait éclaté à la section centrale du Congrès national belge à propos de ce droit de veto du Roi. Certains membres étaient d'avis qu'il serait plus opportun de n'accorder au Roi qu'un veto suspensif, à l'instar de celui institué par la Constitution française de 1791 au Roi français qui pouvait s'opposer pendant un certain temps à l'entrée en vigueur d'une loi votée, mais, une fois ce délai passé, ne pouvait empêcher que le texte devienne applicable. La section centrale s'était opposée à cette solution qui, selon elle, aurait annihilé la participation du Roi dans tous les cas au pouvoir législatif. « Les chambres exerceraient seules cette autorité, lorsque le terme du veto serait expiré, et de cette manière les chambres pourraient aller jusqu'au point de faire des lois qui porteraient atteinte aux pouvoirs constitutionnels du chef de l'Etat ». ²⁵² Cette même discussion avait été menée au sein de la commission des Quinze de la Constituante de 1848 et ses membres s'étaient finalement prononcés en faveur du principe du veto absolu du Grand-Duc, qui fut ainsi inscrit dès le départ dans notre Constitution et y a été maintenu jusqu'à la révision du 12 mars 2009. ²⁵³

Dans son avis sur la révision en question, le Conseil d'Etat avait cerné la portée de la sanction grand-ducale dans le cadre de la fonction législative. ²⁵⁴

« L'adoption d'une loi requiert le concours d'une pluralité d'organes de l'Etat, conformément aux dispositions pertinentes de la Constitution qui désignent à cet effet d'abord le Grand-Duc et la Chambre des députés, mais évoquent aussi le rôle du Gouvernement et du Conseil d'Etat. D'après Pierre Pescatore, la nature de la loi 'est la manifestation de la souveraineté de l'Etat par les organes qui sont investis de former et d'exprimer la volonté suprême'. »

« En considérant la loi comme un acte formel, l'intervention de la Chambre des députés apparaît comme limitée aux termes de l'article 46 de la Constitution à la prérogative de donner son assentiment, suggérant que le siège du pouvoir législatif serait ailleurs. Sous un angle de vue formel, le pouvoir législatif apparaît donc comme étant le propre du Grand-Duc qui l'exerce avec le concours de la Chambre. 'Juridiquement, le législateur véritable est le souverain et la loi vient à exister par l'effet de la sanction; mais n'est-il pas vrai que d'un point de vue politique le législateur effectif est le Parlement et que le moment décisif de la procédure législative est représenté par le vote de la loi?' ²⁵⁵. »

252 Avis du Conseil d'Etat du 1^{er} mai 1914.

253 [Lucien Richard,] La Constitution de 1848, Ses travaux préparatoires dans la Commission des Quinze, la Section centrale et les séances des Etats par un des derniers survivants de l'Assemblée constituante, 1894, p. 39.

254 Avis du Conseil d'Etat du 9 décembre 2008 (doc. parl. n° 5967²).

255 Pierre Pescatore, Essai sur la notion de la Loi, *Livre jubilaire du Conseil d'Etat publié à l'occasion du centième anniversaire de sa création*, 1957, p. 392.

« La réponse à la question où se trouve le siège effectif du pouvoir législatif doit être déduite de la loi comme acte substantiel. En effet, d'autres dispositions de la Constitution relatives à la formation de la volonté législative montrent que sous cet angle de vue la loi apparaît comme étant l'œuvre de la Chambre des députés qui non seulement partage avec le Grand-Duc l'initiative législative en vertu de l'article 47, mais qui a encore en vertu de l'article 66 le droit d'amender et de diviser les articles et les amendements proposés, pouvoir discrétionnaire que ni le Grand-Duc ni le Gouvernement ne possèdent. Comme par ailleurs le contenu et la forme sont finalement arrêtés par les députés, la Chambre a pour compétence essentielle de déterminer de façon discrétionnaire et définitive la teneur de la loi. Le contrôle de constitutionnalité de l'article 95^{ter} ne saurait altérer cette compétence en raison de la liberté laissée par la Constitution, alors que la Cour constitutionnelle n'a pas la compétence d'annuler la loi déclarée inconstitutionnelle ou d'en imposer une modification. »

« Sous l'angle de vue de la loi comme acte substantiel, le pouvoir prééminent que détient formellement le Grand-Duc dans l'exercice de la fonction législative apparaît comme étant limité tant par la teneur définitive que la Chambre des députés a donnée à la loi que par le contreseing ministériel faisant endosser aux membres du gouvernement signataires la responsabilité politique de la sanction-promulgation vis-à-vis du Parlement. »

Article 59

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.

Le second vote constitutionnel, qui a été introduit dans la Constitution en 1868, est une originalité luxembourgeoise. Contrairement au modèle bicaméral du régime parlementaire en place dans la plupart des démocraties modernes, le Constituant luxembourgeois a opté pour l'adoption des lois par une seule et même chambre qui est appelée à voter les lois qui sont soumises à son approbation selon le mécanisme d'un double vote.

La Constitution de 1841 avait déjà prévu un système parlementaire monocaméral mis en place - vu les circonstances politiques de l'époque - sans avoir été précédé d'un débat sur le pour ou le contre de la solution retenue. Concernant l'adoption des lois par l'Assemblée des Etats, la seule référence y est faite à l'article 23 de 1841 qui statue de façon péremptoire que « toute résolution est prise à la majorité des voix; le partage emporte rejet ».

L'idée du second vote constitutionnel a fait son apparition dans la Constitution de 1848 qui, à l'opposé du choix retenu dans la Constitution belge de 1831 d'un pouvoir législatif à deux chambres, a en raison des proportions réduites de notre pays opté pour un système unicaméral. Dans ces conditions, il convenait de suppléer par d'autres voies l'absence d'une seconde chambre.

Le principe même d'un régime monocaméral n'était pas mis en cause lors des travaux d'élaboration de la Constitution de 1848. Le rapport de la section centrale²⁵⁶ releva bien la lacune laissée par l'absence d'une deuxième chambre. Placée devant l'option alternative soit de soumettre tout projet de loi à un double vote soit de remplacer le double vote obligatoire par une commission de législation, « la section centrale conseilla l'institution d'une commission permanente de législation, à laquelle devaient être soumis tous les projets de loi et qui devait être composée de neuf membres. La Chambre abandonna le principe du double vote obligatoire et institua la commission de législation que les constitutions de 1856 et 1868 abolirent de nouveau. »²⁵⁷

256 « Les députés étaient répartis en quatre sections: administration générale, finances, instruction et cultes, travaux publics et économie. Chacune avait son rapporteur. Les quatre rapporteurs formaient la section centrale, qui désignait l'un de ses membres pour faire rapport aux Etats en séance plénière. » (Albert Calmes, *La création d'un Etat* (1841-1847), 1954, p. 187).

257 Nicolas Majerus, *Histoire du Droit dans le Grand-Duché de Luxembourg*, Tome deuxième, 1949, p. 749.

L'article 60 de la Constitution de 1848 avait le libellé suivant:

« Art. 60. Tout projet de loi, avant d'être présenté à la Chambre, est soumis à l'avis préalable d'une commission permanente de législation, composée de neuf membres, dont cinq sont nommés annuellement par la Chambre.

(...)

La Chambre peut décider qu'à raison de son importance, une loi sera soumise à un second vote pendant une session subséquente à fixer par elle. »

La Constitution de 1856 créait le Conseil d'Etat (cf. article 76, alinéa 2: « Il y aura, à côté du Gouvernement, un conseil appelé à délibérer sur les projets de loi et les amendements qui pourraient y être proposés... ») et supprimait en même temps l'obligation de soumettre tout projet de loi préalablement à sa présentation à la Chambre à l'avis d'une commission permanente de législation. Elle ne maintenait à l'article 60, devenu l'article 59, que le dernier alinéa disposant que « *L'Assemblée des Etats peut décider, qu'à raison de son importance, une loi sera soumise à un second vote pendant une session subséquente à fixer par elle* ».

La discussion sur l'introduction d'un système parlementaire bicaméral refit surface lors de l'élaboration de la Constitution de 1868. Après un débat approfondi sur les mérites des options en présence, l'idée de l'institution d'une deuxième chambre fut en définitive abandonnée comme en témoigne le rapport de la commission spéciale, nommée par l'Assemblée des Etats, qui, tout en ne méconnaissant pas la force des arguments présentés en faveur de la création de deux chambres législatives, jugea inopportun le changement préconisé notamment par le Conseil d'Etat, « parce que la mise en pratique de ce système paraît présenter trop d'inconvénients et de difficultés dans notre petit pays ».²⁵⁸ L'exposé des motifs du Gouvernement à l'appui du projet définitif abonda dans le même sens: « Les raisons que nous avons développées plus haut nous déterminent également à ne pas adopter la proposition faite par le Conseil d'Etat d'introduire dans la Constitution le système de deux Chambres. Nous reconnaissons parfaitement la force que fait valoir ce corps à l'appui de son opinion, mais nous sommes tellement portés pour une solution immédiate des questions politiques pendantes que nous renvoyons à l'application d'un principe que la théorie a établi et que la pratique de tous les Etats a consacré. »

La solution retenue finalement par la Constitution reprenait la rédaction proposée à titre de compromis par le Conseil d'Etat suite à différentes propositions avancées par l'Assemblée des Etats. En consacrant formellement le principe du deuxième vote constitutionnel, le libellé nouvellement introduit en 1868 à l'article 59 de la Constitution alla transformer profondément les systèmes institutionnels qui avaient été successivement en vigueur sous le régime des Constitutions de 1848 et 1856. Le texte proposé pour l'article 59 fut voté tel quel et a été maintenu jusqu'à nos jours.

258 Alex Bonn, *La Constitution oubliée*, « Le second vote constitutionnel », 1968, p. 6.

Le Constituant de 1868 concevait clairement le second vote constitutionnel comme devant compenser l'absence de deuxième chambre et voyait le délai entre les deux votes comme une période de réflexion et de discussion. Période de réflexion d'abord, dans le sens que l'intervalle prévu entre le premier et le second vote évite des choix intempestifs pris sous l'impression d'opportunités du moment que l'existence d'une deuxième chambre permettrait, le cas échéant, de corriger. Période de discussion ensuite, érigeant en arbitre l'opinion publique qui, sous l'effet de la publicité qu'entoure forcément le défaut de dispense du second vote, est avertie des motifs conditionnant l'utilité de l'adoption d'un projet de loi déterminé et les considérations qui, notamment à la lumière de l'avis du Conseil d'Etat, devraient s'y opposer. En examinant les propositions de texte de la première et de la deuxième sections de l'Assemblée des Etats qui avaient préparé la formulation définitive du libellé de l'article 59, le Conseil d'Etat nota que « l'adoption de l'une ou de l'autre de ces dispositions serait dans le cas de prémunir contre des résolutions précipitées et de permettre à l'opinion publique de se prononcer et aux Représentants du pays de se recueillir... Un second vote sera... la règle constitutionnelle, et c'est une précaution contre la précipitation et les entraînements d'une Chambre unique, dont la Constitution de 1848 dans son art. 60, et celle de 1856 dans son art. 59 avaient déjà reconnu la sagesse. »

La possibilité pour la Chambre et le Conseil d'Etat de s'entendre sur la dispense du second vote constitutionnel avait permis dès l'entrée en vigueur des nouvelles règles constitutionnelles d'appliquer ce principe avec la souplesse souhaitée. Ainsi, Alex Bonn²⁵⁹ note que, « à peine le second vote obligatoire introduit, la Chambre des Députés s'empessa de s'en défaire. La première loi à être votée après la promulgation de la nouvelle Constitution, la loi électorale du 30 novembre 1868, fut dispensée du second vote ». De son côté, le Conseil d'Etat ne vit pas d'inconvénient à cette façon d'appliquer le mécanisme de l'article 59, lorsqu'il constata que: « A l'appréhension que le Conseil d'Etat ne se prononçât trop facilement dans le sens d'un second vote et que ce procédé ne devînt en pratique la règle, on répondrait qu'il n'en serait d'abord pas ainsi pour tous les cas où les deux Assemblées seraient d'accord ou ne se trouveraient en dissidence que sur des points secondaires, ou bien lorsque les lois à édicter présenteraient de l'urgence; le Conseil d'Etat devrait toujours au surplus motiver ses avis de manière à les justifier devant l'opinion publique, et c'est là assurément une grande garantie contre son intervention abusive. Il est évident qu'il ne se laisserait guider que par des considérations graves, et alors aussi son action serait conforme à l'intérêt général ». Le Conseil d'Etat observait cette ligne de conduite depuis lors, comme le constate Alex Bonn:

« Le Conseil s'en tint effectivement à la règle de conduite qu'il avait proclamée. Emboîtant le pas à la Chambre des Députés, il dispensait régulièrement les lois du second vote constitutionnel.

259 Alex Bonn, op. cit., p. 10-11.

Ce n'est que très exceptionnellement que le contraire fut vrai. Encore, le Conseil d'Etat entoure-t-il son refus de dispense de précautions tendant à éviter la nécessité du second vote. En relisant les avis du Conseil, on se rend compte, en effet, qu'il prend soin d'annoncer son opposition irréductible à telle disposition d'un projet de loi d'où son intention de réclamer ultérieurement le second vote peut être facilement déduite. Le Parlement ne s'y est jamais mépris...

Par ailleurs, le Conseil d'Etat s'est laissé guider par le caractère plus ou moins grave de ses objections pour réclamer ou non la procédure du second vote. C'est avant tout à propos de textes que le Conseil estimait contraires à quelque disposition constitutionnelle qu'il faisait entendre ses avertissements solennels. Moins fréquemment des innovations de nature à entraîner une perturbation de l'ordre administratif se heurtaient à son opposition catégorique. »^{260, 261}

Ces avertissements solennels, en principe précurseurs d'un refus de dispense du second vote constitutionnel par le Conseil d'Etat, se traduisent en général par une « opposition formelle » formulée dans le cadre de ses avis en rapport avec un projet ou une proposition de loi. Entre le 9 octobre 2001 et le 13 juillet 2007, le Conseil d'Etat a ainsi émis 500 oppositions formelles, dont 322 (soit 64,4%) basées sur la Constitution, 118 (soit 23,6%) fondées sur les principes généraux du droit, 36 (soit 7,2%) motivées par le droit communautaire et 3 (soit 0,6%) justifiées par le droit international. Restent 21 (soit 4,2%) s'appuyant sur d'autres motifs de justification. Sur ces 21 cas, seuls 9 (c'est-à-dire 1,8% de l'ensemble des oppositions formelles) étaient fondés sur un motif isolé et de nature non juridique, les autres 12 dossiers cumulant les raisons justificatives. La très large majorité (presque 96%) des oppositions formelles est donc basée sur des motifs de droit et non sur des raisons d'opportunité ou autres. Depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, le Conseil d'Etat a prononcé quelque cinquante refus de dispense du second vote constitutionnel.²⁶²

Force est de souligner que l'article 59 de la Constitution n'oblige ni la Chambre des députés ni le Conseil d'Etat à motiver leur décision en matière d'octroi ou de refus de dispense du second vote constitutionnel. Ni l'une ni l'autre ne sont limités dans leur pouvoir d'appréciation.

260 Alex Bonn, op. cit., p. 13-14.

261 Exception confirmant la règle: l'adoption par deux votes successifs de la loi du 13 novembre 2002 portant transposition en droit luxembourgeois de la Directive 98/5/CE du Parlement Européen et du Conseil du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise (Mémorial A n° 140 du 17 décembre 2002, p. 3202; doc. parl. n° 4790).

262 Pierre Mores, L'article 59 de la Constitution - Mythe et réalité au sujet des « oppositions formelles » du Conseil d'Etat/*Hommage à Jacques Santer*, Luxembourg, 2007 (ISBN 978-2-87963-674-0), p. 223-228.

Pour le surplus, il n'existe aucun lien entre l'article 59 et l'article 83*bis* de la Constitution, et à plus forte raison avec les dispositions de la loi du 12 juillet 1996 qui régit les attributions du Conseil d'Etat en matière consultative. L'article 59 fait en effet partie du « Chapitre IV - De la Chambre des Députés », alors que l'article 83*bis* constitue le « Chapitre V*bis* - Du Conseil d'Etat » de la Constitution.²⁶³

263 *ibid.*, p. 228. Voir encore: Discours prononcé par le Président du Conseil d'Etat, à l'occasion du 150e anniversaire de l'Institution, le 27 novembre 2006, publié sur le site www.etat.lu/ce et dans la brochure publiée par le Service information et presse du Gouvernement, *Conseil d'Etat 1856-2006*, ISBN 978-2-87999-134-4, p. 27-31.

Article 95ter

(1) La Cour Constitutionnelle statue, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution.

(2) La Cour Constitutionnelle est saisie, à titre préjudiciel, suivant les modalités à déterminer par la loi, par toute juridiction pour statuer sur la conformité des lois, à l'exception des lois portant approbation de traités, à la Constitution.

(3) La Cour Constitutionnelle est composée du Président de la Cour Supérieure de Justice, du Président de la Cour administrative, de deux conseillers à la Cour de Cassation et de cinq magistrats nommés par le Grand-Duc, sur l'avis conjoint de la Cour Supérieure de Justice et de la Cour administrative. Les dispositions des articles 91, 92 et 93 leur sont applicables. La Cour Constitutionnelle comprend une chambre siégeant au nombre de cinq magistrats.

(4) L'organisation de la Cour Constitutionnelle et la manière d'exercer ses attributions sont réglées par la loi.

La création de la Cour constitutionnelle avec effet au 1^{er} octobre 1997²⁶⁴ remonte à la loi de révision du 12 juillet 1996,²⁶⁵ suivie et explicitée par la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la nouvelle juridiction.²⁶⁶ Elle avait été précédée par plusieurs initiatives novatrices qui, même si elles n'ont pas abouti, avaient nourri le débat qui amena le Constituant à adopter une réforme qui révolutionnait le système juridictionnel et institutionnel en place, se caractérisant jusque-là par l'absence de tout contrôle par les tribunaux judiciaires et administratifs de la constitutionnalité des lois.²⁶⁷ Parmi les sources d'« inspiration » de la proposition de loi relative à la Cour Constitutionnelle, déposée par le député Luc Frieden, le 15 octobre 1996, qui allait se révéler décisive en la matière,²⁶⁸ l'on peut évoquer, par ordre chronologique:²⁶⁹

264 Compte tenu du libellé du paragraphe 2 (« suivant les modalités à déterminer par la loi »), la saisine de la Cour constitutionnelle était en effet subordonnée à l'entrée en vigueur de la loi organique, fixée au 1^{er} octobre 1997, conformément à son article 31.

265 Mémorial A n° 45 du 12 juillet 1996, p. 1318; doc. parl. n° 4153.

266 Mémorial A n° 58 du 13 août 1997, p. 1724; doc. parl. n° 4218.

267 Voir « Miroirs et reflets... », infra, p. 573.

268 Doc. parl. n° 4218; sess. ord. 1996-1997.

269 Les différentes variantes sont reprises en annexe au présent commentaire.

- la proposition de révision de l'article 95 de la Constitution, déposée par le député Jean-Paul Rippinger, le 19 octobre 1992;²⁷⁰
- le projet de révision de l'article 95 de la Constitution, déposé par le président de la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle Georges Margue, le 24 mars 1994;²⁷¹
- l'avis du Conseil d'Etat du 6 mai 1994 sur le projet de révision de la Constitution;²⁷²
- le rapport présenté à la Chambre des députés par Francis Delpérée, professeur de droit constitutionnel, en septembre 1994.²⁷³

Toutes ces discussions se sont finalement soldées par la décision du Constituant de confier à une juridiction *ad hoc* le contrôle de la conformité des lois à la Constitution. Le Conseil d'Etat avait, quant à lui, maintenu jusqu'en fin de parcours sa préférence pour l'institution d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception aux mains des juridictions ordinaires.²⁷⁴

La Cour constitutionnelle est composée de neuf magistrats, tous nommés par le Grand-Duc. En sont de droit membres le Président de la Cour supérieure de justice, le Président de la Cour administrative ainsi que les deux conseillers à la Cour de cassation. Les cinq autres sont désignés sur avis conjoint de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative.

La Cour constitutionnelle est présidée par le président de la Cour supérieure de justice.

Tous les membres continuent à exercer leurs fonctions à leur juridiction d'origine tout en étant inamovibles ès qualité de juges constitutionnels (cf. article 91 de la Constitution qui est applicable en l'espèce).

270 Doc. parl. n^{os} 3685 et 3686; sess. ord. 1992-1993.

271 Doc. parl. n^o 3914; sess. ord. 1993-1994.

272 Doc. parl. n^{os} 3895-3913¹/36851, 3686¹, 3914¹/39221-3925¹; sess. ord. 1993-1994, p. 22- 26.

273 Doc. parl. N^o 3914^{1A}; sess. ord. 1994-1995.

274 Son approche restait foncièrement cohérente avec le contrôle de conventionnalité pratiqué au Luxembourg. En effet, « ce contrôle de la compatibilité avec les traités restera, au regard du texte du nouvel article 95^{ter} qu'il est proposé d'ajouter à la Constitution, de la compétence exclusive des juridictions judiciaires et administratives. Les juridictions judiciaires ou administratives saisies à la fois d'un moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une disposition légale et de l'incompatibilité de cette même disposition légale avec un traité, notamment dans le domaine des libertés individuelles garanties aussi bien par les normes constitutionnelles et par les dispositions d'une convention internationale, peuvent-elles s'abstenir de renvoyer l'affaire devant la Cour constitutionnelle pour voir exercer un contrôle incident de la constitutionnalité de la loi, au motif que, du point de vue incidence sur la solution du litige, il suffira d'examiner la compatibilité de la règle interne à la norme internationale? Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme, concurrence ou complémentarité (il est renvoyé à ce sujet aux actes de la IXe conférence des Cours constitutionnelles européennes qui s'est tenue à Paris en mai 1993)? » (Avis du Conseil d'Etat du 9 mai 1996; doc. parl. n^o 41531, sess. ord. 1995-1996, p. 5).

Conformément à l'article 95^{ter} de la Constitution, la Cour constitutionnelle est compétente pour statuer, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution, à l'exception de celles portant approbation de traités.

Selon l'exposé des motifs, cette restriction a été dictée par des considérations tirées du droit des gens. En effet, une fois le traité dûment approuvé et ratifié, l'Etat se trouve engagé sur le plan international et, en droit interne, les dispositions conventionnelles l'emportent sur l'ensemble du droit national. A cela s'ajoute qu'il existe un contrôle de constitutionnalité *a priori*, par le Conseil d'Etat et la Chambre des députés, de l'engagement international et de sa loi d'approbation.²⁷⁵

Le terme « loi » est à prendre dans son acception formelle. La Cour constitutionnelle ne saurait partant être amenée à apprécier directement la conformité d'une norme infra-légale²⁷⁶ à la Constitution.²⁷⁷ Le Conseil d'Etat s'est par contre interrogé si les juridictions judiciaires et administratives ne pourraient pas, sur la base de l'article 95 de la Constitution, étendre à la constitutionnalité en général le contrôle de légalité qu'elles exercent incidemment à l'égard des arrêtés et règlements généraux et locaux.²⁷⁸ Telle est en effet la pratique en Belgique opérant sur le fondement de l'article 159 de la Constitution belge qui est le pendant de notre article 95.²⁷⁹ Force est de souligner que cette dernière solution a été consacrée, voire dépassée par la jurisprudence administrative luxembourgeoise « considérant que seules les questions de la conformité de la loi proprement dite à la Constitution relèvent de la Cour Constitutionnelle, de sorte que le tribunal saisi est compétent pour analyser la compatibilité entre elles de deux ou plusieurs dispositions de la Constitution et est appelé à en déterminer les champs d'application respectifs, de même qu'il lui appartient de résoudre les questions de conformité de règlements d'administration publique et communaux par rapport à la norme constitutionnelle ».²⁸⁰

275 Doc. parl. n° 4153; sess. ord. 1995-1996, p. 4.

276 Tels un règlement grand-ducal ou encore une règle édictée sur la base des articles 11, paragraphe 6, alinéa 2, 107, paragraphe 3 et 108^{bis} de la Constitution.

277 Dans ce sens, jugement du tribunal administratif du 28 octobre 1998, n° 10589:

« Considérant que l'article 95^{ter}(1) de la Constitution prévoit que la Cour Constitutionnelle statue, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution;

Qu'il s'ensuit que la Cour Constitutionnelle est incompétente pour statuer sur la conformité d'un règlement grand-ducal à la Constitution, question réservée par l'article 95 de la Constitution aux cours et tribunaux, lesquels ne sont appelés à appliquer les arrêtés et règlements généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois; ».

278 Doc. parl. n° 4153¹; sess. ord. 1995-1996, p. 5.

279 Article 159 de la Constitution belge:

« **Art. 159.** Les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois. »

Pour être régulier au regard de l'article 159, l'acte administratif en cause « doit respecter les normes auxquelles le droit prête une valeur supérieure, à savoir la loi, le traité international et la Constitution. (...) [Ce] refus d'application est exigé chaque fois que l'acte administratif en cause contrevient à une norme de valeur supérieure, la mention faite 'aux lois' n'étant pas ici réservée aux normes qui sont l'œuvre du pouvoir législatif fédéral. » (Marc Verdussen (dir.), *La Constitution belge*, Lignes & Entreliques, 2004, commentaire ad article 159, par David Rinders, p. 353-354).

280 Tribunal administratif, 8 octobre 2001, n° 13445. Argumentation non contredite par l'arrêt d'appel de la Cour administrative du 7 mai 2002, n° 14197C.

La Cour se prononce par voie d'arrêt sur la conformité de la loi à la Constitution.²⁸¹ Le Constituant n'ayant ainsi ni précisé, ni limité le cadre et les éléments à prendre en considération dans ce contexte, le Conseil d'Etat avait frappé d'opposition formelle le texte de la proposition de loi complétive ayant prévu que « [la Cour] n'a pas égard aux faits de la cause [et] se prononce de manière abstraite sur la conformité à la Constitution des dispositions qui lui sont déferées ».²⁸²

La saisine de la Cour est régie par l'article 95^{ter}, paragraphe 2 de la Constitution, ensemble l'article 6 de la loi organique précitée du 27 juillet 1997. Ainsi que l'a précisé la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, dans son rapport du 20 juin 1997:

« (...) toute juridiction devant laquelle une question de constitutionnalité est soulevée doit saisir la Cour Constitutionnelle. Il convient de relever que le renvoi n'est possible que s'il est fait par une juridiction²⁸³ de l'ordre judiciaire ou administratif et non par une autre instance, par exemple un collège arbitral.²⁸⁴

Par exception au principe de saisine obligatoire, les juridictions seront dispensées de soumettre la question de constitutionnalité à la Cour Constitutionnelle dans les trois hypothèses suivantes:

- si elles estiment qu'une décision sur la question de constitutionnalité n'est pas nécessaire pour rendre leur jugement; ou bien,
- si elles estiment que la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement; ou bien,
- si la Cour Constitutionnelle a déjà statué sur une question ayant le même objet.

Ainsi seront écartées les questions de constitutionnalité qui ne sont point sérieuses ou qui n'ont pas d'incidence sur la solution du litige. Il convient en effet d'éviter que le procès qui donne lieu au renvoi soit inutilement retardé par la question préjudicielle. La simple faculté du renvoi même dans l'hypothèse où la Cour Constitutionnelle a déjà statué sur la même question permet, d'un côté, d'éviter de renvoyer, et donc de surseoir à statuer, surtout lorsque le renvoi sur une question identique a été fait dans un passé récent ou dans une affaire similaire; d'autre part, elle permet, si

281 C'est le texte constitutionnel applicable au moment de l'entrée en vigueur de la disposition légale critiquée qui constitue la norme de référence dans le cas d'espèce considéré. C'est du moins ce qui ressort de l'arrêt n° 28/05 du 23 décembre 2005 (publié au Mémorial A n° 1 du 5 janvier 2006, p. 2 et s.) de la Cour constitutionnelle où il est en effet « dit que l'article 18(2) de la loi modifiée du 29 avril 1983 concernant l'exercice de la profession de médecin, médecin-dentiste et médecin-vétérinaire n'est pas conforme à l'article 36 ancien de la Constitution » (donc antérieur à la révision constitutionnelle du 19 novembre 2004).

282 cf. Article 24 de la proposition initiale.

283 Le terme « juridiction » doit être appréhendé dans son acception la plus large pour comprendre également les juridictions d'instruction, telle la chambre du conseil de la Cour d'appel (voir Arrêt n° 37/06 visé dans la Note 287).

284 Thèse contredite par la Cour constitutionnelle qui, par son arrêt n° 28/05 précité du 23 décembre 2005, a admis la recevabilité d'une décision de renvoi rendue par le conseil de discipline du Collège médical. Dans son arrêt 23/04 du 3 décembre 2004 (publié au Mémorial A n° 201 du 23 décembre 2004, p. 2960 et s.), elle avait déjà déclaré recevable une question préjudicielle posée par le Conseil disciplinaire et administratif d'appel des avocats.

besoin est, de faire évoluer dans le temps la jurisprudence constitutionnelle par un nouveau renvoi. Conformément à l'article 15 de la proposition de loi, il convient toutefois de souligner qu'un seul renvoi est possible par affaire: si, à titre d'exemple, le tribunal d'arrondissement a procédé au renvoi, un nouveau renvoi n'est pas possible en instance d'appel ou en cassation, l'arrêt rendu par la Cour Constitutionnelle liant toutes les juridictions appelées à statuer dans la même affaire.

Suite à une observation du Conseil d'Etat, il est encore prévu qu'au cas où une juridiction estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, toute juridiction a l'obligation, et non pas la simple faculté, comme prévu dans la version initiale de la proposition de loi, de soulever d'office la question de constitutionnalité et d'en saisir la Cour Constitutionnelle. Afin d'assurer le bon déroulement de la justice, la question préjudicielle n'est posée qu'à la suite d'un débat contradictoire. »²⁸⁵

A noter que la question préjudicielle doit indiquer avec précision les dispositions législatives et constitutionnelles sur lesquelles elle porte²⁸⁶ et « la Cour Constitutionnelle n'est pas habilitée à substituer une autre règle constitutionnelle à celle précisée par la juridiction de renvoi ». ²⁸⁷

Devant la Cour constitutionnelle, le principe du contradictoire s'applique conformément à l'article 11 de sa loi organique. Les arrêts de la Cour sont motivés (article 13 de la loi du 27 juillet 1997) et lient tant la juridiction qui a posé la question préjudicielle que toutes les autres juridictions appelées à statuer dans la même affaire (article 15 du même texte légal). L'arrêt rendu dans une affaire déterminée n'a donc qu'un effet relatif. Il n'agit pas *erga omnes*. Dans la mesure où les juges du fond sont dispensés de poser une question préjudicielle relative à une disposition législative contestée quant à sa constitutionnalité lorsque la question a déjà été tranchée par la Cour constitutionnelle (article 6, alinéa 2, lettre c) de la loi), l'arrêt peut cependant, dans ces circonstances, dépasser l'effet *inter partes* ci-avant décrit. A noter d'ailleurs que les arrêts sont publiés au Mémorial dans les trente jours de leur prononcé (article 14 de la loi).

Il est significatif qu'à différentes reprises il a été jugé utile de préciser que l'institution de la Cour constitutionnelle laisse intacte la souveraineté parlementaire. Il a ainsi été souligné qu'« il appartiendra toujours aux représentants élus du peuple de lever l'obstacle que la loi rencontre dans la Constitution et que la Cour Constitutionnelle lui oppose, en révisant la Constitution ». ²⁸⁸ Si donc la Cour, en interprétant la Constitution, risque par la force des choses « parfois d'exprimer des choix politiques, il ne faut jamais oublier

285 Doc. parl. n° 4218⁹, sess. ord. 1996-1997, p. 10-11.

286 Arrêt 2/88 du 13 novembre 1998; Mémorial A n° 102 du 8 décembre 1998, p. 2500 et s.

287 Arrêt 37/06 du 17 novembre 2006; Mémorial A n° 220 du 20 décembre 2006, p. 3784 et s.

288 Exposé des motifs de la proposition Frieden; doc. parl. n° 4153, sess. ord. 1995-1996, p. 4.

qu'elle n'a pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique au pouvoir législatif ou constituant. Elle ne sera jamais à l'origine des politiques; elle ne fera que réagir aux questions qui lui sont renvoyées par les tribunaux. La Constituante et le législateur pourront toujours modifier les textes se trouvant à la base de la décision de justice constitutionnelle. »²⁸⁹ Force est de relever qu'ils n'y sont pas juridiquement obligés.

289 Rapport de la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle du 13 juin 1996; doc. parl. n° 4153⁴, sess. ord. 1995-1996, p. 3.
Voir en outre: Rapport de la même commission parlementaire remis le 20 juin 1997; doc. parl. n° 4218⁹, sess. ord. 1996-1997, p. 7.

Annexe à la présentation de l'article 95^{ter}

1° Proposition Rippinger

« Les cours et tribunaux ainsi que les juridictions administratives n'appliquent les lois et traités qu'autant qu'ils sont conformes à la Constitution.

Ils n'appliquent les arrêtés et règlements généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois et à la Constitution.

La Cour supérieure de justice règle les conflits d'attribution d'après le mode déterminé par la loi.

Pour exercer le contrôle de la constitutionnalité des lois et des traités, il est institué une Cour constitutionnelle dont la composition, la compétence et le fonctionnement sont déterminés par la loi.

La Cour constitutionnelle statue par voie d'arrêt sur:

1° la conformité des lois et des traités à la Constitution avant leur promulgation;

2° la violation par une loi ou un traité des dispositions et principes de la Constitution.

La Cour constitutionnelle peut être saisie par toute autorité que la loi désigne, par toute personne justifiant d'un intérêt ou, à titre préjudiciel, par toute juridiction. »

2° Proposition Margue

« Les juridictions judiciaires et administratives n'appliquent les lois qu'autant qu'elles sont conformes à la Constitution.

Le juge saisi d'une exception d'inconstitutionnalité d'une loi, qui lui paraît justifiée, renvoie cette question devant la Cour de Cassation qui statue selon la procédure déterminée par la loi.

Les juridictions n'appliquent les arrêtés et règlements généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes à la Constitution et aux lois. La Cour supérieure de justice règle les conflits d'attribution d'après le mode déterminé par la loi. »

3° Avis du Conseil d'Etat

« Les juridictions judiciaires et administratives n'appliquent les lois qu'autant qu'elles sont conformes à la Constitution. Elles n'appliquent les arrêtés et règlements généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes à la Constitution et à la loi. - La Cour supérieure de justice réglera les conflits d'attribution d'après le mode déterminé par la loi. »

4° Rapport Delpérée

« Article 95

Les juridictions judiciaires et administratives appliquent la Constitution et la loi. Toutefois, elles n'appliquent pas celles qui ont fait l'objet d'un constat de non-conformité à la Constitution.

Les juridictions judiciaires et administratives n'appliquent les arrêtés et règlements généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes à la Constitution et aux lois.

Article 95bis

Il est pourvu par la loi à l'organisation d'un Tribunal constitutionnel.

Ce Tribunal statue, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution.

Le Tribunal peut être saisi, à titre préjudiciel, par toute juridiction.

Article 95ter

Le Tribunal constitutionnel statue, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois d'approbation des traités à la Constitution.

Le Tribunal peut être saisi, dans un délai de soixante jours, par toute autorité que la loi désigne (ou par toute personne intéressée). Il rend un arrêt dans les trente jours.

Si le Tribunal constate l'invalidité de la loi d'approbation visée à l'article 37, al. 1^{er} et 2, de la Constitution, il en prononce l'annulation.

Article 95quater

La Cour supérieure de justice règle les conflits d'attribution d'après le mode déterminé par la loi. »

5° Proposition Frieden

« Article 95ter

La Cour Constitutionnelle statue, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution.

La Cour Constitutionnelle peut être saisie, à titre préjudiciel, par toute juridiction pour statuer sur la conformité des lois, à l'exception des lois portant approbation de traités, à la Constitution.

La Cour Constitutionnelle est composée du Président de la Cour Supérieure de Justice, du Président de la Cour administrative et fiscale, de deux conseillers à la Cour de Cassation et de trois magistrats nommés par le Grand-Duc, sur l'avis conjoint de la Cour Supérieure de Justice et de la Cour administrative et fiscale. Les dispositions des articles 91, 92 et 93 leur sont applicables. La Cour Constitutionnelle comprend une chambre siégeant au nombre de cinq magistrats.

L'organisation de la Cour Constitutionnelle et la manière d'exercer ses attributions sont réglées par la loi. »

*Chapitre VIII. - Des Finances*²⁹⁰

Article 99

Aucun impôt au profit de l'Etat ne peut être établi que par une loi. - Aucun emprunt à charge de l'Etat ne peut être contracté sans l'assentiment de la Chambre. - Aucune propriété immobilière de l'Etat ne peut être aliénée si l'aliénation n'en est autorisée par une loi spéciale. Toutefois une loi générale peut déterminer un seuil en dessous duquel une autorisation spéciale de la Chambre n'est pas requise. - Toute acquisition par l'Etat d'une propriété immobilière importante, toute réalisation au profit de l'Etat d'un grand projet d'infrastructure ou d'un bâtiment considérable, tout engagement financier important de l'Etat doivent être autorisés par une loi spéciale. Une loi générale détermine les seuils à partir desquels cette autorisation est requise. - Aucune charge grevant le budget de l'Etat pour plus d'un exercice ne peut être établie que par une loi spéciale. - Aucune charge, aucune imposition communale ne peut être établie que du consentement du conseil communal. - La loi détermine les exceptions dont l'expérience démontrera la nécessité relativement aux impositions communales.

Dans la Constitution de 1841, on ne retrouve que des embryons de certaines dispositions de l'article 99 de notre Loi fondamentale actuelle. Ainsi, par exemple, l'article 27 prévoyait que l'assentiment des Etats était requis pour tout changement à introduire dans les lois sur les impôts. De même, l'article 29 disposait que le concours des Etats était nécessaire pour la confection du budget de l'Etat.

Ce n'est que la Constitution de 1848 qui, sous un Chapitre VIII.- « Des finances » a introduit les grandes lignes des dispositions actuelles grâce à un article 103 libellé comme suit: « *Aucun impôt au profit de l'Etat ne peut être établi que par une loi. - Aucune charge, aucune imposition communale ne peut être établie que du consentement du conseil communal. - La loi détermine les exceptions dont l'expérience démontrera la nécessité, relativement aux impositions communales.* »

Cet article est devenu l'article 99 dans la Constitution de 1856, mais sa teneur n'a pas été modifiée.

La Constitution de 1868 a ajouté à l'article 99 les 2e, 3e, 4e et 5e phrases suivantes: « *Aucun emprunt à charge de l'Etat ne peut être contracté sans l'assentiment de la Chambre. - Aucune propriété immobilière de l'Etat ne peut être aliénée, si l'aliénation n'en est autorisée par la loi. - Nulle création au profit de l'Etat d'une route, d'un canal,*

290 Le Chapitre VIII de la Constitution comprend les articles 99 à 106.

d'un chemin de fer, d'un grand pont ou d'un bâtiment considérable, ne peut être décrétée qu'en vertu d'une loi spéciale. - Aucune charge grevant le budget de l'Etat pour plus d'un exercice ne peut être établie que par une loi spéciale. »

Ces textes semblent trouver leur source dans la volonté d'élargir au maximum les prérogatives de la Chambre par rapport au pouvoir exécutif. L'article 99 ainsi conçu énonçait un certain nombre de règles fondamentales relatives au fonctionnement de l'Etat et au domaine de compétence de la Chambre des députés. Il consacrait notamment la primauté de la représentation nationale sur l'exécutif en matière de décisions relatives aux finances publiques.

Aucun impôt au profit de l'Etat ne peut être établi que par une loi.

Cette règle, qui s'inspire de la Constitution belge de 1831, reprend le principe féodal du consentement à l'impôt. Si les ressources propres provenant du produit de ses domaines et de la concession ne suffisaient pas à faire face aux charges, le souverain était obligé de réunir ces vassaux en assemblée pour leur demander des ressources nouvelles. Le droit de contrôler les dépenses découlait du pouvoir de voter l'impôt, alors que le souverain pouvait plus facilement recueillir l'assentiment de l'assemblée pour de nouvelles taxes s'il pouvait indiquer l'affectation de celles-ci. Les deux règles fondamentales du droit financier moderne, l'autorisation de percevoir l'impôt et le contrôle de la dépense publique, étaient appliquées en Angleterre dès l'adoption du Bill of Rights de 1688 à la suite de la victoire du Parlement dans les luttes qui l'opposaient au monarque.²⁹¹ Pour le Constituant belge, « La Constitution d'un peuple libre », disait le comte de Theux, « doit le préserver d'impôts arbitraires et assurer l'emploi fidèle de ceux qui sont légalement perçus. »²⁹²

La disposition sous revue fait des impôts une matière réservée à la loi formelle. La loi introduit l'impôt et en détermine les éléments constitutifs: matière imposable, redevables, base d'imposition et tarifs. Il est admis que le législateur peut abandonner au pouvoir exécutif les modalités d'application.²⁹³

La théorie évoquée à l'alinéa qui précède a été concrètement illustrée dans un arrêt de la Cour constitutionnelle du 2 mars 2007 (s.a. Brasserie Fischer et Jet Import N.V. c/ Etat du Grand-Duché de Luxembourg), dans lequel il a été retenu qu'en matière fiscale la loi doit fixer les règles essentielles concernant l'assiette, le taux et le recouvrement de l'impôt.²⁹⁴ En effet, la Cour a estimé en relation avec l'interprétation des articles 32(3) et 99,

291 Pierre Lalumière, *Les finances publiques*, 1971, p. 33.

292 Rapport de la section centrale, Emile Huytens, *Discussions du Congrès national de Belgique* (1830-1831), 1844-1845, t. IV, p. 105.

293 Voir Jean OLINGER, « Introduction à l'étude du droit fiscal luxembourgeois », in: *Etudes fiscales 1.9.1994*, Chapitre IV.- Dispositions constitutionnelles relatives aux impôts, p. 51 et s.

294 Cour constitutionnelle, arrêt n° 38/07 du 2 mars 2007; Mémorial A n° 36 du 15 mars 2007, p. 742.

première phrase de la Constitution, que les réserves de la loi énoncées par la Constitution impliquent que nul, sauf le pouvoir législatif, ne peut valablement disposer des matières érigées en réserve, mais qu'il est satisfait à la réserve constitutionnelle si la loi se borne à tracer les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire la mise en œuvre du détail.

Aucun emprunt à charge de l'Etat ne peut être contracté sans l'assentiment de la Chambre. - Aucune propriété immobilière de l'Etat ne peut être aliénée si l'aliénation n'est autorisée par une loi spéciale. Toutefois une loi générale peut déterminer un seuil en dessous duquel une autorisation spéciale de la Chambre n'est pas requise. - Toute acquisition par l'Etat d'une propriété immobilière importante, toute réalisation au profit de l'Etat d'un grand projet d'infrastructure ou d'un bâtiment considérable, tout engagement financier important de l'Etat doivent être autorisés par une loi spéciale. Une loi générale détermine les seuils à partir desquels cette autorisation est requise.

La commission spéciale nommée par l'Assemblée des Etats pour examiner préalablement le projet de loi sur la révision de la Constitution de 1868 avait proposé d'insérer dans l'article 99 les principes suivants: « *Aucun emprunt à charge de l'Etat ne peut être contracté, aucune propriété immobilière de l'Etat ne peut être aliénée sans l'assentiment de la Chambre; aucune construction publique à charge du Trésor de l'Etat ne peut être décrétée qu'en vertu d'une loi spéciale réglant en même temps le mode d'exécution; aucune charge grevant le budget de l'Etat pendant plus d'une année ne peut être établie que par une loi spéciale.* »²⁹⁵

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 mars 1868, a approuvé ces principes, sauf qu'il exigea d'omettre dans la disposition constitutionnelle concernant les constructions publiques les mots relatifs au mode d'exécution, alors qu'il est admis dans tout pays constitutionnel que l'exécution des lois appartient au pouvoir exécutif.

Pour ne pas laisser subsister de doute quant à la portée de l'assentiment de la Chambre des députés prévu à la deuxième phrase de l'article 99, la section centrale précisa dans son rapport définitif du 2 mai 1868 que toute aliénation de la propriété immobilière de l'Etat doit être autorisée par la loi. De même, elle estima que la disposition relative aux constructions publiques était trop vague et trop générale, alors qu'il y aurait lieu de distinguer entre les grands travaux et ceux de moindre envergure afin de dispenser les constructions peu importantes (10.000 francs de l'époque) du vote d'une loi spéciale. Elle voulut surtout mettre la Chambre en garde « contre la facilité avec laquelle jusqu'ici, lors du vote du budget, des crédits furent accordés pour des constructions nouvelles dont on n'avait présenté ni les plans, ni les devis estimatifs. De cette manière le pays

295 cf. Compte rendu des séances de l'Assemblée des Etats, sess. ord. et extraord. 1867-1868, Annexes.

s'est souvent vu engagé dans des dépenses qui excédaient toutes prévisions et qui eussent été évitées, si la somme nécessaire avait été votée en une fois sur le vu des plans et devis. »

Finalement, la section centrale suggéra de rédiger la phrase y relative comme suit: « *Nulle création au profit de l'Etat d'une route, d'un canal, d'un chemin de fer, d'un grand pont ou d'un bâtiment considérable, ne peut être décrétée qu'en vertu d'une loi spéciale.* »

Comme les engagements financiers de l'Etat qui devaient faire l'objet d'une autorisation législative ne correspondaient plus à l'importance véritable de ces opérations, la Chambre des députés déclara révisables les phrases 3 et 4 de l'article 99 dans sa séance du 30 mai 1984.

En effet, jusque-là, p.ex. les aliénations de petites parcelles immobilières avaient toujours dû être soumises au Parlement. Il s'y ajoute que les textes légaux avaient permis au Gouvernement de contracter des obligations très onéreuses pour l'Etat sans autorisation spéciale de la Chambre des députés.

Les dispositions sujettes à révision concernaient donc plus particulièrement la question de la surveillance du patrimoine de l'Etat par le pouvoir législatif.

Selon l'exposé des motifs du projet de révision déposé le 19 juillet 1988 par la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, il s'agissait surtout de retenir parmi les hypothèses, dans lesquelles la Chambre doit obligatoirement être consultée par le Gouvernement, les acquisitions entraînant des dépenses très importantes et les garanties données par l'Etat qui constituent une dépense potentielle, d'une part, et d'éviter le blocage du fonctionnement des pouvoirs publics en n'exigeant l'autorisation de la Chambre des députés que pour l'aliénation, l'acquisition ou les constructions d'une importance certaine, d'autre part.²⁹⁶ La commission recommanda de laisser à la loi le soin de déterminer les seuils à partir desquels le législateur doit intervenir qui peuvent différer d'une matière à l'autre et qui doivent être relativement élevés pour éviter des problèmes pratiques. Elle insista à ce que le législateur fixe effectivement les seuils prévus par la Constitution pour prévenir toute insécurité juridique préjudiciable au bon fonctionnement des institutions. Finalement, la commission proposa de substituer à la phrase 4 de l'article 99 le terme générique « *projet d'infrastructure* » aux expressions « *route, canal, chemin de fer et pont* ».

296 Le seuil d'application de cette « importance certaine » commençait selon un avis du Conseil d'Etat du 3 mai 1978 à 20 millions de francs.

Dans son avis du 14 février 1989, le Conseil d'Etat souligna que si l'administration du patrimoine et la gestion des finances publiques sont du ressort du pouvoir exécutif, la Constitution réserve en cette matière un rôle important à l'intervention et au contrôle du pouvoir législatif. Il se rallia aux arguments avancés par la commission et approuva les textes proposés tout en suggérant de remplacer devant l'expression « *projet d'infrastructure* » le mot « *création* », qui ne convient plus, par celui de « *réalisation* » seyant mieux à la réalité visée.

L'objet du projet de révision se résumait au constat qu'une autorisation spéciale du Parlement n'est plus requise tant en ce qui concerne les aliénations immobilières que les réalisations d'infrastructure ou de bâtiments considérables pour les projets se situant en dessous d'un certain seuil fixé par la loi, alors que cette autorisation deviendra obligatoire pour les acquisitions de propriétés immobilières importantes et les engagements financiers importants de l'Etat, pour autant qu'ils se situent au-delà du seuil légal. La commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle recommanda, dans son rapport du 17 mars 1989, l'adoption de la version suivante du projet qui fut finalement retenue par la loi du 16 juin 1989 portant révision de l'article 99, troisième et quatrième phrases, de la Constitution:

Les troisième et quatrième phrases de l'article 99 de la Constitution sont remplacées par les dispositions suivantes: « *Aucune propriété immobilière de l'Etat ne peut être aliénée si l'aliénation n'est autorisée par une loi spéciale. Toutefois une loi générale peut déterminer un seuil en dessous duquel une autorisation spéciale de la Chambre n'est pas requise. - Toute acquisition par l'Etat d'une propriété immobilière importante, toute réalisation au profit de l'Etat d'un grand projet d'infrastructure ou d'un bâtiment considérable, tout engagement financier important de l'Etat doivent être autorisés par une loi spéciale. Une loi générale détermine les seuils à partir desquels cette autorisation est requise.* »

Aucune charge grevant le budget de l'Etat pour plus d'un exercice ne peut être établie que par une loi spéciale.

Cette disposition consacre le principe de l'annualité des dépenses. Le droit de contrôler les dépenses constitue le corollaire du droit du Parlement de fixer les impôts. L'autorisation annuelle des dépenses fournit au pouvoir législatif une arme puissante à l'égard du pouvoir exécutif. Dans le contexte de notre Constitution, c'est le seul moyen de concrétiser le principe du régime de la démocratie parlementaire, établi par l'article 51. Si la Chambre des députés n'a plus confiance dans le Gouvernement, elle peut lui retirer les moyens à son action en refusant de voter le budget. Comme dans tous les autres pays européens, le contrôle des dépenses a fait l'enjeu de luttes politiques entre le pouvoir monarchique et le pouvoir parlementaire.

Aussi n'est-il pas étonnant que sous l'empire de la Constitution de 1856 il était dit: « Le budget des recettes et des dépenses ordinaires et constantes, et en général de toutes celles qui sont nécessaires pour assurer la marche régulière des services publics, est établi d'une manière permanente par la loi. - Le budget des recettes et des dépenses non permanentes est établi chaque année par une loi spéciale » (article 104, alinéas 1 et 2).

C'est la Constitution de 1868 qui a introduit le dispositif actuel.

Le principe de l'annualité convient aux dépenses administratives courantes (dépenses en personnel, dépenses de consommation). Toutefois, en matière d'intervention économique de la puissance publique et particulièrement en matière d'investissements publics d'une grande ampleur, qui ne peuvent se réaliser que sur une longue période dépassant le cadre annuel, il s'avère trop contraignant. Aussi le Constituant a-t-il prévu la possibilité de déroger au principe de l'annualité par loi spéciale. Cette possibilité est utilisée par le législateur notamment dans le cadre des fonds spéciaux pour investissements publics.

Aucune charge, aucune imposition communale ne peut être établie que du consentement du conseil communal. - La loi détermine les exceptions dont l'expérience démontrera la nécessité relativement aux impositions communales.

Les deux dernières phrases de l'article 99, qui sont restées inchangées depuis leur introduction par la Constitution de 1848, soulèvent certaines questions quant à la définition de l'imposition communale, quant au pouvoir du conseil communal et quant à l'interprétation de la dernière phrase qui, jusqu'à présent, ne semble pas encore avoir suscité de commentaires ni avoir reçu une application pratique en matière légale. Sachant qu'en 1848 les deux dernières phrases de l'article 99 actuel formaient avec la première phrase de cet article l'article 103 qui figurait sous le Chapitre VIII.- « *Des finances* », alors que le Chapitre IX.- « *Des communes* » énonçait les principes qui règlent les institutions communales, il faut lire l'article 99 actuel qui concerne la gestion financière de l'Etat comme ne pouvant contraindre les communes, sauf exception légale, à établir des impôts prélevés au profit de l'Etat qu'avec le consentement des conseils communaux.

Que faut-il entendre de manière précise par imposition communale? On peut rappeler à cet égard la définition:²⁹⁷ « Les impositions communales présentent tous les caractères de véritables impôts: ce sont des prestations en argent que l'autorité publique impose aux particuliers pour subvenir aux dépenses d'utilité générale ou locale, ce sont des impôts levés par voie d'autorité pour être affectés à des services publics. Ce sont encore des impôts directs parce qu'ils sont prélevés directement sur les citoyens qui en supportent la charge et ils saisissent périodiquement une portion de son revenu, ils s'appliquent à une

297 *La Révision de la Constitution*, Supplément au Compte rendu des séances de la Chambre des députés, sess. ord. 1912-1913, vol. 3, Annexes, p. 136.

situation durable et permanente et ils sont portés au rôle annuel et ils se règlent par exercice. »

Aujourd'hui les recettes fiscales communales sont de trois sortes. En premier lieu, les impôts réels d'origine allemande, c'est-à-dire l'impôt commercial (Gewerbesteuer) et l'impôt foncier (Grundsteuer). Il s'agit de deux impôts perçus dans toutes les communes du pays. Ensuite, les impôts et taxes des communes dont les uns sont perçus dans toutes les communes (p.ex. la taxe sur les chiens ou la taxe sur la déclaration de résidence des étrangers) et les autres ne sont perçus que si le conseil communal a décidé leur introduction dans la commune. Enfin, les communes participent, par le truchement du fonds communal de dotation financière, aux recettes de certains impôts de l'Etat.

N'y a-t-il pas une certaine contradiction entre l'article 99 prévoyant qu'aucune imposition communale ne peut être établie que du consentement du conseil communal, la loi déterminant les exceptions (« volet passif de l'autonomie financière des communes ») et le paragraphe 3 de l'article 107 de la Constitution disposant que le conseil communal peut établir des impositions communales, sous l'approbation du Grand-Duc (« volet actif de l'autonomie financière des communes »)? Quelle est dans ce contexte la substance véritable de l'autonomie financière communale?

Une jurisprudence a décidé que, sauf disposition légale contraire, les conseils communaux ont en principe, conformément aux articles 99 et 102 de la Constitution, la faculté d'établir les impôts municipaux qu'ils veulent, s'il n'est pas porté atteinte à la règle de l'égalité devant l'impôt édictée par l'article 101 de la Constitution (Cour, 25 juillet 1933, Pas. 13, p. 45). Cette jurisprudence retient encore qu'en vertu de l'article 35, point 5 de la loi communale²⁹⁸ du 24 février 1843, donc antérieure à la Constitution de 1848 qui a introduit les deux dernières phrases de l'article 99, l'approbation du ministre de l'Intérieur est suffisante par rapport à un règlement communal qui ne concerne que la perception d'une imposition légalement existante. Toutefois, l'approbation du Grand-Duc sur avis du ministre est nécessaire, d'après l'article 107 de la Constitution et l'article 34, point 5 de la prédite loi communale,²⁹⁹ pour les règlements communaux portant établissement d'un impôt nouveau ou changement du principe et des modalités de l'imposition même.

La jurisprudence a estimé pareillement que lorsqu'un règlement communal crée des emplacements pour le stationnement des véhicules et soumet l'usage de ces places de parking au paiement d'une taxe, pareille taxe, perçue à l'occasion d'un service spécial rendu, constitue une taxe rémunératoire, laquelle n'est toutefois pas à considérer comme taxe de remboursement, c'est-à-dire comme redevance civile payée proportionnellement au

298 qui dispose que les délibérations des conseils communaux sur les règlements relatifs à la perception des impositions communales sont soumises à l'approbation du Conseil de gouvernement.

299 qui dispose que les délibérations du conseil communal sur l'établissement, le changement ou la suppression des impositions communales sont soumises à l'avis du Conseil de gouvernement et à l'approbation du (Roi) Grand-Duc.

service rendu, mais comme impôt communal au sens de l'article 34, point 5 de la loi communale du 24 février 1843.³⁰⁰

Le principe de l'autonomie communale en matière financière a également suscité de nombreux commentaires dans les avis du Conseil d'Etat. Ainsi, celui-ci s'est par exemple opposé formellement aux dispositions relatives aux structures scientifiques régionales plus que sommaires qui prévoyaient que les frais afférents à ces structures sont supportés par l'Etat, les communes et les syndicats de communes concernés. En effet, ces dispositions contreviennent non seulement au principe de l'autonomie communale, puisque aucune charge, aucune imposition communale ne peut être établie que du consentement du conseil communal, mais qui de façon générale ne permettent non plus de remplir les conditions fixées par l'article 99 de la Constitution.³⁰¹

Le Conseil d'Etat déclara encore l'article 41 du projet sur l'aménagement des communes contraire au principe de l'autonomie financière des communes prévu au prédit article 99.³⁰²

Finalement, le Conseil d'Etat a émis des oppositions formelles au regard d'autres principes de l'article 99 précité. Ainsi, il s'opposa formellement à un montage financier (Etat actionnaire majoritaire d'une société de droit privé) qui permettrait d'é luder les dispositions de l'article 99 en ce que tout engagement financier important de l'Etat (dont les garanties et les infrastructures importantes) doit être autorisé par une loi spéciale.³⁰³

De plus, des oppositions formelles ont été émises à l'égard de dispositions:

- qui prévoyaient la fixation du montant de certaines primes par un règlement grand-ducal, alors que tant le montant que la durée de primes, du moins en ce qui concerne les maxima, doivent être déterminés par la loi;³⁰⁴
- qui omettaient des informations chiffrées et détaillées pour justifier le montant prévu ou qui comportaient un risque d'interférence du montant prévu avec le financement des constructions des lois à venir;³⁰⁵
- qui n'indiquaient pas de données quant aux terrains à acheter;³⁰⁶ et
- dans lesquelles le montant de l'indemnité spéciale n'est pas défini par la loi.³⁰⁷

300 Cour, 23 mars 1961; Pas. 18, p. 268.

301 cf. Avis du 17 juin 2003 relatif au projet de loi concernant la protection de la nature et les ressources naturelles; doc. parl. n° 4787⁸.

302 cf. Avis du 14 juillet 2000; doc. parl. n° 4486¹.

303 cf. Avis du 8 novembre 2001 et du 5 mars 2002 sur le projet de loi relatif à la police et l'exploitation de l'aéroport de Luxembourg ainsi qu'à la construction d'une nouvelle aérogare; doc. parl. n°s 4767² et 4767³.

304 cf. Avis du 5 juillet 2001 sur le projet de loi concernant le développement rural; doc. parl. n° 4778⁵.

305 cf. Avis du 16 avril 2002 sur le projet de loi concernant le Fonds pour la réalisation des équipements de l'Etat sur le site Belval-Ouest; doc. parl. n° 4899¹.

306 ibid.

307 cf. Avis du 16 mars 2004 sur le projet de loi concernant le Service de Renseignements; doc. parl. 5133⁴.

La République Fédérale d'Allemagne connaît des dispositions constitutionnelles semblables. En effet, l'article 115 de sa Loi fondamentale dispose que: « Die Aufnahme von Krediten sowie die Übernahme von Bürgschaften, Garantien oder sonstigen Gewährleistungen, die zu Ausgaben in künftigen Rechnungsjahren führen können, bedürfen einer der Höhe nach bestimmten oder bestimmbaren Ermächtigung durch Bundesgesetz. »

PARTIE IV

Le guide du Conseiller d'Etat

(Mémoire de fin de stage de Madame Françoise ALEX, Attachée stagiaire)

Sommaire

INTRODUCTION	233
I. LE PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS	235
II. LA HIÉRARCHIE DES NORMES	237
A) Le statut des normes internationales en droit interne	238
B) La prééminence de la Constitution sur les autres normes de droit interne	240
Le contrôle de la constitutionnalité	240
C) La prééminence des lois sur les normes juridiques inférieures	241
Le contrôle de la légalité des actes administratifs	241
D) La prééminence du droit général sur le droit de source locale	242
E) La place dans la hiérarchie des normes des règlements pris par les établissements publics et par les organes professionnels	242
III. LE DOMAINE DE LA LOI ET DES RÈGLEMENTS	243
A) Le pouvoir réglementaire du Grand-Duc	243
1. Le pouvoir réglementaire d'exécution	243
La délégation du pouvoir réglementaire d'exécution aux membres du Gouvernement	244
2. Le pouvoir réglementaire d'attribution	244
Les habilitations législatives	244
<i>Le pouvoir réglementaire du Grand-Duc dans les matières réservées par la Constitution à la loi</i>	244
<i>L'habilitation législative conférée au Grand-Duc en vue de réglementer des matières en dépassant ou en dérogeant au cadre tracé par la loi</i>	246
L'habilitation constitutionnelle	247
<i>Le pouvoir réglementaire du Grand-Duc en cas de crise internationale</i>	247

3. Le pouvoir réglementaire autonome du Grand-Duc	248
B) Le pouvoir réglementaire des établissements publics	249
C) Le pouvoir réglementaire des organes professionnels	251
IV. LE PRÉAMBULE: PREUVE DE LA RÉGULARITÉ FORMELLE DES ACTES RÉGLEMENTAIRES	252
V. L'AUTONOMIE COMMUNALE	255
VI. L'ÉGALITÉ DEVANT LA LOI	257
VII. L'IMPÉRATIF DE SÉCURITÉ JURIDIQUE	259
A) La non-rétroactivité de la loi	260
B) Le principe de non-rétroactivité des actes administratifs	262
VIII. Les principes appliqués aux dispositions pénales	263
A) Le principe de l'autonomie de la matière pénale	263
B) Le principe de la légalité des peines et des incriminations	265
C) Le principe du non bis in idem	269
D) Le respect des garanties de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales	271
IX. LES PRINCIPES APPLIQUÉS AUX DISPOSITIONS CONCERNANT LES FINANCES PUBLIQUES	274

Introduction

La fonction consultative du Conseil d'Etat en matière d'élaboration des lois est consacrée par l'article 83*bis* de la Constitution qui dispose: « 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 (...) ». L'article 2, paragraphe 1^{er} de la loi modifiée du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat lui confie cette mission également en matière de projets de règlement grand-ducal, sauf le cas d'urgence à apprécier par le Grand-Duc.

Si cette fonction consultative est aussi réservée à d'autres institutions, telles les chambres professionnelles, dont l'avis doit être demandé en vertu de la loi modifiée du 4 avril 1924 portant création des chambres professionnelles à base élective pour tous les projets et propositions de loi ainsi que tous les projets d'arrêté ministériel et grand-ducal concernant les matières qui rentrent dans leur champ de compétence respectif, les moyens d'action mis à disposition du Conseil d'Etat sont toutefois autrement plus importants et contraignants.

En effet, le vote définitif sur l'ensemble de la loi, prévu par l'article 65 de la Constitution, doit inéluctablement être précédé de l'avis du Conseil d'Etat. De même, les projets de règlement grand-ducal ne peuvent être soumis à la signature du Grand-Duc qu'après que le Conseil d'Etat a été entendu en son avis.

Par ailleurs, conformément à l'article 59 de la Constitution, toutes les lois doivent, postérieurement au premier vote constitutionnel et après un délai de trois mois, être soumises à un second vote de la Chambre des députés, à moins que la Chambre des députés, d'accord avec le Conseil d'Etat, n'en décide autrement. Si la dispense du second vote constitutionnel par le Conseil d'Etat est devenue la règle, celui-ci se réserve toutefois le droit de refuser la dispense du second vote constitutionnel dans les hypothèses où le vote de la Chambre des députés ne tient pas compte d'une opposition formelle qu'il a formulée à l'encontre d'une disposition contenue dans un projet ou une proposition de loi qui heurte une norme constitutionnelle, une norme de droit international ou un principe général de droit. Le veto du Conseil d'Etat n'est pas définitif, il a toutefois pour effet de retarder l'entrée en vigueur de la loi et d'imposer à la Chambre des députés la période de réflexion supplémentaire prévue à l'article 59 de la Constitution.

Il résulte de l'article 2, paragraphe 2 de la loi modifiée du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, que le Conseil d'Etat contrôle les projets et les propositions de loi lui soumis pour avis par rapport à la Constitution, aux conventions ou traités internationaux et aux principes généraux de droit et qu'il surveille de plus la conformité des projets de règlement grand-ducal par rapport à toute norme juridique supérieure.

Le Conseil d'Etat veille ainsi à ce que les pouvoirs publics exercent leurs fonctions dans le respect de l'organisation des pouvoirs et de l'attribution des compétences réglées dans la Constitution et les lois.

Il surveille d'autre part le respect des droits et des libertés fondamentaux consacrés par la Constitution et les traités internationaux auxquels le Luxembourg est partie et qui font partie intégrante de l'ordre juridique interne, dont notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Charte européenne des droits fondamentaux.

Il doit s'assurer que le droit offre les recours nécessaires et effectifs pour permettre aux personnes lésées d'être rétablies dans leurs droits. Le droit d'accès au juge doit être garanti de manière effective, c'est-à-dire il ne doit pas être entravé par des modalités procédurales qui en affecteraient l'exercice.

Le respect des règles juridiques doit être garanti par des sanctions adéquates et proportionnées à la gravité de l'infraction commise et répondant aux principes de légalité des peines et des incriminations.

Le Conseil d'Etat surveille la qualité du droit afin de parer aux situations d'insécurité juridique, mais également pour assurer la bonne réception du droit par le public chargé de l'appliquer et de l'observer. Les règles de droit doivent à cet effet être compréhensibles, accessibles, claires, lisibles et prévisibles et cela tant pour les citoyens que pour les autorités chargées d'appliquer les textes en question.

Le Conseil d'Etat vérifie l'agencement cohérent des textes lui soumis pour avis par rapport à la législation en vigueur, agencement qui doit se faire sans susciter d'équivoques. Le champ d'application tant matériel que temporel des nouvelles règles de droit doit à cet effet être clairement délimité par rapport aux normes existantes.

Il va de soi que dans sa mission consultative le Conseil d'Etat doit se laisser guider par l'intérêt général et qu'il ne peut donc être le porte-parole de causes opportunistes ou partisans.

Les développements qui suivent sont un catalogue de principes auxquels le Conseil d'Etat est régulièrement confronté dans l'exercice de sa mission consultative.

I. Le principe de la séparation des pouvoirs

Le principe de la séparation des pouvoirs qui a été énoncé par le philosophe anglais John Locke (1632-1704) dans son « Second traité du Gouvernement Civil » de 1690 et plus tard par Montesquieu (1689-1755) dans « L'esprit des lois »,

vise à séparer les trois grandes fonctions de l'Etat, le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire afin de les faire exercer par trois organes différents. Le contrôle mutuel que ces trois organes exercent les uns sur les autres est censé préserver les citoyens contre les atteintes à leurs droits fondamentaux.

Selon Montesquieu, « (...) c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites (...) **pour que l'on ne puisse pas abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir** ».

« La séparation des pouvoirs est ainsi la meilleure garantie contre l'arbitraire de l'autorité publique et contre le despotisme des gouvernants. Elle cantonne chaque organe dans sa sphère d'activité respective et lui fait jouer à l'égard des autres organes un rôle modérateur, en ce sens qu'elle lui permet d'en contrôler l'activité et de les empêcher de dépasser les limites de leurs compétences »³⁰⁸.

L'Etat luxembourgeois est organisé selon le principe de la séparation des pouvoirs. L'idée de la séparation des pouvoirs n'est toutefois pas formellement inscrite dans le texte de notre Constitution, mais elle résulte de son plan.³⁰⁹

La séparation des pouvoirs est souple, en ce sens qu'il existe de nombreuses interactions entre les pouvoirs législatif et exécutif.

Le pouvoir législatif: Le pouvoir législatif est exercé par la Chambre des députés. Il consiste à voter les lois sur une proposition émanant des députés (proposition de loi) ou du Grand-Duc (projet de loi). Le droit d'initiative législative appartient conjointement au Grand-Duc et à la Chambre des députés.

Le pouvoir exécutif: Les attributions du pouvoir exécutif concernent notamment l'exécution des lois et des décisions judiciaires, la promulgation des lois, le commandement de la force publique et la direction de l'administration publique.

308 Pierre Majerus, L'Etat luxembourgeois, p. 103.

309 Pierre Majerus, *ibidem*.

Le pouvoir réglementaire doit s'exercer dans les limites de l'article 33, c'est-à-dire dans le respect des règles de procédure prescrites par les lois et de l'esprit de loi à exécuter³¹⁰. Le Grand-Duc est secondé dans sa tâche par les membres de son Gouvernement qui contresignent les décisions et en assument la responsabilité³¹¹.

Le pouvoir judiciaire: Le pouvoir judiciaire appartient aux cours et aux tribunaux dont la fonction est de rendre la justice en appliquant le droit. Le pouvoir judiciaire remplit sa mission en toute indépendance et ne reçoit aucune instruction ou injonction des pouvoirs législatif et exécutif.

Par crainte d'empiéter sur le pouvoir législatif, les cours et tribunaux ordinaires se refusent de contrôler la conformité des lois par rapport à la Constitution. Mais chaque juridiction peut, à titre préjudiciel, saisir la Cour constitutionnelle pour faire examiner la conformité d'une loi par rapport à la Constitution³¹². L'organisation de la Cour constitutionnelle et la manière d'exercer ses attributions sont réglées par la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle. La juridiction qui a posé la question préjudicielle, ainsi que toutes les autres juridictions appelées à statuer dans la même affaire, sont tenues, pour la solution du litige dont elles sont saisies, de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle³¹³.

En vertu de l'article 95 de la Constitution, les cours et tribunaux n'appliqueront les règlements et les arrêtés généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois³¹⁴. Il se déduit des articles 11, paragraphe 6 et 108*bis* de la Constitution que les règlements visés à l'article 95 précité englobent les règlements des organes professionnels ainsi que ceux pris par les établissements publics dans la limite de leur spécialité, conformément à la loi.

Si en vertu de l'article 49 de la Constitution la justice est rendue au nom du Grand-Duc, *cette disposition n'a toutefois qu'une portée purement symbolique. La formule entend montrer que les jugements sont prononcés au titre de la Nation, détentrice de la puissance souveraine dont l'exercice est confié par la Constitution au Grand-Duc*³¹⁵.

310 Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux, 2006, p. 148.

311 Article 45 de la Constitution: « Les dispositions du Grand-Duc doivent être contresignées par un membre du Gouvernement responsable » et Article 78 de la Constitution: « Les membres du Gouvernement sont responsables ».

312 Article 95ter, paragraphe 1^{er} de la Constitution.

313 Article 15, alinéa 2, de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle.

314 Article 95 de la Constitution.

315 Précis de droit constitutionnel, par Paul Schmit en collaboration avec Emmanuel Servais, éditions Saint-Paul, p. 38.

II. La hiérarchie des normes

Les normes juridiques sont organisées de manière hiérarchisée, du sommet vers la base. Les normes plus détaillées, d'un degré inférieur, viennent préciser les normes plus générales, situées à un échelon supérieur de la hiérarchie des normes, sans pouvoir toutefois les contredire.

La Constitution, loi fondamentale, est placée au sommet de la hiérarchie des normes nationales. La place qui incombe aux normes internationales, issues de conventions internationales approuvées par le législateur, n'est pas réglée par la Constitution. Il est toutefois admis en jurisprudence que les normes internationales doivent primer les normes infra-constitutionnelles.

Un acte administratif individuel devra ainsi respecter les actes administratifs réglementaires, les lois, la Constitution et les traités internationaux.

Cet ordre cohérent dans lequel s'inscrivent les normes juridiques a pour objet d'assurer le respect des droits et des libertés des citoyens.

Le principe de la hiérarchie des normes entre en jeu dans le mécanisme de l'abrogation et de la modification des normes juridiques.

Les textes législatifs et réglementaires restent applicables tant qu'ils ne sont pas abrogés, même s'ils sont tombés en désuétude, à moins que des textes nouveaux procèdent explicitement à leur abrogation ou ne les abrogent implicitement parce qu'ils sont jugés incompatibles avec eux.

Pour des raisons de sécurité juridique, l'abrogation expresse des normes juridiques est à préconiser (et cela d'autant plus que le site Legilux, qui est le portail juridique du Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg sur Internet permettant d'accéder à la législation luxembourgeoise, ne renseigne pas les textes juridiques comme étant implicitement abrogés ou modifiés. Ce portail ne fait en effet état que des seules modifications et abrogations expresses des textes juridiques).

La loi spéciale déroge à la loi générale. Il est de principe qu'une loi nouvelle qui modifie le droit commun n'a pas pour effet de remettre en cause les règles spéciales qui dérogent à ce droit commun, sauf si elle le prévoit explicitement. **Les normes spéciales antérieures restent donc normalement en vigueur.**

On admet qu'une norme juridique ne peut être expressément abrogée que par un texte de même valeur juridique. Ainsi, seule une loi pourra expressément abroger une loi, un règlement grand-ducal un autre règlement grand-ducal etc. Le principe de *la hié-*

*rarchie des normes qui impose le parallélisme des formes s'oppose ainsi à ce qu'une norme supérieure abroge expressément, modifie, voire se réfère à une norme de droit inférieur*³¹⁶.

La modification ou l'abrogation d'une norme supérieure peut néanmoins avoir l'effet implicite d'abroger un texte inférieur en lui retirant sa base juridique.

L'abrogation d'une norme n'entraîne pas automatiquement celle des règles qui ont été prises en son application, si celles-ci restent conciliables avec la nouvelle réglementation³¹⁷.

A) Le statut des normes internationales en droit interne

Les juridictions judiciaires et administratives ont consacré le principe de **la valeur supra-légale des conventions internationales. Ce qui signifie que les conventions internationales priment les lois infra-constitutionnelles, même postérieures.** La jurisprudence³¹⁸ considère en effet que le traité étant une loi d'une essence supérieure, il a une origine plus élevée que la volonté d'un organe interne.

Le cas de figure des traités dérogeant à la Constitution n'est pas réglé par le droit positif³¹⁹.

L'approbation et la ratification d'un traité dérogeant à la Constitution devront être précédées d'une révision de la Constitution à l'effet d'assurer la compatibilité des deux textes.

Le Conseil d'Etat a d'ailleurs souligné à l'occasion d'un avis qu'il avait émis dans le cadre de la phase préparatoire aux lois de révision du 25 octobre 1956 en rapport avec les articles 37 et 49*bis* de la Constitution, qui comportait la suggestion de régler la question des traités dérogeant à la Constitution dans le cadre de la Constitution même, que: « **La Constitution est une limite tant vers l'intérieur que vers l'extérieur. Aucune atteinte ne peut être portée à ses dispositions, si ce n'est par la procédure de révision autorisant la réflexion et statuant sur des textes nettement circonscrits (...).** »

316 Avis du Conseil d'Etat du 28 avril 2009 concernant le projet de loi portant transposition en droit luxembourgeois en matières d'infrastructures de transport de la directive 97/11/CE du Conseil du 3 mars 1997 modifiant la directive 85/337/CEE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, doc. parl. n° 6008⁶, Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 25 novembre 2008 sur le projet de loi-cadre sur l'eau, doc. parl. n° 5695¹⁰.

317 Conseil d'Etat français, 16 avril 1946, Lanquetot.

318 Cour, cass. crim., 14 juillet 1954, Pas. XVI, p. 150 et ss.

319 Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux, p. 569.

Pour rappel:

Conformément à l'article 37 de la Constitution: « Le Grand-Duc fait les traités. (...) ».

Le Grand-Duc intervient dans la phase internationale de la procédure d'élaboration des traités: La négociation, la signature et la ratification.

Par ailleurs, en application de l'article 37, alinéa 4: « *Le Grand-Duc fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des traités dans les formes qui règlent les mesures d'exécution des lois et avec les effets qui s'attachent à ces mesures, sans préjudice des matières qui sont réservées par la Constitution à la loi* ».

L'article 37 précité dispose par ailleurs en son alinéa 1^{er} que « Les traités n'auront d'effet avant d'avoir été approuvés par la loi et publiés dans les formes prévues pour les publications des lois ». Il s'ensuit que les traités, à défaut d'avoir été approuvés par le législateur, seront inopposables en droit interne.³²⁰

Schématiquement, la procédure d'élaboration d'un traité se déroule comme suit:

- La négociation.
- La signature. Elle a pour effet de marquer l'aboutissement de la phase de négociation et arrête définitivement la teneur du texte conventionnel.
- L'approbation de la convention internationale par le législateur. La promulgation et la publication de la loi portant approbation de la convention internationale signée. Conformément à ce que Pierre Pescatore fait observer, « *la compétence exercée par la Chambre des députés est dans ce cas une compétence de contrôle à l'égard d'un acte fait par le Grand-Duc, et non comme pour les lois, une compétence discrétionnaire d'élaboration et de disposition* ». ³²¹
- La ratification, ou plus précisément l'échange des instruments de ratification par les Etats signataires, a pour effet que l'Etat se trouve définitivement engagé par le traité.

L'article 49bis de la Constitution prévoit que « *L'exercice d'attributions réservées aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire peut être temporairement dévolu par traité à des institutions de droit international* ». En vertu de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution, ces traités sont approuvés par une loi votée dans les formes de l'article 114, alinéa 2 qui détermine la majorité requise dans le cadre d'une révision constitutionnelle. Lesdits traités doivent en conséquence être approuvés à la majorité des deux tiers des membres de la Chambre des députés.

L'approbation de la convention internationale par le législateur peut par ailleurs prendre la forme d'autorisations préalables et génériques. Il s'agit d'habilitations conventionnelles accordées par le pouvoir législatif au pouvoir exécutif à l'effet de conclure des accords portant sur des objets déterminés.

320 Pierre Pescatore, Introduction à la science du droit, p. 171.

321 Pierre Pescatore, ouvrage précité, p. 172.

B) La prééminence de la Constitution sur les autres normes de droit interne

Située au sommet de la hiérarchie des normes nationales, la Constitution prime les autres normes juridiques d'origine nationale, ce qui implique qu'en cas de conflit la Constitution écarte toute norme juridique nationale contraire.

Les conflits ne peuvent surgir que du fait de normes juridiques postérieures à la Constitution. Les normes juridiques antérieures incompatibles avec la Constitution sont en effet abrogées par les normes constitutionnelles postérieures.

Le contrôle de la constitutionnalité

- Les juridictions judiciaires et administratives contrôlent la constitutionnalité **des arrêtés et règlements généraux et locaux sur le fondement de l'article 95** de la Constitution qui dispose que « Les cours et tribunaux n'appliqueront les règlements et les arrêtés généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois ». L'article 95 précité permet le contrôle incident de la légalité et de la constitutionnalité des actes réglementaires. Le terme « les lois » au sens de l'article 95 doit en effet être compris comme englobant la Constitution³²². Il est admis que les actes réglementaires des établissements publics et des organes professionnels, pris dans le cadre du pouvoir réglementaire leur attribué par la loi en vertu des articles 108*bis* et 11, paragraphe 6, tombent sous le champ d'application de l'article 95³²³ précité.
- Les juridictions administratives saisies d'un recours en annulation d'un acte à caractère réglementaire sont habilitées et obligées de contrôler la légalité et la constitutionnalité de l'acte déféré³²⁴.
- Sur base de motifs tirés du principe de la séparation des pouvoirs, les cours et tribunaux ordinaires se refusent de contrôler la conformité des lois par rapport à la Constitution. Néanmoins, toute juridiction peut à titre préjudiciel saisir la Cour constitutionnelle pour faire examiner la conformité d'une loi par rapport à la Constitution. L'organisation de la Cour constitutionnelle et la manière d'exercer ses attributions sont réglées par la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle. La juridiction qui a posé la question préjudicielle, ainsi que toutes les autres juridictions appelées à statuer dans la même affaire, sont tenues, pour la solution du litige dont elles sont saisies, de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle.

322 Pierre Pescatore, Introduction à la science du droit, p. 182, dans le même sens: avis du Conseil d'Etat du 9 janvier 1996 concernant le projet de révision de l'article 95 de la Constitution, p. 5.

323 Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux, pp. 69 et 361.

324 C. administrative, 13-02-2007, 21763C et 21768C.

- L'article 2, paragraphe 2 de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat énonce parmi les attributions du Conseil d'Etat *le contrôle a priori* de la constitutionnalité des projets et propositions de loi. Ce contrôle a toutefois un effet limité, le Conseil d'Etat pouvant tout au plus refuser la dispense du second vote constitutionnel dans le cas où il ne serait pas suivi dans ses observations. La Chambre des députés reste en effet libre d'adopter le texte dont l'inconstitutionnalité a été soulevée par le Conseil d'Etat à l'identique dans les trois mois suivant le premier vote constitutionnel.

C) *La prééminence des lois sur les normes juridiques inférieures*

Les lois priment les actes administratifs réglementaires généraux et locaux ainsi que les actes administratifs individuels.

Le contrôle de la légalité des actes administratifs

- **L'article 95**³²⁵ de la Constitution consacre **le contrôle incident de la légalité des actes réglementaires**. La question de la légalité sera tranchée par le juge ordinaire à l'occasion d'un litige précis dont il se trouve saisi. Au cas où il jugera la norme illégale, il ne l'appliquera pas. Cette décision ne produira qu'un **effet *inter partes***.
- L'article 7 de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif institue par ailleurs un **recours en annulation contre les actes réglementaires, quelle que soit l'autorité dont ils émanent** pour incompétence, excès, **violation de la loi**, ou des formes destinées à protéger les intérêts privés pendant un délai de trois mois à partir de la publication de l'acte attaqué ou, à défaut de publication, de la notification ou du jour où le requérant en a eu connaissance³²⁶. L'annulation de l'acte réglementaire aura un caractère absolu, à partir du jour où elle sera passée en force de chose jugée.
- Le tribunal administratif est compétent³²⁷ pour statuer sur les recours en annulation dirigés contre **les actes administratifs individuels** pour incompétence, excès, **violation de la loi**, ou des formes destinées à protéger les intérêts privés. Le recours en annulation est le recours de droit commun qui existe de façon générale à l'égard de toutes décisions contre lesquelles aucun autre recours n'est ouvert. Par ailleurs, dans le cadre d'un recours en réformation contre un acte administratif individuel, il est de jurisprudence³²⁸ que le requérant est admis à faire valoir tous les moyens susceptibles d'être produits dans le cadre d'un recours en annulation, donc également le moyen tiré de l'illégalité de l'acte administratif en cause. Le

325 Art. 95 de la Constitution: « Les cours et les tribunaux n'appliquent les arrêtés et les règlements généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois. »

326 Article 16 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif.

327 Article 2 de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif.

328 C.E., 14.3.1989, Mudler-Becker, n° 8000.

recours en réformation est un recours d'exception qui n'existe que lorsqu'il est expressément prévu par la loi.

D) La prééminence du droit général sur le droit de source locale

Le droit de source locale vise les règlements communaux. En vertu de l'article 29 de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988, les règlements communaux ne peuvent déroger aux lois, aux règlements grand-ducaux et aux règlements ministériels.

E) La place dans la hiérarchie des normes des règlements pris par les établissements publics et par les organes professionnels

La Constitution omet de préciser la place qu'occupent dans la hiérarchie des normes les règlements pris par les établissements publics et les organes professionnels dans le cadre du pouvoir réglementaire qui peut leur être attribué par la loi en vertu des articles 108*bis* et 11, paragraphe 6 de la Constitution. Des conflits de compétence risquent notamment de surgir à cet égard entre les pouvoirs réglementaires des établissements publics et des organes professionnels et le pouvoir réglementaire du Grand-Duc.

III. Le domaine de la loi et des règlements

Le législateur a la plénitude d'attribution. Il peut en ce sens donner à la loi tout contenu qui lui paraît opportun³²⁹. La loi est initiale. Hormis l'hypothèse de l'article 32, paragraphe 4 de la Constitution et de l'article 76, alinéa 1^{er}, les règlements sont toujours subordonnés à l'existence préalable d'un acte à exécuter.

A) *Le pouvoir réglementaire du Grand-Duc*

Il est distingué entre le pouvoir réglementaire d'exécution et le pouvoir réglementaire d'attribution.

1. *Le pouvoir réglementaire d'exécution*

Le Grand-Duc détient un pouvoir réglementaire d'exécution des lois et des traités en vertu des articles 36 et 37, alinéa 4 de la Constitution.

Comme ce **pouvoir est directement conféré au Grand-Duc par la Constitution**, son intervention ne peut être limitée ou conditionnée par la loi. Le Conseil d'Etat l'a souligné dans son avis du 19 février 2002 concernant le projet de révision de l'article 36 de la Constitution³³⁰: « **La mise en œuvre du pouvoir réglementaire d'exécution est subordonnée à la seule existence préalable des actes à exécuter. Elle ne saurait dépendre de l'assentiment d'un organe quel qu'il soit. Ce pouvoir réglementaire d'exécution ne doit être ni tenu en échec, ni conditionné, ni altéré par une instance, fût-elle une émanation de la Chambre des députés** ». **La disposition légale qui soumettrait le règlement grand-ducal pris sur base de l'article 36 de la Constitution à l'assentiment de la Conférence des Présidents de la Chambre des députés devrait ainsi être considérée comme contraire à la Constitution.**

Le pouvoir réglementaire d'exécution est dit spontané, en ce qu'il ne doit pas être expressément prévu par la loi à exécuter. **Le règlement grand-ducal d'exécution devra toutefois toujours respecter le cadre tracé par la loi.** A défaut, les dispositions réglementaires seraient dénuées de base légale.

Ledit pouvoir est toutefois exclu dans les matières réservées par la Constitution à la loi. Dans ces matières, le Grand-Duc ne peut, conformément à l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution, « *prendre des règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi* ».

329 Pierre Pescatore, Introduction à la science du droit, p. 137.

330 Doc. parl. n° 4754².

La délégation du pouvoir réglementaire d'exécution aux membres du Gouvernement

La Cour constitutionnelle a souligné dans un arrêt du 6 mars 1998 que « *Le texte de l'article 36, dont le caractère explicite est encore appuyé par le fait qu'il s'agit du paragraphe premier du chapitre III de la loi fondamentale, paragraphe qui porte l'intitulé 'De la prérogative du Grand-Duc', s'oppose à ce qu'une loi attribue l'exécution de ses dispositions à une autorité autre que le Grand-Duc* ».

Depuis la révision constitutionnelle du 19 novembre 2004, l'article 76, alinéa 2 de la Constitution **autorise toutefois le Grand-Duc** dans l'exercice du pouvoir lui attribué par les **articles 36 et 37, alinéa 4** de la Constitution, **dans les cas qu'il détermine, à charger les membres de son Gouvernement de prendre des mesures d'exécution.**

En résumé, si l'article 36 s'oppose donc à ce que la loi attribue l'exécution de ses dispositions à une autre autorité que le Grand-Duc, par exemple à un ministre, le Grand-Duc est toutefois autorisé à déléguer son pouvoir réglementaire d'exécution aux membres de son Gouvernement.

Cette délégation du pouvoir réglementaire est inconcevable dans les matières réservées à la loi par la Constitution. L'article 76, alinéa 2³³¹ ne se réfère en effet qu'aux articles 36 et 37, alinéa 4 de la Constitution.

Le pouvoir réglementaire délégué ne peut être mis en œuvre que dans les cas déterminés par le règlement grand-ducal. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs souligné à cet égard qu'« *en disposant enfin que le Grand-Du peut 'dans les cas qu'il détermine' procéder à la délégation en cause, le texte proposé par le Conseil d'Etat prohibe toute investiture générale du Gouvernement d'un pouvoir réglementaire d'exécution* ³³²».

2. *Le pouvoir réglementaire d'attribution*

L'exercice du pouvoir réglementaire d'attribution est conditionné par l'existence d'une habilitation qui peut être d'origine constitutionnelle ou légale.

Les habilitations législatives

Le pouvoir réglementaire du Grand-Duc dans les matières réservées par la Constitution à la loi

331 Art. 76, alinéa 2 de la Constitution: « Dans l'exercice du pouvoir lui attribué par les articles 36 et 37, alinéa 4 de la Constitution, le Grand-Duc peut, dans les cas qu'il détermine, charger les membres de son Gouvernement de prendre des mesures d'exécution ».

332 Avis du Conseil d'Etat 16 mars 2004 concernant le projet de révision de l'article 36 de la Constitution, doc. parl. n° 4754³.

La Constitution réserve certaines matières à la loi. Ce sont des matières spécialement désignées par la Constitution comme ne pouvant faire l'objet que d'une loi formelle.

Selon Pierre Pescatore, « *il s'agit régulièrement de mesures particulièrement sensibles pour les libertés fondamentales ou particulièrement importantes pour le fonctionnement de l'Etat* ».

Depuis la révision constitutionnelle du 19 novembre 2004, le pouvoir réglementaire du Grand-Duc dans le cadre des matières réservées par la Constitution à la loi est réglé par l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution, qui dispose que: « *Dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi* ».

Le pouvoir réglementaire ne découle que de la loi d'habilitation. Il faut ainsi une disposition légale préalable qui habilite spécialement et expressément le Grand-Duc à prendre un règlement aux fins, dans les conditions et suivant les modalités qu'elle détermine. En ces matières, le pouvoir spontané d'exécution que le Grand-Duc tient en vertu des articles 36 et 37, alinéa 4 de la Constitution est partant exclu.

Le Grand-Duc ne pourra d'ailleurs charger les membres de son Gouvernement de prendre des mesures d'exécution conformément à ce que l'autorise l'article 76, alinéa 2 dans le cadre des articles 36 et 37, alinéa 4 de la Constitution.

Postérieurement à la révision de la Constitution du 19 novembre 2004, la Cour constitutionnelle ne s'est toutefois pas départie de la jurisprudence qu'elle avait adoptée avant l'introduction de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution. En évitant les termes de cet article (et notamment le passage suivant lequel « *le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi* »), elle continue ainsi de poser invariablement que « *seul le législateur peut valablement disposer de la matière érigée en réserve. Il est toutefois satisfait à cette réserve si la loi se limite à tracer les principes directeurs tout en déléguant au pouvoir réglementaire la mise en œuvre du détail*³³³. »

Les avis du Conseil d'Etat se réfèrent en principe au libellé de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution³³⁴.

333 Cour constitutionnelle, arrêt 38/07 du 2 mars 2007.

334 Avis du Conseil d'Etat du 21 avril 2009 concernant le projet de loi ayant pour objet la promotion de la recherche, du développement et de l'innovation, doc. parl. no 6005⁴, Avis du Conseil d'Etat du 19 mai 2009 du projet de loi relatif à l'audit, doc. parl. no 5872².

Les matières réservées par la Constitution à la loi peuvent être regroupées en trois catégories³³⁵:

1. Les réserves concernant les libertés publiques et les droits fondamentaux: la nationalité, les droits politiques, l'accès aux emplois publics par les non-Luxembourgeois (article 9); la protection de la vie privée (article 11, paragraphe 3); le droit au travail, les libertés syndicales et le droit de grève (article 11, paragraphe 4); la matière de la sécurité sociale, la protection de la santé, les droits des travailleurs, la lutte contre la pauvreté et l'intégration sociale des personnes atteintes d'un handicap; (article 11, paragraphe 5); la liberté du commerce et de l'industrie, l'exercice de la profession libérale et le travail agricole, le droit réglementaire des organes professionnels (article 11, paragraphe 6); la légalité des peines, des incriminations et des poursuites pénales (articles 12 et 14); la visite domiciliaire (article 15); l'expropriation (article 16); l'enseignement public (article 23); le droit de s'assembler (article 25); le droit d'association (article 26); le secret des lettres (article 28); les langues administratives et judiciaires (article 29); les exceptions à la protection accordée aux étrangers (article 111).

2. Les réserves relatives à des questions d'organisation fondamentale: les lois interprétatives (article 48), l'organisation de la Chambre des députés et du système électoral (article 51, paragraphes 2, 3 et 5), le référendum populaire (article 51, paragraphe 7), les fonctions incompatibles avec le mandat de député (article 55), le droit d'enquête de la Chambre des députés (article 64), les indemnités et les frais de déplacement des députés (article 75), l'organisation du Conseil d'Etat (article 83*bis*), compétences des juridictions en matière politique (article 87), l'organisation et la création des juridictions (articles 86, 87, 94, 95*bis* et 95*ter*), suspension, révocation et déplacement des magistrats en cas d'inconduite ou d'infirmité (article 91), le traitement des membres de l'ordre judiciaire (article 92), la matière de la force publique (articles 96 à 98), organisation et surveillance de la gestion communale (articles 107, paragraphes 4, 5, et 6), les conditions d'électorat actif et passif du conseil communal (article 107, paragraphe 2), les établissements publics (article 108*bis*), la prestation de serment (article 110), la forme de publication des lois et des règlements (article 112).

3. Les réserves relatives aux finances publiques: impositions, budget, gestion financière de l'Etat (articles 99 à 105).

L'habilitation législative conférée au Grand-Duc en vue de réglementer des matières en dépassant ou en dérogeant au cadre tracé par la loi

*« Le législateur peut habiliter le Grand-Duc à prendre des règlements susceptibles d'étendre ou de restreindre la portée de la loi voire d'en combler d'éventuelles lacunes en introduisant des nouvelles prescriptions ou des limites par le biais, entre autres, de modifications ou dérogations aux lois existantes ».*³³⁶

335 Subdivision adoptée par Pierre Pescatore, Introduction à la science du droit, p. 142.

336 Conseil d'Etat, Comité du contentieux, 13 avril 1976, *Muller et Thill-Hemmer c./ Ministre de l'Intérieur*, cité in Marc Besch, Traité de légistique formelle, INAP, version août 2009.

Ces habilitations sont fondées sur l'article 32, paragraphe 2 de la Constitution qui dispose que « Le Grand-Duc n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la Constitution et *les lois particulières portées en vertu de la Constitution même* (...) ».

Les habilitations ne peuvent toutefois être générales, mais doivent rester particulières, spécifiques³³⁷.

Le pouvoir réglementaire est d'attribution et ne découle que de la loi d'habilitation. **Le pouvoir législatif peut en conséquence fixer les conditions auxquelles le pouvoir exécutif peut exercer son pouvoir réglementaire. Ainsi, il arrive que le pouvoir législatif oblige le pouvoir réglementaire de recueillir l'assentiment de la Conférence des Présidents**³³⁸.

Les actes réglementaires pris sur le fondement d'une loi d'habilitation conservent leur caractère réglementaire. Ils peuvent ainsi faire l'objet d'un contrôle incident de constitutionnalité et de légalité sur le fondement de l'article 95 de la Constitution ainsi que d'un contrôle direct de légalité sur base de l'article 7 de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif. Le contrôle de la légalité des règlements se fera en premier lieu par rapport à la loi d'habilitation, le pouvoir réglementaire devant en effet rester endéans la limite de l'habilitation légale lui conférée.

L'habilitation constitutionnelle

Le pouvoir réglementaire du Grand-Duc en cas de crise internationale

En cas de crise internationale, et s'il y a urgence, l'article 32, paragraphe 4 confère au Grand-Duc le droit de prendre en toute matière des règlements, même dérogoires à des lois existantes. La durée de validité de ces règlements est limitée à trois mois.

Les conditions de crise internationale et d'urgence doivent être cumulativement remplies.

Le pouvoir réglementaire est autorisé à intervenir en toute matière, donc également dans les matières que la Constitution réserve à la loi.

La validité de ces règlements cesse après trois mois. *Si la crise devait perdurer au-delà de cette durée, il appartient au Parlement de décider s'il faut légiférer en la matière.* Le Grand-Duc ne peut prendre des règlements d'exception en cascade dans une même matière³³⁹. Le dispositif du règlement qui sera repris par la loi devra figurer intégralement

337 Avis du Conseil d'Etat du 19 février 2002 concernant le projet de révision de l'article 36 de la Constitution.

338 Marc Thewes, Le pouvoir réglementaire démembré, *Annales du Droit luxembourgeois*, 2004, p. 106.

339 Marc Thewes, Le pouvoir réglementaire démembré, *Annales du Droit luxembourgeois*, 2004, p. 106.

dans le dispositif de la loi, une simple prorogation du règlement aboutirait en effet à une confusion des normes juridiques³⁴⁰.

3. *Le pouvoir réglementaire autonome du Grand-Duc*

Aux termes de l'article 76, alinéa 1 de la Constitution, « *Le Grand-Duc règle l'organisation de son Gouvernement, (...)* ».

Le Comité du contentieux du Conseil d'Etat s'était prononcé sur la portée de la disposition précitée à l'occasion d'un arrêt qu'il avait rendu le 24 février 1976: « (...) *il s'agit en l'occurrence d'un pouvoir autonome procédant de l'idée de la séparation des pouvoirs et devant permettre au Grand-Duc en pleine indépendance du Parlement d'organiser la portée de son Gouvernement; dans ce domaine, son pouvoir est originaire et discrétionnaire et, par conséquent, les arrêtés y relatifs sont équipollents aux lois* ».

Le Comité du contentieux avait par ailleurs précisé dans un arrêt du 26 février 1973³⁴¹ que « (...) cette prérogative comporte celle de **régler le fonctionnement des services** dans leurs rapports directs **avec le Grand-Duc** et dans **les relations intra-gouvernementales**, et ce sans limitation ou exception quant aux matières dévolues aux services gouvernementaux ».

Le Conseil d'Etat a ainsi souligné dans le sens de l'arrêt précité, dans un avis du 31 mars 2009 concernant le projet de loi sur les marchés publics, que la disposition contenue dans le projet de loi, qui entendait instituer auprès du ministre ayant dans ses attributions les Travaux publics un service chargé de la publication électronique des avis prévus dans le cadre de l'exécution de la future loi, était non conforme à l'article 76, alinéa 1 et à la séparation entre les pouvoirs législatif et exécutif.

Les arrêtés grand-ducaux concernant les délégations de signature par le Gouvernement en faveur de hauts fonctionnaires relèvent également de la prérogative que le Grand-Duc tire de l'article 76, alinéa 1 de la Constitution³⁴².

Les arrêtés et règlements pris par le Grand-Duc sur le fondement de l'article 76, alinéa 1 ne requièrent pas l'intervention du Conseil d'Etat.

340 Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 25 novembre 2008 sur le projet de loi concernant le budget de recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2009, cité par Marc Besch, précité.

341 Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 25 novembre 2008 sur le projet de loi concernant le budget de recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2009, cité par Marc Besch, précité.

342 *Ibidem*.

Les **administrations** qui sont détachées des départements ministériels pour former des administrations spéciales, sous la direction de chefs d'administration munis de certains pouvoirs de décision, ne peuvent toutefois **être créées que par une loi, encore dénommée loi-cadre.**

Il convient de souligner de manière incidente que les départements gouvernementaux, les services auprès des départements gouvernementaux, mais également les administrations qui sont détachées des départements ministériels, n'ont pas de personnalité juridique. Ils dépendent de la personnalité juridique de l'Etat. Ils ne peuvent donc conclure des contrats, ester en justice ou posséder un patrimoine propre.

B) Le pouvoir réglementaire des établissements publics

Le statut des établissements publics de l'Etat est consacré par l'article 108*bis* de la Constitution qui dispose que: « *La loi peut créer des établissements publics, dotés de la personnalité civile, dont elle détermine l'organisation et l'objet. Dans la limite de leur spécialité le pouvoir de prendre des règlements peut leur être accordé par la loi qui peut en outre soumettre ces règlements à l'approbation de l'autorité de tutelle ou même en prévoir l'annulation ou la suspension en cas d'illégalité, sans préjudice des attributions des tribunaux judiciaires et administratifs.* »

Les établissements sont des **personnes morales de droit public qui sont créés par la loi, la loi-cadre**, qui en détermine l'objet, les attributions, l'organisation et les règles de fonctionnement. **Ils sont régis par le principe de spécialité et à ce titre ne peuvent agir qu'aux fins de l'accomplissement de l'objet en vue duquel ils ont été créés.**

Les établissements publics ont une personnalité juridique distincte de l'Etat, ce qui leur confère une **autonomie de gestion**, mais ils restent soumis au pouvoir tutélaire de l'autorité centrale.

Ils sont ainsi en droit de défendre leurs intérêts en justice, de conclure des contrats dans la limite de leur spécialité et de posséder un patrimoine propre.

La création, la détermination de l'objet et des attributions ainsi que l'organisation de l'établissement public sont des matières réservées par l'article 108*bis* à la loi.

Il en est de même du **pouvoir réglementaire** qui ne peut lui être conféré, dans la limite de sa spécialité, **que par le législateur.**

Le **pouvoir réglementaire** est **d'attribution**. Il ne peut être exercé que dans les limites de l'habilitation conférée par la loi.

Il ne saurait du reste dépasser le cadre des personnes qui relèvent du domaine de compétence³⁴³ de l'établissement public.

Si le pouvoir réglementaire des établissements publics est **inconcevable dans les matières réservées par la Constitution à la loi**, le Conseil d'Etat a toutefois précisé dans un avis du 14 juillet 2009³⁴⁴ que **la mise en œuvre du détail peut leur être reléguée en ces matières**. L'article 32, paragraphe 3 n'étant pas d'application, le Conseil d'Etat s'est référé à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui affirme que: « *L'effet des réserves de la loi énoncées par la Constitution consiste en ce que nul, sauf le pouvoir législatif, ne peut valablement disposer des matières érigées en réserve; qu'il est toutefois satisfait à la réserve constitutionnelle si la loi se borne à tracer les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire la mise en œuvre du détail.* »

Dans ce même avis, le Conseil d'Etat a d'ailleurs rappelé que *le pouvoir réglementaire des établissements publics est un pouvoir limité, qui ne pourra consister qu'en une simple mise en œuvre des règles d'application générale et qu'il est ainsi exclu que le législateur habilite ces établissements à édicter des règlements à l'effet de déroger à des lois, voire de les compléter.*

L'article 108*bis* de la Constitution autorise le législateur à soumettre les règlements d'un établissement public à des procédures d'approbation, d'annulation ou de suspension de l'autorité tutélaire compétente.

Les règlements pris par un établissement public peuvent faire l'objet d'un contrôle incident de constitutionnalité et de légalité sur le fondement de l'article 95 de la Constitution ainsi que d'un contrôle direct de légalité sur base de l'article 7 de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif. Le contrôle de la légalité des règlements se fera en premier lieu par rapport à la loi d'habilitation, le pouvoir réglementaire devant en effet rester endéans la limite de l'habilitation légale lui conférée.

343 Avis du Conseil d'Etat du 7 décembre 2004 sur le projet de règlement grand-ducal portant publication au Mémorial des prescriptions de prévention des accidents telles qu'édictées par l'Association d'assurance contre les accidents, doc. parl. n° 5263⁴, cité par Marc Besch, ouvrage précité, p. 15.

344 Avis du Conseil d'Etat du 14 juillet 2009 concernant le projet de loi portant réforme de l'assurance accident (...), doc. parl. n° 5899⁶, p. 6.

C) *Le pouvoir réglementaire des organes professionnels*

L'article 11, paragraphe 6 de la Constitution dispose en ses alinéas 2 et 3 qu' « *En matière d'exercice de la profession libérale, la loi peut accorder à des organes professionnels dotés de la personnalité civile le droit 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 et administratifs.* »

Le libellé de l'article 11, paragraphe 6, implique que **seul le législateur peut conférer le pouvoir réglementaire aux organes professionnels concernés.**

Il s'agit d'un pouvoir réglementaire d'attribution qui ne peut être exercé que dans la limite stricte de l'habilitation conférée par le législateur.

Le champ d'application *ratione personae* desdits règlements doit être limité aux membres de la profession concernée.

L'article 11, paragraphe 6 autorise le législateur à soumettre les règlements des organes professionnels à des procédures d'approbation, d'annulation ou de suspension, sans préjudice des attributions des tribunaux judiciaires ou administratifs.

Les règlements pris par les organes professionnels peuvent faire l'objet d'un contrôle incident de constitutionnalité et de légalité sur le fondement de l'article 95 de la Constitution ainsi que d'un contrôle direct de légalité sur base de l'article 7 de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif. Le contrôle de la légalité des règlements se fera en premier lieu par rapport à la loi d'habilitation, le pouvoir réglementaire devant rester endéans la limite de l'habilitation légale lui conférée.

IV. Le préambule: Preuve de la régularité formelle des actes réglementaires

Tant les lois que les règlements comportent un préambule. Il figure à la suite de l'intitulé et de la formule de suscription.

Le préambule des lois n'est ajouté qu'après le vote définitif de la loi au moment de l'insertion de la formule de promulgation et n'indique que les exigences procédurales inscrites dans la Constitution. Il ne renseigne aucun fondement légal.

Les projets et les propositions de loi ne comprennent donc pas de préambule.

Il en est autrement des projets de règlement et d'arrêté dont le préambule devra, le cas échéant, être adapté aux éléments de procédure qui interviennent en cours de procédure d'adoption desdits textes.

Le préambule des actes réglementaires indique le fondement légal ainsi que le fondement procédural de l'acte concerné.

Le fondement « légal » renseigne la base juridique du règlement concerné. La base juridique est en principe légale. Il se peut toutefois que le règlement tire sa base directement de la Constitution. Ce sera par exemple le cas des règlements pris par le Grand-Duc sur le fondement des articles 32, paragraphe 4 et 76, alinéa 1 de la Constitution.

Bien que la citation des actes de base soit d'une valeur considérable, ni l'omission de leur indication ni l'indication d'une référence erronée ne vicie la légalité d'un règlement ou d'un arrêté s'il avère qu'une telle base se dégage de la législation existante, censée connue en vertu de la publication officielle des lois³⁴⁵.

Il en est différemment du fondement procédural des règlements et des arrêtés. **Il doit contenir la preuve de la régularité formelle des actes réglementaires sous peine d'illegalité.** « *L'omission de constater de manière claire et précise l'accomplissement de toutes les formalités prescrites par les normes de droit supérieur a en effet pour conséquence de voir les actes réglementaires déclarés inapplicables par les cours et les tribunaux, voire, le cas échéant, annulés par les juridictions administratives et cela indépendamment du fait de savoir si effectivement il y a eu vice de procédure ou non³⁴⁶.* »

345 T. administratif, 19-3-2001 (11985), jugement cité par Marc Besch, Traité de légistique formelle, version août 2009, INAP, p. 69.

346 Conseil d'Etat, Comité du Contentieux, arrêt du 12 juillet 1985, *Mehlen*, n° 7454; Cour supérieure de Justice, arrêt du 3 décembre 1960, Pas. XXVIII, p. 223 et T. Lux (civil), 15 mars 1989, Pas. XXVII, p. 341, Jurisprudence citée par Marc Besch dans l'ouvrage précité, p. 69.

Les renseignements concernant le fondement procédural figurent à la suite de l'indication du fondement légal de l'acte réglementaire en cause.

Les documents, avis et approbations requis figurent dans l'ordre chronologique du déroulement de la procédure.

La fiche financière prescrite par l'article 79 de la loi modifiée du 8 juin 1999³⁴⁷ sur le budget, la trésorerie et la comptabilité de l'Etat est, lorsqu'elle est requise, indiquée en premier lieu.

Suivent les avis des chambres professionnelles. La loi modifiée du 4 avril 1924 portant création de chambres professionnelles à base électorale impose la consultation des chambres professionnelles pour toutes les lois et tous les arrêtés ministériels et grand-ducaux concernant les matières qui rentrent dans les champs de compétences respectifs des chambres professionnelles. **Il est indispensable, afin d'être conforme aux exigences de la loi précitée du 4 avril 1924, que le préambule indique que l'avis de la chambre professionnelle concernée a été demandé, et cela même si ledit avis n'a pas encore été émis.**

Il est ensuite fait mention de l'avis du Conseil d'Etat, à moins que la loi ne prévoit encore la consultation d'un autre organisme.

L'avis ou l'assentiment de la Conférence des Présidents est indiqué avant la mention des ministres proposant et de la délibération du Gouvernement en conseil.

Le ministre initiateur du projet est indiqué en premier lieu.

Il est par ailleurs fait mention des rapports que les différents membres du Gouvernement présentent au Grand-Duc. Ces rapports ont trait aux éléments du règlement grand-ducal concerné qui rentrent dans leurs attributions.

347 **Art. 79.** (1) Lorsque des projets ou propositions de loi, des projets d'amendement d'initiative parlementaire ou ministérielle ainsi que des projets de règlement comportent des dispositions dont l'application est susceptible de grever le budget, ils sont obligatoirement accompagnés d'un exposé des recettes et des dépenses nouvelles ou des modifications de recettes et de dépenses à prévoir au budget.

Cet exposé comprend une fiche financière renseignant sur l'impact budgétaire prévisible à court, moyen et long terme. La fiche financière doit comporter tous les renseignements permettant d'identifier la nature et la durée des dépenses proposées, leur impact sur les dépenses de fonctionnement et de personnel.

(2) Tout projet ou proposition accompagnés d'une telle fiche sera soumis pour avis au ministre ayant le budget dans ses attributions.

(3) (...)

Par ailleurs, l'article 79, paragraphe 2 de la loi précitée du 8 juin 1999 sur le budget, la trésorerie et la comptabilité de l'Etat dispose que « tout projet ou proposition accompagnés d'une telle fiche [financière] sera soumis pour avis au ministre ayant le budget dans ses attributions ». **L'indication du rapport du ministre ayant le Budget dans ses attributions est considérée comme tenant lieu de l'avis requis par l'article 79, paragraphe 2 précité.**³⁴⁸

348 Toute la matière est traitée en profondeur dans l'ouvrage précité de Marc Besch, pp. 69 et suivantes.

V. L'autonomie communale

Le principe constitutionnel de l'autonomie communale est inscrit à l'article 107, paragraphe 1^{er} de la Constitution qui dispose que: « *Les communes forment des collectivités autonomes, à base territoriale, possédant la personnalité juridique et gérant par leurs organes leur patrimoine et leurs intérêts propres.* »

L'autonomie communale peut ainsi être définie comme le droit reconnu par la Constitution aux organes représentatifs de la commune, **de gérer eux-mêmes leurs intérêts purement locaux.**

Ce qui est de la compétence des autorités communales est déterminé par la Constitution et la loi.

L'autonomie de la commune se manifeste par **le pouvoir communal**. En effet, afin de remplir sa mission, la commune est investie d'une certaine puissance de commandement, par opposition au pouvoir central. Ce pouvoir dérive de la puissance souveraine et n'existe ainsi **qu'en vertu de la loi et dans les limites qu'elle détermine**³⁴⁹.

Par ailleurs, le statut de **personne morale de droit public** confère à la commune le droit de posséder et de gérer un patrimoine propre, de contracter et d'ester en justice.

En vertu de l'article 107, paragraphe 3 de la Constitution, de l'article 102 de la Constitution et de l'avant-dernière phrase de l'article 99 de la Constitution, le conseil communal a le droit de lever des impositions communales, sous l'approbation toutefois du Grand-Duc.

L'article 107, paragraphe 3 confère par ailleurs au conseil communal **le droit de faire des règlements communaux. Le pouvoir réglementaire communal n'existe toutefois que dans les matières qui, conformément à la loi relèvent des attributions des communes.**

L'autonomie communale est loin d'être absolue. Elle est limitée à plusieurs égards:

Par la Constitution:

Le pouvoir communal est circonscrit par l'article 107 de la Constitution et notamment par son paragraphe 5, aux termes duquel « *La loi règle la composition, l'organisation et les attributions des organes de la commune. Elle établit le statut des fonctionnaires communaux (...)* » ainsi que par son paragraphe 6, qui dispose que: « *La loi règle la surveillance de la gestion communale. Elle peut soumettre certains actes des organes communaux à l'approbation de l'autorité de surveillance et même en prévoir l'annula-*

349 Pierre Majerus, L'Etat luxembourgeois, p. 265.

tion ou la suspension en cas d'illégalité ou d'incompatibilité avec l'intérêt général, sans préjudice des attributions des tribunaux judiciaires et administratifs. »

Par la loi:

L'article 103 de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 autorise ainsi le Grand-Duc à annuler les actes collectifs et individuels des autorités communales qui sont contraires à la loi ou à l'intérêt général.

L'article 104 de la loi communale confère au ministre de l'Intérieur le droit de suspendre l'exécution des actes contraires à la loi ou qui lèsent l'intérêt général.

Les décisions à caractère individuel ou réglementaire qui sont soumises à l'approbation du ministre ayant les Communes dans ses attributions sont énumérées à l'article 105 de la loi communale.

L'institution des commissaires de district, placés sous l'autorité du ministre ayant les Communes dans ses attributions, dont les attributions sont définies aux articles 114 et 115 de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988, permet à l'autorité centrale d'exercer une surveillance continue et générale sur l'activité des autorités communales.

VI. L'égalité devant la loi

Le principe d'égalité devant la loi est consacré par l'article 10*bis* de la Constitution ainsi que par le Protocole N° 12 de la Convention³⁵⁰ européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le principe d'égalité est par ailleurs inscrit à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui dispose que: « Toutes les personnes sont égales en droit ». A noter toutefois que l'article 51 de la Charte limite l'application de ses dispositions à la mise en œuvre du droit de l'Union européenne.

L'article 10*bis* dispose en son premier paragraphe que « Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi ». Ainsi que l'observe Patrick Kinsch³⁵¹ dans son article de doctrine voué audit principe: « *Dans un Etat de droit, le champ d'application des différents régimes légaux ne peut être arbitraire.* » **Tous les citoyens qui se trouvent dans une même situation de droit ou de fait doivent ainsi jouir de la même protection de la loi.**

Si le principe s'impose d'abord au législateur, il lie également les pouvoirs publics, au niveau national comme au niveau communal. Ils sont tenus de traiter de la même façon tous ceux qui se trouvent dans une même situation de fait et de droit.³⁵²

Le principe d'égalité tel que consacré par l'article 10*bis* ne bénéficie pas qu'aux seuls nationaux, contrairement à ce que laisse entendre ledit article. La Cour constitutionnelle a précisé le cercle des bénéficiaires du principe constitutionnel d'égalité dans un arrêt du 13 novembre 1998, en employant ces termes: « *Le principe d'égalité est appliqué à tout individu touché par la loi luxembourgeoise (...)* ». Cette interprétation est respectueuse de l'article 111 de la Constitution qui dispose que « *Tout étranger qui se trouve sur le territoire du Grand-Duché jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi* ». Concernant le dernier bout de phrase de l'article 111: « (...), *sauf les exceptions à établir par la loi* », il y a lieu de se référer à une jurisprudence de la Cour d'arbitrage belge, citée par Patrick Kinsch, jurisprudence qui a combiné le principe d'égalité avec l'article 191 de la Constitution belge (l'article 191 constitue la copie conforme de l'article 111 de la Constitution luxembourgeoise): « *L'article 191 n'a pas pour objet d'habiliter le législateur de se dispenser, lorsqu'il établit une telle référence, d'avoir égard aux principes fondamentaux consacrés par la Constitution. Il le rappelle d'ailleurs expressément en commençant à poser en règle que l'étranger qui se trouve sur le territoire 'jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens'. Il ne résulte donc en aucune façon de l'article 191 que le législateur puis-*

350 Loi du 6 mars 2006 portant approbation du Protocole N° 12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, fait à Rome, le 4 novembre 2000.

351 Patrick Kinsch, L'égalité devant la loi, Pas. 1-2, 2008, p. 87.

352 T. administratif, 10-7-02,14378, confirmé par la C. administrative, 26-11-02, 15233C; T. administratif 28-11-05, 19639 et 19683.

se, lorsqu'il établit une différence de traitement au détriment d'étrangers, ne pas veiller à ce que cette différence ne soit pas discriminatoire, quelle que soit la nature des principes en cause ».

Une analyse contraire de l'article 11 bis de la Constitution s'opposerait d'ailleurs au Protocole n° 12³⁵³ de la Convention de sauvegarde de droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Selon un arrêt de la Cour administrative³⁵⁴, **le principe d'égalité devant la loi doit profiter tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales.**

Concernant la mise en œuvre du principe

La Cour constitutionnelle a souligné dans un arrêt de principe du 5 mai 2000 que:

« La mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure critiquée³⁵⁵. »

Le principe signifie *a contrario* que tous les individus (touchés par la législation luxembourgeoise) qui se trouvent dans une situation comparable, en droit et en fait, bénéficient d'une même protection par la loi. **Le principe d'égalité devant la loi s'oppose donc à ce que le législateur opère des distinctions arbitraires.**

Mais, la Cour constitutionnelle a tempéré ce principe en arrêtant que:

« Le législateur peut toutefois sans violer le principe constitutionnel d'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but. »³⁵⁶

353 Article 1^{er} du Protocole n° 12: « 1. La jouissance de tout droit prévue par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

2. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1. »

354 C. administrative, 2-2007 (21364C).

355 Cour constitutionnelle, arrêt 9/00 du 5 mai 2000.

356 *Ibidem*.

VII. L'impératif de sécurité juridique

« Quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite. » C'est en ces termes que le Conseil d'Etat français a tenté d'attirer l'attention sur l'enjeu que constitue la sécurité juridique des règles de droit³⁵⁷.

La sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela ne requière des efforts insurmontables de leur part, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui ne l'est pas.

Afin de répondre à ce souci, les normes doivent être **intelligibles**, c'est-à-dire **lisibles, claires, précises et énoncées avec cohérence**. Les reproches que le Conseil d'Etat a adressés aux auteurs du projet de loi renforçant les droits des victimes d'infractions pénales et améliorant la protection des témoins et de la proposition de loi renforçant le droit des victimes illustrent idéalement ces principes: Le Conseil d'Etat s'est ainsi formellement opposé au texte proposé (article 4 du projet de loi en question) vu qu'il était incertain quant à son champ d'application et quant à son agencement cohérent par rapport à la législation en vigueur. (Ce reproche se tissait tel un fil rouge à travers tout le texte de l'avis précité³⁵⁸ (A propos des articles 1^{er}, 24 et 28 du projet de loi et 2, 11, 7 et 8 de la proposition de loi)).

Afin de garantir **l'accessibilité du droit**, l'intitulé du texte devra décrire de manière précise, claire et sans équivoque l'objet de la matière traitée. Pour des raisons de lisibilité et d'accessibilité du droit, le dispositif devra être cohérent et se rapporter à un même objet. Les dispositions qui sont sans rapport avec le texte en question devront être traitées dans un texte à part.

La règle de droit doit être normative.

Les règles juridiques doivent prescrire, interdire et sanctionner.

La loi qui ne répond pas à ces caractéristiques n'est pas normative. Elle affaiblit le droit en ce qu'elle crée un doute sur l'effet réel des dispositions³⁵⁹ et est ainsi source d'insécurité juridique.

357 Rapport public du Conseil d'Etat français de 1991.

358 Avis du Conseil d'Etat du 25 novembre 2008 concernant le projet de loi renforçant les droits des victimes d'infractions pénales et améliorant la protection des témoins et la proposition de loi renforçant le droit des victimes illustrant parfaitement ces principes, doc. parl. n^{os} 5156A⁴ et 4839¹.

359 Rapport public du Conseil d'Etat français de 2006.

Le droit doit être prévisible.

Des droits définitivement acquis ne doivent pas pouvoir être remis en cause par des règles nouvelles. La protection des droits acquis est assurée par le principe de la non-rétroactivité des lois qui est consacré par l'article 2 du Code civil ainsi que par le principe général de la non-rétroactivité des actes administratifs.

A) La non-rétroactivité de la loi

Le principe est consacré par l'article 2 du Code civil qui dispose que « La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif ».

Cet article s'impose au juge mais non au législateur qui peut l'écartier par une disposition expresse. En effet, étant de nature législative, ce texte ne s'impose pas à lui. L'article 2 du Code civil concerne donc l'application de la loi mais non son élaboration. Les justifications qui sont à la base de l'article 2 du Code civil doivent toutefois guider le législateur lorsque qu'il a à opter entre la rétroactivité ou non de la future loi. **La rétroactivité de la loi nouvelle étant source d'insécurité juridique, elle doit en effet toujours être motivée par un intérêt supérieur d'ordre public**³⁶⁰.

Concernant le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, dont la valeur constitutionnelle a été consacrée par la Cour constitutionnelle, il est renvoyé à la partie réservée au principe de la légalité des peines.

Dans la mesure où l'article 2 précité est inséré au titre préliminaire du Code civil qui a une portée générale, il est admis que le principe de non-rétroactivité des lois s'applique à toutes les branches du droit³⁶¹.

L'article 2 du Code civil se justifie à deux égards:

- **Le principe de non-rétroactivité des lois répond à un souci de sécurité juridique.** « Ce principe constitue en effet une garantie pour les situations juridiques acquises et considérées sous la loi ancienne. En ce sens elle répond à un souci de paix et de stabilité sociale. (...) C'est donc plus qu'une règle de technique juridique, ce principe est l'expression de certains besoins élémentaires tenant à la paix sociale et aux besoins individuels³⁶². »
- Le principe est par ailleurs motivé par la nécessité d'assurer un effet immédiat à la loi nouvelle. **La loi nouvelle est en effet considérée comme la mieux adaptée**

360 Jurisclasseur, article 2 du Code civil, *infra* point 8.

361 T. administratif, 9-6-05, confirmé par la Cour administrative (en ce point) 20-6-06; T. administratif, 26-9-07; Pierre Pescatore, Introduction à la science du droit, *infra* point 217, p. 317.

362 Pierre Pescatore, *ibidem*, point 215.

aux conditions et aux besoins du moment et à l'unité de la législation à un moment donné, alors que le maintien de la loi ancienne entraînerait une dualité de législations³⁶³.

L'article 2 du Code civil se borne à affirmer que « La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif ». **Ce texte est imparfait et imprécis parce qu'il ne contient aucune règle pour trancher les conflits de lois dans le temps qui risquent de naître du fait de l'entrée en vigueur de lois nouvelles.** Les conflits de normes dans le temps résultent de changements successifs introduits dans la législation. « *Une loi existante est modifiée ou supprimée, une loi nouvelle intervient dans un domaine jusqu'ici intouché par le législateur. Or, sous le régime antérieur, des faits juridiques ont pris place, des actes juridiques ont été accomplis, en un mot des situations juridiques de toutes sortes se sont établies. Or ces situations se prolongent directement ou indirectement sous l'empire de la loi nouvelle. Dès lors la question se pose dans quelle mesure ces situations vont être affectées par la loi nouvelle ou dans quelle mesure la loi ancienne survivra sans ces situations marquées d'un caractère durable et continu*³⁶⁴. »

Devant les carences de l'article 2 du Code civil pour résoudre ces conflits, les tribunaux et la doctrine se sont efforcés de dégager des lignes directrices pour résoudre les problèmes d'application des lois dans le temps.

La jurisprudence, pour résoudre lesdits conflits de lois dans le temps, se base sur la notion des droits définitivement acquis ou de situations juridiques définitivement créées sous l'empire de la loi ancienne pour faire échapper ces droits ou situations à l'emprise de la loi nouvelle.

Ainsi, les faits ou les actes qui ont créé des droits sous l'empire de l'ancienne loi doivent être régis par cette loi.

Or, l'application de ce critère n'est pas toujours aisée. **Il existe souvent des doutes quant au rattachement d'une situation juridique donnée à la loi ancienne ou à la loi nouvelle.**

C'est ici que l'introduction des **dispositions transitoires** dont l'objet est d'organiser le passage de la loi ancienne à la loi nouvelle, en réservant par exemple l'application de la loi ancienne à certaines personnes ou situations, pendant une période déterminée ou en prévoyant un régime d'adaptation graduelle de la loi, trouve toute son importance. **Les dispositions transitoires s'imposent donc surtout pour des raisons de sécurité juridique.**

363 T. administratif, 9-6-05 précité, confirmé par la C. administrative en ce point, 20-6-06; Pierre Pescatore, ouvrage précité, *infra* point 215.

364 Pierre Pescatore, *ibidem*, point 215.

B) Le principe de non-rétroactivité des actes administratifs

Il ne peut être dérogé au principe fondamental de non-rétroactivité des actes administratifs **sauf habilitation légale**.

Un jugement du Tribunal administratif a énoncé ce principe, qui vaut d'ailleurs tant pour les actes administratifs individuels que pour les actes réglementaires, comme suit: « *Les actes administratifs ne disposent que pour l'avenir. En vertu de ce principe général de droit public appelé encore principe de non-rétroactivité des actes administratifs, aucune autorité administrative ne peut légalement, **sauf habilitation légale, fixer l'entrée en vigueur d'une décision réglementaire individuelle, à une date antérieure à celle de sa publication ou de sa notification.** Concernant le fondement de la règle de non-rétroactivité des actes administratifs, il convient de rappeler qu'elle n'est pas l'application pure et simple de l'article 2 du Code civil, pour le motif déterminant que cet article ne concerne que les lois, **mais il s'agit d'un principe général de droit** qui relève de la simple logique juridique et qui découle **d'une nécessité sociale**, dans l'état actuel de notre civilisation et de notre organisation politique. **Ledit principe s'impose avec force de loi sans avoir besoin d'un texte écrit.** »*

Si les normes nouvelles ont ainsi vocation à s'appliquer immédiatement, le principe de non-rétroactivité des actes administratifs fait obstacle à ce qu'une règle s'applique au sens où elle remettrait en cause des situations déjà constituées, sous l'empire des règles anciennes.³⁶⁵

Une exception au principe de non-rétroactivité des actes administratifs peut être admise à titre exceptionnel lorsqu'elle est nécessaire à la continuité du service public ou à la régularisation d'une situation de droit ou de fait, à condition qu'elle respecte les exigences de sécurité juridique et les droits individuels des personnes directement visées ou qui pourraient être affectées par ses effets³⁶⁶.

365 Conseil d'Etat français, 25 juin 1948, *Société du journal L'Aurore*.

366 Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 15 février 2000 concernant le projet de règlement grand-ducal concernant la participation du Luxembourg à une mission d'observation de l'OSCE aux élections législatives en Croatie, doc. parl. n° 4613, cité in *Traité de légistique formelle*, Marc Besch, INAP (août 2009).

VIII. Les principes appliqués aux dispositions pénales

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 et ratifiée par le Luxembourg le 3 septembre 1953, comporte des règles et des principes qui ont pour objet de garantir les droits et les libertés des personnes poursuivies, accusées ou jugées en matière pénale. Comme les dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés publiques font partie intégrante de l'ordre juridique interne, le Conseil d'Etat doit examiner les projets de loi et les projets de règlement grand-ducal lui soumis pour avis à la lumière des dispositions de cette convention. Le Traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009 suite à la ratification dudit traité par la République tchèque, confère à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne une valeur juridique contraignante. L'article 51 de la Charte, qui en détermine le champ d'application, dispose que « *Les dispositions de la présente Charte s'adressent (...), aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. (...)* ». *La portée des droits garantis par la Charte est déterminée à l'article 52 dudit texte qui stipule en son troisième paragraphe que « Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondants à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue. »*

A) *Le principe de l'autonomie de la matière pénale*

« Lorsqu'un système national qualifie un fait, ouvertement, d'infraction pénale, l'inscrit par exemple dans son Code pénal, établit la compétence de ses juridictions pénales, il est clair que les garanties de l'article 6 doivent entrer en jeu (droit à un procès équitable). / La difficulté se présente dans l'hypothèse inverse, lorsque le système national organise des sanctions contre tel fait ou tel comportement, mais sans couler ses sanctions dans le moule, juridique et juridictionnel, de son droit pénal (...).³⁶⁷ »

La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de rappeler dans un arrêt du 10 février 2009 rendu dans une affaire *Sergueï Zolotoukhine c/ Russie* que les termes « procédure pénale » employés dans le texte de l'article 4, paragraphe 1 du Protocole n° 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme (qui consacre le droit de ne pas être jugé ou puni en raison d'une infraction) doivent être interprétés à la lumière des principes généraux applicables aux expressions « accusation pénale » et « peine » figurant respectivement à l'article 6 (droit à un procès équitable) et à l'article 7 (pas de peine sans loi) de la Convention. Selon la jurisprudence désormais constante de la Cour, ces notions

367 Louis-Edmond Pettiti, La Convention européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article, éditions Economica 1999, cité dans l'avis du Conseil d'Etat du 7 novembre 1995 concernant le projet de loi portant réorganisation du Conseil d'Etat, p. 16.

possèdent une portée autonome, ce qui signifie que la Cour n'est pas liée dans son analyse par les qualifications conférées par le droit interne, celles-ci n'ayant qu'une valeur relative. S'il en était autrement, l'application de ces dispositions de la Convention (Articles 6, 7 et 4, paragraphe 1^{er} du Protocole n° 7 précités) se trouveraient subordonnés à l'appréciation des Etats contractants; ce qui risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec l'objet et le but de la Convention.³⁶⁸

Dans son arrêt du 8 juin 1976 rendu dans l'affaire *Engel et autres contre Pays-Bas*³⁶⁹, la Cour a dégagé trois critères que l'on désigne désormais communément sous le nom des « critères Engel », sur base desquels elle apprécie l'existence ou non d'une accusation pénale dans le cadre de l'affaire dont elle se trouve saisie. Ainsi va-t-elle en premier lieu tenir compte de la qualification juridique que le droit national réserve à l'infraction en cause (1^{er} critère). Ce qui est décisif à cet égard est de déterminer si le droit national classe ou non une infraction parmi les infractions pénales. A défaut d'un tel classement, la Cour sondera ce qu'il y a derrière la classification retenue en droit interne en examinant la réalité substantielle de l'infraction et de la sanction³⁷⁰. Elle appréciera ainsi la nature même de l'infraction (2^e critère) ou / et appréciera la nature et le degré de sévérité de la sanction retenue (3^e critère).

La Cour européenne des droits de l'homme a par la suite précisé que les objectifs premiers de répression et de dissuasion sont tenus pour caractéristiques des sanctions pénales³⁷¹. Dans une affaire *Escoubet contre Belgique*³⁷², la Cour a en ce sens arrêté que la mesure de retrait d'un permis de conduire n'était pas une sanction pénale en raison de sa nature préventive et de son faible degré de sévérité et a donc écarté l'application de l'article 6 de la Convention à l'affaire en cause. Elle a par ailleurs précisé les deuxième et troisième critères de la jurisprudence *Engel* en décidant qu'il suffit que l'infraction soit par nature considérée comme pénale ou que l'infraction rende la personne passible d'une sanction qui, par sa nature ou par sa sanction, relève généralement de la sphère pénale pour que la Convention trouve à s'appliquer³⁷³.

Le Conseil d'Etat, sur base de ces critères, a ainsi relevé:

« que l'on peut douter que les amendes d'ordre prévues par le projet de loi sous avis soient encore de nature administrative. De par son envergure, cette amende ne peut plus guère être taxée d'administrative, mais prend plutôt le caractère d'une sanction pénale

368 *Engel et autres c. Pays-Bas*, arrêt de la CEDH du 8 juin 1976, série A n° 22; *Oetztürk c. Allemagne*, arrêt de la CEDH du 21 février 1984, série A n° 73 et *Zolotoukhine c. Russie*, arrêt de la CEDH du 2 février 2009, requête n° 14939/03.

369 *Ibidem*.

370 CEDH, Points clés de jurisprudence, La notion d'accusation en matière pénale.

371 *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, arrêt de la CEDH du 9 octobre 2003, requête n° 39665/98; *Oetztürk c. Allemagne* précité et *Bendenoun c. France*, arrêt de la CEDH du 24 février 1994, série A n° 284).

372 *Escoubet c. Belgique*, arrêt de la CEDH du 28 octobre 1999, requête n° 26780/95.

373 *Oetztürk c. Allemagne* précité et *Lutz c. Allemagne*, arrêt de la CEDH du 25 août 1987, série A n° 123.

avec toutes les conséquences que comporte ce rattachement quant aux garanties exigées en la matière par la Convention européenne des droits de l'homme »³⁷⁴.

« que si les sanctions administratives ont pour objet de punir le contrevenant, les mesures administratives visent principalement à amener l'opérateur économique à respecter la loi et, dans un deuxième temps à suspendre l'activité non conforme à la loi »³⁷⁵.

« qu'une amende allant jusqu'à 1,5 millions d'euros a clairement un caractère répressif. (...) La confiscation n'est pas envisageable en tant que sanction administrative ».³⁷⁶

Les mesures administratives qui s'imposent à des fins préventives, sécuritaires, qui sont prévues à titre provisoire, par exemple, dans l'attente d'une sanction pénale ou qui ont un caractère essentiellement indemnitaire, sont à qualifier de mesures administratives plutôt que de sanctions administratives.

B) Le principe de la légalité des peines et des incriminations

Ce principe est consacré par l'article 14 de la Constitution qui dispose que: « *Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi.* » La garantie de la légalité des peines est par ailleurs établie à l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi qu'à l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Le principe de la légalité des peines est le corollaire du principe de la légalité des incriminations consacré par l'article 12³⁷⁷ de la Constitution. La Cour constitutionnelle l'a souligné dans plusieurs arrêts sans se référer toutefois expressément à l'article 12 précité. Ainsi a-t-elle relevé que « *Le principe de la légalité de la peine entraîne la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour en conclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements sanctionnables. Le principe de la spécification de l'incrimination est partant le corollaire de celui de la légalité de la peine consacrée par l'article 14 de la Constitution.* »³⁷⁸

374 Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 24 septembre 2002 concernant le projet de loi portant:

1. transposition de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services;
2. réglementation du contrôle de l'application du droit du travail. (Doc. parl. n° 4694⁹)

375 Avis du Conseil d'Etat du 23 septembre 2008 concernant le projet de loi a) concernant certaines modalités d'application et la sanction du règlement (CE) N° 1907/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH), instituant une agence européenne des produits chimiques, b) (...) (doc. parl. n° 5819⁵) et du 17 juin 2008 concernant le projet de loi relatif aux piles et accumulateurs ainsi qu'aux déchets de piles et d'accumulateurs (doc. parl. n° 5855⁴).

376 Avis du Conseil d'Etat du 15 novembre 2005 concernant le projet de loi relative aux abus de marché, (...) (doc. parl. n° 54152).

377 Article 12 de la Constitution: « (...) Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit. (...) »

378 Cour constitutionnelle, Arrêt 12/02 du 2 mars 2002, Mémorial, p. 672; dans le même sens, Cour constitutionnelle, Arrêts 23/04 et 24/04 du 3 décembre 2004, Mémorial, p. 2960.

Les contours du principe de la légalité des peines et des incriminations

- Le principe de la légalité des peines et des incriminations doit trouver application en matière de sanctions administratives et disciplinaires susceptibles d'être qualifiées de sanctions pénales au regard des critères « *Engel* » précités. La Cour constitutionnelle a ainsi précisé qu'« *en matière disciplinaire la légalité des peines suit les principes généraux du droit pénal et doit observer les mêmes exigences constitutionnelles* ». ³⁷⁹ Le Conseil d'Etat invoque régulièrement le principe consacré par l'article 14 de la Constitution en matière de sanctions administratives. ³⁸⁰
- Les peines et les incriminations étant en vertu des articles 12 et 14 de la Constitution des matières réservées par la Constitution à la loi, le législateur devrait pouvoir habiliter le Grand-Duc, dans les limites de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution, à prendre des règlements et arrêtés aux fins, dans les conditions et suivant les modalités qu'il détermine.

Dans son avis du 3 mars 2009 concernant le projet de loi relatif à la chasse, le Conseil d'Etat a tracé les limites d'une telle habilitation en soulignant que « *Le principe de la légalité des peines et des incriminations implique d'abord que le législateur ne peut habiliter le pouvoir réglementaire à fixer les éléments constitutifs d'une infraction* » ³⁸¹.

En ce qui concerne plus particulièrement le principe de la légalité des peines, la Cour constitutionnelle a précisé dans son arrêt précité du 22 mars 2002 que « (...) *pour être prononcée une peine doit être prévue par la loi tant par son existence que par son taux de sévérité* ». Elle a réitéré ce principe dans trois arrêts du 14 décembre 2007 à l'occasion desquels elle a souligné que « *la légalité des peines implique que les peines disciplinaires soient prévues et énumérées par un texte légal* » ³⁸². Cette solution semble donc écarter la possibilité de prévoir dans la loi le taux maximal de la peine et de laisser au pouvoir réglementaire le soin de déterminer les détails des sanctions dans le cadre tracé par la loi.

- Dans son arrêt précité du 22 mars 2002, la Cour constitutionnelle a précisé que « *le principe de la légalité des peines nécessite de définir les infractions en termes suffisamment clairs pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements sanctionnables* ». Elle a toutefois nuancé ce principe en matière disciplinaire en admettant que « *Le droit disciplinaire tolère dans la formulation des comportements illicites et dans l'établissement des peines à encourir une marge d'indétermination sans que le principe de la spécification de l'incrimination et de la peine n'en soit affecté, si des*

379 Cour constitutionnelle, Arrêts précités du 22 mars 2002 et du 3 décembre 2004.

380 Avis du Conseil d'Etat du 17 mars 2009 concernant le projet de loi relatif à la qualification initiale et à la formation continue des conducteurs de certains véhicules routiers affectés aux transports de marchandises ou de voyageurs, doc. parl. n° 5905⁵.

381 Avis du Conseil d'Etat du 3 mars 2009 concernant le projet de loi relatif à la chasse, doc. parl. n° 5888¹.

382 Cour constitutionnelle, Arrêts 41/07, 42/07 et 43/07 du 14 décembre 2007, Mémorial 2008, pp 2, 4 et 7.

critères logiques, techniques et d'expérience professionnelle permettent de prévoir avec une sûreté suffisante la conduite à sanctionner et la sévérité de la peine à appliquer »³⁸³. Le Conseil d'Etat s'est référé à cette jurisprudence de la Cour constitutionnelle dans son avis du 14 juillet 2009 concernant le projet de loi portant réorganisation de l'assurance accident en observant toutefois que « *Si la Cour constitutionnelle a certes admis qu'en matière de sanctions disciplinaires une marge d'indétermination est possible, le Conseil d'Etat relève toutefois que le simple renvoi à l'inobservation des règlements de prévention ne répond pas aux exigences de l'article 12 de la Constitution et aux critères dégagés à cet égard par la Cour constitutionnelle* »³⁸⁴.

- Le texte afin d'être conforme au principe de la légalité des peines et des incriminations **doit clairement faire ressortir quel comportement illicite est puni de quelles peines**. Sont ainsi à proscrire les dispositions qui sans autres précisions sanctionnent de manière générale les infractions aux dispositions de la loi. Ce type de dispositions est en effet source d'arbitraire et d'insécurité juridique. Le Conseil d'Etat conseille de manière constante dans ce cas de figure d'indiquer les articles dont le non-respect est constitutif d'une infraction ou de préciser à l'article qui établit les sanctions pénales les faits répréhensibles.³⁸⁵
- **Le principe de la légalité des peines consacré par l'article 14 de la Constitution renferme le principe de la rétroactivité de la peine la plus douce, prévu par l'article 2³⁸⁶ du Code pénal luxembourgeois, principe qui ne saurait en conséquence être écarté par la loi.**
- La Cour constitutionnelle a consacré la valeur constitutionnelle du principe de la rétroactivité de la peine la plus douce dans son arrêt précité du 22 mars 2002 en employant ces termes: « *Il ressort du texte que pour être prononcée une peine doit être prévue par la loi, tant par son existence que par son taux de sévérité et au jour de la commission du fait. D'où il suit que le principe de la légalité des peines consacré par l'article 14 de la Constitution implique celui de la peine la plus douce* ».

Le principe de la rétroactivité de la peine la plus douce peut être expliqué comme suit: « *En cas de concours entre deux lois pénales successives, celle qui existe au moment de la commission de l'infraction doit être appliquée, à moins que la nouvelle soit plus douce que l'ancienne*³⁸⁷. » ou, en d'autres termes: « Lorsque la loi pé-

383 Cour constitutionnelle, Arrêts précités du 3 décembre 2004 et du 11 janvier 2008.

384 Avis du Conseil d'Etat du 17 juillet 2009 concernant le projet de loi portant réorganisation de l'assurance accident, doc. parl. n° 5899°.

385 Avis du Conseil d'Etat du 7 octobre 2008 concernant le projet de loi concernant le régime de permission de voirie, doc. parl. n° 5823°.

386 **Art. 2.** Nulle infraction ne peut être punie de peines qui n'étaient pas portées par la loi avant que l'infraction fut commise. Si la peine établie au temps du jugement diffère de celle qui était portée au temps de l'infraction, la peine la moins forte sera appliquée.

387 Cour supérieure de justice, 13 novembre 1876, Pas. I, p. 236.

nale nouvelle en vigueur au jour du jugement est moins sévère que la peine prévue au jour où l'infraction est commise, le juge appliquera la nouvelle loi³⁸⁸. » Le principe de la rétroactivité de la peine la plus douce implique *a contrario* le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère. Dans un avis récent du 17 mars 2009, le Conseil d'Etat a émis une opposition formelle qui était fondée sur ce principe³⁸⁹. Le projet de loi entendait en l'espèce ériger de manière générale l'absence de la qualification qu'il visait à introduire pour certaines catégories de permis de conduire, en infraction pénale, ce qui aurait entraîné une application rétroactive de la loi pénale aux titulaires dont les permis de conduire avaient été délivrés avant l'entrée en vigueur de la future loi (dans la mesure où ces titulaires n'auraient pas justifié de la qualification nouvellement requise).

Dans un arrêt du 17 septembre 2009³⁹⁰, la Cour européenne des droits de l'homme a procédé à un revirement de jurisprudence concernant l'interprétation traditionnelle qu'elle donnait de l'article 7, paragraphe 1^{er}³⁹¹ de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En effet, après avoir invariablement décidé, en s'attachant à la signification littérale des termes de l'article 7, paragraphe 1^{er} précité, que ledit article n'impliquait pas le principe de la rétroactivité de la loi pénale la plus douce, elle a affirmé, après s'être référée à bon nombre d'instruments régionaux et internationaux qui consacrent expressément ledit principe,³⁹² que « *l'article 7, paragraphe 1 de la Convention ne garantit pas seulement le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, mais aussi et implicitement le principe de rétroactivité de la loi pénale la plus douce* ».

- Enfin, les principes de la légalité des peines et des incriminations **s'étendent aux causes de justification qui suppriment le caractère répréhensible des actes incriminés par la loi**. Dans un avis du 7 octobre 2008³⁹³, le Conseil d'Etat a ainsi souligné que « *Si les articles 12 et 14 de la Constitution imposent au législateur de spécifier le comportement à incriminer avec un degré de précision suffisant, ils lui imposent de la même manière de spécifier les causes de justification lesquelles constituent toujours une exception par rapport au texte d'incrimination et doivent être exemptes d'incertitudes et d'incohérences* ».

388 Constant, Précis de droit pénal, n°418, p. 429.

389 Avis du Conseil d'Etat du 17 mars 2009 concernant le projet de loi relatif à la qualification initiale et à la formation continue des conducteurs de certains véhicules routiers affectés aux transports de marchandises ou de voyageurs.

390 *Scoppola c. Italie*, arrêt de la CEDH du 17 septembre 2009, requête n° 50550/06.

391 Article 7, paragraphe 1^{er}: « Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. »

392 L'article 49, paragraphe 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose notamment: « *Si postérieurement à l'infraction, la loi prévoit une peine plus légère, celle-ci doit être appliquée.* »

393 Deuxième avis complémentaire du Conseil d'Etat concernant la proposition de loi sur le droit de mourir en dignité et le projet de loi relative aux soins palliatifs du 7 octobre 2008, doc. parl. n°s 4909¹ et 5584¹⁶.

C) *Le principe du non bis in idem*

Le principe du *non bis in idem* est consacré par l'article 4, paragraphe 1^{er} du Protocole n° 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui dispose que « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un Etat ». L'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en fait état en les termes suivants: « Nul ne peut être puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union européenne par un jugement pénal définitif conformément à la loi. »

Si les deux textes sont en substance les mêmes, leur portée diffère néanmoins. L'article 4, paragraphe 1^{er} précité limite la portée du principe aux procédures nationales alors que l'article 50 précité comporte au-delà de la dimension nationale également une portée transnationale (limitée à l'Union européenne).

Le risque qu'une personne soit poursuivie ou punie pénalement en raison d'une infraction pour laquelle elle a déjà été acquittée ou condamnée existe notamment lorsque la **loi cumule les sanctions pénales et administratives pour des faits identiques**.

Afin d'éviter la violation du principe, il est recommandé au législateur de régler lui-même la question du cumul plutôt que d'en charger les autorités judiciaires.

La Cour européenne des droits de l'homme a souligné que l'application du principe du *non bis in idem* n'est pas exclue du simple fait que les sanctions sont l'une administrative et l'autre pénale.³⁹⁴

- Il est bien entendu que la question de l'application du principe du *non bis in idem* ne se pose que lorsque les peines administratives prévues doivent être analysées au regard des « *critères Engel* » comme revêtant une nature essentiellement répressive. **Il incombe donc de prime abord d'analyser si les mesures administratives prévues ont une motivation essentiellement répressive ou si elles s'imposent à d'autres fins, fins qui peuvent être préventives ou sécuritaires, ou être prévues à titre provisoire par exemple dans l'attente d'une sanction pénale ou avoir un caractère indemnitaire.** Le Tribunal administratif décide ainsi de manière constante que « Le but assigné à un retrait administratif du permis de conduire est de protéger pour l'avenir la sécurité des autres usagers de la route contre les personnes présentant un danger potentiel à leur égard et non de sanctionner les personnes concernées pour des faits commis dans le passé. Une telle mesure ne tombe partant pas sous la notion de la matière pénale au sens de

394 *Gradinger c. Autriche*, arrêt de la CEDH du 23 octobre 1995, série A, n° 328-C.

l'article 4, paragraphe 1 du Protocole additionnel n°7³⁹⁵ ». Dans un avis du 17 juin 2008 concernant le projet de loi relatif aux piles et accumulateurs ainsi qu'aux déchets de piles et d'accumulateurs, le Conseil d'Etat a souligné en ce sens que « *les peines ont un objectif de sanctionner le contrevenant, alors que les mesures administratives visent non pas à imposer une amende administrative, mais dans un premier temps, à amener l'opérateur économique à respecter la loi, et, dans un deuxième temps, à suspendre l'activité non conforme à la loi. La situation est dès lors différente de celle où certains actes sont sanctionnés en même temps par des amendes administratives et par des sanctions pénales* ».

- Concernant **la question de l'identité des infractions**, la Cour européenne des droits de l'homme relève dans un arrêt du 9 février 2009 rendu dans une affaire *Zolotoukhine*³⁹⁶ contre la Russie avoir dans le passé suivi des approches différentes qui étaient tantôt fondées sur l'identité des faits, indépendamment de leur qualification juridique, tantôt sur la qualification juridique en admettant que des mêmes faits peuvent donner lieu à des infractions distinctes, tantôt sur des éléments communs aux deux infractions. Estimant que la diversité de ces approches était source d'une insécurité juridique incompatible avec le droit garanti par l'article 4, paragraphe 1^{er} du Protocole n° 7, elle décide de clarifier ce qu'il faut entendre par une « même infraction » au sens de l'article 4, paragraphe 1^{er} du Protocole n° 7 précité. La Cour européenne des droits de l'homme, après avoir signalé que la Cour de Justice des Communautés européennes et la Cour interaméricaine des droits de l'homme ont décidé d'adopter une approche qui était strictement fondée sur l'identité des faits matériels et de ne pas retenir la qualification juridique de ces faits comme élément pertinent, énonce que **l'article 4, paragraphe 1^{er} du Protocole n° 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre une personne pour une seconde infraction lorsque celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont identiques en substance aux faits pour lesquels cette personne a déjà été jugée**. L'arrêt souligne d'ailleurs que la garantie de l'article 4, paragraphe 1^{er} précité, n'entre en jeu que lorsque **la première décision de condamnation ou d'acquittement est passée en force de chose jugée**. La Cour européenne des droits de l'homme décide ainsi de suivre l'approche de la Cour de Justice des Communautés européennes et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme soulignant que l'approche fondée strictement sur « *l'identité des faits matériels serait favorable à l'auteur de l'acte en cause qui saurait que, une fois reconnu coupable ou une fois relaxé, il n'aurait pas à craindre de nouvelles poursuites pour les mêmes faits* ».

Si les incriminations prévues dans deux textes différents se recoupent, le risque qu'une personne soit condamnée deux fois pour des faits identiques est réel et le respect du principe du *non bis in idem* n'est plus garanti.

395 TA- 6-7-98 (10303), TA-25-9-03(16036), TA-23-2-05 (18770).

396 *Zolotoukhine c. Russie*, arrêt de la CEDH du 2 février 2009, requête n° 14939/03.

D) Le respect des garanties de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

L'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantit certains droits au bénéfice des parties à un procès. Les droits ainsi garantis sont accrus en matière pénale. Si l'article 6 ne trouve à s'appliquer qu' « aux contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil » et aux jugements statuant sur « le bien-fondé d'une accusation en matière pénale », il faut toutefois souligner que la Cour européenne des droits de l'homme confère néanmoins une interprétation autonome à ces notions (cf. supra en ce qui concerne la notion d'accusation pénale).

- **Il compte aujourd'hui pour établi que par « tribunal » au sens de l'article 6, paragraphe 1^{er} de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il ne faut pas nécessairement entendre une juridiction de type classique intégrée aux structures judiciaires du pays.** La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi précisé dans un arrêt du 22 octobre 1984 que **le terme « tribunal » au sens de l'article 6, paragraphe 1^{er} doit être compris dans le sens matériel du terme. Une autorité qui est établie par la loi et à laquelle il appartient de trancher les questions relevant de sa compétence sur la base de normes de droit à l'issue d'une procédure organisée doit être considérée comme étant un tribunal au sens de l'article 6, paragraphe 1^{er} de la Convention**³⁹⁷.
- **La Cour européenne des droits de l'homme admet par ailleurs de manière constante que les sanctions administratives qui sont constitutives de sanctions pénales peuvent être prononcées par des autorités ne réunissant pas toutes les caractéristiques du « tribunal » visé par l'article 6, paragraphe 1^{er} de la Convention, à la condition toutefois que le justiciable dispose contre cette décision d'un recours de pleine juridiction**³⁹⁸. Parmi les caractéristiques d'un organe judiciaire de pleine juridiction figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur³⁹⁹. Dans son avis complémentaire du 2 février 2010 concernant le projet de loi portant approbation de certaines conventions fiscales et d'avenants à des conventions fiscales en vigueur⁴⁰⁰ (intitulé abrégé par l'auteur), le Conseil d'Etat s'est référé à la jurisprudence précitée de la Cour européenne des droits de l'homme. Après avoir relevé que les décisions fixant une amende administrative fiscale risqueront de relever de l'article 6, paragraphe 1^{er} de la Convention de sauvegarde des droits de

397 *Sramek c. Autriche*, arrêt de la CEDH du 22 octobre 1984, série A, n° 84.

398 *Schmautzer, Umlauf, Gradinger, Pramstaller, Palaoro, et Pfarrmeier c. Autriche*, arrêts de la CEDH du 23 octobre 1995, série A, nos 328 A-C et 329 A-C; *Bendenoun c. France*, arrêt de CEDH du 24 février 1994, série A n° 284; *Silvester's Horeca Service c. Belgique*, arrêt de la CEDH du 4 mars 2004, requête n° 47650/99; *Mérigaud c. France*, arrêt de la CEDH du 24 septembre 2009, requête n° 32976/04.

399 *Chevolat c. France*, arrêt de la CEDH du 13 février 2003, requête n° 49636/99.

400 Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 2 février 2010, projet de loi concernant le projet de loi portant approbation de certaines conventions fiscales et d'avenants à des conventions fiscales en vigueur, doc. parl. n° 6072°.

l'homme et des libertés fondamentales en raison de leur caractère essentiellement répressif, il a souligné que le recours en annulation devant le Tribunal administratif prévu par le projet de loi contre ces décisions n'offrait pas les garanties de l'article 6, paragraphe 1^{er} de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le Conseil d'Etat a en conséquence exigé sous peine d'opposition formelle l'institution d'un recours en réformation contre lesdites décisions devant le Tribunal administratif. Il a en cela suivi l'avis de la Cour administrative⁴⁰¹ qui a motivé sa position par le fait que le juge administratif, qui est saisi d'un recours en annulation, doit se limiter à contrôler si la décision lui déférée n'est pas entachée de nullité pour incompétence, excès ou détournement de pouvoir, ou violation de la loi ou des formes destinées à protéger les intérêts privés, sans pouvoir substituer à l'appréciation de l'autorité administrative sa propre appréciation sur base de considérations d'opportunité et qu'il ne peut en conséquence procéder le cas échéant à une remise totale ou réduite de l'amende.

Le recours en annulation contre une décision administrative étant de droit, il faudra en pareille hypothèse toujours expressément prévoir un recours en réformation.

- **Le tribunal** au sens de l'article 6, paragraphe 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales doit être **impartial**. Cette impartialité s'apprécie de manière subjective, en analysant la conduite personnelle du juge dans l'affaire en cause, sinon de manière objective, en sondant si certains faits ou circonstances vérifiables, qui peuvent résulter de l'organisation des procédures, autorisent à suspecter l'impartialité du juge. La Cour souligne de manière constante la nécessité de l'impartialité objective du tribunal au sens de l'article 6, paragraphe 1^{er} de la Convention en employant ces termes: « Même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique doivent d'inspirer aux justiciables, à commencer, au pénal, par les prévenus. Doit donc se récuser tout juge dont on peut légitimement craindre l'impartialité (...). L'optique de l'accusé entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif (...). L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées⁴⁰² ». Dans l'affaire *Mérigaud c. France*, la Cour, après avoir constaté l'impartialité objective de la juridiction disciplinaire ordinale, conclut toutefois qu'il n'y avait en l'espèce pas eu violation de l'article 6, paragraphe 1^{er} de la Convention, alors que la procédure en appel avait permis de remédier au grief d'impartialité.
- **Le principe du contradictoire**, qui vaut en matière civile comme en matière pénale, est un des piliers de l'exigence d'équité de la procédure au sens du premier

401 Avis de la Cour administrative du 29 octobre 2009, concernant le projet de loi infra note en bas de page n° 33, doc. parl. n° 6072¹.

402 *Hauschildt c. Danemark*, arrêt de la CEDH du 24 octobre 1989, Série A, n° 154; *Sramek c. Autriche*, arrêt de la CEDH du 22 octobre 1984, série A, n° 84; *Dubus S. A. c. France*, arrêt de la CEDH du 11 juin 2009, requête n° 5242/04; *Mérigaud c. France*, arrêt de la CEDH du 24 septembre 2009, requête n° 32976/04.

paragraphe de l'article 6 de la Convention. Ce principe impose au juge de veiller à ce que tous les éléments du litige fassent l'objet d'un débat entre parties. Le droit des parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge en est l'expression directe.⁴⁰³ Il en est de même du droit de tout accusé, visé à l'article 6, paragraphe 3 de la Convention, d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge ou à décharge. Le principe de l'égalité d'armes suivant lequel « chaque partie doit avoir la possibilité de présenter sa cause, y compris ses preuves dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire » en découle directement.

- **Le principe de la présomption d'innocence**, qui est une des garanties spécifiques à la matière pénale, consacrée par le deuxième paragraphe de l'article 6, implique en premier lieu que **la charge de la preuve incombe à l'accusation. Par ailleurs, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination est étroitement lié à ce principe.** La Cour relève de manière constante que « *Le droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination, sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion du procès équitable consacrée par l'article 6 de la Convention, même si ces droits n'y sont pas expressément nommés. Leur raison d'être tient notamment à la protection de l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités, ce qui évite les erreurs judiciaires et permet d'atteindre les buts de l'article 6 de la Convention. En particulier, le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation présuppose que dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte, ou les pressions au mépris de la volonté de l'accusé.* »

Dans son avis du 1^{er} juillet 2008 concernant le projet de loi ayant pour objet la coopération inter-administrative et judiciaire et le renforcement des moyens de l'Administration des contributions directes, de l'Administration de l'enregistrement et des domaines et de l'Administration des douanes et accises⁴⁰⁴, le Conseil d'Etat a fait le point sur la jurisprudence en matière fiscale de la Cour européenne des droits de l'homme concernant le droit de ne pas s'incriminer soi-même. Il a ainsi relevé que si le contribuable n'est pas obligé de coopérer dans le cadre d'une procédure ayant un caractère pénal, l'Administration des contributions directes peut toutefois transmettre aux autorités judiciaires à des fins de poursuites pénales des informations que le contribuable lui a communiquées **lors de la phase d'imposition sur base de son obligation de coopérer**. En aucun cas toutefois, **l'Administration des contributions directes ne pourra collecter sous la contrainte, sous le couvert d'une procédure d'imposition, des informations qui sont en fait destinées à alimenter un dossier de poursuite à caractère pénal.**

403 *Nideröst c. Suisse*, arrêt de la CEDH du 18 février 1997, recueil des arrêts et des décisions 1997-I, pp.101 et suivantes.

404 Avis du Conseil d'Etat du 1^{er} juillet 2008 concernant le projet de loi ayant pour objet la coopération inter-administrative et judiciaire et le renforcement des moyens de l'Administration des contributions directes, de l'Administration de l'enregistrement et des domaines et de l'Administration des douanes et accises, doc.parl. n° 5757⁸.

IX. Les principes appliqués aux dispositions concernant les finances publiques

L'administration du patrimoine de l'Etat et la gestion des finances publiques relèvent du pouvoir exécutif. La Constitution réserve au pouvoir législatif le droit d'accorder ou de refuser au Gouvernement l'autorisation de percevoir des recettes et d'effectuer des dépenses. Cette autorisation s'exprime par le vote annuel du budget de l'Etat⁴⁰⁵. En refusant de voter le budget de l'Etat, la Chambre des députés pourrait ainsi empêcher le Gouvernement de fonctionner.

L'intervention **spéciale** du législateur, préalablement à l'engagement de certaines dépenses par le Gouvernement, est requise par plusieurs dispositions de la Constitution, dont voici les essentielles:

- « **Art. 35.** Le Grand-Duc nomme aux emplois civils et militaires conformément à la loi et sauf les exceptions établies par elle. - Aucune fonction salariée par l'Etat ne peut être créée qu'en vertu d'une disposition législative. »
- « **Art. 103.** Aucune pension, aucun traitement d'attente, aucune gratification à charge du Trésor ne peuvent être accordés qu'en vertu de la loi. »
- « **Art. 99, 2^e phrase.** Aucun emprunt à charge de l'Etat ne peut être contracté sans l'assentiment de la Chambre. »
- « **Art. 99, 5^e et 6^e phrases.** Toute acquisition par l'Etat d'une propriété immobilière importante, toute réalisation au profit de l'Etat d'un grand projet d'infrastructure ou d'un bâtiment considérable, tout engagement financier important de l'Etat doivent être autorisés par une loi spéciale. Une loi générale détermine les seuils à partir desquels cette autorisation est requise. » Ledit seuil est fixé par l'article 80 de la loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat. Il a été relevé par une loi du 29 mai 2009 à 40.000.000 d'euros.
- « **Art. 99, 7^e phrase.** Aucune charge grevant le budget de l'Etat pour plus d'un exercice ne peut être établie que par une loi spéciale. »

Par ailleurs, la perception des impôts extraordinaires, qui n'est pas autorisée par la loi budgétaire, doit l'être par une loi spéciale sur base de l'article 99, première phrase de la Constitution qui dispose qu'« aucun impôt au profit de l'Etat ne peut être établi que par une loi ».

405 Article 104, première phrase de la Constitution: « Chaque année la Chambre arrête la loi des comptes et vote le budget. »

Enfin, il résulte de l'article 102 de la Constitution que toute rétribution, autre que fiscale, ne pourra être exigée des citoyens ou des établissements publics que dans les cas formellement prévus par la loi.

Ces matières étant expressément réservées par la Constitution à la loi, le Grand-Duc ne pourra, conformément à l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution, prendre des règlements et arrêtés *qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi*.

Ainsi le Conseil d'Etat a-t-il précisé dans un avis du 3 mars 2009⁴⁰⁶ que le droit de timbre auquel sera soumise toute demande de reconnaissance des qualifications professionnelles ne saurait être fixé par voie de règlement grand-ducal. Cette disposition serait contraire à l'**article 99** de la Constitution: « Le montant maximal pour le moins doit figurer dans la loi, quitte à fixer les montants précis par règlement grand-ducal ».

Dans un autre avis⁴⁰⁷ émis le même jour, il a encore souligné que les indemnités pour les prestations horaires des spécialistes issus des milieux professionnels ne peuvent être déterminées par règlement grand-ducal étant donné que cette disposition serait contraire à l'**article 103** de la Constitution: « Les montants maxima doivent être fixés dans la loi, quitte à laisser les modalités pratiques d'exécution à un règlement grand-ducal ».

Finalement, concernant la conclusion d'un contrat d'emprunt à charge de l'Etat, la loi autorisant l'emprunt devra au moins préciser le montant de l'emprunt et sa durée.

406 Avis du Conseil d'Etat du 3 mars 2009 concernant le projet de loi ayant pour objet la transposition de la directive 2005/36/CE pour ce qui est a) du régime général de reconnaissance de titre de formation et des qualifications professionnelles et b) de la prestation temporaire de service (...), doc. parl. n° 5921².

407 Avis du Conseil d'Etat du 3 mars 2009 concernant le projet de loi portant organisation de l'enseignement supérieur, doc. parl. n° 5876³.

PARTIE V

L'Amicale du Conseil d'Etat

L'amicale du Conseil d'Etat

En 2006, lors du départ de plusieurs conseillers d'Etat arrivés en fin de mandat, le désir s'était fait jour d'éviter la rupture des liens personnels qu'une période d'activité collégiale avait tissés entre les membres de l'Institution.

Depuis l'entrée en vigueur en 1997 de la réforme du Conseil d'Etat avec la limitation de la durée du mandat, le nombre des membres honoraires avait sensiblement augmenté et est en voie d'atteindre ou même de dépasser le nombre des membres encore actifs.

C'est ainsi que l'idée était née de resserrer au sein du Conseil les liens d'amitié - et de les maintenir au-delà de la durée du mandat - dans un tissu du genre « **Amicale du Conseil d'Etat** », non pas enfermé dans le carcan rigide d'une asbl, mais dans une structure décontractée comprenant les membres honoraires et les membres actifs.

Cette structure a été réalisée lors d'une réunion le 25 avril 2006 et un noyau, sous forme de comité, s'est déclaré prêt à la mettre en route et à organiser des rencontres et sorties amicales, conviviales et culturelles.

Ces sorties ont trouvé le succès souhaité, encore du fait que les conjoints/partenaires et le personnel du Secrétariat du Conseil d'Etat y ont été invités.

Une fois mis en place, le comité s'est encore vu confier l'organisation des traditionnelles rencontres de fin d'année législative, existant depuis de nombreuses années.

Dans le passé, des sorties, le plus souvent terminées par un dîner amical, ont eu lieu sous forme de promenades et/ou de visites guidées

- dans l'Oesling avec visite d'une ferme d'agriculture biologique
- à la Moselle avec visites de caves viticoles
- dans le Bassin minier avec visites du Centre national de l'audiovisuel (CNA) et des friches d'Arbed-Belval en voie de revalorisation
- dans l'Ouest du pays avec une promenade guidée en forêt au Schweichertal
- des expositions « Sigismond » et « Pierre-Ernest de Mansfeld » au Musée national d'histoire et d'art (MNHA)
- de l'exposition « Le Conseil dans tous ses Etats » au Musée d'histoire de la Ville de Luxembourg
- du nouveau Musée d'art moderne (MUDAM), de la nouvelle Cité judiciaire et de la Cour de justice de l'Union européenne lors des rencontres de fin d'année législative.

Au cours de la période 2009-2010, les membres de l'Amicale se sont retrouvés lors de la rentrée en octobre 2009 à l'occasion d'une promenade dans le paysage automnal des vignobles de Remich.

Ils ont été invités, en mars 2010 à la visite guidée d'une exposition d'importance au MNHA, celle de l'artiste belge « James Ensor », figure emblématique de l'art moderne.

En cette année 2010, placée sous le signe de la biodiversité, la promenade de printemps dans la zone protégée du « Giele Botter » entre Niederkorn et Pétange a été très appréciée. Des explications exhaustives et fort intéressantes sur les efforts faits pour favoriser le développement et pour assurer la conservation de la flore réapparue sur les terres des anciennes minières d'exploitation à ciel ouvert ont été fournies par des fonctionnaires compétents de l'Administration de la nature et des forêts.

La rencontre traditionnelle de fin d'année législative a eu lieu le 16 juillet 2010. Elle fut précédée de la visite de la Banque européenne d'investissement (BEI) dont un membre de la Direction a donné aux participants un aperçu sur l'histoire de la Banque ainsi que sur son développement et ses activités actuelles. Un tour guidé a permis d'avoir une vue globale du nouveau bâtiment et de sa structure architecturale spéciale.

Le **Comité de l'Amicale** se compose actuellement de

M. Claude Bicheler, Président, Mme Viviane Ecker, MM. Albert Hansen, Carlo Meintz, Alain Meyer, Paul Schmit, membres et M. Emile Franck, secrétaire.

ANNEXES

La législation sur le Conseil d'Etat

Sommaire

I. Constitution luxembourgeoise (Extraits: Art. 59 et 83bis)	285
II. Loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat	286
III. Règlement d'ordre intérieur du Conseil d'Etat	295
IV. Règlement grand-ducal du 28 mars 1997 portant détermination des conditions d'admission, de nomination et d'avancement aux différentes carrières du Secrétariat du Conseil d'Etat	305
V. Loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat (Extrait: Art. 29ter)	310
VI. Loi modifiée du 29 juillet 1988 portant modification et nouvelle coordination de la loi modifiée du 26 mai 1954 réglant les pensions des fonctionnaires de l'Etat (Extraits: Art. 18 et 55)	312
VII. Règlement grand-ducal du 15 mai 1997 portant fixation des indemnités des membres du Conseil d'Etat	316

I. Constitution luxembourgeoise **(Extraits: Art. 59 et 83bis)**

Art. 59. 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.

Art. 83bis. 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.

II. Loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat

CHAPITRE 1^{er} - De l'institution et du siège

Art. 1^{er}. Le Conseil d'Etat, institué par la Constitution, est organisé par la présente loi.

Le siège du Conseil d'Etat est à Luxembourg.

CHAPITRE 2 - Des attributions en matière législative et réglementaire

Art. 2. (1) Aucun projet ni aucune proposition de loi ne sont présentés à la Chambre des députés et, sauf le cas d'urgence à apprécier par le Grand-Duc, aucun projet de règlement pris pour l'exécution des lois et des traités ne sont soumis au Grand-Duc qu'après que le Conseil d'Etat a été entendu en son avis.

Cet avis est donné par un rapport motivé contenant des conclusions et, le cas échéant, un contre-projet.

(2) S'il estime un projet ou une proposition de loi contraire à la Constitution, aux conventions et traités internationaux, ainsi qu'aux principes généraux du droit, le Conseil d'Etat en fait mention dans son avis. Il en fait de même, s'il estime un projet de règlement contraire à une norme de droit supérieure.

(3) Dans le cas où le Gouvernement juge qu'il y a urgence pour la présentation d'un projet de loi, la Chambre peut en être saisie directement, sans que le Conseil d'Etat ait été entendu en son avis; cependant la Chambre peut alors en ordonner le renvoi afin d'avis préalable au Conseil d'Etat avant de le soumettre à la discussion.

Néanmoins, si l'urgence a été reconnue par le Gouvernement d'accord avec la Chambre, il peut être passé outre à la discussion, mais l'avis du Conseil d'Etat doit être communiqué à la Chambre avant le vote définitif du projet de loi.

(4) Si la Chambre des députés a procédé au vote article par article conformément à l'article 65 de la Constitution, sans pouvoir procéder au vote sur l'ensemble de la loi du fait que tous les articles votés n'ont pas été avisés par le Conseil d'Etat, celui-ci rend son avis sur les dispositions votées par la Chambre dans un délai de trois mois au plus à partir de la date de la communication des dispositions au Conseil d'Etat.

Faute d'avis dans ce délai, la Chambre peut passer au vote sur l'ensemble de la loi.

Art. 3. Le Gouvernement, avant de soumettre au Conseil d'Etat un projet de loi ou de règlement, peut demander son avis sur le principe.

De son côté, le Conseil d'Etat peut appeler l'attention du Gouvernement sur l'opportunité de nouvelles lois ou de nouveaux règlements ou de modifications à introduire dans les lois et règlements existants.

Dans les deux cas, s'il y a accord entre le Gouvernement et le Conseil d'Etat sur le principe, le Gouvernement peut inviter le Conseil d'Etat à préparer le projet de loi ou de règlement.

CHAPITRE 3 - De la composition et du fonctionnement

Art. 4. Le Conseil d'Etat est composé de vingt et un conseillers, dont onze au moins sont détenteurs du diplôme de docteur en droit délivré par un jury luxembourgeois ou titulaires d'un grade étranger d'enseignement supérieur en droit homologué et transcrit conformément à la loi du 18 juin 1969 sur l'enseignement supérieur et l'homologation des titres et grades étrangers d'enseignement supérieur.

Ce nombre ne comprend pas les membres de la Famille régnante qui font partie du Conseil d'Etat.

Le Grand-Duc Héritier peut y être nommé dès que ce titre Lui a été conféré.

Les membres du Conseil d'Etat portent le titre de conseiller d'Etat.

Art. 5. Les membres du Conseil d'Etat sont nommés et démissionnés par le Grand-Duc.

A l'exception des membres de la Famille régnante, les fonctions de membre du Conseil d'Etat prennent fin après une période continue ou discontinue de quinze ans.

La fonction de membre du Conseil d'Etat prend encore fin au moment où l'intéressé a atteint l'âge de soixante-douze ans.

Aucun membre du Conseil d'Etat ne peut être révoqué qu'après que celui-ci, siégeant en séance plénière, a été entendu sur les motifs de la révocation.

Art. 6. Le Grand-Duc peut dissoudre le Conseil d'Etat.

Art. 7. En cas de renouvellement intégral du Conseil d'Etat, le Grand-Duc procède à la nomination directe de sept membres.

Sept membres sont choisis par le Grand-Duc sur une liste de dix candidats présentée par la Chambre des députés.

Sept membres sont choisis par le Grand-Duc sur une liste de dix candidats présentée par le Conseil d'Etat, composée selon les prescriptions des alinéas qui précèdent.

Lorsqu'il s'agit de pourvoir à la vacance d'un siège, le remplacement se fait alternativement et dans l'ordre suivant:

- a. par nomination directe du Grand-Duc;
- b. par nomination d'un des trois candidats présentés par la Chambre des députés;
- c. par nomination d'un des trois candidats présentés par le Conseil d'Etat.

Pour désigner les candidats à un poste vacant, le Conseil d'Etat se réunit en séance plénière. Il est procédé au scrutin secret. La désignation des candidats se fait à la majorité relative des votes émis par les membres présents. En cas de parité de suffrages, la préférence est accordée au plus âgé.

Par dérogation aux règles fixées aux alinéas qui précèdent, les membres de la Famille régnante sont toujours désignés par nomination directe du Grand-Duc.

Art. 8. Le Grand-Duc désigne chaque année, parmi les membres du Conseil d'Etat, le président et deux vice-présidents.

Art. 9. Le Conseil d'Etat délibère, en séance plénière, sur les projets et propositions de loi, les amendements, les règlements grand-ducaux, les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des traités ainsi que sur toutes les questions de haute administration sur lesquelles son avis est requis par les lois et les règlements, ou demandé par le Grand-Duc ou par le Gouvernement.

Art. 10. Pour être membre du Conseil d'Etat, il faut:

1. être de nationalité luxembourgeoise;
2. jouir des droits civils et politiques;
3. résider au Grand-Duché;
4. être âgé de trente ans accomplis.

Sans préjudice de l'article 371, les fonctions de membre du Conseil d'Etat sont compatibles avec toute fonction et toute profession à l'exception:

1. des fonctions de membre du Gouvernement;
2. des fonctions énumérées à l'article 22(1) ci-après.

Les fonctions de membre du Conseil d'Etat sont en outre incompatibles avec le mandat de député.

L'acceptation du mandat de député ou des fonctions énumérées à l'alinéa 2 ci-avant entraîne de plein droit cessation des fonctions de membre du Conseil d'Etat.

Art. 11. Avant d'entrer en fonctions, les membres du Conseil d'Etat prètent entre les mains du Grand-Duc, ou de la personne désignée par Lui, le serment suivant: « Je jure fidélité au Grand-Duc, obéissance à la Constitution et aux lois de l'Etat. Je promets de remplir mes fonctions avec intégrité, exactitude et impartialité. Je promets de tenir secrètes les délibérations du Conseil et les affaires du Gouvernement. Je le jure! »

Art. 12. Le président du Conseil d'Etat ne peut s'absenter pendant plus de quinze jours sans l'autorisation du Grand-Duc.

Les membres du Conseil d'Etat ne peuvent manquer aux séances qu'en vertu d'un congé accordé par le président.

Art. 13. Le taux et le mode de répartition des indemnités des membres du Conseil d'Etat, leurs frais de voyage et de séjour sont fixés par règlement grand-ducal.

Les indemnités allouées aux membres du Conseil d'Etat peuvent être cumulées avec tout traitement ou pension.

Art. 14. Un règlement grand-ducal approuve le règlement d'ordre intérieur du Conseil d'Etat.

CHAPITRE 4 - Des formes de procéder

Art. 15. Les séances du Conseil d'Etat et de ses commissions chargées de préparer les travaux ne sont pas publiques.

Néanmoins, le Conseil d'Etat siège en séance publique pour se prononcer sur la dispense du second vote constitutionnel.

Art. 16. Le Grand-Duc préside le Conseil d'Etat quand il le trouve convenable.

Hors ce cas, le Conseil d'Etat est présidé par son président, ou en cas d'empêchement de celui-ci, par le vice-président le plus ancien en rang.

En cas d'empêchement du président et des deux vice-présidents, le Conseil d'Etat est présidé par le membre le plus ancien en rang présent.

Le secrétaire général assiste aux séances du Conseil d'Etat et en dresse procès-verbal. En cas d'empêchement il est remplacé par un fonctionnaire du cadre prévu à l'article 22, alinéa 2 sous 1), sinon par le conseiller d'Etat le moins ancien en rang.

Art. 17. Le Conseil d'Etat ne prend sa résolution que lorsque douze de ses membres au moins sont réunis.

Les résolutions du Conseil d'Etat sont arrêtées à la majorité des voix; s'il y a partage, les différentes opinions sont portées à la connaissance du Gouvernement.

Le président et le secrétaire général attestent l'authenticité des résolutions prises.

Art. 18. (1) Les membres du Conseil d'Etat ne peuvent siéger, délibérer ou décider dans aucune affaire dans laquelle, soit eux-mêmes, soit leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, ont un intérêt personnel.

(2) Aucun membre du Conseil d'Etat ne peut ni participer à la rédaction d'un avis, ni prendre part à un vote ayant trait à un projet ou une proposition de loi ou un projet de règlement, à l'élaboration desquels il a participé à un autre titre que celui de membre du Conseil d'Etat.

CHAPITRE 5 - Des rapports avec le Grand-Duc, la Chambre des députés et les autorités publiques

Art. 19. (1) Les rapports du Conseil d'Etat avec le Grand-Duc et avec la Chambre des députés ont lieu, sauf les cas d'extrême urgence, par l'intermédiaire du Premier Ministre.

(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.

Art. 20. Le Premier Ministre a le droit de provoquer des conférences entre le Gouvernement et le Conseil d'Etat sur des questions de législation et de haute administration.

Ces conférences sont présidées par le Premier Ministre.

Art. 21. Le Conseil d'Etat peut appeler à ses délibérations, pour y prendre part avec voix consultative, les personnes qui lui paraissent pouvoir éclairer la délibération par leurs connaissances spéciales.

Les commissions chargées de préparer les travaux du Conseil d'Etat ont le même droit.

Ces commissions peuvent convoquer, sur la désignation des membres du Gouvernement, des fonctionnaires et agents publics pour obtenir des éclaircissements sur les affaires en délibération.

CHAPITRE 6 - Du Secrétariat du Conseil d'Etat

Section 1^{re} - Du cadre

Art. 22. Le Conseil d'Etat dispose d'un secrétariat dirigé par un secrétaire général.

Le cadre du personnel comprend, en dehors de la fonction de secrétaire général, les fonctions et emplois suivants:

- 1) Dans la carrière supérieure de l'attaché de Gouvernement:
 - des secrétaires première classe
 - des secrétaires
 - des secrétaires adjoints
 - des attachés premiers en rang
 - des attachés

- 2) Dans la carrière moyenne de l'administration:
 - des inspecteurs principaux premiers en rang
 - des inspecteurs principaux
 - des inspecteurs
 - des chefs de bureau
 - des chefs de bureau adjoints
 - des rédacteurs principaux
 - des rédacteurs

- 3) Dans la carrière inférieure de l'administration:
 - des premiers commis principaux
 - des commis principaux
 - des commis
 - des commis adjoints
 - des expéditionnaires
 - des premiers huissiers dirigeants
 - des huissiers dirigeants
 - des premiers huissiers principaux
 - des huissiers principaux
 - des huissiers-chef
 - des huissiers de salle.

Les nominations à la fonction de secrétaire général et aux fonctions reprises à l'alinéa 2 sous 1) et 2) sont faites par le Grand-Duc, sur proposition du Conseil d'Etat, celles aux fonctions reprises à l'alinéa 2 sous 3) par le Premier Ministre, Ministre d'Etat.

Art. 23. Ce cadre peut être complété par des stagiaires, des employés et des ouvriers selon les besoins du service et dans les limites des crédits budgétaires.

Section 2 - De la formation et des conditions de nomination

Art. 24. Les candidats aux fonctions de la carrière supérieure auprès du Conseil d'Etat doivent remplir, sous réserve des dispositions de l'article 26 ci-après, les conditions d'études requises pour l'admission à la carrière de l'attaché de Gouvernement.

Art. 25. Les candidats aux fonctions des carrières moyennes et inférieures doivent remplir, sans préjudice des conditions particulières visées à l'article 26 ci-après, les mêmes conditions que les candidats aux fonctions analogues auprès de l'administration gouvernementale.

Art. 26. Un règlement grand-ducal détermine les modalités d'organisation des stages, des examens de fin de stage et des examens de promotion et peut fixer des conditions particulières de recrutement, de stage, de nomination et d'avancement pour le personnel du secrétariat du Conseil d'Etat.

Art. 27. Avant d'entrer en fonctions, les fonctionnaires énumérés à l'article 22 prêtent entre les mains du président du Conseil d'Etat le serment suivant: « Je jure fidélité au Grand-Duc, obéissance à la Constitution et aux lois de l'Etat. Je promets de remplir mes fonctions avec intégrité, exactitude et impartialité. »

CHAPTIRE 7 - Dispositions diverses

Art. 28. La nouvelle fonction créée par la présente loi est classée comme suit:
le secrétaire général: grade 17.

Art. 29. La loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat est modifiée et complétée comme suit:

1) A l'article 22 l'énumération figurant à la section IV, numéro 9, est complétée par la mention « le secrétaire général du Conseil d'Etat »; celle figurant à la section VIII sous b) par la mention « secrétaire général du Conseil d'Etat ».

2) A l'annexe A - Classification des fonctions - la rubrique I. - Administration générale - au grade 17, est ajoutée la mention suivante: « Conseil d'Etat - secrétaire général ».

3) A l'annexe D - Détermination - rubrique I. - Administration générale - dans la carrière supérieure de l'administration, au grade de computation de la bonification d'ancienneté 12, au grade 17, est ajoutée la mention suivante: « secrétaire général du Conseil d'Etat ».

CHAPITRE 8 - Des dispositions budgétaires, transitoires et abrogatoires et de l'entrée en vigueur.

Art. 30. Les conseillers d'Etat qui composent à l'heure actuelle le Conseil d'Etat forment, au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi, le Conseil d'Etat.

Art. 31. Par dérogation à l'article 5, alinéa 2, le mandat des conseillers d'Etat en fonctions à l'entrée en vigueur de la loi sera de 18 ans.

Par dérogation à l'alinéa qui précède, le mandat des conseillers d'Etat dont la durée dépasse les quinze ans à l'entrée en vigueur de la présente loi, expire trois ans après la date de cette entrée en vigueur.

Art. 32. Par dérogation aux dispositions de la loi budgétaire concernant les engagements nouveaux de personnel dans les différents services et administrations de l'Etat, le Conseil d'Etat est autorisé à procéder, sans autre procédure, à l'engagement d'un fonctionnaire de la carrière supérieure et d'un fonctionnaire de la carrière moyenne du rédacteur.

Art. 33. Dans tous les textes de loi et de règlement, la référence au Conseil d'Etat, si la fonction législative ou consultative de celui-ci est visée, s'entend comme référence au Conseil d'Etat, tel qu'il est institué par la présente loi.

Art. 34. L'actuel secrétaire du Conseil d'Etat est nommé aux fonctions de secrétaire général du Conseil d'Etat. Sa carrière est reconstituée par la prise en considération du grade 16 figurant à la rubrique I. « Administration générale » de l'annexe C « Tableaux indiciaires » de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat.

Par dérogation aux dispositions des articles 3 et 17 de la loi du 14 novembre 1991 fixant les conditions et les modalités de l'accès du fonctionnaire à une carrière supérieure à la sienne, le fonctionnaire en service au secrétariat du Conseil d'Etat depuis le 1^{er} mai 1990 peut, après avoir réussi à l'examen de promotion de sa carrière, ainsi qu'à l'examen-concours prévu à l'article 18, paragraphe 1^{er} de la loi précitée, accéder aux fonctions de la carrière visée à l'article 22, alinéa 2, point 1).

Art. 35. L'employée de l'Etat, détentrice du diplôme de fin d'études secondaires et en service au secrétariat du Conseil d'Etat depuis le 2 janvier 1987, peut, après avoir réussi à l'examen de carrière prévu au règlement modifié du Gouvernement en conseil du 1^{er} mars 1974, fixant le régime des indemnités des employés occupés dans les administrations et services de l'Etat, obtenir une nomination à la fonction de rédacteur principal au secrétariat du Conseil d'Etat avec dispense des conditions et de l'examen d'admission au stage, du stage et de l'examen de fin de stage.

Sa carrière est reconstituée par la prise en considération du grade 7 figurant à la rubrique I. « Administration générale » de l'annexe C « Tableaux indiciaires » de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat.

En vue de l'application des dispositions de la loi du 28 mars 1986 portant harmonisation des conditions et modalités d'avancement dans les différentes carrières des administrations et services de l'Etat, sa première nomination dans la carrière du rédacteur est censée être intervenue au 1^{er} janvier 1990.

Art. 36. La loi du 8 février 1961 portant organisation du Conseil d'Etat, telle qu'elle a été modifiée dans la suite, ainsi que toutes les mesures légales et réglementaires qui sont contraires à la présente loi sont abrogées.

Art. 37. La présente loi entre en vigueur le 1^{er} janvier 1997.

III. Règlement d'ordre intérieur du Conseil d'Etat (approuvé par règlement grand-ducal du 2 décembre 2008)

CHAPITRE 1^{er}. - Le Président du Conseil d'Etat

Art. 1^{er}. Le Président représente le Conseil d'Etat. Il veille au bon fonctionnement de l'institution.

Art. 2. Il fixe l'ordre du jour des séances publique et plénière. A cette fin, tous les projets d'avis et de délibération lui sont soumis préalablement.

Art. 3. Sauf en cas de présence du Grand-Duc, le Président préside les séances publique et plénière du Conseil et en dirige les délibérations. La police des séances lui appartient.

Il assiste, s'il le trouve convenir, aux réunions des commissions, et, dans ce cas, il peut les présider.

Art. 4. Le Président peut convoquer le Conseil en séance extraordinaire, toutes les fois qu'il le juge nécessaire aux besoins de l'institution. De même, il peut convoquer les commissions permanentes.

Il réunit régulièrement les présidents de commission pour examiner l'état d'avancement des affaires dont est saisi le Conseil d'Etat et discuter de toute question inhérente au bon fonctionnement des commissions.

Art. 5. En cas d'urgence, le Président peut se charger directement de la rédaction d'un projet d'avis ou désigner un ou plusieurs membres du Conseil d'Etat à cet effet.

Art. 6. En cas d'absence, d'empêchement ou de vacance de poste, la présidence est assurée par le Vice-président le plus ancien en rang ou, à défaut de Vice-présidents, par le membre du Conseil d'Etat le plus ancien en rang.

CHAPITRE 2. - Le Bureau du Conseil d'Etat

Art. 7. Le Bureau du Conseil d'Etat se compose du Président et des deux Vice-présidents du Conseil d'Etat. Il est fait appel au Secrétaire général ou, en cas d'empêchement, au fonctionnaire le plus élevé en rang de la carrière supérieure du Secrétariat pour assister aux réunions du Bureau.

Le Président convoque le Bureau de sa propre initiative ou à la demande d'un Vice-président. Il en fixe l'ordre du jour et dirige les débats.

Les délibérations du Bureau sont actées dans un procès-verbal, dressé par le Secrétaire général. Après avoir été approuvé par le Président et les Vice-présidents, le Président peut décider de communiquer le procès-verbal aux autres membres du Conseil d'Etat.

Art. 8. Le Bureau a pour mission de décider des questions relatives à l'organisation des travaux du Conseil d'Etat. Il peut encore être saisi de toute question qui lui est soumise par les conseillers d'Etat, et notamment celles relatives au bon fonctionnement de l'institution et au personnel du Secrétariat du Conseil d'Etat ainsi qu'à l'organisation des travaux au sein du Secrétariat.

Le Bureau établit la liste des commissions permanentes du Conseil d'Etat, en désigne le président, et en fixe la composition. Un agent du Secrétariat est affecté par le Bureau à chaque commission, pour assister les conseillers dans leurs travaux. La liste des commissions peut être soumise par le Président à la délibération d'une commission spéciale ou de l'assemblée des autres membres du Conseil réunis en séance plénière.

Le Bureau peut examiner l'opportunité de nouvelles lois ou de nouveaux règlements ou de modifications à introduire dans les lois et règlements existants concernant l'organisation et le fonctionnement du Conseil d'Etat.

Le Bureau élabore les propositions budgétaires du Conseil d'Etat, qui sont ensuite soumises aux délibérations du Conseil en séance plénière.

CHAPITRE 3. - Les commissions du Conseil d'Etat

Section 1^{re} - Les commissions permanentes

Art. 9. Les commissions permanentes du Conseil d'Etat sont chargées d'examiner les projets et propositions de loi, les projets de règlement ou d'arrêté grand-ducaux, les amendements ainsi que les demandes d'avis déferés au Conseil d'Etat par le Gouvernement ou par la loi.

Elles peuvent encore étudier de leur propre initiative l'opportunité de nouvelles lois ou de nouveaux règlements ou de modifications à introduire dans les lois et règlements existants.

Art. 10. Les commissions permanentes sont composées des membres du Conseil d'Etat figurant sur la liste arrêtée par le Bureau. Chaque membre du Conseil d'Etat peut assister avec voix délibérative, soit de sa propre initiative, soit à la demande du Président de commission, aux réunions des commissions dont il n'est pas membre.

Si à la suite d'une délibération en séance plénière un projet d'avis est renvoyé en commission, le ou les membres qui ont demandé ce renvoi font d'office partie de la commission chargée de réexaminer l'affaire.

Section 2 - Les commissions spéciales

Art. 11. Il peut être formé des commissions spéciales par le Président du Conseil d'Etat pour l'examen des affaires qui ont un caractère particulier.

Le Président fixe la composition de ces commissions. Chaque membre du Conseil d'Etat a toutefois le droit d'y assister avec voix délibérative.

Section 3 - Les règles communes aux commissions du Conseil d'Etat

Art. 12. Les commissions sont convoquées par leur président, qui en dirige les débats.

Art. 13. L'ordre du jour des réunions de commission est fixé par son président de commun accord avec les membres de la commission ou de sa propre initiative.

Art. 14. Après en avoir délibéré, la commission désigne un ou plusieurs de ses membres, voire un conseiller d'Etat qui n'est pas membre de la commission, prenant part aux délibérations, comme rapporteur pour préparer un projet d'avis ou de délibération. Le président de commission décide de soumettre ces projets à l'examen de la commission ou de les communiquer au Président du Conseil d'Etat pour être portés à l'ordre du jour d'une prochaine séance plénière.

Une commission peut constituer une sous-commission, dont elle détermine la composition, chargée de préparer un projet d'avis à soumettre aux délibérations de la commission.

Art. 15. Lorsqu'une commission décide d'inviter un membre du Gouvernement ou un expert, le président de commission en informe le Président.

Avant de convier un membre du Gouvernement ou un expert à une réunion, la commission formule les points à y aborder, à moins que l'invitation n'intervienne à la demande d'un membre du Gouvernement.

Art. 16. Dans les cas où la loi défend à un membre du Conseil d'Etat de siéger, de délibérer ou de décider dans une affaire, ou bien de participer à la rédaction d'un projet d'avis ou de prendre part au vote, il doit au préalable en avertir le président de commission ou les autres membres de la commission.

Art. 17. Une commission peut proposer au Président du Conseil d'Etat de renvoyer tout ou partie d'une affaire à une autre commission. Elle peut encore saisir le Président du Conseil d'Etat aux fins de soumettre son projet d'avis ou de délibération à l'examen d'une autre commission.

Pour une affaire d'une importance particulière, le président de commission peut inviter une autre commission à prendre part aux délibérations de sa commission.

Art. 18. Les travaux en commission ne sont pas publics. Les projets d'avis et de délibération ont un caractère secret.

Section 4 - La présidence des commissions

Art. 19. Chaque commission est présidée par le membre du Conseil d'Etat désigné à cet effet par le Bureau.

Le président de commission est en charge des affaires dévolues à sa commission par le Président du Conseil d'Etat d'après la liste des commissions permanentes arrêtée par le Bureau. En cas d'urgence, il peut préparer lui-même un projet d'avis ou inviter un membre de sa commission à le préparer. Il soumet ensuite ce projet d'avis soit au Président du Conseil d'Etat pour être porté à l'ordre du jour d'une prochaine séance plénière soit à sa commission pour examen.

Art. 20. Le président de commission peut demander au Président du Conseil d'Etat de solliciter les avis ou documents que lui ou les membres de sa commission jugent utiles ou nécessaires afin de compléter le dossier.

Art. 21. Le président de commission veille à l'expédition la plus prompte possible des affaires qui lui ont été attribuées.

Art. 22. En cas d'empêchement, la présidence de commission est assurée par un membre de la commission selon l'ordre de préséance.

CHAPITRE 4. - Les séances publique et plénière

Section 1^{re} - Composition et compétences

Art. 23. Les assemblées en séances publique et plénière se composent du Président, des Vice-présidents et de tous les autres membres du Conseil d'Etat ainsi que du Secrétaire général.

Art. 24. Il est délibéré en séance publique, conformément à l'article 59 de la Constitution, sur l'accord à donner à la dispense du second vote des projets et propositions de loi. Les résolutions sur l'octroi ou le refus de la dispense du second vote sont arrêtées sous forme de décision du Conseil d'Etat.

En cas de refus de la dispense, le Président peut être chargé par l'assemblée de porter les motifs du refus par écrit à la connaissance du Gouvernement et à la Chambre des députés.

Art. 25. Il est délibéré en séance plénière sur les projets d'avis et les affaires que le Président a décidé de soumettre aux discussions de l'assemblée. Ces délibérations ne sont pas publiques.

Les résolutions au sujet des affaires soumises au Conseil d'Etat par le Gouvernement ou la Chambre des députés sont prises sous la forme d'avis du Conseil d'Etat; toutes les autres le sont sous celle de délibérations du Conseil d'Etat.

A moins que la loi n'en dispose autrement, tous les avis et délibérations du Conseil d'Etat doivent être approuvés en séance plénière.

Section 2 - La procédure relative aux travaux en séances publique et plénière

Art. 26. Le Conseil d'Etat se réunit toutes les fois que les besoins l'exigent, sur convocation du Président ou en vertu d'une délibération du Conseil même.

A la fin de chaque année, le Président arrête le calendrier des séances ordinaires pour l'année à venir. Il prévoit en principe une séance publique ou plénière ordinaire toutes les deux semaines.

Art. 27. La convocation aux séances publique et plénière contenant l'ordre du jour doit être faite au moins trois jours ouvrables avant la séance, sauf les cas d'urgence. L'ordre du jour peut faire l'objet d'un complément pour les projets signalés comme urgents.

Les projets d'avis ou de délibération des points figurant à l'ordre du jour doivent être communiqués à tous les membres du Conseil d'Etat conjointement avec les convocations. Exceptionnellement, un ou plusieurs projets peuvent être communiqués ultérieurement. Dans ce cas, les membres doivent avoir pu prendre connaissance du contenu de ces projets au plus tard avant la discussion en séance plénière.

L'ordre du jour des séances publiques et celui des séances plénières portant sur les points dont est saisie la Chambre des députés sont rendus publics.

Art. 28. Les membres du Conseil d'Etat ont le droit de présenter des amendements aux projets d'avis ou de délibération soumis à la discussion, soit avant la séance plénière soit lors des délibérations.

Chaque membre a encore le droit de proposer un avis séparé qui peut être appuyé par un ou plusieurs autres membres du Conseil d'Etat. Cet avis est communiqué à tous les membres ou distribué au plus tard avant la discussion en séance plénière.

Art. 29. Le Président peut modifier l'ordre du jour avant la séance publique ou plénière. Il doit communiquer le nouvel ordre du jour aux autres membres du Conseil avant le début de la séance.

Pendant la séance, il appartient au Conseil d'Etat de procéder, à la majorité des membres présents, aux modifications de l'ordre du jour. Une affaire y prévue peut faire l'objet d'un renvoi en commission ou à une prochaine séance.

Art. 30. Le Conseil d'Etat ne prend de résolution en séances publique ou plénière que lorsque douze de ses membres au moins sont réunis.

Le Président du Conseil d'Etat accorde successivement la parole d'abord au rapporteur ou au président de la commission compétente, ensuite aux membres et en dernier lieu au rapporteur s'il le désire. Il peut retirer la parole et clore la délibération d'accord avec le Conseil.

Sans préjudice des avis séparés prévus à l'article 28, toutes les résolutions du Conseil d'Etat sont arrêtées à la majorité des voix exprimées.

Art. 31. Les membres du Conseil votent à main levée. Toutefois, si au moins deux membres le demandent, le vote doit se faire à haute voix, dans l'ordre de préséance des membres, en commençant par le dernier nommé; le Président du Conseil opine le dernier.

Art. 32. Dans les cas où la loi défend à un membre du Conseil d'Etat de siéger, de délibérer ou de décider dans une affaire, ou bien de participer à la rédaction d'un projet d'avis ou de prendre part au vote, il doit au préalable en avertir le président du Conseil d'Etat ou les autres membres présents.

Tout membre qui ne veut pas participer au vote pour une autre raison, doit en donner les motifs, qui doivent être agréés par le Conseil.

Les empêchements et abstentions sont actés au procès-verbal.

Art. 33. Les membres du Conseil d'Etat ne peuvent se charger ou être chargés de la rédaction de tout ou partie d'un avis ou d'une délibération sur une affaire dans laquelle soit eux-mêmes, soit leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, ont un intérêt personnel, ou sur celle à l'élaboration de laquelle ils ont participé à un autre titre que celui de membre du Conseil d'Etat.

Art. 34. Chaque membre du Conseil a le droit de remettre par écrit au Président du Conseil d'Etat des propositions motivées en vue d'être portées à l'ordre du jour d'une prochaine séance plénière.

Le Conseil décide, s'il y a lieu, d'y donner suite et d'en ordonner l'instruction, à quel effet il les renvoie à l'examen d'une commission permanente ou spéciale.

Art. 35. Pendant les séances, les membres du Conseil signent le registre des présences, lequel reste déposé pendant la séance sur le bureau du Secrétaire général.

L'effet d'une inscription s'étend sur la journée entière, sans égard à une séance reprise.

Art. 36. Il est établi pour chaque séance un procès-verbal qui sera signé par le Président et le Secrétaire général du Conseil.

Art. 37. Les décisions, avis et avis séparés, ainsi que les délibérations adoptés en séance plénière sont finalisés par le Secrétaire général conformément aux décisions intervenues dans la séance plénière et signés par le Président et le Secrétaire général ou, en cas d'absence à la séance, par ceux qui les remplacent. Ils sont portés immédiatement à la connaissance du Gouvernement, et, s'il s'agit d'avis portant sur des amendements parlementaires, de la Chambre des députés.

Les avis relatifs aux affaires soumises aux délibérations du Conseil d'Etat par le Gouvernement ont un caractère secret et ne peuvent être communiqués par le Conseil qu'à l'administration concernée. Toutefois, les avis émis au sujet de projets ou propositions de loi ou de règlement, qui ont déjà fait l'objet d'un dépôt ou d'une communication à la Chambre des députés, ont un caractère public. Sous réserve de l'accord du Gouvernement, les avis sur les projets de règlement grand-ducal peuvent être rendus publics.

Le Bureau du Conseil d'Etat peut décider de la publicité ou de la confidentialité des autres délibérations.

Section 3 - La procédure d'établissement d'une liste de trois candidats pour le poste de conseiller d'Etat

Art. 38. La désignation des candidats à un poste vacant de conseiller d'Etat, dont la nomination se fait sur présentation d'une liste par le Conseil d'Etat, a lieu en séance plénière.

Art. 39. En vue de l'établissement d'une liste de trois candidats par le Conseil d'Etat, le poste à pourvoir est publié au Mémorial.

Cette publication indique la date de la séance plénière à l'occasion de laquelle il est procédé à l'établissement de la prédite liste et, pour autant que de besoin, la condition d'études à remplir par les candidats, prévue à l'article 4, alinéa 1 de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat.

Art. 40. Les personnes intéressées à figurer sur la liste de trois candidats doivent adresser leur candidature par lettre au Président du Conseil d'Etat.

Chaque membre du Conseil peut proposer par écrit, dans le délai imparti, un ou plusieurs candidats.

Les candidatures doivent être accompagnées de notices biographiques et de toutes pièces utiles indiquant que les conditions prévues par la législation applicable sont remplies. Aux propositions faites par un membre du Conseil d'Etat, il doit encore être joint une pièce attestant que le candidat accepte la candidature.

Art. 41. Pour être recevables, les candidatures doivent être parvenues au Président du Conseil d'Etat au plus tard l'avant-veille de la susdite séance plénière. Le tampon d'entrée du Conseil d'Etat, apposé par le Secrétaire général, fait foi.

Art. 42. Le Président soumet les candidatures au Bureau qui les examine quant à leur recevabilité.

Art. 43. La liste des candidats, arrêtée par le Bureau, est distribuée aux membres du Conseil d'Etat avant la susdite séance plénière.

Art. 44. Le scrutin est secret. Il se fait par bulletins de vote individuels.

Art. 45. Un bulletin de vote en faveur d'une candidature non déclarée ou déclarée non recevable est nul.

Les bulletins nuls et blancs ne comptent pas pour l'établissement de la majorité.

Art. 46. Les candidats à désigner doivent avoir atteint la majorité absolue des voix.

Art. 47. Si aucun des candidats n'a obtenu la majorité absolue, il est procédé à un second tour qui est celui du ballottage. Seuls les deux candidats ayant obtenu le plus de voix au premier tour participent au ballottage.

En cas d'égalité de voix de plusieurs candidats au premier tour, il est procédé à un tour spécial pour déterminer les deux candidats au ballottage. La majorité relative suffit.

En cas d'égalité de suffrages au ballottage, il est procédé à un tour supplémentaire. Si à ce tour il y a toujours égalité, la préférence est accordée au plus âgé.

Art. 48. Il est procédé à un scrutin séparé pour chacun des candidats à proposer.

Art. 49. Les bulletins de vote sont remis aux membres et recueillis dans une urne séparément pour chaque tour de vote. Le dépouillement se fait, séance tenante, à haute voix par le Président. Le Secrétaire général en prend note. Le résultat des votes est proclamé par le Président.

CHAPITRE 5. - Le Secrétaire général du Conseil d'Etat

Art. 50. Le Secrétaire général est nommé et révoqué par le Grand-Duc sur proposition du Conseil d'Etat après délibération en séance plénière et par vote secret.

Art. 51. Le Secrétaire général rédige les procès-verbaux des séances publique et plénière.

Il collabore aux travaux des membres du Conseil d'Etat et peut à ce titre assister aux réunions de commission.

Le Secrétaire général veille au bon fonctionnement du Secrétariat. Il surveille l'entrée et le suivi des affaires dont est saisi le Conseil d'Etat, l'expédition des ordres du jour des séances publique et plénière, des projets d'avis et de délibération y afférents, des décisions, avis et délibérations du Conseil d'Etat et de la correspondance. Il a la garde des archives et de la bibliothèque.

Art. 52. En cas d'absence, d'empêchement ou de vacance de poste du Secrétaire général, ses fonctions administratives sont exercées par le fonctionnaire le plus élevé en rang du Secrétariat du Conseil d'Etat et ses fonctions en rapport avec les séances publique et plénière le sont par le fonctionnaire le plus élevé en rang de la carrière supérieure du Secrétariat, sinon par le membre du Conseil d'Etat le moins ancien en rang.

CHAPITRE 6. - Le Secrétariat du Conseil d'Etat

Art. 53. Le personnel du Secrétariat du Conseil d'Etat est placé sous la direction du Secrétaire général.

Les nominations aux différentes fonctions de la carrière supérieure et de la carrière moyenne du rédacteur ainsi que la nomination des membres des différentes commissions d'examen auxquelles doit se soumettre le personnel du Secrétariat sont faites sur proposition du Conseil d'Etat après délibération en séance plénière. Si au moins deux membres du Conseil d'Etat le demandent, il doit être procédé à un vote, dont le scrutin est secret.

Art. 54. Les affaires sont inscrites, dans l'ordre de leur réception et sans retard, au rôle général tenu au Secrétariat du Conseil d'Etat.

Copie des documents communiqués par le Premier Ministre ou le Président de la Chambre des députés, dans le cadre de la procédure législative et réglementaire, est aussitôt transmise à tous les membres du Conseil d'Etat. Dans tous les autres cas, le Président décide de la communication aux autres membres du Conseil des pièces qui lui ont été transmises.

Les ordres du jour des séances publique et plénière et des commissions, les projets d'avis et de délibération y afférents ainsi que les décisions, avis et délibérations du Conseil d'Etat sont communiqués par les soins du Secrétariat.

Art. 55. Le personnel du Secrétariat assiste les membres du Conseil d'Etat dans tous leurs travaux.

IV. Règlement grand-ducal du 28 mars 1997 portant détermination des conditions d'admission, de nomination et d'avancement aux différentes carrières du Secrétariat du Conseil d'Etat

A) Dispositions générales

Art. 1^{er}. Sans préjudice de l'application des conditions générales prévues par la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, par la loi modifiée du 9 mars 1983 portant création d'un Institut de formation administrative et par la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, nul ne pourra être nommé aux fonctions d'attaché de Gouvernement, de rédacteur ou d'expéditionnaire au Secrétariat du Conseil d'Etat s'il n'a

- a) accompli le stage légalement prévu,
- b) subi avec succès l'examen de fin de stage, sanctionnant la formation générale de sa carrière auprès de l'Institut de formation administrative,
- c) subi avec succès l'examen de fin de stage, sanctionnant la formation spéciale de sa carrière auprès du Secrétariat du Conseil d'Etat.

Art. 2. Pour être admis, les candidats doivent satisfaire aux conditions d'études et de formation requises.

Art. 3. 1) Dès l'admission au stage, le stagiaire aux fonctions prévues à l'article 1^{er} est détaché à l'Institut de formation administrative où il doit fréquenter régulièrement les cours de formation prévus pour la partie de la formation générale et se présenter à l'examen de fin de stage afférent.

2) L'examen de fin de stage portant sur la partie de la formation spéciale a lieu au plus tard trois de la période de stage. Il est organisé auprès du Secrétariat du Conseil d'Etat et se fait par écrit mois avant la fin

Art. 4. 1) Les examens prévus au présent règlement se font conformément aux dispositions du règlement grand-ducal modifié du 13 avril 1984 déterminant la procédure des commissions d'examen, du concours d'admission au stage, de l'examen de fin de stage et de l'examen de promotion dans les administrations et services de l'Etat. Ils ont lieu devant une commission composée de trois membres au moins et de cinq membres au plus, nommée par le Premier Ministre, Ministre d'Etat, sur proposition du Conseil d'Etat.

2) La commission statue sur l'admissibilité des candidats. Elle arrête les détails des programmes et fixe le nombre de points à attribuer à chaque branche.

Art. 5. 1) La commission d'examen prononce l'admission, le rejet ou l'ajournement des candidats se présentant aux différents examens prévus par le présent règlement

2) Le candidat qui a obtenu au moins les trois cinquièmes du total des points et au moins la moitié des points dans chaque branche a réussi. Le candidat qui n'a pas obtenu au moins les trois cinquièmes du total des points a échoué.

3) Dans tous les examens qui se tiennent devant la commission, le candidat qui a obtenu au moins les trois cinquièmes des points, mais qui n'a pas obtenu la moitié des points dans une branche doit se présenter à un examen supplémentaire dans cette branche sans que le classement établi ne s'en trouve modifié.

4) En cas d'insuccès à l'examen de fin de stage, formation spéciale, le candidat peut s'y représenter de sa prolongation de stage. Un second échec entraîne l'élimination définitive du candidat.

5) A la suite des examens, la commission procède au classement des candidats et en prononce l'admission ou l'échec.

6) A la suite de chaque examen de promotion, la commission d'examen procède, outre le classement normal des candidats, à l'établissement du tableau de classement de la carrière en question en groupant les candidats par promotion dans l'ordre chronologique et en classant les candidats à l'intérieur de chaque promotion en tenant compte de leur ancienneté, des résultats de leur examen de fin de stage ainsi que des résultats obtenus à l'examen de promotion. Le rang utile pour obtenir les promotions qui exigent la réussite à un examen de promotion est déterminé par référence au tableau de classement établi.

B) Dispositions spéciales

1. Carrière supérieure de l'attaché de Gouvernement

Art. 6. L'examen de fin de stage de l'attaché de Gouvernement au Secrétariat du Conseil d'Etat, partie formation spéciale, comporte:

- a) une épreuve théorique sur une question de droit public,
- b) une épreuve pratique en rapport avec les tâches spécifiques du candidat, telles que la recherche documentaire et la technique législative,
- c) une épreuve sur la législation du Conseil d'Etat,
- d) un mémoire sur une question de droit constitutionnel.

2. Carrière du rédacteur

Art. 7. L'examen de fin de stage du rédacteur au Secrétariat du Conseil d'Etat, partie formation spéciale, portera sur les matières suivantes:

- a) élaboration en français d'un texte sur des questions relevant de la compétence du Conseil d'Etat,
- b) correspondance de service en langues française et allemande,
- c) législation concernant le Conseil d'Etat,
- d) informatique: programmes et fichiers utilisés dans les services du Conseil d'Etat,
- e) la procédure législative et réglementaire et les notions élémentaires de la Légistique formelle,
- f) application pratique de la législation sur les fonctionnaires de l'Etat et sur la comptabilité de l'Etat.

Art. 8. L'examen de promotion dans la carrière du rédacteur au Secrétariat du Conseil d'Etat est requis pour la promotion aux fonctions supérieures à celles de rédacteur principal. Cet examen sera organisé auprès du Secrétariat du Conseil d'Etat et se fera par écrit. Il portera sur les matières suivantes:

- a) élaboration d'un mémoire sur une question concernant la procédure législative ou un sujet d'administration,
- b) législation concernant le Conseil d'Etat: connaissances approfondies,
- c) informatique: programmes et fichiers utilisés dans les services du Conseil d'Etat,
- d) connaissances approfondies sur les institutions et organismes intervenant dans la procédure législative et réglementaire,
- e) application pratique de la Légistique formelle,
- f) législation sur les traitements et pensions ainsi que sur le statut des fonctionnaires de l'Etat,
- g) Constitution du Grand-Duché de Luxembourg.

3. Carrière de l'expéditionnaire

Art. 9. L'examen de fin de stage de l'expéditionnaire au Secrétariat du Conseil d'Etat, partie formation spéciale, portera sur les matières suivantes:

- a) rédaction en langues française et allemande sur des questions relevant de la compétence du Conseil d'Etat,
- b) législation organique du Conseil d'Etat,
- c) législation sur la comptabilité de l'Etat,
- d) connaissances en informatique.

Art. 10. L'examen de promotion dans la carrière de l'expéditionnaire au Secrétariat du Conseil d'Etat est requis pour la promotion aux fonctions supérieures à celles de commis

adjoint. Cet examen sera organisé auprès du Secrétariat du Conseil d'Etat et se fera par écrit. Il portera sur les matières suivantes:

- a) reproduction en langues française et allemande d'un texte administratif,
- b) droit public et administratif: connaissances sur l'organisation politique et administrative au Grand-Duché de Luxembourg,
- c) législation organique du Conseil d'Etat: notions approfondies,
- d) connaissances en informatique,
- e) législation sur les traitements et pensions ainsi que sur le statut des fonctionnaires de l'Etat.

4. Carrière de l'huissier

Art. 11. Sans préjudice de l'application des conditions générales prévues par la loi modifiée du 14 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat et par la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, nul ne pourra être nommé à un emploi d'huissier de salle au Secrétariat du Conseil d'Etat s'il n'a

- a) accompli le stage légalement prévu,
- b) subi avec succès l'examen de fin de stage de sa carrière auprès du Secrétariat du Conseil d'Etat.

Art. 12. Conformément aux dispositions de l'article 14 de la loi modifiée du 23 juillet 1952 concernant l'organisation militaire, les emplois de la carrière de l'huissier de salle au Secrétariat du Conseil d'Etat sont occupés par ordre de priorité par des volontaires ayant trois années de service militaire. La durée du stage pour ces agents est fixée à une année. Pendant la troisième année du service volontaire des cours préparatoires à l'examen-concours et à l'examen de fin de stage sont organisés. Pour les autres cas la durée du stage sera celle prescrite par le statut général. Toutefois, le temps passé comme candidat-volontaire de l'Armée peut être imputé sur le temps de stage sans que ce dernier puisse être réduit à une durée inférieure à une année.

Art. 13. L'examen de fin de stage de l'huissier de salle au Secrétariat du Conseil d'Etat portera sur les matières suivantes:

- a) service de l'huissier du Secrétariat du Conseil d'Etat (travaux sur des appareils de duplication et de photocopie, expédition et affranchissement du courrier),
- b) géographie du pays et de l'Europe en relation avec le service de l'huissier,
- c) notions élémentaires sur l'organisation de l'administration publique luxembourgeoise, en particulier du Conseil d'Etat,
- d) exercices d'expression en langues française et allemande en rapport avec le service d'huissier.

La branche sous d) comprendra une partie orale.

Art. 14. Pour être admis à l'examen de promotion de l'huissier de salle du Secrétariat du Conseil d'Etat, le candidat doit avoir subi avec succès l'examen de fin de stage depuis au moins une année.

L'examen de promotion dans la carrière de l'huissier est requis pour la promotion aux fonctions supérieures à celles d'huissier-chef. Il se fera par écrit et portera de manière approfondie sur les matières prévues à l'examen de fin de stage, complétées de la façon suivante:

branche a: droits et devoirs des fonctionnaires de l'Etat, surveillance des bâtiments, organisation et service des bureaux du Conseil d'Etat,

branche c: notions élémentaires sur les organes des pouvoirs publics,

branche d: notions indispensables au service d'huissier d'une troisième langue étrangère.

La branche sous d) comprendra une partie orale.

C) Dispositions finales

Art. 15. Le règlement grand-ducal du 13 avril 1962 déterminant les conditions d'admission et d'avancement du personnel administratif du Conseil d'Etat est abrogé.

Art. 16. Le présent règlement grand-ducal entre en vigueur le 1^{er} janvier 1997.

Art. 17. Notre Premier Ministre, Ministre d'Etat et Notre Ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent règlement grand-ducal qui sera publié au Mémorial.

V. Loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat
(Extrait: Art. 29ter)

Art. 29ter. Allocation de fin d'année.

I. Le fonctionnaire en activité de service bénéficie d'une allocation de fin d'année, non pensionnable dans la mesure où il peut prétendre à une pension en application de la loi modifiée du 26 mai 1954 réglant les pensions des fonctionnaires de l'Etat, payable avec le traitement du mois de décembre.

Le montant de cette allocation est égal:

- à partir du 1^{er} janvier 1995 à soixante pour cent,
- à partir du 1^{er} janvier 1996 à soixante-dix pour cent,
- à partir du 1^{er} janvier 1997 à quatre-vingts pour cent,
- à partir du 1^{er} janvier 1998 à quatre-vingt-dix pour cent,
- à partir du 1^{er} janvier 1999 à cent pour cent du traitement de base dû pour le mois de décembre.

Par traitement de base au sens du présent article, il y a lieu d'entendre le traitement tel qu'il résulte de l'application des tableaux indiciaires de l'annexe C et des articles 4, 6*bis*, 9, 22, sections IV, V, VI, VII et VIII et 25ter de la présente loi et de l'article 16*bis* de la loi modifiée du 28 mars 1986 portant harmonisation des conditions et modalités d'avancement dans les différentes carrières des administrations et services de l'Etat.

II. Le fonctionnaire entré en service en cours d'année reçoit autant de douzièmes d'une allocation de fin d'année qu'il a presté de mois de travail depuis son entrée.

Le fonctionnaire qui quitte le service en cours d'année pour des raisons autres que celles prévues aux articles 40.2.b) et 47.11. de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat reçoit autant de douzièmes d'une allocation de fin d'année qu'il a presté de mois de travail dans l'année.

Pour le fonctionnaire visé par le présent paragraphe ainsi que pour celui bénéficiaire pendant l'année à laquelle elle se rapporte d'un congé sans traitement, d'un congé pour travail à mi-temps, d'un congé parental, d'un service à temps partiel ou d'une tâche partielle, l'allocation de fin d'année est calculée sur base soit du traitement du mois de décembre, soit à défaut du traitement du dernier mois travaillé, proratisé par rapport à la tâche et aux mois travaillés pendant l'année de référence.

III. Ne sont pas à considérer comme mois de travail prestés les mois pendant lesquels l'intéressé a bénéficié d'un trimestre de faveur, d'un traitement d'attente, d'une pension spéciale ou d'une indemnité de préretraite.

IV. Les dispositions du présent article sont applicables aux membres de la Chambre des Députés et aux représentants luxembourgeois au Parlement Européen, ainsi qu'aux conseillers d'Etat.

Pour l'application du présent paragraphe, il y a lieu d'entendre par traitement de base l'indemnité parlementaire telle qu'elle est fixée par la loi électorale du 18 février 2003, respectivement l'indemnité revenant au conseiller d'Etat en application du règlement grand-ducal du 15 mai 1997.

**VI. Loi modifiée du 29 juillet 1988 portant modification et nouvelle coordination de la loi modifiée du 26 mai 1954 réglant les pensions des fonctionnaires de l'Etat
(Extraits: Art. 18 et 55)**

Art. 18.

I.1. En cas de rentrée en fonction d'un bénéficiaire de pension ou d'un ayant droit à une pension différée, en qualité de fonctionnaire avant la limite d'âge, de membre du Gouvernement, de parlementaire ou de membre du Conseil d'Etat, l'ancienne pension ou l'ancien droit à pension sont révisés pour la totalité des années de service sur la base, soit de la rémunération servant à la fixation de l'ancienne pension ou de l'ancien droit à pension, soit de la rémunération nouvelle, si celle-ci est supérieure.

1. En aucun cas le bénéficiaire de pension ou l'ayant droit à pension visés à l'alinéa qui précède ne peuvent avoir droit à plus d'une pension en application de la présente loi.

2. Les dispositions qui précèdent sont également applicables en cas de rentrée en fonction dans l'une des qualités énumérées au premier paragraphe du présent article par un bénéficiaire d'un autre régime de pension non contributif, à condition que cette pension corresponde à une occupation de plein emploi.

II. (...)

Art. 55.

I.1. En cas de cessation du mandat de parlementaire, exercé par un des agents de l'Etat énumérés à l'article 1^{er} aux conditions fixées à l'article 100 modifié de la loi électorale, la pension est calculée ou recalculée, sans préjudice de l'application des autres mesures de ladite loi, sur sa dernière rémunération augmentée de soixante points indiciaires.

2. En cas de cessation de la fonction de membre du Conseil d'Etat, exercée par un des agents de l'Etat énumérés à l'article 1^{er} durant le service actif ou pendant la retraite, la pension est calculée ou recalculée sur sa dernière rémunération augmentée de soixante points indiciaires.

Le calcul des pensions accordées par le régime non contributif du chef de personnes qui, avant leur admission au service public, avaient exercé la fonction de membre du Conseil d'Etat, se fait sur la base de la dernière rémunération augmentée de soixante points indiciaires.

Les dispositions des deux alinéas qui précèdent ne s'appliquent pas aux pensions accordées sur la base d'un traitement attaché à la fonction de membre du Gouvernement.

La situation du conseiller d'Etat en service, qui entre en jouissance de sa pension de fonctionnaire, est assimilée à celle d'un bénéficiaire de pension entré au service de l'Etat conformément aux dispositions de l'article 18.I. paragraphe 1.

II. 1. Si la période correspondant au mandat de député ou à la fonction de membre du Conseil d'Etat n'est pas prise en considération comme temps de service pour l'octroi d'une autre pension en application des dispositions de la présente loi ou de celle concernant les organismes énumérés à l'article 9. I. a) 3., le parlementaire ou le membre du Conseil d'Etat a droit à une pension

- a) après trente années de service, s'il a atteint l'âge de soixante ans;
- b) (...)
- c) après une année de service et sans condition d'âge si, par suite d'inaptitude physique, il est reconnu hors d'état de continuer ses fonctions et de les reprendre;
- d) sans condition d'âge ni de durée de service, si, par suite de blessures reçues ou d'accidents survenus soit dans l'exercice de ses fonctions, soit par un acte de dévouement dans un intérêt public ou en exposant ses jours pour sauver une vie humaine, il est reconnu hors d'état de continuer ses fonctions ou de les reprendre;
- e) s'il quitte le service après dix années de service. La jouissance de la pension est différée jusqu'à l'âge de soixante-cinq ans.

Toutefois, s'il bénéficie avant cet âge d'une pension auprès du régime général d'assurance pension, la pension est due à partir de la cessation du mandat ou de la fonction et au plus tôt à l'âge de soixante ans. Si la cessation du mandat ou de la fonction se situe après le 31 décembre 1998, l'allocation de la pension ne peut être antérieure à celle du régime général d'assurance pension. Dans l'hypothèse de l'attribution avant l'âge de soixante ans d'une pension d'invalidité dans le régime général d'assurance pension, la constatation de l'invalidité par ce régime vaut relèvement de la condition d'âge prévue. Dans cette hypothèse l'entrée en jouissance de la pension correspond à la date d'attribution de la pension d'invalidité par le régime général d'assurance pension.

Si le parlementaire a exercé son mandat pendant cinq sessions ordinaires au cours d'une législature, quelle qu'en ait été la durée, le temps de service computable de ce chef ne peut être inférieur à cinq années.

En cas d'exercice des fonctions, telles qu'elles sont définies à l'alinéa qui précède, pendant plusieurs législatures consécutives, le total des années de service computable de ce

chef sera égal au nombre de législatures multiplié par cinq, à moins que les services effectivement prestés ne donnent lieu à un temps de service total supérieur.

Dans les cas visés sous c) et d), la pension ou la jouissance prématurée de la pension ne sont accordées que si la réalité des causes d'invalidité a été constatée par la Commission des pensions prévue aux articles 47 et suivants de la présente loi.

2. La pension revenant au parlementaire et au membre du Conseil d'Etat est basée sur la moyenne des indemnités respectivement de parlementaire et de membre du Conseil d'Etat et des autres éléments de rémunération pensionnables auprès d'un régime de pension non-contributif, dont l'ayant droit a joui pendant les trois dernières années. Si l'intéressé décède ou s'il a droit à une pension en application des lettres c) et d) du paragraphe 1^{er} ci-dessus, la pension est basée sur la dernière indemnité soit de parlementaire soit de membre du Conseil d'Etat, à moins que la moyenne de l'ensemble des indemnités et autres éléments de rémunération pensionnables effectivement touchés ne soit plus favorable.

Par indemnité pensionnable au sens de la présente loi il y a lieu d'entendre respectivement la partie imposable de l'indemnité parlementaire et l'indemnité de membre du Conseil d'Etat.

3. Dans les cas visés par le paragraphe 1^{er} sous e), les dispositions de l'article 18. I. paragraphe 1. sont applicables, même si l'entrée en jouissance de la pension n'a pas encore eu lieu.

4. Sous réserve des conditions spécifiques fixées par les articles 53, 54 et 55, toutes les autres dispositions de la présente loi sont applicables aux parlementaires et membres du Conseil d'Etat, ainsi qu'à leurs survivants.

Le parlementaire ou membre du Conseil d'Etat qui, au moment de l'admission à la retraite, est âgé de soixante-cinq ans ou plus, a droit à l'application des dispositions de l'article 15. II. Toutefois, si l'admission à la retraite se situe après le 1^{er} janvier 1999, les intéressés ont droit à l'application des dispositions de l'article 15.VII.b).

5. Lorsqu'en cas de cessation du mandat de député ou de la fonction de membre du Conseil d'Etat il n'y a pas droit à pension sur la base du présent article et pour autant que le temps comme parlementaire et conseiller d'Etat n'est pas pris en considération lors du calcul ou du recalcul d'une pension en application d'une autre disposition de la présente loi, les dispositions concernant l'assurance rétroactive prévue par la législation ayant pour objet la coordination des régimes de pension sont applicables.

Dans cette hypothèse, les périodes correspondant au mandat de parlementaire ou aux fonctions de membre du Conseil d'Etat donnent lieu à des prestations de pension qui sont calculées par la Caisse de pension des employés privés, le cas échéant, par dépassement des limites prévues par la fixation des cotisations auprès de cette caisse, sur la base des rémunérations correspondant à ces services, telles qu'elles sont définies à l'alinéa 2 du paragraphe 2; ces prestations sont intégralement cumulables avec les montants de pension découlant d'une affiliation concomitante auprès d'un régime de pension contributif.

Les dispositions de l'alinéa qui précède s'appliquent également aux personnes qui, après avoir exercé antérieurement le mandat de député ou de membre du Conseil d'Etat, quittent le service de l'Etat sans avoir droit à une pension en application de la présente loi.

Lorsqu'en cas de cessation du mandat de député ou de membre du Conseil d'Etat il existe déjà un droit à pension en vertu du présent article sous II., l'ayant droit à pension peut opter pour l'application des dispositions prévues aux alinéas qui précèdent. Le même droit d'option est réservé aux survivants en cas de décès de l'ayant droit à pension.

6. En ce qui concerne les périodes computables de l'article 9. I. a) 7., l'ayant droit à pension peut opter pour une prise en considération de ces périodes par le régime de pension contributif.

VII. Règlement grand-ducal du 15 mai 1997 portant fixation des indemnités des membres du Conseil d'Etat

Art. 1^{er}. (1) Durant l'exercice de ses fonctions, le conseiller d'Etat jouit d'une indemnité annuelle correspondant à 300 points indiciaires. Le Président et les Vice-Présidents du Conseil d'Etat jouissent d'une indemnité annuelle supplémentaire de respectivement 220 et 60 points indiciaires.

(2) Un premier tiers de l'indemnité est alloué par quarts à titre d'indemnité fixe. Un deuxième tiers est versé en jetons de présence pour assistance aux séances publique et plénière, suivant le mode déterminé à l'article 2 du présent règlement grand-ducal. Le troisième tiers est alloué d'après les présences en commission conformément aux dispositions prévues à l'article 3 du présent règlement.

(3) Les deux premiers tiers sont liquidés à la fin de chaque trimestre et le troisième à la fin de l'année.

(4) Pour les décomptes trimestriels et pour le décompte final il est chaque fois tenu compte de la période pendant laquelle les membres ont exercé leur fonction respective de président, de vice-président ou de conseiller.

Art. 2. (1) A la fin de chaque trimestre le quart du deuxième tiers de l'indemnité est divisé par le nombre de séances publique et plénière qui ont eu lieu pendant ce trimestre.

(2) Chaque membre a droit à autant de parts qu'il compte de présences à ces séances publique et plénière pour ce trimestre. Les absences sont compensées par des présences pendant le même trimestre aux réunions des commissions à raison de trois séances de commissions pour une séance publique et plénière.

Art. 3. Chaque membre a droit à l'intégralité du troisième tiers de l'indemnité s'il a assisté pendant l'année à au moins trente-six réunions de commissions. Au cas où un membre n'a pas atteint ce nombre de réunions, 1/36^e de ce tiers est porté en déduction pour chaque présence qui lui manque pour parfaire le nombre requis.

Pour l'application du présent article, les présences en commission qui ont déjà servi à compenser les absences en séances publique et plénière ne sont plus prises en compte. Toutefois, les absences qui se justifient pour cause de maladie sont comptées comme présences.

Art. 4. Pour le calcul du trimestre de faveur et de l'allocation de fin d'année revenant aux membres du Conseil d'Etat, l'indemnité de base est celle fixée au paragraphe (1) de l'article 1^{er} du présent règlement.

Art. 5. La valeur numérique des points indiciaires est déterminée conformément aux règles fixées par la législation en matière des traitements des fonctionnaires de l'Etat.

Art. 6. Le règlement grand-ducal du 24 septembre 1980 portant nouvelle fixation des indemnités des membres du Conseil d'Etat tel qu'il a été modifié dans la suite est abrogé.

Art. 7. Notre Premier Ministre, Ministre d'Etat est chargé de l'exécution du présent règlement qui sera publié au Mémorial.



CONSEIL D'ETAT
DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Adresse : 5, rue Sigefroi
L-2536 Luxembourg
Téléphone : 47 30 71
Téléfax : 46 43 22
Internet : www.conseil-etat.public.lu
e-mail : info@conseil-etat.public.lu

