RAPPORT ANNUEL

CONSEIL D'ETAT

**DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG** 







# CONSEIL D'ETAT

DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

RAPPORT ANNUEL 2012-2013

# **Sommaire**

Préfa	ice	7
	PARTIE I – L'organisation et les activités du Conseil d'Etat	9
A) L'	ORGANISATION DU CONSEIL D'ETAT	9
1)	Les membres du Conseil d'Etat	9
	a) Membre ayant quitté le Conseil d'Etat durant l'exercice	9
	b) Membres du Conseil d'Etat (31.7.2013)	9
2)	Les commissions du Conseil d'Etat (31.7.2013)	13
3)	Le Secrétariat du Conseil d'Etat (31.7.2013)	18
,	ES ACTIVITES DU CONSEIL D'ETAT 2012/2013	
1)	Les réunions du Conseil d'Etat	20
	a) Séances publiques et plénières	20
	b) Commissions permanentes et spéciales	20
	c) Le Bureau	20
2)	Les avis en matière législative et réglementaire	20
	a) Bilan de l'activité consultative du Conseil d'Etat	
	b) Transposition des directives	
	c) Délais de traitement des projets et propositions	21
	d) Oppositions formelles	21
3)	Autres délibérations et avis du Conseil d'Etat	23
4)	Dispenses du second vote constitutionnel	23
	Relations internationales	
6)	Visites au Conseil d'Etat	24
	PARTIE II – Les avis du Conseil d'Etat	25
<b>A) D</b>	ROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX	25
	Egalité devant la loi	
,	a) Droit à l'adoption plénière	
	b) Fonction publique	
	c) Accès à une profession réglementée	
	d) Procédure de licenciement	
	e) L'aide financière de l'Etat pour études supérieures	
	f) Elections nationales et européennes	

3)	Légalité des incriminations et des peines	31
3)	Inviolabilité du domicile (article 15 de la Constitution et 8 de la	
	Conventionde sauvegarde des droits de l'homme et des libertés	
	fondamentales)	37
4)	Droit de propriété (article 16 de la Constitution)	38
5)	Voies de recours	38
	Procès équitable	38
6)	Protection des données	40
7)	Droit à la vie privée familiale (article 8 de la Convention européenne de	
	sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales)	41
B) Ll	E POUVOIR REGLEMENTAIRE	43
1)	Le parallélisme des formes	43
2)	Non-conformité d'une norme réglementaire avec la loi	44
3)	L'exécution des lois et des règlements grand-ducaux	44
4)	Prorogation de dispositions réglementaires	47
5)	Le pouvoir réglementaire dans les matières réservées par la Constitution	
	à la loi	48
	a) Liberté de commerce	48
	b) Finances publiques	53
	c) Enseignement (article 23 de la Constitution)	
C) IN		56
_	c) Enseignement (article 23 de la Constitution)	56 57
_	c) Enseignement (article 23 de la Constitution)	56 57 57
1)	c) Enseignement (article 23 de la Constitution)  ISTITUTIONS ET ADMINISTRATIONS PUBLIQUES  Gouvernement	56 57 57
1)	c) Enseignement (article 23 de la Constitution)  STITUTIONS ET ADMINISTRATIONS PUBLIQUES  Gouvernement  Attributions et responsabilité des ministres  Administrations publiques	56 57 57 61
1)	c) Enseignement (article 23 de la Constitution)  ISTITUTIONS ET ADMINISTRATIONS PUBLIQUES  Gouvernement  Attributions et responsabilité des ministres	56 57 57 61 61
1)	c) Enseignement (article 23 de la Constitution)  STITUTIONS ET ADMINISTRATIONS PUBLIQUES  Gouvernement  Attributions et responsabilité des ministres  Administrations publiques  Le défaut de personnalité juridique des administrations publiques  Etablissements publics	56 57 57 57 61 61
1)	c) Enseignement (article 23 de la Constitution)  STITUTIONS ET ADMINISTRATIONS PUBLIQUES  Gouvernement  Attributions et responsabilité des ministres  Administrations publiques  Le défaut de personnalité juridique des administrations publiques  Etablissements publics  a) L'objet des établissements publics	56 57 57 57 61 61 61
1) 2) 3)	c) Enseignement (article 23 de la Constitution)  STITUTIONS ET ADMINISTRATIONS PUBLIQUES  Gouvernement  Attributions et responsabilité des ministres  Administrations publiques  Le défaut de personnalité juridique des administrations publiques  Etablissements publics  a) L'objet des établissements publics  b) Le pouvoir réglementaire des établissements publics	56 57 57 61 61 61 61 62
1) 2) 3)	c) Enseignement (article 23 de la Constitution)  ISTITUTIONS ET ADMINISTRATIONS PUBLIQUES  Gouvernement  Attributions et responsabilité des ministres  Administrations publiques  Le défaut de personnalité juridique des administrations publiques  Etablissements publics  a) L'objet des établissements publics  b) Le pouvoir réglementaire des établissements publics  Forces de l'ordre	56 57 57 61 61 61 61 62
1) 2) 3)	c) Enseignement (article 23 de la Constitution)  STITUTIONS ET ADMINISTRATIONS PUBLIQUES  Gouvernement  Attributions et responsabilité des ministres  Administrations publiques  Le défaut de personnalité juridique des administrations publiques  Etablissements publics  a) L'objet des établissements publics  b) Le pouvoir réglementaire des établissements publics  Forces de l'ordre  Les compétences de police judiciaire confiées à des agents de l'Etat	56 57 57 61 61 62 64
1) 2) 3) 4)	c) Enseignement (article 23 de la Constitution)  STITUTIONS ET ADMINISTRATIONS PUBLIQUES  Gouvernement  Attributions et responsabilité des ministres  Administrations publiques  Le défaut de personnalité juridique des administrations publiques  Etablissements publics  a) L'objet des établissements publics  b) Le pouvoir réglementaire des établissements publics  Forces de l'ordre  Les compétences de police judiciaire confiées à des agents de l'Etat ne relevant pas de la police judiciaire	56 57 57 61 61 61 62 64
1) 2) 3) 4)	c) Enseignement (article 23 de la Constitution)  STITUTIONS ET ADMINISTRATIONS PUBLIQUES  Gouvernement  Attributions et responsabilité des ministres  Administrations publiques  Le défaut de personnalité juridique des administrations publiques  Etablissements publics  a) L'objet des établissements publics  b) Le pouvoir réglementaire des établissements publics  Forces de l'ordre  Les compétences de police judiciaire confiées à des agents de l'Etat	56 57 57 61 61 61 62 64
1) 2) 3) 4)	c) Enseignement (article 23 de la Constitution)  STITUTIONS ET ADMINISTRATIONS PUBLIQUES  Gouvernement  Attributions et responsabilité des ministres  Administrations publiques  Le défaut de personnalité juridique des administrations publiques  Etablissements publics  a) L'objet des établissements publics  b) Le pouvoir réglementaire des établissements publics  Forces de l'ordre  Les compétences de police judiciaire confiées à des agents de l'Etat ne relevant pas de la police judiciaire.  Communes	56 57 57 61 61 61 62 64 64 66 66

$\mathbf{E}$	) DROIT INTERNATIONAL	67
	1) La prérogative du Grand-Duc de faire les traités	67
	2) Les arrangements administratifs	68
	3) Dévolution des compétences nationales à des institutions de droit international au sens de l'article 49bis de la Constitution	69
F	) DROIT DE L'UNION EUROPEENNE	71
	1) Règles de l'Union européenne	71
	Le principe de non-discrimination.	71
	2) Les libertés à la base du marché intérieur de l'Union européenne	73
	a) La libre circulation des personnes	73
	b) La libre prestation des services	73
	3) Mise en œuvre du droit de l'Union européenne	75
	a) Les directives	75
	b) Transposition incomplète d'une directive	78
	c) Transposition des actes délégués	80
	d) Les règlements de l'Union européenne	82
G	) PRINCIPES GENERAUX DE DROIT	83
	1) Principe du non bis in idem	83
	2) Principe de la proportionnalité des peines	85
	3) Principe de non-rétroactivité des actes administratifs	85
	4) Principe de l'interdiction de la reformatio in pejus	86
	5) Principe de sécurité juridique	86
	a) Terminologie ambiguë ou incertaine	86
	b) Incohérences internes	90
	c) Incohérences par rapport à d'autres textes ou principes de droit	93
	d) Texte lacunaire	97
	e) Impossibilité pour le législateur de reléguer une disposition coercit aux soins d'une initiative privée	
	6) Principe de la hiérarchie des normes	
	7) Principe de la confiance légitime	
	8) Interdiction des clauses léonines	
H	) LEGISTIQUE FORMELLE	
	1) Le préambule	
	2) Formule de promulgation	
	3) Amendements sans lien direct avec le projet déposé	105

4) Présentation formelle des dispositions modificatives	106
5) Emplacement d'une disposition modificative	107
Effet de l'abrogation d'un acte contenant des dispositions autonomes et modificatives	
7) Entrée en vigueur	108
PARTIE III – Etudes diverses	109
A) LE POUVOIR NORMATIF DES ETABLISSEMENTS PUBLICS	
FONDÉ SUR L'ARTICLE 108bis DE LA CONSTITUTION	
par Paul Schmit, Conseiller d'Etat	109
B) LES OFFICIERS DE POLICE JUDICIAIRE DANS LES AVIS DU CONSEIL D'ETAT	
par Patrick Santer, Conseiller d'Etat	114
I) Introduction	114
1) La qualité d'officier de police judiciaire	115
a) Le foisonnement de prérogatives de puissance publique	116
b) La désignation et la formation des officiers de police judiciaire	118
II) Les pouvoirs des officiers de police judiciaire	122
1) L'accès aux locaux professionnels	
2) L'accès aux locaux d'habitation	126
C) LE DROIT DE PROPRIETE A TRAVERS LES AVIS DU CONSEIL D'ETAT	
par Marc Schanck, Attaché du Conseil d'Etat	128
I) Introduction	128
Le droit à la protection de la propriété consacré dans la Conventio européenne des droits de l'homme	
Le droit à la protection de la propriété consacré dans la Constitution     luxembourgeoise	
II) Le respect du droit de propriété dans les avis du Conseil d'Etat	138
La privation de la propriété dans l'intérêt public: l'expropriation pour cause d'utilité publique	139
La réglementation de l'usage des biens dans l'intérêt général:     les servitudes de droit public	
a) Les servitudes urbanistiques	
b) Les servitudes environnementales	
III) Conclusion	

#### **PREFACE**

Le Conseil d'Etat a été saisi au cours de la législature 2012/2013 de 112 projets et propositions de loi, il en a avisé 108 dans la même période. A ces avis s'ajoutent ceux concernant les projets de règlement grand-ducal ainsi que les questions dont il a été saisi par le Gouvernement.

On peut en conclure que le Conseil d'Etat a rempli ses devoirs qui lui ont été confiés par la Constitution et sa loi organique.

La publication de son rapport d'activités annuel ne constitue cependant pas une justification de son travail mais sert avant tout à publier dans une forme plus ramassée les points essentiels de ses avis. Ces points concernent surtout le respect des droits et libertés fondamentaux garantis par la Constitution et la Convention européenne des droits de l'Homme, le pouvoir réglementaire et ses limites, le cadre des institutions et administrations publiques, les finances publiques, la suprématie du droit international et européen, l'application des principes généraux de droit et la logistique formelle.

Le classement des points essentiels de ses avis dans un cadre logique permet une consultation aisée de ceux-ci et constitue de ce fait un ouvrage instructif pour tous ceux qui non seulement rédigent les projets de loi et de règlement mais aussi pour ceux qui appliquent le droit et les sujets de droit.

Le Conseil d'Etat veut ainsi contribuer par cette publication à une vulgarisation des principes de droit et par là à une meilleure formation du citoyen.

Luxembourg, novembre 2013

Victor GILLEN
Président du Conseil d'Etat



#### PARTIE I

# L'organisation et les activités du Conseil d'Etat

# A) L'ORGANISATION DU CONSEIL D'ETAT

- 1) Les membres du Conseil d'Etat
  - a) Membre ayant quitté le Conseil d'Etat durant l'exercice

# 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'Enseignement supérieur 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; Démissionnaire du Conseil d'Etat pour limite d'âge le 24 juillet 2013.

# b) Membres du Conseil d'Etat (31.7.2013)

#### 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; Nommé Conseiller d'Etat, le 20 décembre 1999; Nommé Vice-Président du Conseil d'Etat, le 18 janvier 2012; Nommé Président du Conseil d'Etat, le 7 août 2012.

#### Viviane Ecker

Née en 1952; Docteure en droit; 1ère Conseillère de gouvernement 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.

## **Georges Pierret**

Né en 1954; Maître en droit; Avocat à la Cour; Nommé Conseiller d'Etat, le 14 janvier 2000; Nommé Vice-Président du Conseil d'Etat, le 7 août 2012.

# Son Altesse Royale le Prince Guillaume

Né en 1981, le Prince Guillaume a effectué une formation d'officier à l'Académie Royale Militaire de Sandhurst en Grande-Bretagne avant de poursuivre ses études en politique internationale en France et en Grande-Bretagne; Licencié en lettres et sciences politiques, spécialité sciences politiques. Le 18 décembre 2000, le Prince Guillaume est officiellement nommé Grand-Duc Héritier: Son Altesse Royale est officier de l'Armée luxembourgeoise et porte actuellement le grade de Lieutenant-Colonel. Il prend en 2001 la présidence d'honneur du «Board of Economic Development» puis de «Luxembourg for Business». Ses missions dans ce cadre l'ont conduit dans de nombreux pays afin de promouvoir l'économie luxembourgeoise. Depuis le 24 juin 2005 Son Altesse Royale 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, à l'Association nationale des Victimes de la Route, à l'Orchestre d'Harmonie des Jeunes de l'Union Européenne ainsi qu'aux Jonk Entrepreneuren Luxembourg. Après avoir présidé pendant plus de 10 ans le conseil d'administration de la Fondation «Kräizbierg», le Prince Guillaume en a accepté le titre de Président d'honneur en 2011.

# Agnès Rausch

Née en 1954; Infirmière sociale graduée 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; 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 Réforme 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 150e 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 194l; 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.

#### Romain Nati

Né en 1959; Docteur en médecine de l'Université Paris VI Pierre et Marie Curie; Diplômé en médecine générale, médecine interne, pneumologie médecine de l'environnement; Ancien assistant des hôpitaux universitaires de Bonn; Maître de stage en pneumologie Landesärztekammer auprès de la Rheinland-Pfalz: Pneumologue Centre Hospitalier de Luxembourg depuis 1995; Directeur médical du Centre Hospitalier de Luxembourg

depuis 2008, Directeur général depuis 2012; 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: 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»; 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 le Luxembourg où il est nommé Conseiller d'Etat, le 29 avril 2005.

#### **Agny Durdu**

Née en 1964; Licenciée en droit; D.E.A. en droit communautaire; Avocat à la Cour; Membre de la Chambre des députés de 1994 à 2003; Bourgmestre de la commune de Wincrange de 1994 à 2005; Membre du Comité des Régions depuis 2000; Membre du conseil communal de Wincrange depuis 2005; 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 (1980); Magistrat (1982); Référendaire à la CJCE (1983-1997); Procureur général d'Etat adjoint (2010); Membre du parquet de la Cour Benelux; Nommé Conseiller d'Etat, le 1er août 2006.

#### Marc Schaefer

Né en 1961; Etudes supérieures en tourisme; Enseignant au Lycée technique hôtelier de Diekirch; Bourgmestre de la ville de Vianden (2000-2004 et depuis 2011); Membre du Comité des Régions de l'Union européenne depuis 2007; 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.

#### Lydie Lorang

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

#### **Charles Lampers**

Né en 1955; Maître en droit; Commissaire de district de Luxembourg; Nommé Conseiller d'Etat, le 28 février 2011.

#### Dan Kersch

Né en 1961; Fonctionnaire communal; Bourgmestre de la commune de Mondercange (depuis 2005); Président du Syvicol (2009-2012); Nommé Conseiller d'Etat, le 14 décembre 2011.

## **Martine Deprez**

Née en 1969; Licenciée en sciences mathématiques de l'Université de Liège; Chargée d'études à l'Inspection Générale de la Sécurité Sociale (1992-2001); Professeur stagiaire (2002-2003); Professeurdesciences—spécialité sciences mathématiques (depuis 2004); Nommée Conseillère d'Etat, le 31 octobre 2012.



# 2) Les commissions du Conseil d'Etat (31.7.2013)

Les commissions permanentes du Conseil d'Etat sont instituées par le Bureau, qui fixe leur composition et en désigne le président. Il veille à ce titre à ne pas choisir comme membre d'une commission des conseillers d'Etat qui sont appelés de par une autre fonction à élaborer régulièrement des projets de loi ou de règlement dont l'examen incombe à cette commission.

Six commissions siègent régulièrement:

- la Commission «Culture, Education, Recherche et Médias» (CERM);
- la Commission «Développement durable et Infrastructures» (DDI);
- la Commission «Economie et Finances» (ECOFIN);
- la Commission «Institutions et Administration publique» (IAP);
- la Commission juridique (JUR);
- la Commission «Affaires sociales» (SOC);

Le Président du Conseil d'Etat peut former des commissions spéciales pour l'examen des affaires qui ont un caractère particulier, et désigner les membres qui les composent.

Chaque conseiller d'Etat peut assister avec voix délibérative, soit de sa propre initiative, soit à la demande d'un président de commission, aux réunions d'une commission dont il n'est pas membre. Les commissions peuvent appeler à leurs délibérations, pour y prendre part avec voix consultative, toute personne susceptible d'apporter des éclaircissements sur les affaires en délibération (p.ex. des membres du Gouvernement).

Un agent du Secrétariat est affecté par le Bureau aux commissions pour assister les conseillers dans leurs travaux. Le Secrétaire général peut assister à chaque réunion de commission.

Les commissions ont pour missions:

- d'examiner les projets et propositions de loi, les projets de règlement ou d'arrêté grand-ducal, les amendements y afférents ainsi que les demandes d'avis de toute nature déférées au Conseil d'Etat;
- d'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.

Les commissions désignent en leur sein un ou plusieurs rapporteurs chargés de l'élaboration d'un projet d'avis ou de délibération. Les conseillers d'Etat doivent



s'abstenir de participer à la rédaction d'un avis ou de prendre part lors des séances publique et plénière à un vote ayant trait à un projet ou proposition de loi ou à un projet de règlement, à l'élaboration desquels ils ont participé à un autre titre que celui de conseiller d'Etat.

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.

Les travaux en commission ne sont pas publics.

# 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.

Président: M. Schneider

Membres: Mme Rausch, MM. Hansen, Kollwelter, Mme Durdu, M. Kersch, ...

Secrétaire de commission: M. Millim

# 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: Mme Rausch

Membres: MM. Schmit, Nati, Mme Durdu, MM. Lampers, Kersch, ...

Secrétaire de commission: M. Schanck

#### 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: S.A.R. le Prince Guillaume, M. Schneider, Mme Thoma, MM. Wivenes,

Schaefer, Molitor, Santer

Secrétaire de commission: M. Poiré

# 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. Hansen

Membres: MM. Schmit, Kollwelter, Schaefer, Mme Lorang, M. Lampers, Mme

Deprez

Secrétaire de commission: Mme De Pina

#### 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, les changements de noms.

Président: M. Pierret

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

Secrétaire de commission: Mme Alex



# 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: M. Pierret, S.A.R. le Prince Guillaume, MM. Rodesch, Nati, Molitor,

Mmes Lorang, Deprez

Secrétaire de commission: M. Marchi

#### Commission de coordination

Compétente pour l'élaboration de lignes de conduites au sujet de questions juridiques fondamentales.

Président: M. Gillen

Composition: M. le Président et tous les membres

Secrétaire de commission: M. Hauben

# Commission «Refonte de la Constitution» (CONSTIT)

Compétente pour l'examen de la proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution (48.433) ainsi que d'autres propositions de révision constitutionnelle figurant le cas échéant au rôle des affaires.

Président: M. Schmit

Membres: M. Gillen, Mme Ecker, MM. Pierret, Hansen, Rodesch, Wivenes, Lampers

Secrétaire de commission: M. Servais

# Commission spéciale «Avortement» (IVG)

Compétente pour l'examen du projet de loi portant modification de l'article 353 du Code pénal.

Présidente: Mme Ecker

Membres: Mme Rausch, MM. Schneider, Nati, Mme Durdu, M. Santer, Mme Lorang

Secrétaire de commission: M. Marchi



#### Commission d'examen de la dispense du second vote constitutionnel

Compétente pour le réexamen des oppositions formelles au regard des considérations de la Chambre des députés ou du Gouvernement et pour l'élaboration, le cas échéant, d'une proposition de motivation en vue de la délibération en séance publique.

Président: M. Gillen

Membres: Mme Ecker, M. Pierret, Mme Rausch, MM. Schneider, Hansen, Schmit

+ le conseiller d'Etat-rapporteur

Secrétaire de commission: M. Besch

# Commission du rapport, de la documentation et des relations internationales

Compétente pour la préparation du rapport annuel, pour les questions en rapport avec la documentation et la bibliothèque ainsi que pour la coordination des relations internationales du Conseil d'Etat.

Présidente: Mme Ecker

Membres: MM. Gillen, Schmit, Rodesch, Mme Durdu, M. Santer, Mme Lorang,

M. Lampers

#### Commission des cabarets

Compétente pour donner un avis préalable en matière de cabaretage tel que prévu par la loi modifiée du 29 juin 1989 portant réforme du régime des cabarets.

Composition: M. Pierret, Mme Rausch, M. Schaefer

# Commission des comptes

Compétente pour l'examen de la comptabilité du Conseil d'Etat et de la désignation d'un réviseur d'entreprises.

Président: M. Molitor

Membres: M. Schneider, Mme Thoma, MM. Hansen, Rodesch, Nati, ainsi que les

membres du bureau



# 3) Le Secrétariat du Conseil d'Etat (31.7.2013)

Le Secrétariat du Conseil d'Etat constitue l'administration de l'Institution. Il assiste les conseillers d'Etat dans leurs travaux.

# M. Marc Besch – Secrétaire général

- Direction et organisation du Secrétariat du Conseil d'Etat
- Collaboration aux travaux des membres du Conseil d'Etat

#### M. Gilles Hauben – Secrétaire

- Coordination des séances publique et plénière
- Secrétariat de la commission de coordination

# M. Yves Marchi – Secrétaire adjoint

- Secrétariat de la commission SOC
- Secrétariat de la commission spéciale IVG

## Mme Lis de Pina – Attachée 1re en rang

- Secrétariat de la commission IAP
- Secrétariat des affaires de médiation

#### Mme Françoise Alex – Attachée

Secrétariat de la commission JUR

#### M. Marc Schanck - Attaché

Secrétariat de la commission DDI

#### M. Michel Millim – Attaché

Secrétariat de la commission CERM

#### M. Mike Poiré – Attaché

Secrétariat de la commission ECOFIN

## M. Emmanuel Servais – Inspecteur principal premier en rang

- Coordination des séances publique et plénière
- Secrétariat de la Commission CONSTIT
- Délégué à la formation



# Mme Danielle Knebel – Inspecteur principal

- Gestion des archives et de la bibliothèque
- Service du budget et de la comptabilité comptable public

# **Mme Marie-Paule Scheuren-Heckmus – employée (mi-temps)**

Travaux de secrétariat

## Mme Nadine Bütgenbach – employée (mi-temps)

Secrétaire de direction

## Mme Fabienne Benassutti – employée

Travaux de secrétariat

#### M. Kevin Simon – employé

- Gestion informatique
- Travaux de secrétariat
- Délégué à l'égalité des chances

# Mme Marie-France Gindt - employée

- Secrétaire de direction
- Service du budget et de la comptabilité

# M. Gérard Wagner – employé

- Réception, courrier interne
- Délégué à la sécurité

#### M. Michel Prost – employé

- Travaux de bureau
- Chauffeur



# B) LES ACTIVITES DU CONSEIL D'ETAT 2012/2013

#### 1) Les réunions du Conseil d'Etat

#### a) Séances publiques et plénières

Au cours de l'exercice 2012-2013, le Conseil d'Etat s'est réuni

- 22 fois en séance plénière;
- 15 fois en séance publique.

# b) Commissions permanentes et spéciales

Les commissions permanentes et spéciales du Conseil d'Etat se sont réunies à 253 reprises.

#### c) Le Bureau

Le Bureau s'est réuni 9 fois.

# 2) Les avis en matière législative et réglementaire

# a) Bilan de l'activité consultative du Conseil d'Etat

Au cours de ses séances plénières, le Conseil d'Etat a émis les avis suivants en matière législative et réglementaire:

	2012-2013	2011-2012
Avis sur des projets de révision constitutionnelle	0	1
Avis sur des projets de loi	104	97
Avis complémentaires sur des projets de loi	55	43
Avis sur des propositions de loi	4	7
Avis complémentaires sur des propositions de loi	0	1
Avis sur des projets de règlement grand-ducal	130	140
Avis complémentaires sur des projets de règlement grand-ducal	4	7
Avis sur des projets d'arrêté grand-ducal	5	21
Au total	302	317

Les avis du Conseil d'Etat au sujet des projets de loi, des propositions de loi ou des 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, et par la suite dans les documents parlementaires, qui



sont publiés sur le site Internet de la Chambre des députés www.chd.lu, pour autant que celle-ci s'en trouve saisie.

# b) Transposition des directives

Saisine du Conseil d'Etat suite à la publication au Journal officiel de l'Union européenne

mois	≤6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	≥18
nombre	12	1	1	1		1		2	1				11

Saisine du Conseil d'Etat par rapport au délai de transposition

mois
 
$$\leq 12$$
 -9 -6 -3 -2 -1
 1
 2
 3
 4
 5
 6
  $\geq 6$ 

 nombre
 8
 5
 8
 1
 1
 2
 1
 1
 2
 1

 Risque de dépassement de délai
 Délai de transposition dépassé

# c) Délais de traitement des projets et propositions

En mois	≤1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	≥12
Projets de loi	16	15	18	19	6	4	7	5	2	2		$10^{1}$
Amendements projets de loi	29	11	11	2	1	1						
Propositions de loi		1	2									1
Amendements propositions de loi												
Projets de règlement g.d.	28	28	25	24	9	2	3	6	1	2	1	1
Projets de règlement g.d. modifié	3		1									

# d) Oppositions formelles

Dans le cas où le Conseil d'Etat est d'avis qu'une disposition légale envisagée est contraire à la norme supérieure ou à un principe général du droit, il formule une «opposition formelle» motivée. Au cours de l'exercice 2012-2013, il a ainsi émis dans ses avis 220 oppositions formelles. Ces oppositions formelles étaient motivées comme suit:

	2012-2013
Constitution, dont	
Article 10bis	15
Articles 12 et 14	17
Articles 12 et 14	17

Dont 9 projets de loi concernent le «paquet» de la réforme de la Fonction publique.



	2012-2013
Article 16	2
Article 23	1
Article 32, paragraphe 3	
– en combinaison avec l'article 11, paragraphe 6	19
- en combinaison avec l'article 99	8
- en combinaison avec l'article 101	1
– en combinaison avec l'article 23	3
Article 34	2
Article 36	8
Article 37	4
Article 49bis	1
Article 76, alinéa 1er	6
Article 76, alinéa 2	5
Article 97	6
Article 107	1
Article 108bis	21

2012-2013

# Conventions ou traités internationaux,

dont

dont	
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés	
fondamentales, article 6, paragraphe 1er	5
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés	
fondamentales, article 8	2
Transposition du droit de l'UE – Techniques de transposition	3
Transposition du droit de l'UE – Transposition non conforme d'une	
directive	11
Transposition du droit de l'UE – Transposition des actes délégués de	
la Commission	1
Principe de l'applicabilité directe des règlements de l'UE	6
Non-respect des dispositions du droit de l'UE	10
Convention du 28 janvier 1981 pour la protection à l'égard du traite-	
ment automatisé de données à caractère personnel	1



2012-2013 Principes généraux du droit, dont: Principe Non bis in idem 5 Sécurité juridique – Incohérence des textes ou texte lacunaire 27 Sécurité juridique – Terminologie ambiguë ou incertaine 14 Principe de la confiance légitime 1 Hiérarchie des normes et/ou parallélisme des formes 11 Principe de la non-rétroactivité 2 Interdiction des clauses léonines, principe d'ordre public de l'article 1855 du Code civil 1

Pour l'analyse détaillée, il est renvoyé à la partie II «Les avis du Conseil d'Etat».

En matière réglementaire, le Conseil d'Etat a signalé à 10 occasions que le projet soumis risquait d'encourir la sanction prévue à l'article 95 de la Constitution.

# 3) Autres délibérations et avis du Conseil d'Etat

	2012-2013	2011-2012
Changements de noms et de prénom	132	136
Déclarations d'utilité publique	1	6
Questions diverses	14	8
Total	147	150

En outre, la commission spéciale «Cabaretage» a émis 30 avis sur des dossiers de cabaretage.

# 4) Dispenses du second vote constitutionnel

En application de l'article 59 de la Constitution, «toutes les lois sont soumises à un second vote, à moins que la Chambre, d'accord avec le Conseil d'État, siégeant en séance publique, n'en décide autrement. — Il y aura un intervalle d'au moins trois mois entre les deux votes».

En vue de la dispense du second vote, le rapporteur du Conseil d'Etat examine si les textes adoptés par la Chambre des députés correspondent à ceux soumis à l'avis du Conseil d'Etat et si celui-ci a été suivi sur les points sur lesquels une opposition formelle avait été émise. Si tel n'est pas le cas, le texte adopté est examiné préalablement par la Commission spéciale «Dispense du second vote constitutionnel» pour proposer une solution aux membres du Conseil d'Etat.



Au cours de l'exercice 2012-2013, le Conseil d'Etat a dispensé 93 projets du second vote constitutionnel.

Le Conseil d'Etat n'a refusé sa dispense à aucun projet de loi.

#### 5) Relations internationales

Le Président du Conseil d'Etat a participé à la réunion du conseil d'administration de l'Association des Conseils d'Etat et des Juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne (ACA-Europe) qui s'est tenue le 26 mai 2013 à Paris.

Le Conseil d'Etat, représenté par son Président, accompagné du Secrétaire général, a assisté en tant qu'observateur à la 15e réunion de l'Association des Sénats d'Europe, qui s'est tenue à Londres du 13 au 14 juin 2013.

#### 6) Visites au Conseil d'Etat

Pour mieux faire connaître les attributions et le fonctionnement de l'Institution au grand public, le Conseil d'Etat a reçu pendant l'exercice 2012-2013 onze groupes de visiteurs dans ses locaux. 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 Son Excellence Monsieur Wataru Nishigahiro, Ambassadeur du Japon le 4 octobre 2012, Son Excellence Monsieur Robert A. Mandell, Ambassadeur des Etats-Unis d'Amérique le 15 novembre 2012, Son Excellence Madame Christine Gläser, Ambassadeur de la République Fédérale d'Allemagne le 19 novembre 2012, Son Excellence Dr. Mark Entin, Ambassadeur de Russie le 13 décembre 2012, Son Excellence Monsieur Petrus Wouterus Kok, Ambassadeur du Royaume des Pays-Bas le 21 février 2013, Son Excellence Monsieur Stefano Maria Cacciaguerra Ranghieri, Ambassadeur d'Italie le 27 mars 2013, Son Excellence Madame Maria Rita Ferro, Ambassadeur du Portugal le 2 avril 2013, Son Excellence Monsieur Guy Yelda, Ambassadeur de France le 3 avril 2013, Son Excellence Monsieur Urs Hammer, Ambassadeur de Suisse le 11 avril 2013.

Le Conseil d'Etat a reçu en visite Monsieur Gaston Reinesch, directeur général de la Banque Centrale du Luxembourg le 1er février 2013 et une délégation parlementaire de la Commission de l'Immunité et du Mandat du Parlement tchèque, le 4 juin 2013.

Le Conseil d'Etat a participé à la 2e Journée «Portes ouvertes des institutions» le 10 octobre 2012.

Une délégation du Conseil d'Etat a participé le 4 juin 2013 à une entrevue avec les représentants de la Banque Centrale du Luxembourg.

Une réunion de travail a eu lieu le 17 juin 2013 avec une délégation du Service juridique du Parlement européen.



#### **PARTIE II**

#### Les avis du Conseil d'Etat

#### A) DROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX

- 1) Egalité devant la loi
  - a) Droit à l'adoption plénière

L'amendement 4 des amendements parlementaires du 11 mars 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6172 $A^{4}$ ) au projet de loi portant réforme du Titre II.- du Livre Ier du Code civil "Des actes de l'état civil" et modifiant les articles 34, 47, 57, 63, 70, 71, 73, 75, 76, 79, 79-1 et 95; b) réforme du Titre V.— du Livre Ier du Code civil "Du mariage" (...) tend à ajouter un article 367-4 au Code civil visant à réserver l'adoption plénière au seuls conjoints hétérosexuels mais en ouvrant toutefois l'adoption simple à tous les conjoints, qu'ils soient de même sexe ou de sexe différent.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 4 juin 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6172<sup>A5</sup>), a constaté qu'en réservant l'accès à l'adoption plénière aux conjoints hétérosexuels, l'amendement institue une différence de traitement entre les conjoints homosexuels et hétérosexuels. Il a rappelé que le législateur peut, sans violer le principe de l'égalité, qui est inscrit à l'article 10bis de la Constitution, 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 au but poursuivi. La commission parlementaire a expliqué son choix d'écarter les conjoints homosexuels de l'adoption plénière et de leur accorder uniquement l'accès à l'adoption simple par la nécessité de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant qui garderait ainsi une personne de référence de chaque sexe, c'est- à-dire son ou ses parents biologiques et aurait par ailleurs le bénéfice d'un couple supplémentaire de parents, ses parents adoptifs. Si le Conseil d'Etat a été d'accord à reconnaître que l'institution de l'adoption est à analyser dans la perspective de l'intérêt supérieur de l'enfant et non pas dans une optique d'un droit à l'adoption pour les adoptants, il a néanmoins relevé, que la proposition d'écarter les conjoints homosexuels de l'adoption plénière exige un argumentaire établissant que l'intérêt supérieur de l'enfant impose l'existence d'un référant maternel et paternel parmi ses parents adoptifs sinon biologiques. Il a en ce sens renvoyé à un arrêt du 19 février 2013 de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme (Affaire X et autres c. Autriche, requête n° 19010/07) dans lequel la Cour a conclu à la violation de l'article 14 (interdiction de la discrimination) combiné avec l'article 8 (droit au respect de la vie familiale) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en ce que les requérantes, qui formaient un couple homosexuel, n'avaient pas été traitées par les juridictions autrichiennes, appelées à homologuer une convention d'adoption,

comme l'aurait été un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre. Le Conseil d'Etat a plus particulièrement retenu de cet arrêt l'observation de la Cour européenne des droits de l'homme que les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent, tout comme les différences fondées sur le sexe, être fondées sur des raisons particulièrement solides et convaincantes (cf. paragraphe 99 de l'arrêt) et que «le principe de proportionnalité exige [non seulement] que la mesure retenue soit normalement de nature à permettre la réalisation du but recherché, mais [qu']il oblige aussi à démontrer qu'il était nécessaire, pour atteindre ce but [en l'espèce la protection de l'enfant], d'exclure certaines personnes - en l'espèce les individus vivant une relation homosexuelle - du champ d'application de la mesure dont il s'agit» (cf. paragraphe 40 de l'arrêt). La Cour avait en effet reproché au gouvernement autrichien de ne pas avoir établi le caractère préjudiciable pour un enfant d'être élevé par un couple homosexuel et de ne pas avoir établi l'affirmation que seules les familles composées de parents de sexes opposés soient capables d'élever convenablement un enfant (cf. paragraphes 142 et 146 de l'arrêt). En conséquence, le Conseil d'Etat a, sur base de ces considérations, fait valoir qu'en l'absence d'un autre argument susceptible de justifier la disparité envisagée, cadrant avec les articles 10bis de la Constitution et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il se verrait dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel.

# b) Fonction publique

1. L'article 3 du projet de loi modifiant la loi modifiée du 31 mai 1999 portant création d'un fonds national de la recherche dans le secteur public; modifiant la loi modifiée du 12 août 2003 portant création de l'Université du Luxembourg (doc. parl.  $n^{\circ}$  6420) propose d'ouvrir l'accès à la carrière supérieure de l'attaché de Gouvernement (4 agents) respectivement à la carrière du rédacteur (2 agents), à ceux des agents de ce ministère qui sont actuellement engagés en tant qu'employés de l'Etat, sous condition qu'ils remplissent les conditions d'études ouvrant l'accès à leur future carrière, et qu'ils ont été engagés avant l'entrée en vigueur de la loi. Même si, dans son avis du 23 octobre 2012 relatif au prédit projet de loi (doc. parl.  $n^{\circ}$  6420<sup>3</sup>) le Conseil d'Etat a pu se déclarer d'accord avec le principe de cette disposition, il s'est cependant opposé formellement à la modalité particulière qui prévoit qu'«en cas de nomination [des employés visés par la mesure], leur traitement sera fixé sur base d'une nomination fictive se situant deux ans après la date de leur entrée en service ininterrompu à plein temps ou à temps partiel en qualité d'employé de l'Etat», en ce que cette modalité, qui aurait pour conséquence d'accorder à quelques agents d'un seul ministère des avantages exceptionnels auxquels ne peuvent prétendre ni les autres agents de l'administration gouvernementale affectés à d'autres ministères, ni les agents affectés à d'autres administrations de l'Etat, serait contraire à l'article 10bis de la Constitution.



2. Le projet de règlement grand-ducal portant réduction des différents accessoires et indemnités versés aux agents de l'Etat dans le cadre du fonctionnement des commissions d'examen et d'autres commissions étatiques a pour objet la réduction de 25% des accessoires de traitement et indemnités alloués aux agents de l'Etat dans le cadre du fonctionnement des commissions d'examen et d'autres commissions étatiques. Dans son avis du 4 juin 2013, le Conseil d'Etat s'est interrogé si cette réduction des indemnités concernait seulement les agents de l'Etat ou si les experts externes qui peuvent être nommés pour le besoin de certaines commissions étaient également visés. Il a du reste fait valoir que, hormis la situation où l'indemnisation spéciale d'experts externes serait justifiée par des compétences spéciales non disponibles au sein de l'Administration, la non-application de la réduction prévue aux agents externes soulèverait un problème d'égalité de traitement, et risquerait ainsi d'exposer le texte au reproche de la méconnaissance des exigences de l'article 10bis de la Constitution et, partant, à la sanction prévue par l'article 95 de la Constitution.

# c) Accès à une profession réglementée

- 1. Dans son avis du 9 octobre 2012 relatif au projet de règlement grand-ducal fixant la procédure à suivre pour obtenir l'autorisation d'exercer les professions de médecin, de médecin-dentiste et de médecin-vétérinaire, le Conseil d'Etat a exigé, dans un souci d'égalité devant la loi, que la disposition figurant à l'endroit du paragraphe 1 er de l'article 7, qui est applicable aux autorisations à délivrer aux ressortissants nationaux ou d'un Etat membre de l'Union européenne, et suivant laquelle la procédure d'admission en vue de l'exercice des professions visées doit être achevée dans les plus brefs délais et au plus tard dans les trois mois de la présentation du dossier complet, soit reprise à l'endroit de l'article 13 concernant la procédure d'autorisation applicable aux demandes d'exercice de ressortissants d'Etats non membres de l'Union européenne. En effet, d'après l'article 111 de la Constitution, 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.
- 2. En vertu de l'article 255 du projet de loi sur le secteur des assurances (doc. parl. *n*° 6456) concernant le champ d'application de l'article 1er relatif aux professionnels du secteur des assurances «Le présent chapitre s'applique à toute personne morale établie au Grand-Duché de Luxembourg, ci-après désignée comme "professionnel du secteur de l'assurance" ou "PSA", dont l'activité habituelle consiste à exercer à titre professionnel une ou plusieurs des activités du secteur des assurances visées à la section 2 ci-après».



Le Conseil d'Etat, dans son avis du 27 novembre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6456<sup>2</sup>), a relevé que l'article 255 pose tout d'abord la question fondamentale de la limitation prévue par le projet de la dénomination de professionnel du secteur de l'assurance à des personnes morales. Il a fait valoir que ni des constats statistiques ni des considérations juridiques objectives ne sauraient fonder une telle limitation, et donc l'exclusion de façon générale des personnes physiques opérant dans certaines activités tombant désormais dans la définition de professionnel du secteur de l'assurance. Il a encore observé que la comparaison avec le secteur financier n'est que partiellement exacte dans la mesure où la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier exclut les personnes physiques de l'activité de professionnel du secteur financier pour autant et uniquement dans la mesure où il s'agit d'activités impliquant la gestion de fonds de tiers (article 16 de la loi modifiée du 5 avril 1993). Il a dès lors conclu que d'un point de vue purement juridique, une exclusion pure et simple des personnes physiques de toute activité de professionnel du secteur des assurances, sans distinction entre les différentes activités visées sur base d'un critère objectif comme par exemple la gestion de fonds de tiers, constitue une violation du principe constitutionnel de l'égalité devant la loi inscrit à l'article 10bis de la Constitution. Il s'est dès lors formellement opposé à l'exclusion pure et simple des personnes physiques de toute activité telle qu'elle découle de l'article 255.2

# d) Procédure de licenciement

Dans son avis du 2 juillet 2013 relatif au projet de loi portant réforme du dialogue social à l'intérieur des entreprises (doc. parl. n° 6545³), le Conseil d'Etat a relevé que le libellé du paragraphe 3, alinéa 2 du nouvel article L. 415-11, qui concerne la protection spéciale des délégués du personnel en matière de licenciement, envisage la possibilité d'un licenciement en cas de fermeture partielle d'une entreprise ou d'un établissement pour les délégués «y occupés depuis plus de vingt-quatre mois». Le Conseil d'Etat s'est interrogé sur l'idée qui pourrait justifier ce traitement inégalitaire entre délégués et qui, de surcroît, pénaliserait les salariés ayant le plus d'ancienneté. Le Conseil d'Etat s'est en conséquence réservé la possibilité de refuser la dispense du second vote constitutionnel à défaut pour les auteurs d'indiquer des motifs précis correspondant aux critères dégagés par la Cour constitutionnelle en rapport avec l'article 10bis de la Constitution (Arrêt n° 9/00 du 5 mai 2000; Mémorial A n° 40 du 30 mai 2000, page 948) et en vertu desquels «Le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégo-

Dans le même sens: avis du Conseil d'Etat du 13 novembre 2012 sur le projet de loi portant modification de – la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances; – la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme (doc. parl.  $n^{\circ}$  6398³), en rapport avec l'article 103.



ries 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».

#### e) L'aide financière de l'Etat pour études supérieures

Le projet de loi modifiant la loi modifiée du 22 juin 2000 concernant l'aide financière de l'Etat pour études supérieures (doc. parl.  $n^{\circ}$  6585) a pour objet de tirer les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 20 juin 2013 dans l'affaire C-20/12 qui avait été rendu suite à une question préjudicielle du Tribunal administratif luxembourgeois portant sur la compatibilité de la condition de résidence imposée par le Luxembourg à travers sa loi du 26 juillet 2010 sur l'aide financière de l'Etat pour études supérieures aux enfants des travailleurs frontaliers pour pouvoir bénéficier d'une aide aux études supérieures avec le droit de l'Union, à savoir le principe de la libre circulation des travailleurs (l'article 7 du règlement n° 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs dans la communauté). Dans l'arrêt précité, la Cour de justice avait en effet décidé que la condition de résidence requise par la réglementation luxembourgeoise constituait une discrimination indirecte fondée sur la nationalité comme elle risque de jouer principalement au détriment des ressortissants des autres Etats membres.

En guise de réponse à l'arrêt C-20/12, l'article 1er, point 1 du projet de loi propose l'insertion d'un article 2bis dans la loi précitée du 22 juin 2000 afin d'envisager, sous certaines conditions, la possibilité pour un enfant d'un travailleur salarié – ressortissant de l'Union européenne ou d'un autre Etat partie à l'Accord sur l'espace économique européen ou de la Confédération suisse employé au Luxembourg, de bénéficier de l'aide financière pour études supérieures.

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 2 juillet 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6585<sup>1</sup>), a relevé que l'article 2bis précité est conforme au règlement (CEE)  $n^{\circ}$  1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (abrogé et codifié par le règlement (UE)  $n^{\circ}$  492/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union) en ce qu'il est limité aux travailleurs salariés. Il a, à cet égard, observé que la Cour de Justice de l'Union européenne décide itérativement que le règlement  $n^{\circ}$  1612/68 précité ne s'applique qu'aux travailleurs salariés. Le Conseil d'Etat a par ailleurs retenu que l'arrêt C-20/12 de la Cour de Justice de l'Union européenne du 20 juin 2013, se situant dans le contexte exclusif du règlement  $n^{\circ}$  1612/68, n'aborde pas la situation des travailleurs frontaliers non salariés. Le Conseil d'Etat, qui a ainsi constaté que la situation des travailleurs non salariés n'a pas été prise en compte par les auteurs du projet de loi, a néanmoins soulevé la question de la conformité à cet égard de la disposition de l'article 2bis nouveau tant avec le principe général du droit de l'Union européenne, qui met sur un pied d'égalité les travailleurs

salariés et non salariés, qu'avec le principe de non-discrimination. En effet, un travailleur frontalier non salarié, contribuable et cotisant au régime de sécurité sociale au Luxembourg, et présentant dès lors un lien de rattachement avec le Luxembourg, ne devrait-il pas, sur base des principes précités, bénéficier d'un traitement égalitaire par rapport au travailleur frontalier salarié? Le Conseil d'Etat, soulignant finalement que la loi modifiée du 22 juin 2000 inclut dans le cercle des bénéficiaires de l'aide financière les non-salariés résidant au Grand-Duché de Luxembourg, a fait valoir que le traitement distinct des deux catégories de travailleurs, salariés et non salariés, ne respecte pas le principe constitutionnel d'égalité en ce que cette disparité de traitement n'est fondée sur aucune raison déterminante répondant aux critères qui sont mis en œuvre par la Cour constitutionnelle pour examiner si une différence de traitement est conforme ou non à l'article 10bis de la Constitution. Il a dès lors annoncé qu'il se verrait dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel à défaut pour les auteurs d'étendre le bénéfice de la disposition du nouvel article 2bis aux travailleurs non salariés. La dispense du second vote constitutionnel a pu être accordée lors de la séance plénière du Conseil d'Etat du 12 juillet 2013. La loi du 19 juillet 2013 étend le bénéfice de l'aide financière visée aux travailleurs non salariés.

# f) Elections nationales et européennes

Dans son avis du 18 juillet 2013 concernant le projet de loi portant modification de la loi électorale modifiée du 18 février 2003 (doc. parl n° 6571<sup>2</sup>) ainsi que les amendements parlementaires à ce projet de loi, lui soumis pour avis le 27 juin 2013, le Conseil d'Etat a constaté que les auteurs ont omis d'étendre les sanctions prévues par l'actuel article 114, alinéa 3 de la loi électorale aux candidats aux élections pour le Parlement européen qui présentent une déclaration inexacte sur leur éligibilité dans leur Etat d'origine. L'article 114, alinéa 3 précité de la loi électorale a en effet pour objet de sanctionner le candidat qui, lors d'élections législatives ou communales, «s'est porté candidat [...] sachant qu'il ne réunit pas les conditions d'éligibilité». Le Conseil d'Etat a par conséquent souligné que la rigueur de la loi doit en l'occurrence viser tant les candidats aux élections nationales que les candidats aux élections européennes, en ce que tout candidat à toute élection – que se soit pour la Chambre des députés, pour le conseil communal, ou pour le Parlement européen – doit être mis sur un pied d'égalité, quelle que soit sa nationalité. Le Conseil d'Etat a proposé un texte à l'effet d'étendre le régime des sanctions aux candidats aux élections pour le Parlement européen en soulignant qu'il se verrait dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel s'il n'était pas suivi sur ce point.



#### 2) Légalité des incriminations et des peines

- 1. Le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie (doc. parl.  $n^{\circ}$  6415) envisage en son article unique, point 9, a) et b) de modifier le régime de la réduction des peines que l'article 31, paragraphe 2 de la loi précitée du 19 février 1973 établit en faveur des personnes coupables d'infractions relatives aux stupéfiants, qui relèvent aux autorités l'identités d'autres auteurs d'infractions relatives à la production et au trafic de stupéfiants. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 22 janvier 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6415<sup>1</sup>), constatant que le texte proposé ne contient plus aucune peine plancher, a souligné que l'absence de limite risque de poser problème au regard du principe de la légalité des peines et des incriminations. Il s'est à cet égard référé à un arrêt de la Cour constitutionnelle du 9 mars 2012 (arrêt n° 71/12) dans laquelle la Cour a fait valoir «que la peine, pour suffire aux exigences de la Constitution, doit être suffisamment déterminée, c'est-à-dire qu'elle doit en principe comporter un minimum et un maximum indiqués dans la loi». Le Conseil d'Etat a en conséquence insisté à voir instaurer soit un seuil fixe, soit un seuil maximal assorti d'un seuil minimal. Il a également renvoyé à son avis du 26 janvier 1999 concernant le projet de loi n° 4349 modifiant la loi modifiée du 19 février 1973, qui est devenu la loi du 27 avril 2001 modifiant la loi modifiée du 19 février 1973, dans lequel il avait déjà rendu attentif à cette problématique, que le procureur d'Etat de Diekirch avait également mise en exergue dans son avis du 3 novembre 1997, et dans lequel il avait préconisé de prévoir, à l'instar du législateur français, la possibilité d'une réduction de moitié de la peine privative de liberté encourue. La commission parlementaire a, suite à l'avis du Conseil d'Etat, décidé de laisser le texte de l'article 31, paragraphe 2, inchangé.
- 2. L'article 18 du projet de loi relative à la protection nationale (doc. parl.  $n^{\circ}$  6475), dont l'objet est de mettre à la disposition du Gouvernement l'instrumentaire nécessaire pour la prévention et la gestion des crises nationales, établit des sanctions administratives appelées à punir la violation de certaines dispositions de la loi en projet. Le Conseil d'Etat a d'emblée questionné l'utilité des sanctions administratives en temps de crise. Il s'est par ailleurs interrogé sur la pertinence des mesures telles que le blâme ou l'avertissement, qui relèvent du domaine disciplinaire, à l'égard d'entreprises privées en l'absence d'un lien de dépendance entre celles-ci et l'administration qui prend la mesure. Constatant par ailleurs que les auteurs ont omis de déterminer quelle violation de la future loi entraîne quelle sanction, le Conseil d'Etat, dans son avis du 2 juillet 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6475<sup>4</sup>) s'est formellement opposé au texte de l'article 18 en ce qu'il contrevient aux principes de la légalité des incriminations et des peines inscrits aux articles 12 et 14 de la Constitution.



- 3. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 23 octobre 2012 sur le projet de loi portant réorganisation de l'Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services et portant organisation du cadre général pour la surveillance du marché dans le contexte de la commercialisation des produits, ... (doc. parl.  $n^{\circ}$  6315<sup>3</sup>), a rappelé qu'à partir du moment où l'amende administrative va au-delà de la finalité de réparer un préjudice, elle revêt d'après la Cour constitutionnelle le caractère d'une peine rendant applicables les articles 12 et 14 de la Constitution relatifs à la légalité des incriminations et des peines et qu'il ne suffit dès lors pas de renvoyer de façon péremptoire, ainsi qu'il est fait à l'article 22, paragraphe 1er du projet de loi, à des dispositions légales ou réglementaires déterminant les règles et conditions d'apposition des marquages ou étiquettes dont le nonrespect serait sanctionné par des amendes administratives de 250 euros à 10.000 euros. Le Conseil d'Etat s'est en conséquence formellement opposé à cette disposition.
- 4. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 23 octobre 2012 sur le projet de loi portant réorganisation de l'Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services et portant organisation du cadre général pour la surveillance du marché dans le contexte de la commercialisation des produits (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6315<sup>3</sup>), a donné à considérer que les points 2 et 3 des articles 23 et 24 qui punissent d'une amende de 251 euros à 125.000 euros, d'une peine d'emprisonnement de 8 jours à un an ou d'une de ces peines seulement «toute personne physique ou morale ayant utilisé ou apposé le logo "ILNAS" sans être titulaire d'une accréditation en cours de validité» et «toute personne physique ou morale ayant utilisé ou apposé le logo "ILNAS" sur des certificats ou rapports pour des activités autres que celles pour lesquelles il dispose d'une accréditation», donnent l'impression que le souci majeur des auteurs du projet de loi tienne à protéger les logos de l'ILNAS, d'ailleurs non autrement défini ni quant aux autorités compétentes pour en autoriser l'utilisation ni quant à sa configuration formelle et aux conditions de son utilisation effective. Plutôt que de sanctionner le fait d'une utilisation incorrecte du marquage de l'ILNAS, le Conseil d'Etat a en conséquence demandé que soit sanctionnée l'intention frauduleuse d'un certificateur de tromper des clients potentiels sur l'existence d'une accréditation qu'il n'a pas, intention qui peut le cas échéant être matérialisée par l'utilisation non autorisée du logo. Il a en effet fait valoir que l'intention de tromper des clients potentiels sur l'existence d'une accréditation peut revêtir d'autres formes que l'emploi incorrect d'un marquage. Le Conseil d'Etat s'est en conséquence formellement opposé au libellé des incriminations visées qu'il a estimées non suffisamment spécifiées, au regard du principe constitutionnel de la légalité des incriminations.



- 5. Dans son avis complémentaire du 12 juillet 2013 sur le projet de loi portant réorganisation de l'Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services et portant organisation du cadre général pour la surveillance du marché dans le contexte de la commercialisation des produits (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6315<sup>5</sup>), le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à l'amendement à l'endroit de l'ancien article 22, paragraphe 3, alinéa 3 (article 17, paragraphe 3, aliéna 3 selon le texte coordonné présenté par la commission parlementaire) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6315<sup>4</sup>) en vertu duquel «Le montant de l'amende administrative ainsi que le mode de payement sont fixés par un règlement grand-ducal qui établira également un catalogue groupant les contraventions suivant le montant des amendes à prévoir». Le Conseil d'Etat a relevé ne pas voir l'intérêt de la fixation du mode de perception des amendes par voie de règlement grand-ducal du moment que l'amende administrative se trouve déterminée avec la précision utile dans la loi même. En effet, dès lors que l'application des amendes administratives relève du domaine des décisions administratives individuelles, et que le législateur a désigné l'autorité de décision compétente, il n'appartient pas au pouvoir réglementaire d'introduire des spécifications que la loi ne prévoit pas. Le Conseil d'Etat a dès lors demandé, sous peine d'opposition formelle, de supprimer l'alinéa 3 du paragraphe 3, alors qu'une spécification non prévue par la loi en matière de sanctions de nature pénale n'est pas conforme à l'article 14 de la Constitution.<sup>3</sup>
- 6. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 13 novembre 2012 sur le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances; la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme (doc. parl.  $n^{\circ}$  6398³), s'est opposé formellement à la disposition de l'article 111 qu'il était proposé d'insérer dans la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances (article Ier, point 13 du projet de loi), aux termes de laquelle «le maximum de l'amende d'ordre peut être doublé en cas de récidive», en ce qu'aucun délai endéans lequel la récidive peut donner lieu à multiplication de la sanction n'a été prévu.
- 7. Dans son avis du 27 novembre 2012 relatif au projet de loi sur le secteur des assurances (doc. parl.  $n^{\circ}$  6456<sup>2</sup>), le Conseil d'Etat s'est opposé formellement à la disposition de l'article 301, paragraphe 1er, point f) qui vise une infraction à «tout texte d'application obligatoire émanant de l'EIOPA et de la Commis-

Dans le même sens: avis complémentaire du Conseil d'Etat du 12 juillet 2013 sur le projet de loi portant réorganisation de l'Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6315<sup>3</sup>), concernant l'amendement qui est porté à l'ancien article 25 (article 19 de la version coordonnée du projet de loi).



sion». Le Conseil d'Etat a insisté sur la nécessité de préciser la nature des actes adoptés par les institutions et organes européens visés en relevant qu'une directive, par essence non directement applicable dans l'ordre juridique interne, ne saurait servir de base pour la sanction administrative qui s'apparente à une peine.

- 8. L'article 6, paragraphe 3 du projet de loi relatif à l'organisation du marché des produits pétroliers (doc. parl.  $n^{\circ}$  6533) dispose que «l'importateur pétrolier qui constate au cours d'une année civile que les importations journalières moyennes nettes réellement importées diffèrent significativement du niveau des importations journalières moyennes nettes calculées conformément à l'article 10 pour la période considérée doit le notifier au ministre». L'article 51 de ce même projet de loi sanctionne d'un emprisonnement d'un à trois ans et d'une amende de 251 à 500.000 euros, ou d'une de ces peines seulement le non-respect de l'obligation de notification prévue à l'article 6, paragraphe 3 précité. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 18 juin 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6533<sup>3</sup>), a observé qu'au paragraphe 3 de l'article 6, le terme «significativement» manque de la précision nécessaire pour répondre au principe constitutionnel de la légalité des incriminations. Sous peine d'opposition formelle, le Conseil d'Etat a en conséquence demandé que cette notion soit remplacée par une référence quantitative, objectivement mesurable.
- 9. Le nouvel article 35 sexies que le projet de loi (doc. parl.  $n^{\circ}$  6487), voté sous l'intitulé «projet de loi modifiant la loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques en vue de la création de l'établissement public «Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel» et modifiant 1. la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat et 2. la loi du 20 avril 2009 relative à l'accès aux représentations cinématographiques publiques», avait proposé d'introduire dans la loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques, tendait à sanctionner de manière générale tout fournisseur de média audiovisuel ou sonore d'une sanction disciplinaire consistant soit dans un blâme, soit dans un blâme avec lecture d'un communiqué à l'antenne, soit en une amende d'ordre de 250 à 25.000 euros, pour violation d'une disposition de la loi de 1991 précitée, d'une disposition prise en exécution de cette loi ou d'une disposition contenue dans un cahier des charges. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 5 février 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  64873), s'est référé à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour conclure que selon cette jurisprudence les sanctions disciplinaires proposées relevaient du domaine pénal, impliquant leur soumission aux principes de la légalité des peines et des incriminations, consacrés par les articles 12 et 14 de la Constitution. Il a en conséquence souligné que les incriminations visées doivent être prévues par la loi et que le texte légal, pour être conforme aux prédits principes, doit clairement faire ressentir quel comporte-



- ment est puni de quelle peine. Les amendements parlementaires du 6 juin 2013 (doc. parl. n° 64875) ont fait droit aux observations du Conseil d'Etat.
- 10. Dans son avis du 26 février 2013 concernant le projet de loi modifiant 1. la loi modifiée du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  64774), le Conseil d'Etat s'est interrogé sur la signification de la notion de «substances similaires» dans la disposition, qu'il était prévue de remplacer dans la liste des servitudes pouvant grever les parties du territoire national déclarées réserves naturelles, qui est prévue à l'article 44 de la loi précitée du 19 janvier 2004. Cette servitude consistait dans l'interdiction ou la restriction de l'emploi de pesticides, de boues d'épuration, de purin, de lisier de fumer, d'engrais et de substances similaires. Constatant que l'infraction à l'interdiction visée était susceptible d'être sanctionnée pénalement au titre de l'article 64 de cette loi, le Conseil d'Etat a déclaré qu'il se verrait dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel à défaut pour les auteurs de préciser la signification de la notion visée, en ce que le défaut de précision de ladite notion risquerait de poser un problème au regard du principe constitutionnel de la légalité des incriminations.
- 11. Dans son avis complémentaire du 22 mars 2013 sur le projet de loi modifiant a) la loi modifiée du 29 juin 2004 portant sur les transports publics; b) la loi du 19 juin 2009 sur l'ordre et la sécurité dans les transports publics (doc. parl.  $n^{\circ}$  64264), le Conseil d'Etat a déclaré ne pas comprendre la logique des amendements parlementaires (doc. parl.  $n^{\circ}$  6426<sup>3</sup>) consistant à ajouter à l'endroit de l'article 9 de la loi précitée du 19 juin 2009 sur l'ordre et la sécurité dans les transports publics, dont l'objet est le constat des infractions pénales par les officiers et agents de police, une référence à l'article 11ter, à l'effet de sanctionner par voie d'amendes administratives le fait d'emprunter les transports publics sans titre de transport valable et sans prévoir par ailleurs cette référence à l'endroit de l'article 8 de la loi précitée du 19 juin 2009 ayant trait aux infractions pénales. Il a plus précisément relevé ne pas saisir l'articulation du régime de sanctions administratives prévu par le nouvel article 11ter avec le régime de sanctions pénales organisé aux articles 8 et 9 de la loi précitée du 19 juin 2009. Il s'est notamment posé la question si les auteurs de l'amendement avaient eu l'intention de cumuler les régimes des sanctions pénales et administratives, en soulignant d'emblée que cette approche poserait un problème au regard de la règle du non bis in idem – ou si leur intention avait été de sanctionner spécialement les actes frauduleux de l'article 11ter. Concernant cette dernière hypothèse, le Conseil d'Etat a fait valoir que si telle avait été l'intention des auteurs, les auteurs auraient dû libeller l'article 11ter précité autrement, en érigeant notamment la fraude visée par ledit article en infraction pénale particulière. Le Conseil d'Etat a en conséquence fait valoir que l'amen-



dement, libellé comme tel, s'il était maintenu, devrait obliger le Conseil d'Etat à refuser la dispense du second vote constitutionnel.

- 12. L'article 21 du projet de loi a) relative aux émissions industrielles; b) modifiant la loi modifiée du 10 juin 1999 relative aux établissements classés (doc. parl.  $n^{\circ}$  6541) prévoit pour les activités impliquant l'utilisation, la production ou le rejet de substances dangereuses pertinentes, qui présentent un risque de contamination du sol et des eaux souterraines sur le site de l'exploitation, l'obligation pour l'exploitant d'établir et de soumettre à l'administration compétente un rapport de base avant la mise en service de l'installation ou avant la première actualisation de l'autorisation délivrée à l'installation qui intervient après le 7 janvier 2013. Ledit rapport de base contient les informations nécessaires pour déterminer le niveau de contamination du sol et des eaux souterraines, de manière à effectuer une comparaison quantitative avec l'état du site lors de la cessation définitive des activités, telle que prévue au paragraphe 3. Dans son avis du 18 juin 2013 sur le projet de loi en question (doc. parl.  $n^{\circ}$  65414), le Conseil d'Etat a relevé que la date du 7 janvier 2013, qui est avancée comme date de référence pour la naissance de l'obligation de l'exploitant envers l'administration compétente, est antérieure à la date fixée pour l'entrée en vigueur de la future loi. Constatant dans ce contexte que le non-respect de l'obligation visée est pénalement sanctionné à l'article 66 de la loi en projet, il a fait valoir que se poserait en l'espèce le problème d'une application rétroactive de la loi pénale. Le Conseil d'Etat, a dès lors rappelé que le principe de la légalité des peines exclut une application rétroactive de la loi pénale en exigeant sous peine d'opposition formelle que les termes «le 7 janvier 2013» soient remplacés par ceux de «l'entrée en vigueur de la présente loi».
- 13. Dans son avis du 12 juillet 2013 sur le projet de loi concernant la gestion du domaine public fluvial (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6530³), le Conseil d'Etat a relevé que les infractions prévues à l'article 10 du projet de loi précité ne se recoupaient qu'imparfaitement avec les interdictions mentionnées à l'article 6 du même projet de loi ce qui poserait un problème au regard des principes de la légalité des incriminations et des peines inscrits aux articles 12 et 14 de la Constitution qui exigent une détermination légale, claire et précise du fait incriminé et de la peine. Le Conseil d'Etat a dès lors exigé, sous peine d'opposition formelle, que les interdictions prévues à l'article 6, qui sont assorties d'une sanction pénale, soient précisées à l'endroit de l'article 10 afin d'éviter la confusion entre les interdictions et les infractions aux libellés parfois identiques ou du moins semblables.
- 14. Dans son avis du 12 juillet 2013 sur le projet de loi concernant la gestion du domaine public fluvial (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6530<sup>3</sup>), le Conseil d'Etat a rappelé



au vue de l'article 10, paragraphe 6 de ce projet de loi, aux termes duquel «les infractions aux dispositions des règlements grand-ducaux, pris en exécution de la loi en projet, seront punies d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 251 euros à 12.000 euros ou d'une de ces peines seulement», que seul le législateur peut, en vertu des articles 12 et 14 de la Constitution, ériger des faits ou des comportements en infraction, et établir des peines. Il a précisé que l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution permet qu'un règlement grand-ducal puisse valablement ériger des faits ou des comportements à l'encontre de ses prescriptions en infraction, à condition que la loi sur laquelle il se fonde contienne des injonctions ou des interdictions suffisamment claires pour ce faire. Le Conseil d'Etat a relevé que le texte de loi sous avis prévoyant, sans autre précision, que les infractions aux dispositions des règlements qui s'y rapportent seront punissables, ne répond pas aux prescriptions de l'article 32, paragraphe 3, précité de la Constitution. Le Conseil d'Etat s'est en conséquence formellement opposé au texte proposé à l'article 10, paragraphe 6 de la loi en projet.

15. Dans son avis du 4 juin 2013 sur le projet de loi relatif aux produits phytopharmaceutiques (doc. parl.  $n^{\circ}$  6525<sup>4</sup>), le Conseil d'Etat s'est formellement opposé au maintien des points 4 et 5 du paragraphe 1 er de l'article 29 du projet de loi précité, sanctionnant pénalement quiconque ne respectant pas les exigences relatives à l'utilisation des produits phytopharmaceutiques prévues à l'article 15 paragraphe 1 er ou utilisant du matériel d'application non conforme aux exigences de l'article 17, en ce que, les libellés des articles 15 et 17, auxquels il était renvoyé, étaient formulés avec une imprécision telle que le principe de la légalité des incriminations, inscrit à l'article 14 de la Constitution, n'était pas respecté. Il a exigé que les dispositions, dont le non-respect était appelé à être sanctionné pénalement, soient indiquées avec précision.

# 3) Inviolabilité du domicile (article 15 de la Constitution et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales)

L'article 17 du projet de loi relative à la protection nationale (doc. parl.  $n^{\circ}$  6475) prévoit que, dans le but de recenser et de désigner des infrastructures critiques, les agents du Haut Commissariat à la Protection nationale peuvent visiter des infrastructures, autres que les locaux d'habitation, pendant le jour et la nuit et sans notification préalable, en se faisant accompagner de fonctionnaires et d'employés des ministères, administrations et services ayant des compétences dans les matières qui touchent à la protection desdites infrastructures critiques. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 2 juillet 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6475<sup>4</sup>), a souligné que cette disposition tend à créer, en



faveur d'un groupe précis d'agents de l'Etat, des droits exorbitants dont ne disposent même pas les officiers de police judiciaire. Le Conseil d'Etat a à cet égard fait valoir que, s'il peut admettre qu'en temps de crise certaines procédures soient allégées, il ne saurait toutefois concevoir que les droits constitutionnels protégeant les personnes et leur vie privée soient enfreints. Le Conseil d'Etat a souligné que, même dans le cadre du recensement et de la désignation des infrastructures critiques, de l'élaboration et du contrôle de l'exécution des plans et des mesures, et même en temps de crise, le débarquement nocturne non annoncé d'une équipe de contrôle exigeant l'ouverture des portes et des locaux, la présentation de plans et de documents, dépasse largement ce qui est compatible avec les protections mises en place par la Constitution et l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il a par conséquent demandé aux auteurs du projet de loi de couler le droit de vérification des agents de la Protection nationale dans des formes compatibles avec le respect de la vie privée des citoyens et de la propriété privée, à défaut de quoi il se verrait obligé de refuser la dispense du second vote constitutionnel.

#### 4) Droit de propriété (article 16 de la Constitution)

Dans son avis du 26 février 2013 sur le projet de loi modifiant 1. la loi modifiée du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6477<sup>4</sup>), le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à la modification qu'il était proposé d'apporter à l'article 57 de la loi précitée du 19 janvier 2004, et qui envisageait la cession gratuite des terrains sis en zone verte sur lesquels des mesures compensatoires ont été réalisées en vertu d'une autorisation du ministre. Cette disposition serait en effet contraire à l'article 16 de la Constitution en vertu duquel nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et moyennant juste indemnité, dans les cas et la manière établis par la loi.

#### 5) Voies de recours

#### Procès équitable

Protection des droits de la défense

L'article 20, paragraphe 1er du projet de loi portant réorganisation de l'Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services et portant organisation du cadre général pour la surveillance du marché dans le contexte de la commercialisation des produits,... (doc. parl.  $n^{\circ}$  6315) dispose que «(1) Le directeur de l'ILNAS peut infliger une amende de 251 euros à 10.000 euros à tout prestataire de services de certification qui refuse de collaborer activement dans le cadre de ...». Le Conseil d'Etat, dans son avis du 23 octobre 2012



(doc. parl.  $n^{\circ}$  6315<sup>3</sup>), s'est formellement opposé à cette disposition en ce qu'elle est contraire au droit de ne pas s'incriminer soi-même. Il s'est à cet égard référé à son avis du 1er juillet 2008 sur le projet de loi ayant pour objet la coopération interadministrative 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.  $n^{\circ}$  5757<sup>8</sup>), dans lequel, en renvoyant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant le droit de ne pas s'incriminer soi-même, prise sur base de l'article 6 de la Convention des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ce droit interdit à l'Administration de collecter sous la contrainte, des informations qui sont en fait destinées à alimenter un dossier de poursuite à caractère pénal.

#### Recours en pleine juridiction

- 1. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 23 octobre 2012 sur le projet de loi portant réorganisation de l'Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services et portant organisation du cadre général pour la surveillance du marché dans le contexte de la commercialisation des produits (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6315<sup>3</sup>), constatant que le projet de loi ne prévoit pas de recours en pleine juridiction contre les amendes administratives à caractère répressif visées par l'article 20, a exigé sous peine d'opposition formelle l'institution de ce type de recours. Il s'est à cet égard référé à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui requiert en vertu de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et de son Protocole n° 7, l'institution d'un recours en pleine juridiction contre les amendes administratives revêtant un caractère pénal.
- 2. Le nouvel article 105, paragraphe 10 que le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances (doc. parl. n° 6398) a proposé d'insérer dans la loi précitée du 6 décembre 1991 dispose que «le Commissariat peut notamment faire usage de son droit d'injonction ou de suspension ou sanctionner les personnes responsables de l'administration ou de la gestion de la personne morale concernée, qui par leur comportement risquent de mettre en péril la gestion saine et prudente de la personne morale d'une amende d'ordre allant de 125 à 12.500 euros. (...)». Le Conseil d'Etat, dans son avis du 13 novembre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  63983), a fait valoir que les sanctions administratives prononcées sur base de l'article 105, paragraphe 10 précité sont susceptibles d'être considérées comme peines pénales conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en vertu de laquelle un recours en pleine juridiction doit être institué contre les décisions d'autorités administratives prononçant des sanctions à caractère pénal. Sous peine d'opposition formelle, il a exigé l'institution d'un tel recours



- contre les sanctions prononcées sur base de l'article 105, paragraphe 10 du projet de loi. Le Conseil d'Etat a été suivi. La loi a été adoptée le 12 juillet 2013.<sup>4</sup>
- Dans son avis du 4 juin 2013 sur le projet de loi relatif aux produits phytophar-3. maceutiques (doc. parl.  $n^{\circ}$  65254), le Conseil d'Etat a exigé sous peine d'opposition formelle l'institution d'un recours en réformation contre les sanctions administratives prévues à l'article 28 du projet de loi, appelées à s'appliquer en cas de non-respect de certaines dispositions de la loi en projet, et ce au regard de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui demande toutes les garanties, notamment celles de l'indépendance et de l'impartialité, pour répondre aux exigences d'un procès équitable. La Cour européenne des droits de l'homme admet en effet de manière constante que des sanctions administratives qui sont constitutives de sanctions pénales peuvent être prononcées par des autorités ne réunissant pas toutes les caractéristiques du tribunal visé à l'article 6, paragraphe 1er de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à la condition toutefois que le justiciable dispose contre la décision prononçant ces sanctions d'un recours en pleine juridiction.

#### 6) Protection des données

Dans son avis complémentaire du 13 novembre 2012 relatif au projet de loi portant exploitation d'une base de données à caractère personnel relative aux élèves (doc. parl.  $n^{\circ}$  62849) le Conseil d'Etat a émis une opposition formelle à l'amendement 2 des amendements parlementaires du 7 juin 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6284<sup>7</sup>) qui a trait au traitement informatique des photographies des élèves. Le Conseil d'Etat a constaté que la finalité à la base du traitement informatique des photographies des élèves est de nature purement administrative, à savoir la délivrance aux élèves d'un titre destiné à prouver leur statut d'élève d'un lycée. Comme l'article 5 de la Convention du 28 janvier 1981 pour la protection à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel exige l'adéquation, la pertinence et la non-excessivité, par rapport à la finalité en vue de laquelle le traitement a lieu, le Conseil d'Etat a été d'avis que la finalité exposée par les auteurs ne répondait pas aux critères précités. Le Conseil d'Etat ne s'est pas opposé à la confection même des titres destinés à prouver le statut d'élève d'un lycée, mais à la conservation des photographies des élèves dans un fichier informatique au-delà du délai strictement nécessaire à la confection des cartes d'élèves électroniques.

Dans le même sens: avis du Conseil d'Etat du 27 novembre 2012 concernant le projet de loi sur le secteur des assurances (doc. parl. n° 64562), en rapport avec l'article 294, paragraphe 10.



# 7) Droit à la vie privée familiale (article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales)

Les amendements parlementaires nos 2 et 3 du 27 mars 2013 au projet de loi portant modification 1. de la loi du 8 septembre 2003 sur la violence domestique (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6181<sup>11</sup>) avaient pour objet de compléter l'article 1er, paragraphe 2, alinéa 1er de la loi précitée du 8 septembre 2003 sur la violence domestique et le nouvel alinéa 4 de l'article 439 du Code pénal dans le sens d'étendre l'interdiction pour la personne expulsée de prendre contact avec la personne à protéger aux enfants qui cohabitent dans un cadre familial. Le Conseil d'Etat, dans son deuxième avis complémentaire du 4 juin 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6181<sup>12</sup>), a fait valoir que cette extension pose problème au niveau de la détermination de la victime et au niveau de la personnalité de la mesure de protection. Il a ainsi observé que les amendements sont fondés sur la présomption irréfragable que les enfants, qui cohabitent dans le cadre familial, sont victimes au même titre que la personne à protéger au sens du paragraphe 1er de l'article 1er de la loi précitée du 8 septembre 2003 qui sollicite la mesure d'expulsion. Mais quel serait, suivant cette approche, le statut de victime des enfants? Seraient-ils des victimes directes au même titre que la personne à protéger, visée au paragraphe 1er de l'article 1er de la loi du 8 septembre 2003, des victimes par ricochet ou des victimes de violences morales ou mentales? Le Conseil d'Etat a souligné que cette logique diverge de celle qui est à la base de la mesure d'expulsion prévue au paragraphe 1er de l'article 1er de la loi du 8 septembre 2003, qui vise exclusivement et expressément le risque d'une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique et qui concerne d'ailleurs seulement la personne à protéger, victime potentielle d'une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique par l'auteur potentiel des violences physiques. Le Conseil d'Etat a d'autre part rendu attentif que l'article 19, paragraphe 1er de la Convention internationale sur les droits des enfants impose aux Etats parties de prendre «toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle (...)» qui sont des impératifs internationaux auquel le droit luxembourgeois répond déjà par le biais de la loi du 10 août 1992 sur la protection de la jeunesse qui attribue compétence au juge de la jeunesse pour la prise de mesures de protection concernant les mineurs exposés à des risques ou dangers. Il a relevé que la logique qui sous-tend la présomption des enfants victimes par ricochet cadre mal avec la systématique de la loi précitée du 10 août 1992. Une interdiction de contact entre la personne expulsée et ses propres enfants serait difficile à envisager sans intervention du juge de la jeunesse. Le Conseil d'Etat a, dans cet ordre d'idées, souligné que la protection des enfants ne saurait se faire par le biais d'un effet collatéral de la protection de la victime principale et dépendre de l'attitude de celle-ci. En se basant sur l'article 8 de la Convention des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui protège le droit au respect de la vie privée



et familiale, il a encore relevé que l'interdiction de contact avec les enfants constitue une ingérence dans les rapports familiaux et notamment dans le droit du parent expulsé et de l'enfant de ne pas être séparés. Il a douté que l'interdiction de contact entre la personne expulsée et les enfants, qui serait appelée à s'appliquer d'office, soit dans tous les cas proportionnée au but poursuivi qui est la protection de l'enfant contre d'éventuelles violences, en ce que l'interdiction de contact résulterait, en effet, automatiquement de la décision d'expulsion sans prise en considération de la situation particulière en cause et de la question de savoir si l'interdiction envisagée est nécessaire et proportionnelle au but de protection de l'enfant. Il a, à cet égard, observé que le critère de proportionnalité est appliqué par la Cour européenne des droits de l'homme quand elle examine si les autorités d'un Etat ont eu des raisons pertinentes et des motifs suffisants pour prononcer une interdiction de contact à l'égard des enfants. Le Conseil d'Etat a ainsi renvoyé à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, dans lequel la Cour a précisément jugé que les restrictions aux contacts entre parents et enfants doivent être proportionnées au but légitime poursuivi (arrêt du 25 février 1992, Andersson c/ Suède). Le Conseil d'Etat a finalement critiqué le caractère peu précis du concept utilisé dans l'amendement qui vise «les enfants qui cohabitent dans un cadre familial» sans définir le lien juridique entre les enfants et la personne protégée ou la personne expulsée. Au regard de l'absence de précision des dispositions, en particulier de la détermination de la notion de victime, de l'absence de prise en considération du critère de proportionnalité et de l'empiètement sur les compétences du juge de la jeunesse au titre de la loi de 1992, le Conseil d'Etat, sous peine d'opposition formelle, a insisté sur l'abandon des amendements 2 et 3 dans la mesure où ils prévoient l'interdiction de prendre contact avec les enfants qui cohabitent dans le cadre familial. La commission parlementaire a fait droit à son opposition formelle. Le Conseil d'Etat a pu accorder la dispense du second vote constitutionnel dans la séance plénière du 12 juillet 2013.



#### B) LE POUVOIR REGLEMENTAIRE

#### 1) Le parallélisme des formes

- 1. L'article IV du projet de loi portant a) réforme du Titre II.- du Livre Ier du Code civil "Des actes de l'état civil" et modifiant les articles 34, 47, 57, 63, 70, 71, 73, 75, 76, 79 et 95; b) réforme du Titre V.- du Livre Ier du Code civil "Du mariage" (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6172A) propose de remplacer dans une séries de dispositions légales et réglementaires, qu'il énumère, des termes par des expressions nouvelles. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 27 novembre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6172²), s'est formellement opposé à cette disposition en ce qu'il est contraire au principe de la hiérarchie des normes de modifier des dispositions réglementaires par la voie d'une loi.
- 2. Le projet de loi relative à la protection nationale (doc. parl.  $n^{\circ}$  6475) tend à créer une nouvelle administration, l'administration de la protection nationale et de mettre en place la cadre juridique nécessaire afin de permettre à celle-ci de coordonner les actions de tous les intervenants en matière de prévention des menaces et de gestion des crises. L'article 19 du projet de loi entend régler la situation du personnel de l'administration en renvoyant à cet effet à un règlement grand-ducal déterminé. Le Conseil d'Etat a rappelé dans son avis du 2 juillet 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6475<sup>4</sup>) que le principe de la hiérarchie des normes interdit qu'une norme juridique supérieure comporte une référence à une norme qui lui est inférieure dans la hiérarchie des sources de droit et a dès lors demandé que ce renvoi soit supprimé, et qu'à défaut, il se verrait dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel.<sup>5</sup>
- 3. L'article 1er, point 4 du projet de loi modifiant la loi modifiée du 31 mai 1999 portant création d'un fonds national de la recherche dans le secteur public; modifiant la loi modifiée du 12 août 2003 portant création de l'Université du Luxembourg (doc. parl.  $n^{\circ}$  6420) dispose dans son paragraphe f) que les modalités d'obtention de l'agrément, que les entreprises effectuant des travaux de recherche sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg devront suivre, sont définies par le règlement grand-ducal du 14 novembre 2008 déterminant les modalités d'octroi pour les organismes de recherche visés à l'article 65, paragraphe (4) de la loi du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et de l'immigration. Dans son avis du 23 octobre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6420<sup>3</sup>), le Conseil d'Etat a rappelé que le principe de la hiérarchie des normes interdit

En ce sens: Avis du Conseil d'Etat du 21 décembre 2012 sur le projet de loi portant transposition de la directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans la domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE (doc. parl. *n*° 6455³), concernant l'article 19



qu'une norme juridique supérieure comporte une référence à une norme qui lui est inférieure dans la hiérarchie des sources de droit et a exigé sous peine d'opposition formelle la suppression de cette disposition. Les amendements parlementaires du 18 mars 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6420<sup>5</sup>) ont fait droit à l'opposition formelle formulée par le Conseil d'Etat.

4. Dans son avis du 5 février 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  64873) relatif au projet de loi voté sous l'intitulé «projet de loi modifiant la loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques en vue de la création de l'établissement public «Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel» et modifiant 1. la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat et 2. la loi du 20 avril 2009 relative à l'accès aux représentations cinématographiques publiques», le Conseil d'Etat s'est opposé formellement à ce qu'une disposition du projet de loi précité renvoie directement à un règlement grand-ducal. Il a en effet rappelé que le principe de la hiérarchie des normes interdit qu'une norme juridique supérieure comporte une référence à une norme qui lui est inférieure dans la hiérarchie des sources de droit. Les amendements parlementaires du 6 juin 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  64875) ont fait droit aux observations du Conseil d'Etat.

#### 2) Non-conformité d'une norme réglementaire avec la loi

Aux termes de l'article 3 du projet de règlement grand-ducal fixant l'organisation et le mode de fonctionnement du Conseil supérieur de la chasse, le mandat de membre du Conseil supérieur de la chasse est incompatible avec les fonctions de membre du Gouvernement, de la Chambre des députés et du Conseil d'Etat. Dans son avis du 5 février 2013, le Conseil d'Etat a relevé qu'en excluant les personnes investies des fonctions publiques précitées du Conseil supérieur de la chasse, le règlement grand-ducal apporte des restrictions à la composition de l'organe précité qui dépasse le cadre tracé par l'article de la 84 la loi du 25 mai 2011 relative à la chasse qui se limite à reléguer au règlement grand-ducal l'établissement des règles relatives à l'organisation et au mode de fonctionnement du Conseil supérieur de la chasse. Le Conseil d'Etat a en conséquence fait valoir que le futur règlement grand-ducal, du fait d'apporter à la composition du Conseil supérieur de la chasse des restrictions non prévues par la loi de base, risque d'encourir la sanction de l'article 95 de la Constitution.

## 3) L'exécution des lois et des règlements grand-ducaux

L'article II, point 21) du projet de loi portant transposition de l'article 4 de la directive 2008/8/CE du Conseil du 12 février 2008 modifiant la directive 2006/112/CE en ce qui concerne le lieu de prestations de service (...) (doc. parl. n° 6470) prévoyait la possibilité de compléter et de déroger par voie d'un



règlement grand-ducal aux dispositions de l'article 61bis de la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée. Dans son avis du 21 décembre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6470<sup>3</sup>), le Conseil d'Etat a souligné que le propre du pouvoir réglementaire est d'exécuter la loi et non d'en rajouter, voire de déroger à celle-ci. Il a dès lors insisté pour que le cadre, endéans lequel le pouvoir réglementaire peut prendre des mesures d'exécution, soit déterminé dans la loi. Il a réitéré cette observation à l'égard des modifications proposées à l'endroit des articles 62, 63, 64 et 64bis de la loi précitée du 12 février 2008.

- 2. L'amendement 4 des amendements parlementaires du 7 juin 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6284<sup>7</sup>) visait la modification de l'article 5 du projet de loi portant exploitation d'une base de données à caractère personnel relative aux élèves qui traite de l'habilitation des différents acteurs à accéder aux données à caractère personnel et à procéder à leur traitement. L'amendement entendait modifier l'article 5 précité dans le sens d'accorder au ministre le droit d'arrêter chaque année un référentiel de personnes définissant et gérant les habilitations accordées à chacune d'elle. Dans son avis complémentaire du 13 novembre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  62849), le Conseil d'Etat a souligné que l'objet du référentiel sera de spécifier «les critères et conditions d'accès aux données, les modalités d'octroi des autorisations d'accès, la périodicité de la révision des accès et la durée de leur validité, donc de poser de manière impersonnelle des critères et conditions généraux qui constituent des préalables indispensables à toute autorisation ou habilitation individuelle». Il a fait valoir que, selon cette acception, le référentiel sera à considérer comme un acte normatif, nécessaire à l'exécution de la loi, qui devra sous peine d'opposition formelle faire l'objet d'un règlement grand-ducal à prendre sur la base de l'article 36 de la Constitution. Il a rappelé que ce règlement grand-ducal pourrait toutefois déterminer les cas dans lesquels, conformément à l'article 76, alinéa 2 de la Constitution, des mesures d'exécution peuvent être prises par le ministre.
- 3. Dans son avis du 22 mars 2013 relatif au projet de règlement grand-ducal ayant e.a. pour objet de fixer le montant du droit d'inscription à payer lors de l'admission à un cours d'intérêt général organisé par le Service de la formation des adultes, le Conseil d'Etat a souligné que la loi servant de base à ce projet de règlement grand-ducal est contraire à l'article 36 de la Constitution en ce qu'elle renvoie à un règlement ministériel à la place d'un règlement grand-ducal pour la détermination des droits d'inscription visés. Il a fait valoir que, ne s'agissant pas d'une matière réservée à la loi formelle, le Grand-Duc pourra toutefois prendre le règlement grand-ducal par le biais de son pouvoir réglementaire dit spontané qui lui est conféré par l'article 36 de la Constitution, en suggérant, pour marquer clairement que le Grand-Duc prend le projet de règlement grand-ducal en vertu des prérogatives qui lui sont directement



dévolues par l'article 36 de la Constitution, qu'une référence afférente à cet article soit ajoutée au préambule.

- 4. L'alinéa 6 de l'article 5 du projet de loi relative au Fonds national de soutien à la production audiovisuelle (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6535), prévoyait que «les membres du conseil d'administration du Fonds bénéficieront d'un jeton de présence dont le montant est fixé par le Gouvernement en conseil». Le Conseil d'Etat a demandé dans son avis du 12 juillet 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6535<sup>4</sup>) que le montant des jetons soit fixé, sous peine d'opposition formelle, par voie d'un règlement grand-ducal conformément à l'article 36 de la Constitution qui réserve l'exécution des lois au pouvoir réglementaire du Grand-Duc.
- 5. Le projet de loi modifiant a) la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6399) proposait de remplacer entièrement le libellé de l'article 3 de la loi précitée du 14 février 1955. Aux termes de la modification proposée, le premier alinéa du nouvel article 3 disposait que «le ministre ayant les Transports dans ses attributions est habilité (...) à édicter des prescriptions spéciales concernant: (...) 4. Le maintien du service d'autobus et d'autocars sans l'observation de certaines dispositions à édicter par règlement d'administration publique». Dans son avis du 23 octobre 2012 sur ce projet de loi (doc. parl.  $n^{\circ}$  6399<sup>5</sup>), le Conseil d'Etat a rappelé concernant cette disposition, en se référant à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, qu'il n'est pas permis au législateur de s'écarter de l'article 36 de la Constitution en confiant à une autorité autre que le Grand-Duc l'exécution des lois, tout en précisant que l'article 76, alinéa 2 de la Constitution, permet au Grand-Duc dans l'exercice du pouvoir lui attribué par l'article 36 de charger les membres du Gouvernement de prendre des mesures d'exécution dans les cas qu'il détermine. Il a encore ajouté que l'article 36 de la Constitution ne fait pas obstacle à la faculté du législateur de désigner des autorités administratives compétentes pour prendre les mesures individuelles nécessaires à la mise en œuvre des lois et des règlements pris en leur exécution.
- 6. A l'article 5, paragraphe 1er du projet de loi a) relative aux émissions industrielles; b) modifiant la loi modifiée du 10 juin 1999 relative aux établissements classés (doc. parl.  $n^{\circ}$  6541), il était prévu qu'aucune installation de combustion, d'incinération des déchets ou de coïncinération des déchets ne saurait être exploitée sans autorisation. Le même article envisageait la possibilité d'une dérogation à l'obligation d'autorisation prévue par l'institution d'une procédure d'enregistrement à fixer par voie d'un règlement grand-ducal. Dans son avis du 18 juin 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6541<sup>4</sup>), le Conseil d'Etat a rappelé à cet égard que le propre du pouvoir réglementaire est d'exécuter la loi et non pas de rajouter, voire de déroger à celle-ci. Afin d'éviter toute ambiguïté, il a



demandé, au cas où les auteurs du projet de loi voudraient maintenir une possibilité de dérogation, d'inscrire le principe de simple notification des installations visées et son application dans la loi en projet.

7. Dans son avis du 12 juillet 2013 sur le projet de loi concernant la gestion du domaine public fluvial (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6530³), le Conseil d'Etat a relevé que l'article 5, paragraphe 4 du projet de loi autorise le ministre à décider d'une désaffectation temporaire ou d'une restriction d'exploitation de sections du domaine public fluvial ou de parties d'infrastructure nettement délimitées, et que le paragraphe 5 de ce même article donne au Service de la navigation le pouvoir réglementaire pour décréter par voie d'avis affichés ou à paraître dans la presse des désaffectations temporaires ou restrictions d'exploitation qui s'imposent en cas d'accident ou d'autres événements ou manifestations. Le Conseil d'Etat a souligné que ces deux paragraphes sont contraires à l'article 36 de la Constitution qui réserve l'exécution des lois au pouvoir réglementaire du Grand-Duc. Le Conseil d'Etat a en conséquence exigé sous peine d'opposition formelle la suppression des paragraphes 4 et 5 de l'article 5.

### 4) Prorogation de dispositions réglementaires

L'alinéa 2 de l'article 30 sur le projet de loi relatif aux produits phytopharmaceutiques (doc. parl. n° 6525) prévoit que les règlements grand-ducaux relatifs aux produits phytopharmaceutiques pris en exécution de la loi modifiée du 20 février 1968 ayant pour objet le contrôle des pesticides et des produits phytopharmaceutiques, abrogée par l'alinéa 1 de l'article précité, resteront en vigueur tant qu'ils n'auront pas été remplacés par de nouvelles dispositions et pour autant qu'ils ne sont pas contraires aux dispositions de la loi en projet. Dans son avis du 4 juin 2013 sur le projet de loi relatif aux produits phytopharmaceutiques (doc. parl.  $n^{\circ}$  6525<sup>4</sup>), le Conseil d'Etat a souligné que l'alinéa 2 de l'article 30 du projet de loi est d'abord superflu en ce que les règlements grand-ducaux relatifs aux produits phytopharmaceutiques pris en exécution de la loi modifiée du 20 février 1968 ayant pour objet le contrôle des pesticides et des produits phytopharmaceutiques restent en vigueur pour autant que la nouvelle loi leur assure une base légale. Il a ensuite renvoyé à l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 1er octobre 2010, n° 57/10 (Mémorial A n° 180 du 11 octobre 2010, p. 3004) en vertu duquel la séparation des pouvoirs, telle que organisée par la Constitution, implique que chacun des organes étatiques exerçant respectivement les pouvoirs législatif, exécutif et juridictionnel est souverain dans son existence et son fonctionnement, mais que le législateur peut toutefois exercer sa compétence dans tous les domaines non réservés, par la Constitution, aux deux autres pouvoirs constitués. Il a encore rendu attentif que l'article 36 de la Constitution réserve au Grand-Duc le pouvoir de faire les règlements nécessaires à l'exécution des lois pour conclure que le législateur empiéterait par la disposition en projet



sur les pouvoirs dévolus par la Constitution au Grand-Duc. Le Conseil d'Etat a ainsi émis ses réserves les plus sérieuses au maintien de règlements grand-ducaux «autonomes» qui n'auraient pas de base légale dans la nouvelle loi, qu'on les élève au rang de loi par la voie d'une ratification ou qu'on maintienne les dispositions de la loi ancienne comme base légale et concernant lesquels se poserait par ailleurs la question de la modification ou de l'abrogation. Le Conseil d'Etat a invité les auteurs à faire l'inventaire des règlements en cause et à leur consacrer une base légale dans la loi en projet. Le Conseil d'Etat a en conséquence demandé sous peine d'opposition formelle la suppression de l'alinéa 2 de l'article 30 du projet de loi précité.

# 5) Le pouvoir réglementaire dans les matières réservées par la Constitution à la loi

## a) Liberté de commerce

1. Le projet de loi portant réorganisation de l'Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services et portant organisation du cadre général pour la surveillance du marché dans le contexte de la commercialisation des produits (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6315), prévoit dans son article 7, paragraphe 5 qu'«un règlement grandducal détermine le système d'accréditation des prestataires de services de certification et des prestataires de services de dématérialisation ou de conservation, crée le comité signature électronique et fixe les critères d'inscription au registre des prestataires de services numériques accrédités et au recueil des auditeurs de confiance numérique». Le Conseil d'Etat, dans son avis du 23 octobre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6315<sup>3</sup>), a fait valoir que l'activité d'auditeur de confiance numérique peut être de nature commerciale et que dans cette hypothèse les conditions d'accès à cette activité constituent des restrictions à la liberté de commerce, qui doivent en vertu de l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution être fixées par la loi formelle. Il a en conséquence exigé sous peine d'opposition formelle que le renvoi dans la loi audit règlement grandducal réponde aux exigences de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution aux termes duquel «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».6

Dans le même sens: avis du Conseil d'Etat du 23 octobre 2012 sur le projet de loi portant réorganisation de l'Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services et portant organisation du cadre général pour la surveillance du marché dans le contexte de la commercialisation des produits (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6315<sup>3</sup>), concernant les articles 7, paragraphe 5, 11, paragraphe 2, 16, paragraphe 3 et 30.



- 2. L'article 43, point 21 du projet de loi sur le secteur des assurances (doc. parl. n° 6456) prévoit qu'un règlement du Commissariat aux assurances peut déterminer les seuils d'une activité en vue de la détermination des grands risques. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 27 novembre 2012 relatif au projet de loi sur le secteur des assurances (doc. parl.  $n^{\circ} 6456^{2}$ ), a d'abord souligné que cette disposition pose un problème au regard de l'article 108bis de la Constitution. Il a fait valoir à cet égard que si, en vertu de l'article 108bis de la Constitution, les établissements publics peuvent se voir accorder par la loi le pouvoir de prendre des règlements «dans la limite de leur spécialité», ils ne sauraient toutefois rajouter à la loi, alors que le propre du pouvoir réglementaire des établissements publics est de l'exécuter. Le Conseil d'Etat a ensuite relevé que la disposition proposée s'oppose à l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution qui exige que les restrictions à la liberté de commerce soient fixées par la loi. Il a rappelé à cet que la Constitution est respectée si la loi détermine les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire des autorités compétentes, investies de ce pouvoir par ou en vertu de la Constitution, la mise en œuvre du détail (Cour constitutionnelle, arrêts du 3 janvier 2003, n° 15/03 (Mémorial A n° 7 du 23 janvier 2003, p. 90) et du 23 décembre 2005, n° 28/05 (Mémorial A n° 1 du 5 janvier 2006, p. 2)). Le Conseil d'Etat s'est en conséquence formellement opposé à la disposition proposée en exigeant que lesdits principes soient précisés dans le texte même de la loi. Sur ce même fondement, le Conseil s'est formellement opposé aux dispositions des articles 75, 94, 112, 128, 133, 148, 159, 176, 183, paragraphe 2, 203 à 206, 260 et 272 du projet de loi.
- 3. L'article 2 du projet de loi relatif à l'organisation du marché des produits pétroliers (doc. parl.  $n^{\circ}$  6533) institue une procédure de déclaration à charge des personnes physiques ou morales envisageant de devenir importateur pétrolier. Il est ainsi proposé que ces personnes, préalablement au commencement de leur activité, doivent faire une déclaration au ministre compétent en fournissant une série d'informations ainsi que des pièces énumérées par la loi en projet. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 18 juin 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  65333), a observé qu'au regard du paragraphe 6 de ce même article, cette déclaration s'analyse en fait en une autorisation de l'activité envisagée, alors que le paragraphe 6 précité donne compétence au ministre du ressort pour contrôler l'adéquation de la déclaration, qui sera de plein droit considérée comme nulle et non avenue, si elle ne trouve pas l'agrément de ce ministre. Le Conseil d'Etat a souligné que la «déclaration» relève en conséquence des matières que l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution réserve à la loi formelle, qui devra sous peine d'opposition formelle établir avec précision les conditions à remplir en vue de l'exercice de l'activité concernée. Il a dès lors également écarté l'énonciation purement exemplative dans la loi du relevé des informations à fournir alors que ce procédé aurait pour effet de donner à



l'Administration la possibilité d'ajouter des informations de son propre gré. Le Conseil d'Etat a finalement ajouté que si les auteurs du projet de loi avaient l'intention de déléguer à un règlement grand-ducal le soin de spécifier les conditions légales, la loi en projet devra fixer, en vertu des dispositions de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution, la finalité, les conditions et les modalités du règlement grand-ducal en question.

- L'article 7 du projet de loi relatif à l'organisation du marché des produits 4. pétroliers (doc. parl.  $n^{\circ}$  6533) tend à transposer l'article 8, paragraphe 3 de la directive 2009/119/CE du Conseil du 14 septembre 2009 qui, obligeant les Etats membres de maintenir un niveau minimal de stocks de pétrole brut et/ou de produits pétroliers, leur confère la possibilité d'imposer à un opérateur économique l'obligation de déléguer une partie de son obligation de stockage à l'entité centrale de stockage. L'article 7 précité dispose ainsi que «Tout importateur pétrolier constitue et maintient une part des stocks de sécurité visés à l'article 6 par l'intermédiaire de l'entité centrale de stockage nationale. Cette part ainsi que les modalités y relatives sont définies par voie de règlement grand-ducal.» Dans son avis du 18 juin 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6533<sup>3</sup>), le Conseil d'Etat a relevé que l'obligation visée porte atteinte à la liberté de commerce qui ne peut, en vertu de l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution, être restreinte que par la loi formelle. Il a dès lors demandé sous peine d'opposition formelle que la future loi détermine au moins la fourchette ou un minimum, en termes de pourcentage, par rapport à la quote-part que détient le débiteur de cette obligation dans le stock national de sécurité.<sup>7</sup>
- 5. Dans son avis du 23 octobre 2012 sur le projet de loi modifiant e.a. la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques (doc. parl.  $n^{\circ}$  6399<sup>5</sup>), eu égard au nouveau libellé qu'il était proposé de donner à l'article 4 de la loi modifiée du 14 février 1955, le Conseil d'Etat a relevé une non-conformité par rapport à l'article 11(6) de la Constitution, en vertu duquel toute restriction à la liberté de commerce, artisanale, agricole ou libérale ne peut être établie que par la loi formelle. L'article 4 nouveau disposait en effet en son point 2 qu'«Un règlement grand-ducal déterminera les conditions d'admission des instructeurs agrées, les matières de l'examen auquel les candidats devront se soumettre ainsi que le matériel et les locaux dont les instructeurs doivent disposer». Le Conseil d'Etat s'est en conséquence formellement opposé à cette disposition. Il a toutefois précisé, en se référant à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, et plus précisément à l'arrêt 15/03 du 3 janvier 2003 de la Cour constitution-

Dans le même sens: Avis du Conseil d'Etat du 18 juin 2013 concernant l'article 9 du projet de loi relatif à l'organisation du marché des produits pétroliers (doc. parl.  $n^{\circ}$  6533<sup>3</sup>).



nelle, qu'il serait satisfait à la réserve légale si la loi se bornait à tracer les grands principes, en abandonnant au pouvoir réglementaire la mise en œuvre du détail en ajoutant que, depuis la révision constitutionnelle du 19 novembre 2004, les règlements que le Grand-Duc peut prendre dans les matières réservées par la Constitution à la loi doivent en vertu de l'article 32, paragraphe 3, répondre aux fins, aux conditions et aux modalités spécifiées par la loi.

- 6. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 12 mars 2013, concernant le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques (doc. parl.  $n^{\circ}$  6493), constatant que la nouvelle disposition de l'article 2, paragraphe 3 de la loi précitée renverrait à un règlement grand-ducal en vue de déterminer les prescriptions relatives au local et au matériel d'instruction nécessaire à la profession d'instructeur de conduite, a relevé que l'obligation de disposer d'un local et du matériel d'instruction constitue une condition d'exercice du métier d'instructeur conducteur au sens de l'article 11, paragraphe 6 et qu'un simple renvoi à un règlement grand-ducal pour en déterminer les éléments ne saurait dès lors suffire pour remplir les exigences de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution. Le Conseil d'Etat a en conséquence demandé sous peine d'opposition formelle que la finalité et les conditions de ces éléments, soient spécifiées dans la loi formelle, qui pourra renvoyer pour les mesures de détail à un règlement grand-ducal.
- 7. En vertu de l'article 6, alinéa 2 du projet de loi relatif aux produits phytopharmaceutiques (doc. parl.  $n^{\circ}$  6525), un règlement grand-ducal fixe la liste des organismes officiels et scientifiques et des organisations agricoles qui peuvent introduire une demande pour un produit phytopharmaceutique sur base de la procédure de reconnaissance mutuelle prévue par le règlement (CE) n° 1107/2009 permettant au titulaire d'une autorisation pour la mise sur le marché d'un produit phytopharmaceutique de demander une autorisation pour ce même produit phytopharmaceutique, avec une même utilisation et une utilisation selon des pratiques agricoles comparables dans un autre Etat membre. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 4 juin 2013, a observé que la détermination de cette liste est de nature à entraîner une restriction à la liberté de commerce des organismes et organisations qui n'y seront pas visés. Il a en conséquence fait valoir que cette restriction, afin d'être conforme à l'article 11, 6 précité, devra être établie par la loi qui pourra toutefois reléguer la mise en œuvre des questions de détails au règlement grand-ducal conformément aux prescriptions de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution. En effet aux termes de l'article 32, paragraphe 3 précité, 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 Conseil d'Etat s'est formellement opposé à la disposition de



l'article 6, alinéa 2 qui n'était conforme aux articles 11, paragraphe 6 et 32, paragraphe 3 de la Constitution.

- 8. En vertu de l'article 19 du projet de loi relatif aux produits phytopharmaceutiques (doc. parl.  $n^{\circ}$  6525), un règlement grand-ducal détermine les mesures appropriées pour protéger le milieu aquatique et l'alimentation en eau destinée à la consommation humaine contre l'incidence des produits phytopharmaceutiques prévues par le règlement (CE) n° 1107/2009. Dans son avis du 4 juin 2013 sur le projet de loi relatif aux produits phytopharmaceutiques (doc. parl.  $n^{\circ}$  65254), le Conseil d'Etat a exigé sous peine d'opposition formelle la suppression du terme «notamment» à l'endroit de la phrase introductive de l'énumération des mesures spécifiques de protection du milieu aquatique et de l'eau destinée à la consommation humaine. Il a rappelé que, si l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution prévoit que la loi peut, même dans une matière réservée à la loi, déléguer au pouvoir réglementaire des mesures d'exécution, cette délégation légale, qui doit préciser la finalité, les conditions et les modalités desdites mesures d'exécution, ne saurait jamais être générale, mais devra s'inscrire dans une finalité bien précise et obéir, selon les cas, à des conditions particulières de fond et de forme.
- 9. Dans son avis du 4 juin 2013 sur le projet de loi relatif aux produits phytopharmaceutiques (doc. parl.  $n^{\circ}$  6525<sup>4</sup>), le Conseil d'Etat a considéré que les règles relatives à la publicité des produits phytopharmaceutiques proposées à l'endroit de l'article 24 du projet de loi constituent une restriction à la liberté de commerce relevant de la loi formelle en vertu de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution. Il s'est en conséquence formellement opposé au paragraphe 3 de cet article permettant au pouvoir réglementaire d'interdire ou de limiter la publicité pour les produits phytopharmaceutiques dans certains médias, en soulignant que le législateur doit, en vue de se conformer à l'article 32, paragraphe 3 précité de la Constitution, déterminer les médias susceptibles d'être visés par l'interdiction ou la limitation de publicité.
- 10. L'article 17, point 12°) du projet de loi concernant la gestion du domaine public fluvial (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6530) prévoit l'insertion d'un nouvel article 10bis dans la loi du 14 juillet 1966 sur l'immatriculation des bateaux de navigation intérieure et l'hypothèque fluviale aux termes duquel «Peuvent être déterminées par règlement grand-ducal les modalités d'agrément que doit respecter toute personne visée à l'article 2 avant de commencer ses activités à partir de Luxembourg». Dans son avis du 12 juillet 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6530³), le Conseil d'Etat a observé que la modification proposée, en ce qu'elle vise l'introduction d'un régime d'autorisation, est susceptible d'avoir des répercussions sur l'exercice d'activités commerciales pour lesquelles l'immatriculation d'un bateau est nécessaire et partant concerner l'accès à une activité de



service et son exercice, ce qui aurait des conséquences à deux points de vue. Premièrement, le régime d'autorisation devra se conformer aux exigences de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, communément appelée «directive Services», et s'aligner en conséquence sur les dispositions de droit commun de la loi du 24 mai 2011 relative aux services dans le marché intérieur. Deuxièmement, le régime d'autorisation risquera de constituer une restriction à la liberté de commerce et devra à ce titre, en vertu de l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution, être prévu dans la loi, et ne saurait partant sous peine d'opposition formelle être confié à un règlement grand-ducal, tel qu'il était proposé par la loi en projet.

#### b) Finances publiques

- 1. Dans son avis du 11 décembre 2012 relatif au projet de règlement grand-ducal instituant une Commission de la documentation hospitalière et déterminant le système de documentation médicale hospitalière à mettre en place, le Conseil d'Etat a demandé la suppression de l'article 8 dudit projet qui prévoit les indemnités à accorder aux membres de la commission, ainsi qu'aux experts appelés à y assister. Le Conseil d'Etat a rappelé que si, conformément à l'article 103 de la Constitution, «aucune pension, aucun traitement d'attente, aucune gratification à charge du trésor ne peuvent être accordés qu'en vertu de la loi», il est toutefois admis que les questions de détail concernant lesdites indemnités peuvent être réglées par voie d'un règlement grand-ducal, à condition que le principe de l'indemnisation soit prévu dans la loi de base, ce qui n'avait en l'espèce pas été le cas.
- 2. Dans son avis du 14 mai 2013 sur la proposition de loi portant modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu (doc. parl.  $n^{\circ}$  65381), le Conseil d'Etat s'est opposé formellement aux dispositions des deuxième et troisième phrases du nouvel article 50ter que l'article 1er de la proposition de loi proposait d'intégrer dans la loi précitée du 4 décembre 1967, qui étaient libellées comme suit: «Le rapport entre les montants déductibles et les émissions de CO2 ainsi que le montant maximal déductible par année sont déterminés par règlement grand-ducal. Cette même disposition s'applique pour la détermination des résultats dégagés lors de la réalisation ou lors du prélèvement personnel d'un tel véhicule». Le Conseil d'Etat a souligné que la matière visée est érigée en réserve constitutionnelle par les articles 99 et 101 de la Constitution et que la disposition en cause devra dès lors répondre aux exigences de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution. Il a dès lors exigé que la loi fixe pour le moins le montant maximal pouvant être déduit par année.



- 3. La proposition de loi portant modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu proposait de compléter l'article 48 de loi précitée du 4 décembre 1967 (doc. parl. n° 6538) par une numéro 7a dont l'alinéa était libellé comme suit «Lorsqu'un véhicule automoteur fait l'objet d'un contrat de leasing à long terme, un règlement grand-ducal peut prévoir, en dérogeant aux dispositions de la phrase précédente et dans des conditions déterminées, qu'en lieu et place de la taxe due par le donneur de leasing, débiteur de la taxe, le montant de la taxe compris dans les termes de leasing constitue une dépense d'exploitation non déductible dans le chef du preneur de leasing». Le Conseil d'Etat, dans son avis du 14 mai 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6538<sup>1</sup>), a rappelé à cet égard que le propre du pouvoir réglementaire est d'exécuter la loi et non pas de rajouter, voire de déroger à celle-ci. Après avoir relevé que la disposition en cause fait, en vertu des articles 99 et 101 de la Constitution, partie des matières réservées à la loi formelle, il a souligné qu'il est exclu que le législateur habilite dans ces matières le Grand-Duc à édicter des règlements à l'effet de déroger à des lois, voire de les compléter. Il s'est en conséquence formellement opposé à la disposition visée.
- 4. L'article 3 de la proposition de loi portant modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu (doc. parl.  $n^{\circ}$  6538) proposait d'ajouter la disposition libellée comme suit à l'article 104, paragraphe 1er de la loi précitée du 4 décembre 1967: «L'utilisation d'une voiture de service par un salarié pour effectuer ses déplacements privés constitue un avantage en nature qui est déterminé de manière forfaitaire mais en fonction des émissions de  $CO_2$  de la voiture mise à disposition par l'employeur. La relation entre l'avantage en nature et les émissions de  $CO_2$  de la voiture utilisée est déterminée par règlement grand-ducal». Le Conseil d'Etat, dans son avis du 14 mai 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6538\(^1), s'est interrogé sur le sens et la portée de cette disposition qu'il a demandé à voir préciser sous peine d'opposition formelle sur base de l'article 101 en rappelant par ailleurs que la disposition devra répondre aux prescriptions de l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution.
- 5. L'article 1er, point 13 du projet de loi modifiant la loi modifiée du 31 mai 1999 portant création d'un fonds national de la recherche dans le secteur public; modifiant la loi modifiée du 12 août 2003 portant création de l'Université du Luxembourg (doc. parl.  $n^{\circ}$  6420) disposait que «L'Etat fait apport au capital du Fonds [national de la recherche] d'un droit d'emphytéose relatif aux propriétés domaniales réservées aux besoins du Fonds, des bâtiments y construits ou en voie de construction et de leurs équipements et ouvrages connexes». Le texte proposé prévoyait également que le relevé des biens immobiliers dont il s'agit est annexé au texte de la future loi. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 23 octobre 2012 concernant ledit projet de loi (doc. parl.  $n^{\circ}$  6420³), a constaté que les auteurs avaient à cet égard repris une propo-



sition de texte que le Conseil d'Etat avait formulée à propos d'une disposition similaire dans le cadre de son avis du 17 janvier 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6283<sup>4</sup>) relatif au projet de loi modifiant la loi du 12 août 2003 portant création de l'Université du Luxembourg (...). Le Conseil d'Etat, constatant que les auteurs avaient toutefois omis d'annexer le relevé, annoncé dans le texte de la disposition, au projet de loi, a exigé sous peine d'opposition formelle que ce texte soit annexé en faisant valoir qu'en application de l'article 99 de la Constitution les objets immobiliers de l'Etat appelés à être transférés doivent être spécialement mentionnés dans la loi. Les amendements parlementaires du 18 mars 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6420<sup>5</sup>) ont annoncé que le relevé précité fera l'objet d'un amendement gouvernemental.<sup>8</sup>

- 6. Dans son avis du 25 septembre 2012 sur le projet de règlement grand-ducal concernant la composition, l'organisation et le fonctionnement du Conseil supérieur de l'aménagement du territoire, le Conseil d'Etat a demandé que l'article 7 du projet de règlement grand-ducal soit supprimé. Il a souligné que le budget de l'Etat constitue, en vertu de l'article 104 de la Constitution, une matière réservée à la loi, et qu'il n'appartient dès lors pas au pouvoir réglementaire de déterminer à charge de quelle section du budget des dépenses, voire à charge de quel crédit budgétaire une dépense particulière est liquidée. Le Conseil d'Etat a également rappelé que les crédits budgétaires doivent être inscrits dans la loi budgétaire pour que le Gouvernement soit autorisé à effectuer les dépenses y afférentes.
- 7. Dans son avis du 5 février 2013 concernant le projet de règlement grand-ducal fixant l'organisation et le mode de fonctionnement du Conseil supérieur de la chasse, le Conseil d'Etat a rappelé à propos de l'article 6, dont l'objet était de fixer le montant des indemnités et jetons de présence à allouer aux membres et au secrétaire du conseil, que 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». Le Conseil d'Etat, constatant que le principe même de l'indemnisation proposée n'était pas prévu dans la loi de base, a en conséquence insisté pour que l'article 6 précité soit supprimé.

Dans le même sens: Avis du Conseil d'Etat du 12 juillet 2013 concernant les articles 31, 37 et 39 du projet de loi ayant pour objet e.a. l'organisation des centres de recherche publics (doc. parl.  $n^{\circ}$  6527<sup>4</sup>).



#### c) Enseignement (article 23 de la Constitution)

- 1. Le projet de règlement grand-ducal concernant le fonctionnement de l'école de l'armée, qui avait pour objet la mise en application des mesures d'exécution relatives au fonctionnement de l'école, l'organisation et la sanction de la formation y dispensés, trouvait sa base légale dans l'article 4 de la loi modifiée du 23 juillet 1952 sur l'organisation militaire. Cet article confie au pouvoir réglementaire du Grand-Duc le soin de régler le fonctionnement de l'école de l'armée, l'établissement des programmes, l'organisation des cours, les modalités du contrôle pédagogique ainsi que du diplôme délivré aux volontaires qui ont suivi avec succès les cours de l'école de l'armée. Le Conseil d'Etat a rappelé dans les considérations générales de son avis du 13 novembre 2012 que l'organisation de l'enseignement est, en vertu de l'article 23 de la Constitution, une matière réservée à la loi formelle, dans laquelle l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution n'autorise le Grand-Duc à prendre des règlements qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi. Il a souligné que le règlement grand-ducal sous avis devra strictement respecter le champ d'application délimité par l'article 4 de la loi précitée du 23 juillet 1952. Sur base de ces considérations, il a en conséquence exigé la suppression des dispositions de l'article 1er qui avait pour objet la fixation des objectifs de l'école de l'armée et de l'article 13 ayant pour objet de régler l'équivalence des certificats délivrés par l'école de l'armée avec ceux délivrés par le ministre ayant l'Education nationale dans ses attributions sur base de la législation générale en matière d'enseignement post-fondamental. En effet, faute de base légale, ces dispositions risquent de subir la sanction d'inapplicabilité prévue par l'article 95 de la Constitution.
- 2. L'article 1er du projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 6 février 2009 portant organisation de l'enseignement fondamental; 2) la loi du 13 mai 2008 portant création d'une Ecole préscolaire et primaire de recherche fondée sur la pédagogie inclusive (doc. parl.  $n^{\circ}$  6448) a pour objet de préciser la procédure d'orientation à l'issue du 4e cycle de l'enseignement fondamental. Il est par ailleurs prévu qu'un règlement grand-ducal détermine les modalités d'admission dans les différentes classes de l'enseignement secondaire ou de l'enseignement secondaire technique, la composition et le fonctionnement des conseils d'orientation ainsi que des commissions de recours. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 23 octobre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6448<sup>2</sup>), a relevé que les modalités dont la détermination était appelée à être reléguée à un règlement grand-ducal faisaient, en vertu de l'article 23 de la Constitution, partie des matières que la Constitution réserve à la loi. Il a en conséquence exigé sous peine d'opposition formelle que ces modalités soient inscrites dans la loi en projet, tout comme d'ailleurs les moyens d'appel ou de recours des parents qui ne sont pas d'accord avec une décision d'orientation. Les amendements parle-



mentaires soumis pour avis au Conseil d'Etat en date du 25 octobre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6448³) ont répondu à l'opposition formelle que le Conseil d'Etat a émise dans son avis du 23 octobre 2012. Dans son avis complémentaire du 20 novembre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6448⁴) le Conseil d'Etat a donc pu lever l'opposition formelle qu'il avait formulée.

#### C) INSTITUTIONS ET ADMINISTRATIONS PUBLIQUES

#### 1) Gouvernement

#### Attributions et responsabilité des ministres

1. Le projet de loi relative à la protection nationale (doc. parl.  $n^{\circ}$  6475) a pour objet la mise à disposition du Gouvernement de l'instrumentaire nécessaire pour la prévention et la gestion des crises nationales. Il propose ainsi la création d'une administration – l'Administration de la Protection nationale – avec le cadre juridique nécessaire pour permettre à celle-ci de coordonner les actions de tous les intervenants en matière de prévention des menaces et de gestion des crises. Dans son avis du 2 juillet 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6475<sup>4</sup>), le Conseil d'Etat s'est heurté à l'insuffisance des méthodes de travail et des procédures de prises de décisions de la Cellule de crise, telles que libellées à l'article 7, alinéa 3. En effet, selon cette disposition, la Cellule de crise initierait, coordonnerait et veillerait à l'exécution de toutes les mesures destinées à faire face à la crise et à ses effets, et à favoriser le retour à l'état normal, réduisant ainsi à de simples exécutants les ministères, administrations et services concernés appelés à effectuer la mise en œuvre des mesures et activités ordonnées par la Cellule de crise et agissant conformément aux instructions de celle-ci, en lui rapportant directement. Le Conseil d'Etat a fait valoir que cette manière de procéder, qui aurait pour effet de soutirer la responsabilité individuelle de chaque membre du Gouvernement, en ce que ce serait une administration qui donnerait au Gouvernement les instructions à prendre, serait contraire aux articles 76 et 79 de la Constitution. Le Conseil d'Etat qui n'a pas pu accepter que, par ce biais, le pays se démette en temps de crise de ses règles de fonctionnement institutionnel, a renvoyé à l'arrêté grand-ducal du 9 juillet 1857 lequel, dans son article 9 alinéa 5, indique que, s'il y a péril en la demeure, il suffit de la présence, lors d'une réunion du Conseil de gouvernement, de deux membres et le leur accord pour prendre une décision. L'alinéa 6 de l'article 9 du même arrêté dispose qu'en cas d'urgence extrême, le président du Gouvernement peut, en l'absence des autres membres du Conseil, décider seul des affaires de la compétence du Conseil, à charge d'en rendre compte à la prochaine séance. Etant donné que par ailleurs l'article 7 dudit arrêté grandducal permet aux «membres du Gouvernement de se remplacer mutuellement», le Conseil d'Etat a estimé qu'il n'y a pas de raison pour éliminer les



ministres de la procédure de prise de décisions en cas de crise. Il a d'ailleurs observé qu'en cas d'accentuation d'une menace de crise, ou de la survenance d'une crise, le Conseil de gouvernement ou même, le cas échéant, le Premier ministre, peut sans problème désigner un ministre précis ou un groupe de ministres – de préférence celui ou ceux qui ont dans leurs attributions le secteur touché par la menace ou par la crise – pour prendre les décisions qui s'imposent. Le Conseil d'Etat a donc insisté avec la plus grande fermeté pour que la présidence de la Cellule de crise soit confiée à un ministre «responsable» dans le sens que la Constitution donne à ce terme, et pour qu'il soit fait de la Cellule de crise un instrument fonctionnant sous le contrôle direct du Gouvernement, et non pas une entité rendue quasi autonome par rapport au pouvoir politique. Le Conseil d'Etat, rappelant également qu'en vertu de l'article 81 de la Constitution l'ordre verbal ou écrit du Grand-Duc ne peut pas soustraire un membre du Gouvernement à sa responsabilité, a d'autre part demandé comment un organe, composé de hauts fonctionnaires, pourrait se voir confier par le législateur un pouvoir que la Constitution n'accorde même pas au Chef de l'Etat. Le Conseil d'Etat s'est en conséquence formellement opposé à l'article 7, alinéa 3 du projet de loi.

- 2. Dans son avis complémentaire du 12 juillet 2013 sur le projet de loi portant réorganisation de l'Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6315<sup>5</sup>), le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à l'amendement proposé à l'endroit de l'ancien article 13, paragraphe 1er (article 9, paragraphe 1er selon le texte coordonné présenté par la commission parlementaire) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6315<sup>4</sup>) en vertu duquel «Le ministre valide la politique nationale de métrologie, élaborée et formulée par le Bureau luxembourgeois de métrologie», en ce que l'exercice des compétences d'un membre du Gouvernement n'est pas susceptible de délégation à une instance administrative.
- 3. Dans son avis du 27 novembre 2012 relatif au projet de loi concernant des agents intervenant dans l'enseignement fondamental et modifiant différents autres textes de lois (doc. parl.  $n^{\circ}$  6390³), le Conseil d'Etat a émis une opposition formelle à l'endroit du nouvel article 59 qu'il était proposé de remplacer dans la loi modifiée du 6 février 2009 portant organisation de l'enseignement fondamental qui visait la création d'un service de l'enseignement fondamental placé sous l'autorité du ministre. Le Conseil d'Etat a rappelé que la création d'un service fonctionnant à l'intérieur d'un ministère relève toujours de l'organisation gouvernementale et qu'il appartient dès lors au Grand-Duc, en vertu de l'article 76, alinéa 1er de la Constitution, d'organiser ce service. Il a en conséquence fait valoir que le législateur ne saurait se substituer au Grand-Duc, sauf à vider l'article 76, alinéa 1er de la Constitution de sa substance.



Dans la lignée de l'opposition formelle émise à l'endroit de l'article 5, ad article 59, le Conseil d'Etat s'est également formellement opposé à l'article 60 qu'il était pareillement proposé de remplacer dans la loi précitée du 6 février 2009 et qui concernait la direction du service de l'enseignement fondamental.

- 4. Dans son avis du 23 octobre 2012 sur le projet de loi modifiant e.a. la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques (doc.parl.  $n^{\circ}$  6399<sup>5</sup>), le Conseil d'Etat a relevé que la disposition de l'article II proposant de modifier l'article 2 de la loi précitée du 14 février 1955 à l'effet de prévoir que la compétence pour délivrer les permis de conduire appartient au ministre du ressort et à son délégué, se heurte aux dispositions de l'article 76, alinéa 1er de la Constitution qui réserve au Grand-Duc le pouvoir d'organiser le Gouvernement et qui ne permet dès lors pas au législateur de confier les attributions appartenant aux membres du Gouvernement par voie de délégation à des fonctionnaires. Il a encore renvoyé à l'arrêté grand-ducal du 22 décembre 2000 concernant les délégations de signature par le Gouvernement, qui limite les délégations à des délégations de signature susceptibles d'être accordées en matière administrative et financière, sans jamais pouvoir porter sur des actes réglementaires, d'une part, ou impliquer une délégation de compétence, d'autre part, pour souligner que la délégation de compétence prévue est contraire à celles permises par cet arrêté grand-ducal. Le Conseil d'État a en conséquence exigé sous peine d'opposition formelle la suppression des termes «ou son délégué».
- 5. Le projet de loi relatif aux produits phytopharmaceutiques (doc. parl.  $n^{\circ}$  6525<sup>4</sup>) prévoit en son article 5 l'institution d'une commission interministérielle aux fins d'adresser des avis et des recommandations au ministre, dont il détermine les missions, la composition, l'organisation et le fonctionnement. Le Conseil d'Etat a fait valoir dans son avis du 4 juin 2013 qu'il n'appartient pas au législateur de prescrire aux membres du Gouvernement pour quelles matières et selon quelles constellations ils sont obligés de se réunir en vue de coordonner et d'harmoniser leurs activités. Cette obligation imposée par le pouvoir législatif au pouvoir exécutif serait non seulement contraire au principe de la séparation des pouvoirs mais serait encore incompatible avec les dispositions de l'article 76, alinéa 1er de la Constitution qui réserve au Grand-Duc le pouvoir de régler l'organisation de son Gouvernement. Le Conseil d'Etat a précisé que cette compétence du Grand-Duc comporte le pouvoir de régler le fonctionnement des services et de déterminer les relations entre les différents membres du Gouvernement et ce sans limitation et sans exception quant aux services et quant aux matières. Il s'est en conséquence formellement opposé à la disposition proposée.



- 6. Dans son avis du 12 juillet 2013 sur le projet de loi concernant la gestion du domaine public fluvial (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6530<sup>3</sup>), le Conseil d'Etat s'est formellement opposé au maintien de la disposition prévue à l'article 4, paragraphe 5 suivant laquelle, pour tout acte d'aliénation ou d'acquisition, «le ministre ayant les transports dans ses compétences doit être entendu en son avis et notifier au ministre ayant les domaines dans ses attributions une décision formelle de classement ou de déclassement de l'immeuble en question». Le Conseil d'Etat a en effet souligné que cette disposition est contraire à l'article 76, alinéa 1er de la Constitution en vertu duquel il n'est pas permis à une autorité autre que le Grand-Duc d'intervenir dans l'organisation du Gouvernement.
- 7. Dans son avis du 12 juillet 2013 sur le projet de loi concernant la gestion du domaine public fluvial (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6530³), le Conseil d'Etat a souligné que l'article 6, paragraphe 3, alinéa 1er du projet de loi en vertu duquel la compétence d'enlever des installations ou le matériel incriminé appartient au ministre du ressort et à «son délégué», est contraire à l'article 76, alinéa 1er de la Constitution qui réserve au Grand-Duc la faculté d'organiser son Gouvernement. Il a encore relevé que, selon l'arrêté grand-ducal du 22 décembre 2000 concernant les délégations de signature, les délégations de signature par le Gouvernement doivent être limitées aux matières administrative et financière, sans jamais pouvoir porter sur des actes réglementaires, d'une part, ou impliquer une délégation de compétence, d'autre part. Le Conseil d'Etat s'est en conséquence formellement opposé au maintien des mots «ou son délégué» dans le texte soumis à son avis.
- 8. Le projet de loi relative à la protection nationale (doc. parl.  $n^{\circ}$  6475) a pour objet de mettre à la disposition du Gouvernement l'instrumentaire nécessaire pour la prévention et la gestion des crises nationales. Le projet de loi propose ainsi la création d'une administration – l'Administration de la Protection nationale – et de constituer le cadre juridique nécessaire afin de permettre à celle-ci de coordonner les actions de tous les intervenants en matière de prévention des menaces et de gestion des crises. Concernant l'article 6, qui propose de régler l'organisation, le fonctionnement et la composition du Conseil supérieur de protection, le Conseil d'Etat a relevé dans son avis du 2 juillet 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  64754) que l'autonomie que l'article 76 de la Constitution confère au Chef de l'Etat concernant l'organisation du Gouvernement n'est pas respectée. Il a fait valoir que la compétence du Chef de l'Etat, inscrite à l'article 76 de la Constitution, comporte le pouvoir de régler le fonctionnement des services et de déterminer les relations entre les différents membres du Gouvernement et ce sans limitations et sans exception quant aux services et quant aux matières. Le Conseil d'Etat a en conséquence souligné que si cette approche était maintenue il se verrait contraint de refuser la



dispense du second vote constitutionnel. Il a par conséquent demandé à ce que cette disposition soit abandonnée en faveur d'un règlement grand-ducal tout en rappelant que toute obligation par le pouvoir législatif au pouvoir exécutif de créer des commissions interministérielles se heurte au principe de la séparation des pouvoirs.

#### 2) Administrations publiques

#### Le défaut de personnalité juridique des administrations publiques

- 1. L'article 6 du projet de règlement grand-ducal concernant le fonctionnement de l'école de l'Armée visait à doter celle-ci de la compétence de conclure un contrat avec le futur patron formateur du soldat-stagiaire. Dans son avis du 13 novembre 2012, le Conseil d'Etat a exigé la suppression de cette disposition, alors que l'Armée, faute de personnalité juridique, n'a pas la compétence pour conclure des contrats.
- 2. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 23 octobre 2012 sur le projet de loi portant réorganisation de l'Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services et portant organisation du cadre général pour la surveillance du marché dans le contexte de la commercialisation des produits (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6315<sup>3</sup>), s'est formellement opposé à la disposition de l'article 7, paragraphe 2, point 3 en vertu de laquelle une des missions du département de la confiance numérique de l'Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services (ILNAS) consiste à «conclure des accords de reconnaissance mutuelle entre organismes d'accréditation de prestataires de services de certification et de prestataires de services de dématérialisation ou de conservation sur le plan européen et international». Le Conseil d'Etat a rappelé que l'ILNAS (ni *a fortiori* un de ses services) n'a pas de personnalité juridique et qu'il n'a dès lors pas de compétence pour conclure des accords, que ce soit au niveau national ou international. Il a par ailleurs ajouté que les engagements internationaux qui lient l'Etat luxembourgeois doivent, en vertu de l'article 37 de la Constitution, faire l'objet d'une approbation par le législateur avant d'être ratifiés par le Grand-Duc.

#### 3) Etablissements publics

#### a) L'objet des établissements publics

1. Dans son avis du 12 juillet 2013 relatif au projet de loi relative au Fonds national de soutien à la production audiovisuelle et modifiant 1) la loi modifiée du



22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat, 2) la loi modifiée du 13 décembre 1988 instaurant un régime fiscal temporaire spécial pour les certificats d'investissement audiovisuel (doc. parl.  $n^{\circ}$  6535<sup>4</sup>) le Conseil d'Etat a rappelé que l'article 108bis de la Constitution exige que l'objet des établissements publics soit déterminé par la loi. Il s'est en conséquence formellement opposé à l'emploi du terme «notamment» dans la phrase annonçant l'énumération des missions du Fonds à l'endroit de l'article 2 du projet de loi en soulignant que l'emploi de ce terme impliquerait que l'énumération proposée ne serait pas exhaustive, et que l'objet de l'établissement public visé ne serait dès lors pas clairement délimité dans la loi.

2. L'article 4 du projet de loi ayant pour objet e.a. l'organisation des centres de recherche publics (doc. parl.  $n^{\circ}$  6527) se rapporte aux missions des centres de recherche publics. Le paragraphe 3 de cet article prévoit la possibilité d'instituer des missions supplémentaires moyennant convention entre le Gouvernement et les centres de recherche publics. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 12 juillet 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  65274), s'est formellement opposé à cette disposition en ce que l'institution de missions supplémentaires non prévues par la loi constituerait une non-conformité par rapport à l'article 108bis de la Constitution, qui réserve l'objet des établissements publics à la loi formelle.

# b) Le pouvoir réglementaire des établissements publics

- Dans son avis du 13 novembre 2012 sur le projet de loi portant modification 1. de – la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances; – la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme (doc. parl.  $n^{\circ}$  6398<sup>3</sup>), le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à l'article 103-5, paragraphe 1er qu'il était proposé d'insérer dans la loi précitée du 6 décembre 1991 et qui était libellé comme suit: «L'activité de PSA [professionnel du secteur financier] est subordonnée à la justification d'un capital social libéré d'au moins 125.000 (cent vingt-cinq mille) euros, même en cas de cumul de plusieurs agréments de PSA, ainsi qu'à la couverture de leur responsabilité civile professionnelle d'après les modalités déterminées par règlement du Commissariat». Le Conseil d'Etat a en effet fait valoir que cette disposition n'est pas conforme à l'article 108bis de la Constitution au sens duquel les établissements publics peuvent se voir accorder par la loi le pouvoir de prendre des règlements «dans la limite de leur spécialité». En effet, l'approche retenue rajouterait à la loi, alors que le propre du pouvoir réglementaire est l'exécution de la loi.
- 2. Dans son avis du 13 novembre 2012 sur le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances; la loi



modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme (doc. parl.  $n^{\circ}$  6398³), le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à la disposition du nouvel article 105, paragraphe 2, point d) de la loi précitée du 6 décembre 1991 (article Ier, point 13 du projet de loi), en vertu de laquelle «L'agrément des courtiers d'assurances ou de réassurances ainsi que des sociétés de courtage d'assurances ou de réassurances est en outre soumis à la présentation d'un certificat d'assurance attestant la couverture de leur responsabilité civile professionnelle, dont les modalités sont déterminées par voie de règlement du Commissariat (...)». Le Conseil d'Etat a en effet fait valoir que cette disposition n'est pas conforme à l'article 108bis de la Constitution au sens duquel les établissements publics peuvent se voir accorder par la loi le pouvoir de prendre des règlements «dans la limite de leur spécialité», en ce que l'approche retenue rajouterait à la loi, alors que le propre du pouvoir réglementaire est l'exécution de la loi.

- 3. Le nouvel article 105, paragraphe 6 que le projet de loi portant modification de – la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances; – la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme (doc. parl. n° 6398) proposait d'insérer dans la loi précitée du 6 décembre 1991 disposait qu'«Un règlement du Commissariat peut dispenser des conditions d'agrément prévues au présent chapitre les personnes physiques ou morales offrant des services d'intermédiation pour les contrats d'assurances qui sont complémentaires à d'autres produits ou services et fixer la durée et le niveau des primes maxima». Dans son avis du 13 novembre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6398<sup>3</sup>), le Conseil d'Etat a souligné à cet égard que le pouvoir réglementaire des établissements publics ne peut jamais consister qu'en une simple mise en œuvre des règles d'application générale et qu'il est partant exclu que le législateur habilite les établissements publics à édicter des règlements à l'effet de déroger à des lois, voire de les compléter. Il s'est en conséquence formellement opposé à cette disposition.
- 4. Dans son avis du 27 novembre 2012 relatif au projet de loi sur le secteur des assurances (doc. parl.  $n^{\circ}$  6456²), le Conseil d'Etat s'est opposé formellement à la disposition de l'article 22, paragraphe 5 du projet qui disposait que «Sans préjudice des conditions générales d'admission au service de l'Etat, et pour autant qu'elles ne sont pas fixées par la présente loi, les conditions particulières d'admission au stage, de nomination et d'avancement tout comme le cadre du personnel du Commissariat aux assurances sont déterminés par règlement du Commissariat aux assurances». Cette disposition était en effet contraire à l'article 108bis de la Constitution selon lequel les établissements publics peuvent se voir accorder par la loi le pouvoir de prendre des règlements que «dans la limite de leur spécialité».



#### 4) Forces de l'ordre

# Les compétences de police judiciaire confiées à des agents de l'Etat ne relevant pas de la police judiciaire

- Le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 19 février 1973 1. concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie (doc. parl.  $n^{\circ}$  6415) envisage en son article unique, point 2) de confier des compétences de police judiciaire à des agents de l'Etat ne relevant pas de la Police grand-ducale. Dans son avis du 22 janvier 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6415<sup>1</sup>) le Conseil d'Etat a exigé sous peine d'opposition formelle que les fonctionnaires susceptibles d'être assermentés comme officiers de police judiciaire soient désignés par référence, sinon de leurs fonctions et grades dans la hiérarchie interne de l'administration de laquelle ils relèvent, du moins par référence aux carrières auxquelles devront appartenir ces agents. Il a renvoyé à cet égard à l'article 97 de la Constitution qui dispose que «L'organisation et les attributions des forces de l'ordre font l'objet d'une loi». Il a par ailleurs exigé, en renvoyant à son avis du 16 juillet 2010 concernant le projet de loi relatif à la concurrence (doc. parl.  $n^{\circ}$  5816<sup>6</sup>,), que lesdits agents devront justifier d'une qualification professionnelle, à la hauteur de leur tâche, qu'ils auront acquise grâce à une formation spéciale. Le Conseil d'Etat a précisé que si le principe de cette formation doit être prévu dans la loi formelle, en vertu de l'article 23 de la Constitution, les modalités d'organisation peuvent toutefois être reléguées à un règlement grand-ducal. Les amendements parlementaires du 21 mars 2013 tiennent compte de l'opposition formelle du Conseil d'Etat (doc. parl.  $n^{\circ}$  6415<sup>2</sup>).
- 2. L'article 4, point n° 6 du projet de loi portant approbation de la Convention du Conseil de l'Europe sur la Cybercriminalité ouverte à la signature à Budapest le 23 novembre 2001 (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6514), soumis pour avis au Conseil d'Etat le 12 décembre 2012, tend à ajouter un article 48-25 nouveau au Code d'instruction criminelle aux termes duquel «lorsqu'il y a des raisons de penser que des données stockées, traitées ou transmises dans un système informatique, utiles à la manifestation de la vérité, sont susceptibles de perte ou de modification, l'officier de police judiciaire, de l'accord du Procureur d'Etat ou du juge d'instruction saisi, peut faire procéder à la conservation rapide et immédiate, pendant un délai qui ne peut excéder 90 jours, des données stockées, traitées ou transmises dans un système informatique». Le Conseil d'Etat, dans son avis du 16 avril 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6514<sup>2</sup>) a émis ses réserves par rapport à l'octroi d'une compétence propre à un officier de police judiciaire agissant de «l'accord du Procureur d'Etat ou du juge d'instruction». Il a observé que, s'agissant d'une mesure grave dans le cadre d'une procédure d'enquête d'instruction ou d'entraide judiciaire en matière pénale, la mesure



doit être décidée ou ordonnée par un magistrat et ne saurait être avalisée après coup. Au regard de la disponibilité 24 heures sur 24 de magistrats du parquet et du cabinet d'instruction, le Conseil d'Etat a par ailleurs rejeté les considérations tenant à la perte de temps due à l'intervention des autorités judiciaires, avancées par les auteurs pour justifier l'octroi de cette compétence aux officiers de police judiciaire.

- 3. Le projet de loi modifiant e. a. la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques (doc. parl.  $n^{\circ}$  6399) propose de compléter l'article 6 de la loi précitée du 14 février 1955 par une disposition visant à conférer aux candidats aux carrières de l'inspecteur de police et de brigadier de police dans le cadre d'exercices pratiques en matière de circulation et de stages pratiques en unité, à donner aux usagers des injonctions alors même que ces agents ne sont pas encore assermentés. Dans son avis du 23 octobre 2012, le Conseil d'Etat a souligné que le pouvoir d'injonction prévu est une mesure d'ordre public qui conditionne l'exercice des libertés individuelles ou tend à les restreindre dans un but d'intérêt collectif et qu'il n'est dès lors que normal que la Constitution et la loi ont vocation à entourer les interventions destinées à maintenir l'ordre public des garanties appropriées de sauvegarde des libertés individuelles. Il a relevé que c'est dans le souci de préserver les libertés individuelles que l'ordre institutionnel fondé sur la Constitution réserve les compétences de maintien de l'ordre à des autorités publiques et à des corps administratifs dont les fonctionnaires sont spécialement formés et encadre par ailleurs l'exercice desdits autorités publiques et corps administratifs de garde-fous minima, à l'effet d'éviter que l'efficacité de la mission l'emporte sur la protection des libertés individuelles. Le Conseil d'Etat a en conséquence considéré que la loi ne saurait confier des attributions relevant de l'exercice de la puissance souveraine qu'à des agents qui sont assermentés et font preuve des qualités pré-mentionnées et que partant le fait de conférer à des agents stagiaires de l'Etat des prérogatives, ne seraitce que pour les uniques besoins de leur formation, qui sont normalement réservées à des fonctionnaires assermentés, tournerait en dérision le serment et emporterait une violation flagrante des principes institutionnels selon lesquels l'Etat luxembourgeois est censé exercer ses pouvoirs. Il a dès lors exigé sous peine d'opposition formelle la suppression de cette disposition, en recommandant par ailleurs de compléter la formation des candidats policiers par des stages «post-assermentation» en vue de dispenser aux nouveaux fonctionnaires les segments de leur instruction professionnelle dont la mise en œuvre relève de l'exercice de la puissance souveraine.
- 4. Dans son avis du 12 juillet 2013 sur le projet de loi concernant la gestion du domaine public fluvial (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6530<sup>3</sup>), le Conseil d'Etat, face au foisonnement des prérogatives de puissance publique appelées à être attri-

65



buées à toutes sortes de fonctionnaires qui *a priori* n'ont pas les connaissances requises pour procéder dans les formes de la loi à la recherche des infractions et au rassemblement des preuves, a formulé ses réserves les plus nettes concernant l'article 9 de la loi en projet, dont l'objet est de désigner les agents chargés de la recherche et de la constatation des infractions. Le Conseil d'Etat a notamment insisté pour qu'il soit renoncé à l'extension des compétences visées au-delà du cadre tracé par l'article 10 modifié du Code d'instruction criminelle, déterminant les fonctionnaires ayant la qualité d'officier de police judiciaire. Dans l'hypothèse où le législateur devait néanmoins maintenir les compétences de police judiciaire au bénéfice d'agents de l'Etat ne relevant pas du corps de la Police grand-ducale, le Conseil d'Etat a exigé sous peine d'opposition formelle que 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 leur administration. Le texte en projet fait en effet simplement mention des «agents du Service de la Navigation désignés agents de surveillance et dûment assermentés» sans autre précision, ce qui ne répond pas aux exigences de 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».

#### 5) Communes

# Pouvoir réglementaire

L'article 1er du projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques; 2) la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 (doc. parl. n° 6517), a pour objet de remplacer l'article 5 de la loi précitée du 14 février 1955. Le paragraphe 3, point 4 du nouvel article 5, dispose que «le conseil communal fait les règlements de circulation communaux, sauf en cas d'urgence» et définit par ailleurs ce qu'il faut entendre par «urgence». Le Conseil d'Etat, dans son avis du 30 avril 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6517<sup>3</sup>), a rappelé que le conseil communal détient effectivement la compétence réglementaire de la commune «sauf les cas d'urgence» en vertu de l'article 107 de la Constitution. Il a toutefois fait valoir que s'il appartient au législateur, de préciser et de détailler la notion de l'urgence, il n'est par contre pas autorisé à définir la portée de cette notion constitutionnelle au risque de limiter les compétences conférées par la Constitution à des institutions publiques et de limiter de cette manière le champ d'application des concepts prévus par la Constitution, en méconnaissance de l'article 113 de la Constitution en vertu duquel aucune disposition de la Constitution ne peut être suspendue.



### D) FINANCES PUBLIQUES

#### Le principe de la légalité de l'impôt

Aux termes de la première phrase de l'article 2 du projet de loi relatif à la construction d'une bibliothèque à Luxembourg-Kirchberg (doc. parl. n° 6516) «Les dépenses occasionnées par la présente loi ne peuvent dépasser le montant de EUR 112.171.000.ttc sans préjudice des hausses légales pouvant intervenir jusqu'à l'achèvement des travaux». Dans son avis du 26 février 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6516<sup>1</sup>), le Conseil d'Etat a observé d'emblée concernant cette disposition qu'il n'est pas d'usage de faire suivre le montant autorisé pour la construction de projets d'infrastructure par la mention «toutes taxes comprises». Il a ensuite insisté sur la suppression de la partie de la phrase disposant que «sans préjudice des hausses légales pouvant intervenir jusqu'à l'achèvement des travaux», alors que cette formulation prête à équivoque et ne répond pas aux prescriptions de l'article 99 de la Constitution, qui exige la fixation d'un plafond des dépenses à autoriser par le législateur, incorporant des éléments identifiables pour le Parlement. Le Conseil d'Etat a en conséquence exigé sous peine d'opposition formelle le remplacement de la phrase précitée de l'article 2 par une phrase qu'il a libellée comme suit: «Les dépenses occasionnées par la présente loi ne peuvent dépasser le montant de 112.171.000 euros».

#### E) DROIT INTERNATIONAL

#### 1) La prérogative du Grand-Duc de faire les traités

- 1. L'article 16 du projet loi relatif à l'organisation du marché des produits pétroliers (doc. parl.  $n^{\circ}$  6533) prévoit que le ministre compétent peut conclure un accord bilatéral avec un autre Etat membre de l'Union européenne concernant le stockage des produits pétroliers sur le territoire de cet Etat. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 18 juin 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6533³), s'est formellement opposé à cette disposition en ce qu'elle est contraire à l'article 37 de la Constitution qui réserve la prérogative pour faire les traités au Grand-Duc.
- 2. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 2 juillet 2013 sur le projet de loi portant approbation de l'Accord entre l'Administration des Contributions Directes du Luxembourg et l'Agence des impôts du Ministère des Finances à Taipei, Taïwan tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir la fraude fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, et du Protocole y relatif, signés à Luxembourg, le 19 décembre 2011 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6552<sup>4</sup>), a rappelé qu'en vertu de l'article 37 de la Constitution, la prérogative de faire les traités appartient au Grand-Duc. Il s'est en conséquence formellement opposé au projet de loi visant à accorder l'approbation légale au sens de l'article 37 précité à un arrangement administratif qui n'a pas été conclu par le Grand-



Duc. Le Conseil d'Etat a toutefois précisé que le législateur est en droit d'instaurer de façon unilatérale un dispositif équivalent à celui déterminé dans l'arrangement trouvé entre l'Administration des contributions directes du Luxembourg et l'Agence des impôts du Ministère des Finances à Taipei (Taïwan).

- 3. Dans son avis du 12 mars 2013 concernant le projet de loi 1. portant approbation de l'accord dénommé «Abkommen zwischen der Regierung des Großherzogtums Luxemburg und der Bundesrepublik Deutschland über die Gewährung eines Finanzierungsanteiles für den Ausbau der Eisenbahnverbindung Trier-Luxemburg im Abschnitt zwischen dem Bahnhof Igel und der Betriebsstelle Igel-West», signé à Luxembourg le 29 octobre 2012 (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6532<sup>1</sup>), le Conseil d'Etat a constaté que l'accord précité a été conclu par le Gouvernement, sans qu'il soit fait mention expresse de l'octroi de pleins pouvoirs par le Grand-Duc. Le Conseil d'Etat a rappelé que le Grand-Duc a seul la prérogative pour faire les traités en vertu de l'article 37 de la Constitution en précisant par ailleurs que la désignation d'un plénipotentiaire sur le plan interne en vue de la conclusion dudit accord était un préalable constitutionnel indispensable à la conclusion d'un acte international.
- 4. Eu égard à la compétence de conclure des conventions avec des personnes physiques ou morales de droit public ou privé qu'il était prévue d'attribuer au service de la navigation, envisagée au paragraphe 3 nouveau proposé à l'endroit de l'article 2 de la loi modifiée du 28 juillet 1973 portant création d'un service de navigation, le Conseil d'Etat a, dans son avis du 12 juillet 2013 sur le projet de loi concernant la gestion du domaine public fluvial (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6530<sup>3</sup>), relevé que s'il devait s'agir de conventions entrant dans le cadre de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, le droit commun serait appelé à s'appliquer et qu'il n'y aurait alors pas lieu de prévoir une disposition spécifique. Dans cette hypothèse, le paragraphe devrait en conséquence être supprimé. S'il devait toutefois s'agir de conventions à portée internationale, la disposition proposée serait contraire à l'article 37 de la Constitution, qui réserve la prérogative de faire les traités au Grand-Duc. A défaut de précisions supplémentaires de la part des auteurs, le Conseil d'Etat a relevé que la deuxième hypothèse, contraire à la Constitution, ne saurait être exclue et qu'il se verrait en conséquence dans l'obligation de s'opposer formellement à la disposition en question.

#### 2) Les arrangements administratifs

Dans son avis du 9 octobre 2012 relatif au projet de loi portant approbation de l'Accord sous forme d'échange de lettres entre le Gouvernement du Grand-Duché de



Luxembourg et le Gouvernement de la République française pour le développement de la coopération et de l'entraide administrative en matière de sécurité sociale des 11 avril et 17 juin 2011 (doc. parl.  $n^{\circ}$  64221), le Conseil d'Etat a émis plusieurs observations concernant l'élaboration, l'approbation, ainsi que la publication d'arrangements administratifs, prévus à l'article 21 de l'Accord précité. L'article 21 de l'accord à approuver prévoit en effet que les modalités de mise en œuvre de l'accord peuvent être réglées par arrangement administratif conclu entre les autorités compétentes. Le Conseil d'Etat a d'abord énoncé le principe suivant lequel les arrangements administratifs, qui ont vocation à engager internationalement le Luxembourg et qui concernent en règle générale l'exécution ou l'interprétation d'un traité préexistant, ne peuvent être dispensés de l'approbation parlementaire. Il s'est ensuite référé à la théorie de l'habilitation conventionnelle en vertu de laquelle la doctrine estime qu'une approbation de la Chambre des députés n'est pas nécessaire lorsqu'une clause d'un traité prend la forme d'une autorisation légale accordée au Gouvernement ou à un de ses membres à l'effet de conclure des arrangements administratifs portant sur un objet déterminé. Le Conseil d'Etat a fait application de cette théorie concernant les arrangements administratifs visés par l'article 21 précité en soulignant que l'objectif desdits arrangements est la seule fixation de modalités de mise en œuvre de l'accord soumis à l'approbation du législateur. Il a toutefois insisté pour que les arrangements administratifs conclus sur base de l'article 21 soient publiés au Mémorial en conformité avec l'article 37 de la Constitution.

# 3) Dévolution des compétences nationales à des institutions de droit international au sens de l'article 49*bis* de la Constitution

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 21 décembre 2012 sur le projet de loi portant approbation du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire, signé à Bruxelles, le 2 mars 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6449<sup>2</sup>), a analysé si la mise en place du mécanisme de correction automatique des déséquilibres budgétaires et la création d'institutions de vérification, combiné avec le droit de surveillance de la Commission et le droit de contrôle, de sanction et d'astreinte conféré à la Cour de justice de l'Union européenne, ne comportent pas un transfert d'attributions des pouvoirs nationaux à des institutions au niveau international au sens de l'article 49bis de la Constitution. Le Conseil d'Etat a relevé que, le mécanisme automatique de correction des déséquilibres budgétaires et l'institution d'organes de vérification indépendants exigés par l'article 3, paragraphe 2 du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire (ci-après «TSCG») sont régis par le droit national et qu'il ne saurait, sur ce point, être question de dévolution d'attributions à des institutions internationales, en faisant toutefois valoir, concernant le processus d'adoption du budget, que le système empiète à l'évidence sur les pouvoirs budgétaires de la Chambre des députés, voire du Gouvernement, auteur du projet de loi sur le budget des recettes et des dépenses de l'Etat et exécutant de celui-ci. Il a ainsi observé que, si les futurs méca-



nismes aboutissent à une modification des attributions au niveau d'organes qui continuent structurellement de relever de l'ordre juridique national, il ne faut toutefois pas perdre de vue qu'au niveau «substantiel», ces nouveaux mécanismes et organes exécutent le droit européen et sont en mesure, voire destinés à intervenir dans le processus décisionnel des pouvoirs législatif et exécutif, au titre d'une mission de droit supranational. Il a ensuite relevé que le rapport institutionnel avec le droit de l'Union européenne est particulièrement mis en évidence par l'article 8 du TSCG, qui, concernant le respect de l'article 3, paragraphe 2 précité par les Etats membres, organise le droit de surveillance de la Commission et le droit de contrôle, de sanction et d'astreinte conféré à la Cour de justice de l'Union européenne. Eu égard aux compétences que l'article 8 précité confère à la Commission et la Cour de justice de l'Union européenne, le Conseil d'Etat a observé que le TSCG constitue un instrument international particulier qui, quoique cohérent avec le droit de l'Union européenne et renvoyant expressément à l'article 273 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, attribue à la Cour de justice et à la Commission des compétences nouvelles, non inscrites dans le droit de l'Union européenne actuel, interférant directement dans l'ordre interne. Le Conseil d'Etat a en conséquence souligné que les dispositions combinées de l'article 3, paragraphe 2, et de l'article 8 du TSCG imposent que le vote de la loi en projet se fasse dans le respect des règles de majorité prévues à l'article 114 de la Constitution. La commission parlementaire compétente a décidé de suivre le raisonnement du Conseil d'Etat et de procéder pour des raisons de sécurité juridique à un vote à la majorité qualifiée.



#### F) DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

#### 1) Règles de l'Union européenne

#### Le principe de non-discrimination

Le projet de loi modifiant e. a. la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques (doc. parl.  $n^{\circ}$  6399), prévoit en son article XIII de remplacer l'alinéa 1er de l'article 16 de la loi précitée du 14 février 1955 par une disposition aux termes de laquelle «Si le contrevenant, qui n'a pas sa résidence normale au Luxembourg, ne s'acquitte pas de l'avertissement taxé sur le lieu même de l'infraction, il doit verser soit aux membres de la police grand-ducale, soit aux fonctionnaires de l'administration des douanes et accises une somme destinée à couvrir l'amende et les frais de justice éventuels, en vue de la consignation de cette somme auprès de la caisse de consignation conformément à la loi du 29 avril 1999 sur les consignations auprès de l'Etat». Le Conseil d'Etat, dans son avis du 23 octobre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6399<sup>5</sup>) a fait valoir que la modification envisagée risque de poser un problème de conformité par rapport à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et plus particulièrement par rapport aux arrêts que la Cour a rendu le 23 janvier 1997 dans une affaire E. Postoors et Trans-Cap GmbH contre l'Etat belge (arrêt C-29/95) et le 19 mars 2002 dans une affaire Commission européenne contre République italienne (arrêt C-224/00). Selon cette jurisprudence, 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 somme déterminée à titre de caution dont le montant dépasse de 50% celui prévu en cas de paiement immédiat. La Cour de justice de l'Union européenne admet toutefois qu'une différence de traitement entre résidents et non-résidents puisse être justifiée par des circonstances objectives telles que «le risque réel que l'exécution d'une condamnation prononcée par les juridictions nationales soit impossible, voire considérablement plus difficile et plus onéreuse» dans le cas d'un non-résident, à condition de n'être ni discriminatoire ni disproportionnée. Le Conseil d'Etat a observé que la disposition, qui consiste à obliger les contrevenants routiers non-résidents, qui ne sont pas disposés à régler l'avertissement taxé, de verser entre les mains des agents verbalisateurs une consignation «destinée à couvrir l'amende et les frais de justice éventuels», sans déterminer les montants effectivement en jeu, risque de soulever les mêmes problèmes d'égalité de traitement que ceux relevées par la Cour de justice de l'Union européenne. Il s'est en conséquence formellement opposé à la modification envisagée. Il a proposé que la somme à consigner soit égale au montant de l'avertissement taxé, augmentée d'un forfait représentant les frais de justice



usuellement appliqués en matière de police, dont le montant devra être déterminé dans la loi même, sinon dans un règlement grand-ducal.

L'amendement parlementaire n° 8 du 8 mai 2012 (doc. parl. n° 63996)9, dans le but de répondre à l'opposition formelle du Conseil d'Etat, a proposé de fixer le maximum de la consignation à un montant égal au maximum des amendes contraventionnelles prévues à l'article 7 de la loi du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques en prévoyant que ce montant pourrait en outre être augmenté du «montant des frais de justice». Le Conseil d'Etat dans son avis complémentaire du 12 juillet 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6399<sup>7</sup>) a fait valoir que la transposition arithmétique de cette proposition révèlerait que le montant réglementaire de la consignation pourrait atteindre jusqu'au quintuple, voire au sextuple ou au décuple de l'avertissement taxé actuellement appliqué sans compter le montant des frais de justice susceptibles de s'y ajouter. Le Conseil d'Etat a dès lors été d'avis que l'amendement 8 ne constitue pas une avancée par rapport à la disposition antérieurement critiquée et a maintenu l'opposition formelle émise dans son avis du 23 octobre 2012. Il s'est tout au plus dit prêt à accepter une disposition prévoyant pour la consignation un montant correspondant à celui de l'avertissement taxé, mais augmenté d'un taux restant sensiblement en dessous de 50%. Quant aux frais de justice, le montant forfaitaire pour couvrir ceux-ci devrait être choisi de manière à ce que le cumul avec celui de la consignation proprement dite reste également de façon significative en dessous de la barre correspondant à 150% du montant de l'avertissement taxé.

Dans le cadre des amendements parlementaires du 8 mai 2012 au projet de loi modifiant a) la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques; b) la loi modifiée du 6 mars 1965 concernant les taxes à percevoir sur les demandes en obtention des documents prescrits pour la mise en circulation et la conduite de véhicules; l'amendement n° 8 prévoit la modification de l'article 12 de la loi en projet comme suit.

<sup>«</sup>Art. 12. Le premier alinéa de l'article 16 de la loi modifiée du 14 février 1955 précitée est remplacé par le texte suivant:

<sup>«</sup>Art. 16. Si le contrevenant, qui n'a pas sa résidence normale au Luxembourg, ne s'acquitte pas de l'avertissement taxé sur le lieu même de l'infraction, il doit verser soit aux membres de la police grand-ducale, soit aux fonctionnaires de l'administration des douanes et accises une somme destinée à couvrir l'amende et les frais de justice éventuels, en vue de la consignation de cette somme auprès de la caisse de consignation conformément à la loi du 29 avril 1999 sur les consignations auprès de l'Etat. Un règlement grand-ducal en fixe le montant et les modalités d'application; le montant ne peut pas excéder le maximum de l'amende, fixé à l'article 7. Ce même règlement fixe le montant des frais de justice qui peuvent s'ajouter éventuellement à la consignation.» »



# 2) Les libertés à la base du marché intérieur de l'Union européenne

#### a) La libre circulation des personnes

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 13 novembre 2012 sur le projet de loi portant modification de – la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances; - la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme (doc. parl.  $n^{\circ}$  6398<sup>3</sup>), s'est formellement opposé à la disposition de l'article 103-17, paragraphe 5 qu'il était proposé d'insérer dans la loi précitée du 6 décembre 1991 (article Ier, point 13 du projet de loi), et en vertu duquel «le dirigeant doit avoir son domicile ou avoir élu domicile au Grand-Duché de Luxembourg et résider effectivement à une distance raisonnable du siège opérationnel de l'entreprise pour laquelle il est agréé afin d'assurer une gestion journalière efficace et permanente». Le Conseil d'Etat a fait valoir que cette disposition constitue une restriction à la liberté de circulation dans l'Union européenne. Il s'est par ailleurs interrogé sur ce qu'il faut entendre par «distance raisonnable», eu regard aux moyens de transport et aux nouvelles technologies de communication. Afin de concilier le principe de la liberté de circulation, avec les exigences d'une bonne gestion administrative et la présence physique des dirigeants au Luxembourg, le Conseil d'Etat a proposé, sous peine d'opposition formelle, le libellé qui suit: «Le dirigeant doit assurer, par sa présence physique effective au Luxembourg, une gestion journalière efficace et permanente». La proposition du Conseil d'Etat a été reprise dans la loi qui a été adoptée le 12 juillet 2013. 10

# b) La libre prestation des services

La directive «Services»

1. L'article 11 du projet de loi portant modification du Code de la consommation (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6478) propose de retarder l'entrée en vigueur du projet de loi au 13 juin 2014. Concernant cette entrée en vigueur différée de la future loi, le Conseil d'Etat, dans son avis du 14 mai 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6478<sup>6</sup>), s'est référé à l'exposé des motifs du projet de loi qui, concernant les contrats conclus hors établissement, qui seront désormais réglementés dans le Code de la consommation, a exposé qu'«il faut se faire une raison et admettre qu'il n'est plus possible de maintenir l'interdiction totale du colportage et des pratiques connexes sans risquer d'entrer en conflit avec les dispositions d'un ensemble de législations européennes, déjà transposées ou à transposer en droit national, lesquelles dispositions ont peu à peu sapé la position intransi-

Dans le même sens: Avis du Conseil d'Etat du 27 novembre 2012 relatif au projet de loi sur le secteur des assurances (doc. parl.  $n^{\circ}$  6456<sup>2</sup>), concernant l'article 272, paragraphe 7.



geante du gouvernement sur l'interdiction du colportage. Parmi les récentes législations européennes dont les dispositions nous conduisent obligatoirement à revoir notre position, il faut citer notamment la directive relative aux services dans le marché intérieur (...)» et «la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur a posé comme principe que les Etats membres suppriment toutes les interdictions totales visant les communications des professions réglementées. Une récente jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne du 5 avril 2011 a jugé incompatible avec les dispositions de la directive «services» l'interdiction de démarchage (communications commerciales) faite aux experts-comptables français». Le Conseil d'Etat s'est en conséquence formellement opposé à une mise en vigueur différée des dispositions du projet de loi qui, pour autant qu'elle concerne les dispositions concernant les contrats hors établissement, est contraire à la directive 2006/123/CE ainsi qu'à la jurisprudence précitée de la Cour de justice de l'Union européenne.

- 2. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 18 juin 2013 sur le projet de loi relatif à l'organisation du marché des produits pétroliers (doc. parl.  $n^{\circ}$  65333), a fait valoir que la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, communément appelée directive «Services», a vocation à s'appliquer dans le contexte sous examen, du moins pour les importateurs pétroliers agissant à titre d'intermédiaire, de commissionnaire ou de courtier. Il a plus particulièrement fait valoir que les auteurs du projet de loi omettent d'établir d'une part si la nécessité du régime de déclaration prévu, qui doit être assimilé à une procédure d'autorisation, peut être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général, conformément aux exigences de la directive «Services», et d'autre part si l'objectif poursuivi par l'autorisation d'activité ne peut pas être réalisé par une mesure moins contraignante, à moins qu'un contrôle a posteriori n'intervienne trop tardivement pour avoir une efficacité réelle (cf. art. 9, paragraphe 1er, sous b) et c) de la directive 2006/123/CE). Le Conseil d'Etat a déclaré qu'il se verrait dans l'impossibilité de dispenser la version lui soumise du projet de loi du second vote constitutionnel à défaut pour les auteurs d'établir si le projet de loi répond aux exigences de la directive 2006/123/CE précitée.
- 3. Dans son avis du 12 mars 2013 concernant projet de loi portant modification de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques (doc. parl. n° 64934), le Conseil d'Etat a constaté que les auteurs, concernant l'accès à l'activité d'instructeur «autoécole» ont omis de prendre en considération la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services



dans le marché intérieur, communément appelée directive «Services». Le Conseil d'Etat a noté en particulier le défaut, tant dans le texte du projet de loi que dans les autres documents joints au dossier, de toute explication justifiant la mise en place du régime d'autorisation projeté et la limitation dans le temps de l'agrément ministériel. Il a en conséquence demandé aux auteurs de montrer dans quelle mesure le régime d'autorisation, la limitation de la durée de validité de l'agrément et, le cas échéant, la dérogation à l'autorisation tacite sont justifiés au regard des dispositions pertinentes de la directive précitée. Le Conseil d'Etat a annoncé que faute pour les auteurs d'apporter la réponse aux questions soulevées et d'établir la conformité du projet de loi sous examen avec les prescriptions de la directive 2006/123/CE précitée, il se verrait dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel au projet de loi sous examen.

## 3) Mise en œuvre du droit de l'Union européenne

#### a) Les directives

Transposition non conforme d'une directive

1. L'article 4 du projet de loi relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants et portant modification de plusieurs dispositions du Code pénal (doc. parl. nº 6408) tendait à compléter l'article 379 du Code pénal par l'introduction de certaines incriminations prévues par la directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte et l'exploitation sexuelle des enfants. Il était notamment proposé de compléter l'article 379, point 2) du Code pénal aux fins d'y incriminer également l'exploitation d'enfants «aux fins de leurs participation à des spectacles». L'article 379, point 2 dans sa version modifiée par le projet de loi sanctionnait ainsi «Quiconque aura recruté, exploité, contraint ou eu recours à un mineur âgé de moins de dix-huit ans accomplis à des fins de prostitution, aux fins de la production de spectacles ou de matériel à caractère pornographique ou aux fins de participation à des spectacles». Le Conseil d'Etat dans son avis du 23 octobre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  64081) a noté, concernant les éléments constitutifs de l'infraction visée au point 2 de l'article 379, des différences avec les paragraphes 2 et 6 de l'article 4 de la directive à transposer. En effet, les faits de favoriser la participation d'un enfant à des spectacles pornographiques ou à la prostitution dite enfantine ou d'en tirer profit ou encore de menacer l'enfant à de telles fins prévus par l'article 4, paragraphes 2 et 6 de ladite directive n'y étaient pas expressément incriminés, ces actes n'étant pas nécessairement couverts par les termes «avoir recruté ou avoir eu recours» figurant dans la version modifiée de l'article 379, point 2. Le Conseil d'Etat



s'est en conséquence formellement opposé à cette disposition pour ne pas être conforme au texte de la directive à transposer.

- 2. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 2 juillet 2013 concernant le projet de loi renforçant le droit des victimes de la traite des êtres humains (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6562<sup>1</sup>), a relevé que la disposition appelée à compléter l'article 3 de la loi du 8 mai 2009 sur l'assistance, la protection et la sécurité des victimes de la traite des êtres humains (...), aux termes de laquelle «Au cas où l'infraction de la traite des êtres humains a été commise par une personne ayant autorité sur la victime, cette personne ne peut être désignée comme son majeur responsable ni son tuteur» n'était pas prévue par la directive 2011/36/UE que le projet de loi avait pour objet de transposer. Il a relevé que cette disposition pose d'ailleurs problème en ce qu'elle n'est pas conforme avec l'objectif de la directive qui est de protéger la victime mineure par rapport à un représentant légal majeur soupçonné, inculpé ou prévenu du chef de traite et non seulement par rapport à une personne convaincue d'avoir commis l'infraction visée. Il a en conséquence exigé sous peine d'opposition formelle que cette proposition soit omise sinon remplacée par une disposition aux termes de laquelle: «Une personne ayant autorité sur la victime ne peut être désignée comme son majeur responsable, ni son tuteur, si elle est soupçonnée d'avoir commis l'infraction».
- 3. L'article 29 du projet de loi sur les marchés publics de la défense et de la sécurité (doc. parl.  $n^{\circ}$  6439) énumérait les hypothèses dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices peuvent recourir à une procédure négociée sans publication d'un avis de marché. Au point 1, b) de cet article était visé, concernant les marchés de travaux, de fournitures et de services, l'hypothèse d'«offres irrégulières» ou «de dépôt d'offres inacceptables au regard de la législation nationale en vigueur et notamment des articles 6, 20 et 22 à 25 et du chapitre VII du titre II de la présente loi». Dans son avis du 27 novembre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  64391), le Conseil d'Etat ne s'est pas déclaré d'accord avec le renvoi à «la législation nationale en vigueur» et l'emploi du terme «notamment» dans la mesure où ces termes n'étaient pas utilisés à l'article 28 de la directive 2009/81/CE à transposer qui se référait aux «dispositions nationales compatibles avec les prescriptions des articles 5, 19 et 21 à 24 et celles du chapitre VII du titre II». Le Conseil d'Etat s'est dès lors formellement opposé à la disposition proposée en ce qu'elle n'était pas conforme à la directive à transposer.
- 4. L'article 3, point 10° du projet de loi portant modification du Code de la consommation (doc. parl. *n*° *6478*) a pour objet de remplacer les dispositions de l'actuel article L.222-6 afin de transposer en droit luxembourgeois l'article 6 de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du



25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs (...). Le Conseil d'Etat, dans son avis du 14 mai 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  64786), a constaté que la disposition du nouvel article L.222-6, paragraphe 1er, se rapportant aux informations que le consommateur doit obtenir du professionnel dans le cadre d'un contrat à distance et dans les contrats hors établissement, propose en son point b), relatif à l'information sur l'identité du professionnel, un texte qui diffère de celui de la directive à transposer. En effet, si la directive vise «l'identité du professionnel, par exemple son nom commercial», l'article L.222-6, paragraphe 1er, b) prévoit à ce titre les informations suivantes «l'identité du professionnel, notamment son statut, la forme juridique de l'entreprise qu'il représente, le nom commercial et le cas échéant la dénomination sociale de l'entreprise, l'identité du dirigeant de l'entreprise responsable au regard de la loi». Le Conseil d'Etat a exigé sous peine d'opposition formelle l'alignement du texte du nouvel article L.226, paragraphe 1er, b) sur celui de la directive à transposer.

- 5. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 18 juin 2013 sur le projet de loi relatif à l'organisation du marché des produits pétroliers (doc. parl.  $n^{\circ}$  6533³), a relevé que l'obligation prévue par l'article 8 du projet selon laquelle l'importateur doit répartir son stock de sécurité sur des infrastructures situées pour partie au Luxembourg, pour partie dans les régions frontalières des pays voisins et pour partie sur le reste du territoire de l'Union européenne n'est pas conforme aux exigences de l'article 8 de la directive 2009/119/CE du Conseil du 14 septembre 2009 imposant aux Etats membres de maintenir un niveau minimal de stocks de pétrole brut et/ou de produits pétroliers, en laissant aux opérateurs économiques le choix de la façon de stocker, voire de déléguer le stockage des quantités de sécurité. Sous peine d'opposition formelle, le Conseil d'Etat a demandé la suppression de cette disposition.
- 6. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 18 juin 2013 sur le projet de loi relatif à l'organisation du marché des produits pétroliers (doc. parl.  $n^{\circ}$  6533³), a considéré que le paragraphe 3 de l'article 4 de la directive 2009/119/CE selon lequel «Tout stock pétrolier peut être pris en compte simultanément tant dans le calcul des stocks de sécurité que dans celui des stocks spécifiques d'un Etat membre, à condition que ce stock réponde à l'ensemble des conditions imposées par la présente directive pour chacun de ces stocks» n'est pas transposé correctement. Il a fait valoir que l'article 34, paragraphe 3 du projet de loi qui dispose, en guise de transposition de l'article 4, paragraphe de 3 de la directive précitée, que «Tout stock pétrolier peut être pris en compte simultanément tant dans le calcul des stocks de sécurité que dans celui des stocks spécifiques d'un Etat membre, à condition que ce stock réponde à l'ensemble des conditions imposées par la présente loi pour chacun de ces stocks» permet le cas échéant, de tenir compte d'une même quantité de produits pétroliers stockés tant pour



l'évaluation du stock de sécurité luxembourgeois que pour celle du stock spécifique qu'un autre Etat membre maintient sur le territoire luxembourgeois. Le Conseil d'Etat en a conclu que la même quantité de produits pétroliers pourrait dès lors être comptée deux fois pour le «répertoire des stocks de sécurité» imposés à deux Etats membres différents. Le Conseil d'Etat a par ailleurs renvoyé au considérant (17) ainsi qu'à l'article 9, paragraphe 5 de la directive précitée, desquels il résulte que les stocks spécifiques doivent, sans préjudice des caractéristiques spécifiques de leur contenu ou de leur statut de propriété, être considérés comme partie intégrante des stocks de sécurité. Le Conseil d'Etat a relevé que dans ces conditions, il n'est pas permis de considérer comme faisant partie des stocks de sécurité luxembourgeois les stocks spécifiques constitués sur le territoire national et appartenant à un ou plusieurs autres Etats membres de l'Union européenne ou à leurs entités centrales; en ce que l'Etat membre propriétaire du stock spécifique, maintenu sur le territoire luxembourgeois, est en droit de compter celui-ci comme stock de sécurité. Le Conseil d'Etat a en conséquence exigé, sous peine d'opposition formelle, que le libelle de l'article 34, paragraphe 3 soit modifié pour le conformer aux exigences de la directive à transposer.

7. Dans son avis du 18 juin 2013 sur le projet de loi a) relative aux émissions industrielles; b) modifiant la loi modifiée du 10 juin 1999 relative aux établissements classés (doc. parl. n° 65414), le Conseil d'Etat a relevé que l'article 15, paragraphe 4 du projet de loi permet la fixation de «conditions d'autorisation plus sévères que celles pouvant être atteintes par l'utilisation des meilleures techniques disponibles», alors que le texte correspondant de la directive rectifiée 2010/75/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 relative aux émissions industrielles dispose que: «Sans préjudice de l'article 18, l'autorité compétente peut fixer des conditions d'autorisation plus sévères que celles pouvant être atteintes par l'utilisation des meilleures techniques disponibles telles que décrites dans les conclusions sur les MTD. Les Etats membres peuvent établir des règles en vertu desquelles l'autorité compétente peut fixer des conditions plus strictes». Le Conseil Etat s'est en conséquence formellement opposé à l'article 15, paragraphe 4 de la loi en projet. Afin que soit assurée une transposition correcte de ladite directive, il a insisté, dans l'hypothèse où le législateur entendait appliquer des règles plus strictes, pour que celles-ci soient fixées dans la loi.

# b) Transposition incomplète d'une directive

1. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 2 juillet 2013 concernant le projet de loi renforçant le droit des victimes de la traite des êtres humains (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6562<sup>1</sup>) constatant que le projet de loi ne transpose pas les missions du



rapporteur national circonscrites dans la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, a exigé sous peine d'opposition formelle la transposition en droit national desdites missions.

Le projet de loi portant modification du Code du travail, de la loi modifiée du 2. 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat et de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux (doc. parl.  $n^{\circ}$  6467) avait pour objet la transposition de la directive 2010/18/UE du Conseil du 8 mars 2010 portant application de l'accordcadre révisé sur le congé parental conclu par la Businesseurope, l'UEAPME, le CEEP et la CES et abrogeant la directive 96/34/CE. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 9 octobre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  64671), constatant que le projet de loi ne prévoyait pas de sanctions applicables en cas de violation par l'employeur de son obligation d'accorder un entretien à un employé retournant d'un congé parental et souhaitant un aménagement de son horaire et/ou de son rythme de travail, avait fait valoir que le projet de loi ne respectait pas l'article 2 de la directive 2010/18/UE obligeant les Etats membres d'établir à cette fin des sanctions effectives, proportionnelles et dissuasives. Ainsi, il avait exigé, sous peine d'opposition formelle, l'incorporation d'un tel régime de sanctions dans le texte de loi national de transposition.

Le deuxième des amendements gouvernementaux du 29 janvier 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  64676) visait à répondre à l'opposition formelle que le Conseil d'Etat avait émise dans son avis du 9 octobre 2012. Il était à cet effet proposé d'ajouter une nouvelle disposition, l'article L.234-49bis, au Code du travail. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 22 mars 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  64679), n'a pas pu marquer son accord au texte proposé par les auteurs qui, au-delà de sanctionner le refus de l'employeur d'accorder un entretien à un employé retournant d'un congé parental et souhaitant un aménagement de son horaire et/ou de son rythme de travail, proposait de sanctionner toute violation par l'employeur des obligations découlant des articles L. 234-43 à L. 234-49, c'est à dire toute violation des dispositions concernant le congé parental prévu à la section 6 du livre II du Code du travail. Si le Conseil d'Etat a été d'accord pour admettre que la loi en vigueur ne prévoit pas de sanction à l'encontre de l'employeur qui refuse, malgré les termes formels de la loi, d'accorder un congé parental à l'employé, il a néanmoins rendu attentif qu'il existe un arsenal légal suffisant, assurant une protection juridique efficace et ayant un effet dissuasif réel dans l'hypothèse où l'employeur refuserait d'accorder au salarié le congé parental que la loi lui consent, en soulignant qu'il s'agissait en l'espèce de sanctionner le refus de l'employeur d'accorder un entretien au salarié



retournant d'un congé parental au sujet de l'aménagement de son horaire et/ou de son rythme de travail. Le Conseil d'Etat a dès lors suggéré de maintenir le système actuel en prévoyant, conformément à l'article 2 de la directive précitée 2010/18 UE, une sanction spécifique en relation avec l'omission d'accorder un entretien au salarié en vue de discuter l'aménagement de son horaire et/ou de son rythme de travail et de l'omission de motiver le refus. Le Conseil d'Etat a fait une proposition de texte qui a été reprise par l'amendement parlementaire du 15 avril 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$   $6467^{10}$ ).

3. En vertu de l'article 37, point 5) du projet de loi sur le secteur des assurances (doc. parl.  $n^{\circ}$  6456) en matière d'assurance non vie, la loi ne s'applique pas aux: «opérations d'assurance-crédit à l'exportation sans garantie de l'Etat pour autant que les conditions énoncées à l'article 4 de la directive 2009/138/ CE sont remplies». Le Conseil d'Etat, dans son avis du 27 novembre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6456²), a fait valoir que le renvoi à l'article 4 de la directive précitée présente la particularité qu'il ne s'agit pas de mettre en évidence la conformité de la loi en projet avec la directive, mais de viser les cas d'exclusion du champ d'application de la directive et dès lors de la loi en raison de la taille de l'entreprise. Soulignant que la transposition par voie de renvoi à une disposition de la directive ne constitue pas une transposition correcte de la directive, le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à cette disposition.

# c) Transposition des actes délégués

En vertu de l'article 46 de la directive 2009/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 relative à la sécurité des jouets, la Commission européenne peut adapter des annexes et parties d'annexes de la directive 2009/48/CE qu'il détermine. La directive 2012/7/UE de la Commission du 2 mars 2012 modifiant, pour l'adapter au progrès technique, l'annexe II, partie III, de la directive 2009/48/CE précitée est prise par la Commission européenne en vertu de l'article 46 précité et correspond à la catégorie des actes délégués qui sont des actes adoptés par la Commission sur base d'une délégation du législateur européen tendant à la modification d'éléments non essentiels d'un acte législatif européen. A l'occasion de la transposition de la directive 2012/7/UE de la Commission, les auteurs du projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 2010 relative à la sécurité des jouets (doc. parl.  $n^{\circ}$  6473) ont exposé qu'à l'avenir d'autres directives viendront adapter la directive 2009/48/CE précitée au progrès technique en modifiant les annexes de cette directive. Dans le but de réaliser la transposition de ces futures directives, les auteurs du projet de loi ont proposé l'insertion d'un nouvel article 40 dans la loi du 15 décembre 2010 relative à la sécurité des jouets, libellé comme suit: «Les modifications à apporter aux annexes de la loi du 15 décembre 2010 relative à la sécurité des jouets, pour se conformer aux dispositions d'une directive modifiant les annexes de la directive



2009/48/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la sécurité des jouets, sont publiées au Mémorial». Dans son avis du 14 mai 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6473<sup>2</sup>), le Conseil d'Etat a réitéré la position qu'il avait déjà adoptée dans le cadre de son avis du 27 novembre 2012 sur le projet de loi sur les marchés publics de la défense et de la sécurité et portant transposition de la directive 2009/81/CE (doc. parl.  $n^{\circ}$  6439<sup>1</sup>), à propos duquel il avait fait valoir qu' «une publication au Mémorial n'est pas équipollente à un acte de transposition, surtout lorsqu'il s'agit de modifier une loi ou un règlement grand-ducal». Constatant par ailleurs que la loi du 15 décembre 2010 transpose les annexes de la directive 2009/48/CE, le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à l'article précité de la loi en projet en soulignant qu'une publication ou une référence à une publication d'un texte européen ne peut modifier une loi, y compris ses annexes ou partie d'entre elles, qui resteront en vigueur. Il a ensuite dressé un vade-mecum indiquant la manière de procéder pour modifier la loi précitée du 15 décembre 2010, en vue de permettre la transposition des actes délégués de la Commission européenne dont l'objet sera de modifier les annexes de la directive 2009/48/UE. Il a ainsi exposé que les annexes que la directive 2009/48/CE permet à la Commission européenne de modifier par voie d'acte délégué doivent faire l'objet d'une transposition dynamique par l'insertion d'une disposition dans la loi renvoyant aux publications des actes délégués au Journal officiel de l'Union européenne (voir doc. parl.  $n^{\circ}$  6439) en précisant que les annexes dont, en vertu de l'article 46 de la directive 2009/48/CE, seulement une partie est susceptible de modification par voie d'acte délégué de la Commission européenne, doivent dans leur ensemble faire l'objet de ce mode de transposition. Une référence aux «actes de la Commission européenne pris en conformité de l'article 46 de la directive 2009/48/CE» devra figurer dans la loi du 15 décembre 2010, à l'instar de ce que prévoit la loi du 26 décembre 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité. Il a par ailleurs insisté sur la nécessité, d'abroger les annexes concernées par la transposition dynamique, transposées dans le droit national par la loi précitée du 15 décembre 2010. En soulignant que la loi du 15 décembre 2010 devra préciser l'entrée en vigueur de ces modifications, le Conseil d'Etat s'est prononcé en faveur d'une entrée en vigueur concomitante avec celle de l'acte délégué et, dans un souci de transparence, il a appuyé la nécessité de la publication d'un avis afférent au Mémorial (voir doc. parl.  $n^{\circ}$  6319). Concernant les annexes qui ne peuvent en vertu de l'article 46 précité de la directive 2009/48/CE être modifiées par voie d'un acte délégué de la Commission européenne, il a fait valoir que ces annexes peuvent être maintenues dans la loi de transposition mais que cette loi pourra également prévoir que ces annexes soient reprises dans un règlement grand-ducal pour autant qu'un tel procédé soit conforme avec l'article 11, paragraphe 6 en combinaison avec l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution.

Sur base de la démarche ci-avant exposée, le Conseil d'Etat a proposé de formuler le texte du nouvel article 40 de la loi précitée du 15 décembre 2010 comme suit:



«Art. 40. Les modifications aux annexes I, II et V de la directive 2009/48/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la sécurité des jouets s'appliquent avec effet au jour de la date de l'entrée en vigueur des actes modificatifs afférents de l'Union européenne.

Le ministre publiera un avis au Mémorial, renseignant sur les modifications ainsi intervenues, en y ajoutant une référence à l'acte publié au Journal officiel de l'Union européenne.»

Il a également proposé l'ajout d'un article 2 au projet de loi aux fins d'abroger les annexes I, II et V de la loi précitée du 15 décembre 2010.

La loi a été adoptée le 9 juillet 2013 avec un dispositif qui correspond au texte proposé par le Conseil d'Etat.

# d) Les règlements de l'Union européenne

Dans son avis du 4 juin 2013 sur le projet de loi relatif aux produits phytopharmaceutiques (doc. parl.  $n^{\circ}$  6525<sup>4</sup>), le Conseil d'Etat a constaté que l'article 2 dudit projet de loi reprend mot pour mot les définitions de l'article 2 du règlement (CE) 1107/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques et abrogeant les directives 79/117/CEE et 91/414/CEE du Conseil. Il a en conséquence exigé, sous peine d'opposition formelle, la suppression de l'article 2 du projet de loi. En effet, la reprise dans le droit interne de dispositions d'un règlement européen, outre d'être inutile, risque par ailleurs de conduire à une renationalisation du droit européen, qui est inadmissible pour être contraire aux principes de l'application directe et de la primauté des règlements européens.



### G) PRINCIPES GENERAUX DE DROIT

## 1) Principe du non bis in idem

1. L'article 111, paragraphe 1er que le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances (...) (doc. parl. n° 6398) avait proposé de remplacer dans la loi précitée du 6 décembre 1991 disposait que les agents d'assurances peuvent être sanctionnées par le commissariat aux assurances d'une amende d'ordre ne pouvant pas dépasser 50.000 euros, entres autres – pour toute infraction à la loi précitée du 6 décembre 1991 et à ses règlements d'exécution, pour toute infraction à la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme et à ses règlements d'exécution, – pour toute fourniture de documents ou de renseignements qui se révèlent être incomplets, inexacts ou faux et – pour tout comportement, de nature à mettre en péril la gestion saine et prudente de l'activité concernée. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 13 novembre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6398<sup>3</sup>), a fait valoir que les dispositions de l'article 111, paragraphe 1er ne sont pas conformes aux principes constitutionnels de la légalité des peines et de la légalité des incriminations. Il a en effet souligné que le type de sanctions administratives prévues relevait du domaine pénal ce qui implique la nécessité d'indiquer avec précision les dispositions dont le non-respect doit être sanctionné en renvoyant pour le surplus à l'argumentaire qu'il avait formulé dans son avis du 31 janvier 2012 concernant l'article 40 du projet de loi modifiant la loi modifiée du 1er août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité (doc. parl.  $n^{\circ}$  6316<sup>4</sup>). Dans cet avis, le Conseil d'Etat avait rendu attentif à l'éventail très large des sanctions envisagées qui allaient du simple avertissement à une amende d'un million d'euros. Tout en admettant qu'il était en l'espèce très difficile de fixer les critères de gravité des infractions, il avait néanmoins tenu à exprimer ses doutes les plus sérieux quant à la conformité d'un tel mécanisme avec le principe de la légalité des peines qui exige également une précision de la peine par rapport au type d'infraction et la proportionnalité entre la peine et la gravité de la violation de la loi. L'article 111, paragraphe 1er précité envisageait en outre de sanctionner de l'amende d'ordre précitée de 50.000 euros toute infraction aux règles régissant la publication des bilans et des situations comptables. Estimant que cette incrimination rejoint celle déjà prévue à l'article 163, paragraphe 2 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales qui sanctionne pénalement les gérants et les administrateurs qui ne font pas publier les documents comptables, le Conseil d'Etat a rappelé que le cumul d'une sanction administrative ayant une finalité répressive et d'une peine pénale pour les mêmes faits risque de poser problème au regard du principe non bis in idem. Le Conseil d'Etat s'est dès



lors pour l'ensemble de ces raisons formellement opposé aux dispositions de l'article 111, paragraphe 1er précité.

- 2. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 22 mars 2013 sur le projet de loi relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6471²), s'est formellement opposé à la disposition du paragraphe 3 de l'article 59 relatif aux sanctions pénales aux termes duquel: «Le présent article s'applique sans préjudice des peines édictées par le Code pénal ou par d'autres lois particulières». Le Conseil d'Etat a demandé la suppression de cette disposition en ce que le terme «peines» y figurant peut être lu comme englobant des sanctions administratives, ce qui serait contraire au principe *non bis in idem* consacré par l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et que les dispositions concernant les concours réel et idéal d'infractions inscrits au Code pénal s'appliquent de toute manière. Le Conseil d'Etat a été suivi et la loi a été adoptée le 12 juillet 2013.
- 3. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 18 juin 2013 sur le projet de loi relatif à l'organisation du marché des produits pétroliers (doc. parl.  $n^{\circ}$  6533<sup>3</sup>), a relevé que le principe de l'interdiction *«non bis in idem»*, impose de distinguer clairement entre les non-conformités à sanctionner sur le plan pénal et celles encourant une sanction administrative. Il s'est en conséquence formellement opposé à l'expression «sans préjudice des sanctions pénales ...» à l'endroit de l'article 46 du projet de loi, qui impliquerait la possibilité d'une application cumulative des sanctions pénales et administratives en vue de sanctionner les mêmes faits.
- 4. Le dernier alinéa du paragraphe 3 de l'article 35sexies du projet de loi (doc. parl. n° 6487), voté sous l'intitulé «projet de loi modifiant la loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques en vue de la création de l'établissement public «Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel» et modifiant 1. la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat et 2. la loi du 20 avril 2009 relative à l'accès aux représentations cinématographiques publiques», afin d'éviter toute contradiction avec le principe du non bis in idem, dispose que «toutes les amendes ne peuvent être prononcées que pour autant que les manquements ne fassent pas l'objet d'une sanction pénale». Dans son avis du 5 février 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6487<sup>3</sup>) relatif au projet de loi précité, le Conseil d'Etat a insisté pour que la sanction d'un blâme avec obligation de lecture d'un communiqué à l'antenne prévue au point b) du paragraphe 3 du nouvel article 35sexies soit également ajoutée à cette disposition, en ce qu'une telle sanction peut aussi être considérée comme une sanction pénale au sens de l'article 6, paragraphe 1er de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, d'après la jurispru-



dence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière, un blâme entraînant la perte de la bonne réputation du fournisseur de services qui a enfreint les dispositions applicables par la lecture d'un communiqué à l'antenne peut «être considéré comme une peine s'il s'inscrit dans un éventail de peines plus graves et est de nature à porter atteinte au crédit d'une personne, entraînant pour elle des conséquences patrimoniales incontestables»<sup>11</sup>. Le Conseil d'Etat a en conséquence demandé de remplacer le bout de phrase «toutes les amendes ne peuvent être prononcées» par les termes de «les blâmes et les amendes ne peuvent être prononcées».

# 2) Principe de la proportionnalité des peines

Dans son avis complémentaire du 12 juillet 2013 sur les amendements parlementaires au projet de loi modifiant a) la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques; b) la loi modifiée du 6 mars 1965 concernant les taxes à percevoir sur les demandes en obtention des documents prescrits pour la mise en circulation et la conduite de véhicules (doc. parl.  $n^{\circ}$  6399<sup>7</sup>), le Conseil d'Etat a constaté que certaines contraventions graves prévues par l'amendement parlementaire n°3) pourtant sanctionnées dans leur ensemble par les mêmes peines pénales, étaient assorties d'un retrait de 3 points et d'autres d'un retrait de seulement 2 points, sans qu'a priori des motifs à la base de pareille distinction soient fournis. Le Conseil d'Etat a dès lors demandé que cet arbitraire soit éliminé du catalogue en soulignant la nécessité de garder le parallélisme entre le degré de sévérité de la sanction pénale et le nombre de points à retirer.

# 3) Principe de non-rétroactivité des actes administratifs

Le projet de règlement grand-ducal portant réduction des différents accessoires et indemnités versés aux agents de l'Etat dans le cadre du fonctionnement des commissions d'examen et d'autres commissions étatiques a pour objet la réduction de 25% des accessoires de traitement et indemnités alloués à ces agents. L'article 2 du projet prévoyait une entrée en vigueur rétroactive du futur règlement grand-ducal. Le Conseil d'Etat a rappelé dans son avis du 4 juin 2013 que la rétroactivité ne présentait en principe pas d'inconvénient tant qu'il s'agissait d'introduire avec effet antérieur des mesures qui touchent favorablement des situations juridiques pleinement formées sous l'empire d'une norme juridique ancienne, sans heurter les droits de tiers. Le Conseil d'Etat a en conséquence attiré l'attention des auteurs sur le fait que la rétroactivité telle que proposée par l'article précité risquerait d'entacher d'irrégularité le règlement grand-ducal sous examen, l'exposant ainsi à la sanction de l'article 95 de la Constitution.

<sup>11</sup> Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Dubus S.A. c./ France* du 11 juin 2009.



# 4) Principe de l'interdiction de la reformatio in pejus

Dans son avis complémentaire du 12 juillet 2013 sur le projet de loi modifiant a) la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques; b) la loi modifiée du 6 mars 1965 concernant les taxes à percevoir sur les demandes en obtention des documents prescrits pour la mise en circulation et la conduite de véhicules (doc. parl.  $n^{\circ}$  63997), le Conseil d'Etat a constaté que le texte de l'amendement parlementaire n° 3d du 8 mai 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  63996) comporte des sanctions plus lourdes que celles prévues par le régime légal en vigueur. En effet, le texte proposé par les auteurs aurait, concernant certaines infractions, pour effet d'entraîner une perte de points plus importante que celle prévue par la loi actuelle entraînant de plein droit l'application du principe de la non-rétroactivité de loi pénale nouvelle plus sévère aux faits commis avant son entrée en vigueur. Le Conseil d'Etat s'est en conséquence formellement opposé au texte proposé. Afin de rendre la disposition conforme au principe précité, le Conseil d'Etat a proposé de continuer à appliquer les dispositions en vigueur aux infractions commises avant l'entrée en vigueur de la loi en projet, et de n'appliquer les mesures plus sévères qu'aux infractions commises après cette date, peu importe que l'infraction en question fasse l'objet d'un avertissement taxé ou d'une condamnation au pénal.

# 5) Principe de sécurité juridique

## a) Terminologie ambiguë ou incertaine

Organisation du référendum local «par analogie» aux dispositions de la loi électorale relatives aux élections communales

Le projet de loi portant modification de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 (doc. parl  $n^{\circ}$  6479) a pour objet de conférer les bases légales nécessaires à l'application dans les communes du plan comptable et budgétaire répondant aux exigences du système comptable européen (SEC95) créé par le règlement (CE) N° 2223/96 du Conseil du 25 juin 1996 relatif au système européen des comptes nationaux et régionaux dans la Communauté. Dans ce projet, les auteurs entendaient saisir l'occasion pour apporter certains autres changements ponctuels à la loi communale de 1988 et notamment à son article 35 qui porte sur les modalités du référendum local. Pour ce faire, le point 2 de l'article 1 er du projet proposait que le référendum local soit organisé par analogie aux dispositions de la loi électorale relatives aux élections communales. Dans son avis du 4 décembre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  64791), le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à ce qu'un texte normatif, portant de surplus sur une matière politiquement aussi sensible que la consultation populaire, soit organisé par «analogie aux dispositions de la loi électorale relatives aux élections communales». En effet, la marge d'imprécision inhérente à une démarche par analogie enlèverait aux modalités applicables toute garantie de sécurité juridique.



# Emploi du terme «notamment» dans une énumération appelée à être exhaustive

Le projet de règlement grand-ducal portant réduction des différents accessoires et indemnités versés aux agents de l'Etat dans le cadre du fonctionnement des commissions d'examen et d'autres commissions étatiques a pour objet la réduction de 25% des accessoires de traitement et indemnités alloués à ces agents. L'article 1er dispose à cet effet que «Tous les accessoires de traitement et indemnités versés aux agents de l'Etat dans le cadre du fonctionnement des commissions d'examen et d'autres commissions étatiques, et notamment ceux fixés sur base des règlements grand-ducaux figurant sur la liste en annexe, sont réduits de vingt-cinq pour cent». Le Conseil d'Etat a demandé dans son avis du 4 juin 2013 qu'il soit fait abstraction du terme «notamment» audit article, en ce que l'emploi de ce terme, qui n'est pas normatif, dans une phrase annonçant une énumération appelée à être exhaustive, est source d'insécurité juridique. Il a ainsi souligné que le futur règlement grand-ducal devrait énumérer avec précision l'ensemble des textes concernés par la mesure de réduction des indemnités, sans laisser une ouverture quelconque, sujette à des interprétations divergentes.

Renvoi à un autre texte à l'effet de le rendre «applicable, avec les adaptations nécessaires, à tout ce qui n'est pas expressément spécifié dans la présente loi»

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 27 novembre 2012 relatif au projet de loi sur les marchés publics de la défense et de la sécurité (doc. parl.  $n^{\circ}$  6439 $^{I}$ ), s'est formellement opposé à la disposition de l'article 3 du projet dont l'intitulé est «Droit subsidiaire» et qui est libellé comme suit: «La loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics et son règlement grand-ducal d'exécution du 3 août 2009 sont applicables, avec les adaptations nécessaires, à tout ce qui n'est pas expressément spécifié dans la présente loi». Le Conseil d'Etat a en effet souligné que dans un souci de sécurité juridique, un texte normatif ne peut pas renvoyer à un autre texte en le rendant applicable «avec les adaptations nécessaires». Il a également fait valoir qu'il est contraire au principe de la hiérarchie des normes de renvoyer dans une loi à une norme hiérarchiquement inférieure. Le Conseil d'Etat a ajouté qu'au regard tant du principe «lex specialis derogat legi generali» que de celui «lex posterior derogat priori», l'article 3 est à supprimer.

#### Procédé du renvoi «mutatis mutandis»

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 27 novembre 2012 relatif au projet de loi sur le secteur des assurances (doc. parl.  $n^{\circ}$  6456<sup>2</sup>), s'est opposé formellement aux dispositions des articles 188, 189, 190, 198, paragraphe 2, 200, paragraphe 1er, 201, 204, paragraphe 2 et 206 renvoyant chaque fois *«mutatis mutandis»* à d'autres dispositions de la loi en projet. Le Conseil d'Etat a observé que le procédé de législation par



référence à un texte existant *«mutatis mutandis»* est à déconseiller et à proscrire en vertu du principe de sécurité juridique. Ce principe impose un renvoi précis aux dispositions appelées à s'appliquer.

Emploi de formules incertaines pour définir les actes permis à un associé commanditaire

L'article 188 du projet de loi relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6471) visait l'introduction d'un nouvel article 188 dans la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, dont l'alinéa 5 était libellé comme suit: «Ne constituent pas des actes de gestion prohibés au titre du présent article, sans que cette liste ne soit limitative, l'exercice des prérogatives d'associé, les avis et les conseils donnés à la société, à ses entités affiliées ou à leurs gérants, les actes de contrôle et de surveillance, l'octroi de prêts, (...) ainsi que tous autres actes ne pouvant raisonnablement induire un tiers en erreur sur l'étendue de l'engagement de l'associé commanditaire». Le Conseil d'Etat, dans son avis du 22 mars 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6471²), a demandé, sous peine d'opposition formelle, la suppression de la formule «sans que cette liste ne soit limitative» ainsi que de la référence fourre-tout «tous autres actes ne pouvant raisonnablement induire un tiers en erreur sur l'étendue de l'engagement de l'associé commanditaire» en ce que ces expressions créeraient une insécurité juridique sur l'étendue des actes permis à l'associé commanditaire.

Disposition abrogeant et modifiant de manière générale «toutes les dispositions contraires contenues dans d'autres lois»

- 1. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 27 novembre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6390³), a émis une opposition formelle à la disposition de l'article 51 du projet de loi concernant des agents intervenant dans l'enseignement fondamental et modifiant différents autres textes de lois (doc. parl.  $n^{\circ}$  6390), en ce que cet article, disposant que «La présente loi abroge et modifie le cas échéant toutes les dispositions qui lui sont contraires contenues dans d'autres lois», aboutirait nécessairement à une insécurité juridique inacceptable. Le Conseil d'Etat ajoute qu'il appartient aux auteurs du projet de loi d'identifier de leur initiative les dispositions qu'ils ont identifiées comme étant incompatibles avec le nouveau texte.
- 2. Dans son avis du 12 juillet 2013 sur le projet de loi concernant la gestion du domaine public fluvial (...) (doc. parl.  $n^{\circ} 6530^{3}$ ), le Conseil d'Etat a fait valoir, concernant l'article 18 du projet de loi regroupant les dispositions abrogatoires, que l'expression «Sont abrogées toutes les dispositions contraires à la présente loi et notamment (...)», est contraire au principe de sécurité juridique, qui impose une énumération exhaustive des textes appelés à être abrogés.



## Renvoi à une loi non encore en vigueur

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 24 avril 2012 relatif au projet de loi concernant les équipements sous pression transportables, a considéré à l'endroit de l'article 23 du projet de loi qu'il est inadmissible de faire référence à un texte de loi qui n'a pas encore reçu l'assentiment de la Chambre des députés. L'article 23 du projet de loi disposait en effet que «le contrôle de la conformité des équipements est effectué conformément aux dispositions de la loi XXX portant réorganisation de l'Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services et organisation du cadre général pour la surveillance du marché dans le contexte de la commercialisation des produits» (doc. parl.  $n^{\circ}$  6315), alors que la loi ainsi visée n'était pas encore en vigueur. Les amendements parlementaires qui ont été soumis à l'avis du Conseil d'Etat par voie d'une dépêche du 19 juillet 2012 ont tenté de répondre à l'observation du Conseil d'Etat, par une référence à la «législation de l'ILNAS». Le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 25 septembre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  63936), n'a pas pu marquer son accord à cette proposition. Il a relevé que la référence à un texte normatif doit être précise et viser le texte actuellement en vigueur. Il a dès lors proposé d'écrire «loi modifiée 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». Il a par ailleurs souligné que le renvoi à un texte normatif est dynamique, ce qui signifie que, dans l'hypothèse d'une modification ou d'un remplacement ultérieur d'un texte, le renvoi est censé viser la dernière version de ce texte.

# Formulation vague des cas d'exception à un principe

1. Les amendements gouvernementaux au projet de règlement grand-ducal portant institution de cahiers spéciaux des charges standardisés en matière de marchés publics (...) portaient entre autre sur l'article 2 du projet de règlement grand-ducal précité. Le nouvel article 2 disposait ainsi que «Des pouvoirs adjudicateurs peuvent exceptionnellement ne pas prendre en compte une ou plusieurs stipulations contenues dans les cahiers spéciaux des charges, lorsqu'ils ont décidé, dans le cadre de la promotion du développement durable, de recourir à des méthodes et moyens innovants qui n'ont pas encore pu faire l'objet d'une standardisation». Le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 26 février 2013, a observé que le texte du nouvel article 2 n'indique aucun critère permettant de délimiter avec précision «le cadre de la promotion du développement durable», pas plus qu'il ne définit ce qu'il faut entendre par «méthodes et moyens innovants qui n'ont pas encore pu faire l'objet d'une standardisation». Il a dès lors rappelé qu'il est de principe que les exceptions à une règle générale sont toujours d'interprétation stricte. Il a en conséquence souligné qu'il était inadmissible que les exceptions à l'effet obligatoire des cahiers spéciaux des charges standardisés se fondent sur des causes d'ouver-



ture aussi vagues et a invité les auteurs, dans un souci de sécurité juridique, à apporter au texte sous examen les précisions qui s'imposent.

2. L'article 14, point a) du projet de loi sur les marchés publics de la défense et de la sécurité (doc. parl.  $n^{\circ}$  6439) disposait que la loi ne s'applique pas aux «marchés pour lesquels l'application des règles de la présente loi obligerait l'Etat à fournir des informations dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité, notamment lorsque ces marchés s'inscrivent dans le champ d'application de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou concernent des achats particulièrement sensibles nécessitant une confidentialité extrêmement élevée, tels que [...] des achats destinés spécifiquement à des activités secrètes ou à d'autres activités tout aussi sensibles menées par la Police Grand-ducale ou les forces de sécurité». Le Conseil d'Etat, dans son avis du 27 novembre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6439<sup>1</sup>), a rappelé qu'il est de principe que les exceptions sont d'interprétation restrictive ce qui s'oppose à la rédaction des exceptions en des termes très larges, susceptibles d'une interprétation extensive. Afin de pallier ce problème qui se posait à l'endroit de l'article 14, point a) précité, le Conseil d'Etat a insisté pour que le terme «notamment» y soit supprimé. Il s'est d'autre part interrogé sur la signification de l'expression «activités secrètes ou à d'autres activités tout aussi sensibles menées par la Police grand-ducale ou les forces de sécurité» en faisant valoir qu'il lui était impossible de cerner les contours des termes «les forces de sécurité» et «activités secrètes» ou «autres activités tout aussi sensibles». Pour des raisons de sécurité juridique, le Conseil d'Etat s'est en conséquence formellement opposé à cette disposition.

#### b) Incohérences internes

1. L'article 14 du projet de loi relative aux droits et obligations du patient (doc. parl.  $n^{\circ}$  6469) a trait à la désignation d'une personne de confiance par le patient majeur pour le cas où il ne serait plus en mesure d'exprimer sa volonté et recevoir l'information nécessaire à la prise d'une décision relative à sa santé. L'alinéa 1er du paragraphe 4 de l'article 14 prévoit à cet égard que la personne de confiance se substitue au patient qui est dans l'impossibilité temporaire ou permanente d'exercer personnellement ses droits, en agissant dans l'intérêt de ce dernier. L'alinéa 3 du paragraphe 4 de l'article 14 énonce toutefois que le prestataire de soins peut se départir de l'avis de la personne de confiance. Dans son avis du 26 février 2013 relatif au projet de loi précité (doc. parl.  $n^{\circ}$  6469²), le Conseil d'Etat a rendu attentif que, dans l'hypothèse où la personne de confiance ne donne pas son consentement à des soins de santé, les soins ne sauraient être prestés en vertu de l'article 9, paragraphe 2 du projet de loi aux termes duquel «les soins de santé ne sont prestés à un patient que



moyennant son consentement exprès». Le Conseil d'Etat s'est en conséquence formellement opposé à la disposition de l'alinéa 3 du paragraphe 4 de l'article 14 en ce qu'elle est en contradiction avec l'article 9, paragraphe 2 précité du projet de loi. Le Conseil d'Etat a néanmoins fait valoir que l'opposition formelle pourrait être levée si le rôle de la personne de confiance se limitait à émettre des avis dans l'intérêt du patient sans se substituer à celui-ci afin d'exercer ses droits pour lui.

- 2. Dans son avis du 2 juillet 2013 relatif au projet de loi portant réforme du dialogue social à l'intérieur des entreprises (doc. parl.  $n^{\circ}$  6545<sup>3</sup>), le Conseil d'Etat s'est, pour des raisons de sécurité juridique, formellement opposé au paragraphe 9 du nouvel article L.414-14 qu'il est proposé d'introduire dans le Code du travail et aux termes duquel «[...] Le délégué à la sécurité et à la santé dispose ainsi de deux demi-journées de travail de congé-formation par année, non imputable sur son congé annuel de récréation. [...]». Le Conseil d'Etat s'est en effet interrogé sur l'interaction du nouvel article L.414-14, paragraphe 9 précité avec l'actuel article L.312-8, paragraphe 3 du Code du travail, qui serait maintenu et qui dispose qu'«en dehors du congé-formation prévu pour les délégués du personnel conformément au livre IV, titre Ier relatif aux délégations du personnel, les délégués à la sécurité ont droit à une formation appropriée et à une remise à niveau périodique de leurs connaissances». Le Conseil d'Etat a en effet soulevé la question si, au-delà des deux demijournées de travail de congé-formation par année prévues par le nouvel article L.414-14, paragraphe 9, les délégués à la sécurité et à la santé disposeraient d'un congé supplémentaire, à durée non définie pour une formation appropriée et à une remise à niveau périodique de leurs connaissances, prévu par l'article 312-8, paragraphe 3 précité.
- 3. Dans son avis du 2 juillet 2013 relatif au projet de loi portant réforme du dialogue social à l'intérieur des entreprises (doc. parl.  $n^{\circ}$  6545<sup>3</sup>), le Conseil d'Etat a souligné la confusion qui est créée par le nouvel alinéa 10 qu'il est proposé d'introduire à l'article L.411-3 du Code du travail. Ce nouvel alinéa dispose que: «Pour toutes les questions concernant directement les établissements auxquels ils [les représentants d'établissement] appartiennent, ils [ces derniers] ont un droit de vote et peuvent demander à la délégation du personnel d'effectuer une deuxième délibération sur des points spécifiques les concernant». Le Conseil d'Etat a fait valoir qu'il semble résulter de l'économie du texte de l'article L.411-3 que les représentants d'établissement n'accomplissent la mission des délégués du personnel que pour autant que des questions spécifiques qui touchent exclusivement sinon principalement aux intérêts des salariés de leur établissement sont en jeu. Or, selon le libellé de l'alinéa 10 nouveau, les «représentants d'établissement» auraient voix au chapitre sur toutes les questions tombant dans la compétence de la délégation



dès lors que la question à l'ordre du jour concerne «directement» l'établissement auquel ils appartiennent, c'est-à-dire en fin de compte la quasi-totalité des points. Le Conseil d'Etat a soulevé que cette disposition, impliquant la participation des représentants d'établissement à la quasi-totalité des votes, aurait pour effet de fausser dans certains cas de figure le résultat des élections des délégués, et de générer des conflits récurrents, notamment entre des délégués et représentants d'établissement élus sur des listes concurrentes. Il a fait valoir que si la fonction des représentants d'établissement doit essentiellement consister à faire le lien entre les salariés des établissements non représentés dans la délégation et les délégués élus représentant les intérêts de tous les salariés de l'entreprise, il ne paraît pas utile d'accorder un droit de vote illimité aux représentants d'établissement. Le Conseil d'Etat a dès lors proposé de cantonner le rôle des représentants d'établissement à celui d'observateur en ce que cette solution aurait l'avantage de réduire le nombre de situations conflictuelles au sein des délégations. Concernant la possibilité qui serait offerte aux représentants des établissements en vertu du nouvel alinéa 10 de demander une deuxième délibération spécifique sur des points concernant les établissements qu'ils sont censés représenter, le Conseil d'Etat a révélé ne saisir ni l'utilité, ni la nécessité et la finalité d'instaurer, au profit des représentants d'établissement, le droit de demander «une deuxième délibération». Il a soulevé plusieurs questions à cet égard. Est-ce à dire que les représentants d'établissement ne participent pas au premier vote? Est-ce qu'en présence de deux représentants d'établissement, chacun d'eux pourrait solliciter une deuxième délibération avec vote, même en cas d'opposition de l'autre? Qu'en est-il si le deuxième vote, incluant les voix des représentants d'établissement, diffère du premier? Quelle décision l'emporterait? Au vu de l'incohérence de la disposition de l'aliéna 10 par rapport à l'économie générale du texte de l'article L.411-3 et de l'insécurité juridique en résultant, le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à cette disposition.

4. Dans son avis du 2 juillet 2013 relatif au projet de loi portant réforme du dialogue social à l'intérieur des entreprises (doc. parl.  $n^{\circ}$  6545³), le Conseil d'Etat s'est formellement opposé au nouvel alinéa 5 qu'il est proposé d'introduire à l'article L.411-4 du Code du travail. Aux termes du nouvel alinéa 5, la délégation au niveau de l'entité économique et sociale exerce ses compétences pour les questions «relevant exclusivement de l'entité économique et sociale et coopère à cet effet avec les délégations du personnel». Le Conseil d'Etat, dans son avis du 2 juillet 2013, s'est heurté au terme «exclusivement» qu'il a estimé être mal à propos, alors qu'à ses yeux il paraît évident que toute question susceptible d'être traitée au niveau de l'entité économique et sociale intéresse nécessairement aussi les entreprises composant cette entité. Le Conseil d'Etat a fait valoir que la répartition des compétences entre la délégation de l'entité économique et sociale et les délégations des entreprises faisant partie



de l'entité économique et sociale qui n'est pas clairement définie est de nature à entraîner un enchevêtrement de compétences de nature à donner lieu à des litiges. Le Conseil d'Etat, en raison de l'insécurité juridique qui serait ainsi créée par l'instauration d'une compétence conjointe entre la délégation au niveau de l'entité économique et sociale et les délégations des entreprises, s'est opposé formellement au libellé du nouvel alinéa 5 de l'article L.411-4 du Code du travail.

5. L'article 11 du projet de loi relative au Fonds national de soutien à la production audiovisuelle et modifiant 1) la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat 2) la loi modifiée du 13 décembre 1988 instaurant un régime fiscal temporaire spécial pour les certificats d'investissement audiovisuel (doc. parl.  $n^{\circ}$  6535) a pour objet de déterminer la procédure d'allocation des aides par le Fonds et notamment le rôle du comité consultatif d'évaluation dans cette procédure. La dénomination du comité laisse suggérer que son rôle serait purement consultatif. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 12 juillet 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  65354) a fait valoir concernant cette dénomination que si les décisions du comité avaient un caractère purement consultatif, elles ne devraient pas lier le directeur du Fonds. Ce dernier devra en effet, à défaut d'être d'accord avec l'avis du comité relatif au montant de l'aide à allouer, soumettre la demande au conseil d'administration qui arrêtera in fine le montant de l'aide. La Conseil d'Etat a de surplus constaté que la procédure d'allocation envisagée par le projet de loi n'est pas compatible avec le projet de règlement grand-ducal qui a pour objet l'exécution de la loi en projet. L'article 5 du projet de règlement grand-ducal dispose en effet, en son dernier alinéa, que «Le directeur du Fonds exécute l'avis du comité. Il fixe le montant de l'aide, les modalités de son versement et de son remboursement ainsi que les conditions, les critères et toutes autres modalités que le comité a jugé appropriées». Le Conseil d'Etat a en conséquence fait valoir que la procédure d'allocation envisagée par le projet de loi était de nature à créer un vide juridique contraire aux exigences de sécurité juridique. Il a annoncé qu'il se verrait contraint de refuser la dispense du second vote constitutionnel si la procédure proposée n'était pas clarifiée.

# c) Incohérences par rapport à d'autres textes ou principes de droit

1. L'article 6 du projet de loi portant réforme du dialogue social à l'intérieur des entreprises propose de remplacer les termes «comité mixte» par ceux de «la délégation du personnel d'une entreprise occupant au moins 150 salariés», à travers le Code du travail et dans toutes les autres dispositions légales et réglementaires. Dans son avis du 2 juillet 2013 relatif au projet de loi précité, le Conseil d'Etat a relevé que l'application de cette disposition est susceptible de



donner lieu à des incohérences risquant de créer une insécurité juridique. Il a par ailleurs souligné que la hiérarchie des normes et le parallélisme des formes interdisent le renvoi dans un texte de loi à une norme hiérarchiquement inférieure. Le Conseil d'Etat a dès lors insisté, sous peine d'opposition formelle, d'une part à ce qu'il soit procédé à un toilettage minutieux du Code du travail et des autres textes légaux afin de les adapter aux modifications résultant de l'abolition du comité mixte, et d'autre part à ce que le renvoi aux dispositions réglementaires soit omis.

- 2. Le projet de règlement grand-ducal relatif à la formation et au contrôle des connaissances des fonctionnaires de la carrière du cantonnier de l'Administration des ponts et chaussées chargés de constater les infractions à la loi du 21 décembre 2009 relative au régime des permissions de voirie (doc. parl.  $n^{\circ}$  5823), prévoyait la délivrance d'une carte d'identification non seulement pour les fonctionnaires assermentés en tant qu'officiers de police judiciaire, mais également pour ceux qui ne sont pas habilités à constater des infractions à la loi précitée. Dans son avis du 22 janvier 2013, le Conseil d'Etat a fait valoir dans ce contexte qu'il serait, pour des raisons de sécurité juridique, hautement indiqué d'harmoniser la configuration des cartes d'identification des officiers de police judiciaire afin de prévenir des abus d'autorité qui sont facilités, en présence d'un foisonnement de modèles de cartes variant d'une administration à l'autre. Le Conseil d'Etat a également demandé que les auteurs du texte prévoient explicitement une date limite de validité desdites cartes, afin d'éviter le maintien en vigueur des cartes lorsque la finalité en vue de laquelle elles ont été émises n'est plus remplie.
- 3. Le projet de loi portant e. a. modification du Code de la consommation (doc. parl.  $n^{\circ}$  6478) propose en son article 2, point 5 d'introduire un article L.113-9 dont le paragraphe 2 dispose que «Ces infractions [aux articles L.113-1 à L.113-8] peuvent être punies par des avertissements taxés, décernés par les fonctionnaires de la police grand-ducale habilités à cet effet par le directeur général de la police grand-ducale». Afin de respecter les prérogatives du juge pénal, le Conseil d'Etat, dans son avis du 14 mai 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6478<sup>6</sup>), s'est opposé formellement à l'emploi du terme «punies» qui est une notion impropre dans le contexte de l'émission d'avertissements taxés. Il a proposé de remplacer le paragraphe 2 par un texte libellé comme suit: «Des avertissements taxés peuvent être décernés par les fonctionnaires de la Police grand-ducale habilités à cet effet par le directeur général de la Police grand-ducale».
- 4. L'article 38 du projet de loi modifiant 1. la loi modifiée du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6477), propose l'ajout d'un nouvel alinéa à l'article 63 de la loi préci-



tée du 19 janvier 2004, aux termes duquel «Ces associations [d'importance nationales qui exercent depuis au moins 3 ans leurs activités statutaires dans le domaine de la nature et de l'environnement faisant l'objet d'un agrément par le ministre compétent] ont un droit de recours contre les décisions administratives prises en vertu de la présente loi dans la mesure où ces décisions relèvent de la compétence du ministre et portent un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs que ces associations ont pour objet de défendre, même si celles-ci ne justifient pas d'un intérêt matériel et même si l'intérêt collectif dans lequel elles agissent se couvre entièrement avec l'intérêt social». Le Conseil d'Etat a rappelé concernant l'ajout proposé que la jurisprudence des juridictions administratives reconnaît déjà dans certaines circonstances aux associations visées un intérêt à agir pour exercer un recours contre les décisions administratives visées. Estimant qu'il serait préférable de laisser au juge l'appréciation de l'intérêt à agir desdites associations, il a recommandé aux auteurs de ne pas changer cette solution jurisprudentielle en solution légale. Dans l'hypothèse où les auteurs ne voudraient pas suivre ce conseil, il a souligné que la modification proposée devrait être faite au niveau de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif. Il s'est dans tous les cas opposé au maintien du texte dans la forme proposée par les auteurs en ce que la terminologie employée, et notamment les termes «intérêt collectif», «intérêt matériel» et «intérêt social», diffèrent de manière substantielle de la nomenclature qui est communément d'usage en matière de droit administratif. Pour des raisons de sécurité juridique, le Conseil d'Etat a dès lors annoncé qu'il ne saurait accorder la dispense du second vote constitutionnel en cas de maintien du texte en la forme proposée.

5. L'article 1er du projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques; 2) la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6517), avait pour objet de remplacer l'article 5 de la loi précitée du 14 février 1955 par un nouveau texte dont le paragraphe 3, point 3 disposait que «Les règlements du conseil communal sont publiés après leur approbation ministérielle par voie d'affiche dans la commune et par voie électronique». Le Conseil d'Etat, dans son avis du 30 avril 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6517³), a souligné à cet égard que l'approche des auteurs du projet de loi, consistant à prévoir des formes de publication différentes selon la matière traitée par les règlements à publier se heurtait au principe de la sécurité juridique. Il a d'autre part fait valoir qu'en omettant de préciser les formes de la publication électronique, le texte ne respectait pas les exigences de l'article 112 de la Constitution. Le Conseil d'Etat s'est en conséquence formellement opposé à cette disposition.



Le 26 février 2013, le Conseil d'Etat a rendu un avis (doc. parl.  $n^{\circ}$  63308) 6. qui portait sur l'amendement parlementaire n°16 du 22 octobre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  63306) ainsi que sur l'amendement gouvernemental du 29 janvier 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6330<sup>7</sup>) au projet de loi portant sur l'identification des personnes physiques, au registre national des personnes physiques (...). L'amendement parlementaire n° 16 concernait l'article 27 du projet de loi précité, tandis que l'amendement gouvernemental visait à modifier l'article 24 de ce même projet de loi. Les deux amendements avaient en commun qu'ils concernaient les personnes travaillant pour une institution européenne ou internationale ou une représentation diplomatique, les membres de leur famille ainsi que leurs employés. Si l'amendement parlementaire prévoyait que les personnes précitées, jouissant du statut diplomatique ou étant titulaires d'une carte de légitimation, doivent être inscrites sur le registre communal d'attente prévu à l'article 27 du projet de loi, l'amendement gouvernemental disposait, quant à lui, que les personnes qui ne jouissent pas du statut diplomatique ainsi que les membres de leur famille et de leur personnel auxquelles une carte de légitimation a été délivrée, sont inscrites sur le registre communal principal. Le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 26 février 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  63308), s'est concernant les deux amendements référé à l'article 8 de la loi du 7 août 2012 relative à la carte d'identité pour les membres des corps diplomatiques et consulaire résident et les agents de l'Union européenne et des Organisations internationales ayant leur siège au Luxembourg (doc. parl.  $n^{\circ}$  6313), en vertu duquel «la carte diplomatique et les cartes de légitimation [...] constituent la preuve de la résidence légale mais non permanente de leur titulaire au Grand-Duché». Il a en conséquence souligné que, concernant la preuve de la résidence légale, les deux types de cartes sont mis sur un pied d'égalité et que l'approche des amendements parlementaire et gouvernemental, consistant à distinguer entre les titulaires d'une carte diplomatique et ceux d'une carte de légitimation, n'était dès lors pas conforme à celle de l'article 8 de la loi précitée du 7 août 2012. Il a par ailleurs renvoyé à son avis du 25 octobre 2011 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6313<sup>1</sup>) concernant le projet de loi qui est devenu la loi précitée du 7 août 2012, dans lequel il avait souligné que «le régime diplomatique est une fiction juridique, en ce sens que la personne qui bénéficie du régime est censée ne pas être entrée sur le territoire de l'Etat à l'égard duquel elle représente son pays d'origine ou une institution internationale», pour conclure que la présence sur le territoire luxembourgeois d'une personne bénéficiant du régime diplomatique n'est pas à considérer comme séjour au sens de la législation sur la libre circulation. Concernant plus particulièrement l'amendement gouvernemental (doc. parl.  $n^{\circ}$  6330<sup>7</sup>), le Conseil d'Etat a en conséquence observé que comme l'inscription sur le registre principal requiert une «résidence habituelle», celle des personnes visées par l'article 8 de la loi précitée du 7 août 2012 devrait y être exclue au regard de la fiction juridique qui est inhérente au régime diplomatique. Le Conseil d'Etat s'est en conséquence formellement opposé aux



amendements parlementaire et gouvernemental en demandant que les personnes qui sont titulaires d'une carte diplomatique ou d'une carte de légitimation soient traitées de manière identique en les inscrivant sur le registre d'attente prévu à l'article 27 du projet de loi.

7. Les amendements gouvernementaux au projet de loi portant réforme de la Commission des normes comptables (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6376) proposaient la constitution de la commission des normes comptables sous forme d'une fondation au sens de la loi du 21 avril 1928 sur les associations et les fondations sans but lucratif. Le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 16 avril 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  63768), s'est formellement opposé à ces amendements gouvernementaux. Il a fait valoir que la forme juridique d'une fondation au sens de la loi précitée du 21 avril 1928, ne convient pas, pour la future commission des normes comptables aux motifs que la fondation est, dans l'esprit de la loi modifiée de 1928, une institution de droit privé à finalité philanthropique, alors que la commission des normes comptables est destinée à associer des partenaires publics et privés. Il a proposé la constitution de la commission des normes comptables sous la forme d'un groupement d'intérêt économique (GIE), au sens de la loi modifiée du 25 mars 1991 sur les groupements d'intérêt économique, regroupant les acteurs publics et privés intervenant dans le domaine des normes comptables. Le Conseil d'Etat a été suivi en cette proposition et a ainsi accordé la dispense du second vote constitutionnel lors de sa séance plénière du 12 juillet 2013.

# d) Texte lacunaire

1. Il est proposé par les amendements parlementaires du 16 mai 2012 concernant le projet de loi portant a) réforme du Titre II.- du Livre Ier du Code civil "Des actes de l'état civil" et modifiant les articles 34, 47, 57, 63, 70, 71, 73, 75, 76, 79 et 95; b) réforme du Titre V.- du Livre Ier du Code civil "Du mariage" (...) (doc. parl. n° 6172A) d'introduire un nouvel alinéa 2 à l'article 47 du Code civil qui a trait aux vérifications qui pourraient s'imposer à l'officier de l'état civil en cas de doute sur l'authenticité ou l'exactitude d'un acte d'un état civil étranger. Selon le commentaire afférent à cet amendement, la disposition serait inspirée du libellé de l'article 22-1 de la loi française n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations telle que modifiée par la loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006. Le dispositif français vise les décisions de refus prises par une autorité administrative et susceptibles d'un recours devant les juridictions administratives. Il y est prévu que le silence de l'autorité administrative pendant un délai qui est porté de deux à huit mois en cas de consultation d'une autorité étrangère vaut décision de rejet. La commission parlementaire a proposé de trans-



poser cette approche, qui relève de la procédure non contentieuse administrative, en droit civil. En droit luxembourgeois, le refus de l'officier de l'état civil d'inscrire ou de transcrire un acte de l'état civil étranger sur les registres de l'état civil ne relève en effet pas de la compétence des juridictions administratives, mais des juridictions judiciaires. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 27 novembre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6172²), a relevé le caractère obscur du libellé proposé. Il a notamment fait valoir que le texte ne renseigne pas quelle est l'autorité qui prend la décision de surseoir à l'inscription ou à la transcription et qu'il n'y est d'autre part pas prévu, en ce qui concerne le silence de huit mois visé par les auteurs, s'il s'agit du silence des autorités étrangères ou de celui du procureur d'Etat. Il a également rendu attentif qu'aucune voie de recours n'est prévue dans l'hypothèse d'un rejet. Le Conseil d'Etat, estimant que les imprécisions et l'incohérence du texte proposé violent le principe de la sécurité juridique, s'est formellement opposé au libellé du nouvel alinéa 2 de l'article 47 amendé.

2. Le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie (doc. parl.  $n^{\circ}$  6415) envisage en son article unique, point 9, c) d'étendre la possibilité d'obtenir une réduction de la peine que la loi appelée à être modifiée établit déjà en faveur des personnes coupables d'infractions liées aux stupéfiants qui révèlent aux autorités l'identité d'auteurs d'infractions relatives à la production et au trafic de stupéfiants, aux coupables d'infractions graves qui ne sont pas visées par la loi précitée du 19 février 1973, en reprenant tel quel le catalogue des infractions de l'article 48-17 du Code d'instruction criminelle en matière d'opérations d'infiltration. Dans son avis du 22 janvier 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  64151) le Conseil d'Etat a relevé ne pas méconnaître l'utilité, voire la nécessité, d'introduire dans le Code pénal des dispositions permettant de réduire la peine de ceux qui, tout en ayant commis une infraction grave, communiquent des renseignements utiles à la justice. Il a toutefois souligné que l'information doit être d'une qualité réelle. Il s'est à cet égard référé à la loi française 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, qui institue un régime complet du «repenti» et qui ne conçoit une réduction de la peine encourue que si la révélation aux autorités «a permis de faire cesser l'infraction, d'éviter que l'infraction ne produise un dommage et, le cas échéant, d'identifier les auteurs ou complices» pour constater que la précision fondamentale, qui établit un lien logique entre l'infraction et la justification de la réduction de la peine, fait défaut dans le texte lui soumis pour avis. Le Conseil d'Etat s'est en conséquence formellement opposé au libellé proposé en ce qu'il porte atteinte à la cohérence juridique du régime des peines. La commission parlementaire a en conséquence de l'avis du Conseil d'Etat renoncé à la disposition critiquée (doc. parl.  $n^{\circ} 6415^{3}$ ).



- Le projet de loi relative à la protection nationale (doc. parl.  $n^{\circ}$  6475) a pour 3. objet de mettre à la disposition du Gouvernement l'instrumentaire nécessaire pour la prévention et la gestion des crises nationales. Il s'agit de créer une administration – l'Administration de la Protection nationale – et de constituer le cadre juridique nécessaire afin de permettre à celle-ci de coordonner les actions de tous les intervenants en matière de prévention des menaces et de gestion des crises. Dans son avis du 2 juillet 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6475<sup>4</sup>), le Conseil d'Etat s'est d'emblée heurté à une lacune fondamentale en ce que les auteurs du projet présument que toute crise nationale pourrait être résolue avec les moyens de bord, dans le respect de la Constitution ainsi que des lois et des règlements en vigueur, et que, pour trouver la flexibilité et la rapidité requises pour faire face à une crise, il suffirait de confier à une administration des attributions extraordinaires qui éclipseraient celles des ministres. Le Conseil d'Etat a relevé qu'en cas de grave crise, le Gouvernement ne pourrait réagir de façon adéquate qu'en aménageant temporairement certaines dispositions de la Constitution et en suspendant certaines lois. Il a dès lors estimé irresponsable de ne pas prévoir cette situation dans le projet de loi en proposant le cadre normatif d'exception y correspondant. Il a ainsi proposé dans son avis précité de mettre à profit la révision actuellement en cours de la Constitution (doc. parl.  $n^{\circ}$  6030) pour adapter celle-ci afin qu'une solution comparable à celle de la crise internationale (au sens de l'article 32(4) de la Constitution) y soit dédiée aux crises ayant exclusivement un caractère national. Cette solution aurait l'avantage de fournir au Gouvernement les moyens véritables dont il aurait besoin. Le projet de loi propose en effet de donner à l'administration en charge de la protection nationale une certaine liberté d'action en adaptant ponctuellement certaines lois – comme par exemple celle sur les réquisitions, celle relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel et autres textes issues des traités internationaux auxquels le Luxembourg est lié et qui priment sur la Constitution. Ainsi, l'alignement du texte constitutionnel destiné à gérer les crises nationales sur le texte de l'article 32(4) de la Constitution aurait pour avantage de donner au Gouvernement des pouvoirs suffisants pour dépasser le cadre des lois tel qu'il est tracé par le législateur pour organiser le fonctionnement de l'Etat en situation de normalité, de sorte que le projet de loi sous examen pourrait se limiter à régler l'aspect de la préparation et de la prévention des crises, ainsi qu'à la mise en place des structures et procédures nécessaires à cet effet.
- 4. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 22 mars 2013 sur le projet de loi relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6471²), s'est formellement opposé à l'article 194 qui visait à ajouter à l'article 157, cinquième tiret de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, une référence à la société en commandite simple et une référence à l'article 12ter, alinéa 2 de la loi précitée du 10 août 1915, afin



de tenir compte dans cet article, à l'endroit concernant la prescription des actions en nullité des sociétés commerciales, de la prescription de l'action en nullité de la société en commandite simple. Le Conseil d'Etat, soulignant d'une part que la nullité d'une société en commandite simple n'est pas régie par l'article 12ter, mais par l'article 16, paragraphe 7 nouveau de la loi précitée du 10 août 1915, ce qui aurait pour effet d'emporter un conflit entre ces deux dispositions, et constatant d'autre part que le texte resterait muet relativement à la prescription de l'action en nullité d'une société en commandite spéciale, a proposé pour des raisons de sécurité juridique, d'insérer un tiret supplémentaire à l'article 157 de la loi de 1915 libellé comme suit:«[Sont prescrites par cinq ans]- toutes actions en nullité d'une société en commandite simple ou d'une société en commandite spéciale fondées respectivement sur l'article 16, paragraphe 7 ou sur l'article 22-1, paragraphe 8, à partir de la publication, lorsque le contrat a reçu son exécution pendant cinq ans au moins, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient dus;». La loi a été adoptée le 12 juillet 2013 avec la proposition de texte du Conseil d'Etat.

- 5. Le projet de loi modifiant 1. la loi modifiée du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6477) visait à résoudre un conflit entre deux normes contradictoires de rang différent par une disposition aux termes de laquelle «en cas de contradiction entre les dispositions d'un règlement communal portant création d'une zone protégée d'importance communale et celles d'un autre règlement communal édicté par la commune concernée, ce sont les dispositions les plus sévères qui sont applicables». Dans son avis du 26 février 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6477<sup>4</sup>), le Conseil d'Etat a fait valoir à l'égard de cette proposition qu'à défaut de prévoir des critères clairement définis et pondérés, la comparaison entre les règlements en cause risquera de s'avérer malaisée sinon impossible, et de ne pas aboutir dans tous les cas à un résultat univoque et incontestable. Il s'est en conséquence formellement opposé à cette règle de conflit qu'il a estimée contraire au principe de la sécurité juridique.
- 6. Dans son avis du 2 juillet 2013 relatif projet d'arrêté grand-ducal autorisant la création du Groupement européen de coopération territorial (GECT) «Secrétariat du Sommet de la Grande Région», le Conseil d'Etat a exprimé dans ses considérations générales ses plus vives réticences concernant l'article 22 des statuts du GECT prévoyant que «Toute personne qui s'estime lésée par les actes ou omissions du GECT peut faire valoir ses droits par voie juridictionnelle auprès du Tribunal Administratif de Luxembourg», en ce que cette disposition ne vise pas les litiges qui relèvent, en vertu de l'article 84 de la Constitution, de la seule compétence des juridictions judicaires.



7. L'article 7, paragraphe 15 du projet de loi ayant e. a. pour objet l'organisation des centres de recherche publics (doc. parl.  $n^{\circ}$  6527) établissait le principe de l'allocation des indemnités et jetons aux membres du conseil d'administration en raison de leurs présence aux réunions du conseil d'administration des centres de recherche publics. Il était par ailleurs proposé de soumettre les jetons et les indemnités de présence à l'approbation du Gouvernement en conseil. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 12 juillet 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6527<sup>4</sup>), a relevé que le projet de loi ne renseignait pas qui prend l'initiative de la fixation des indemnités et jetons de présence prévus. Il a distingué deux hypothèses en soulignant que s'il était prévu de fixer les montants des indemnités par le biais du pouvoir réglementaire des établissements publics, il faudrait, en vertu de l'article 108bis de la Constitution, inscrire cette compétence dans la loi, mais que s'il était envisagé de confier la fixation des montants au Gouvernement en conseil, ce qui serait contraire à l'article 36 de la Constitution, qui réserve l'exécution des lois au Grand-Duc, il faudrait charger le Grand-Duc de la fixation desdits montants. Le Conseil d'Etat s'est en conséquence formellement opposé à l'article 15, paragraphe 7 du projet de loi.

# e) Impossibilité pour le législateur de reléguer une disposition coercitive aux soins d'une initiative privée

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 13 novembre 2012 sur le projet de loi relative aux titres dématérialisés (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  63271), a relevé que le nouvel article 71bis à introduire dans la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (article 26, point 9), est libellé de façon équivoque. Cet article dispose en effet que «Les statuts de sociétés qui émettent des actions ou titres dématérialisés prescrivent que seuls peuvent participer à l'assemblée générale et exercer leur droit de vote les personnes qui détiennent les actions ou titres dématérialisés à une date précédant l'assemblée générale, dite date d'enregistrement. Cette date est le quatorzième jour qui précède l'assemblée à vingt-quatre heures (heure de Luxembourg)». Le Conseil d'Etat a observé qu'on pourrait comprendre que seuls les porteurs de titres dématérialisés auront accès à une assemblée générale, à l'exclusion, par raisonnement a contrario, des porteurs de titres nominatifs et au porteur. Il a par ailleurs ajouté que, comme le texte ne laisse pas de choix quant à la date-butoir, celle-ci étant en effet péremptoirement fixée au 14e jour à 24h00 précédant l'assemblée générale, il s'impose non pas de renvoyer aux statuts, mais d'introduire une disposition coercitive dans la loi elle-même. Il a souligné à cet égard que l'approche adoptée de reléguer une disposition obligatoire aux soins de l'initiative privée de modifier les statuts constitue une approche dangereuse incompatible avec l'impératif de la sécurité juridique. Le Conseil d'Etat s'est en conséquence formellement opposé à cette disposition. Le Conseil d'Etat a finalement formulé une proposition de texte libellée ainsi: «Les porteurs d'actions ou titres dématérialisés peuvent accéder à l'assemblée



générale et exercer leurs droits uniquement s'ils détiennent lesdits actions ou titres dématérialisés au plus tard le quatorzième jour précédant l'assemblée à 24 heures, heure de Luxembourg». Cette proposition de texte a été reprise par le législateur. La loi a été adoptée le 6 avril 2013.

# 6) Principe de la hiérarchie des normes

L'article 1er du projet de loi modifiant 1) la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques; 2) la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6517), a pour objet de remplacer l'article 5 de la loi précitée du 14 février 1955. Constatant que le paragraphe 3, point 3 du nouvel article 5, aux termes duquel «Le conseil communal fait les règlements de circulation communaux, sauf en cas d'urgence. Ces règlements sont soumis à l'approbation du ministre ayant les Transports dans ses attributions», est redondant par rapport à l'article 107 de la Constitution, le Conseil d'Etat, dans son avis du 30 avril 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6517³) s'y est formellement opposé dans le souci d'éviter qu'il y ait erreur sur la nature normative de la disposition en cause.

# 7) Principe de la confiance légitime

L'article 14 du projet de loi relative à la protection nationale (doc. parl.  $n^{\circ}$  6475) dispose que «Les propriétaires et opérateurs d'une infrastructure critique doivent prendre, à leurs frais, les mesures nécessaires qui permettent d'en assurer la protection (...) d'en améliorer la résilience et de faciliter la gestion d'une crise (...)». L'article 2 du projet de loi définit l'infrastructure critique comme «tout point, système ou partie de celui-ci qui est indispensable à la sauvegarde des intérêts vitaux ou des besoins essentiels de tout ou partie du pays ou de la population (...)». Le Conseil d'Etat, dans son avis du 2 juillet 2013 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6475<sup>4</sup>), n'a pas pu marquer son accord à l'approche adoptée par les auteurs. Il a en effet souligné que la disposition de l'article 14 précité aurait l'effet d'une sorte d'expropriation à l'envers. Il a notamment fait valoir que, pour un entrepreneur privé, l'obligation de prendre à sa propre charge les frais de mise en état de protection, en tout ou en partie, n'est concevable que dans la mesure où les travaux apportent une plus-value à son exploitation. Pour le solde, ces frais devraient être supportés par la communauté nationale. Il a relevé que le texte proposé ne fait d'ailleurs pas de distinction avec suffisamment de précision entre l'obligation qui peut être faite au propriétaire privé de mettre en place des mesures de sécurité qui dépassent celles dictées par le simple fonctionnement économique de son entreprise et de ses équipements, et la prise en charge des frais engendrés par les mesures de sécurité dictées par l'intérêt national. Il a observé que cette approche risquerait le cas échéant d'ébranler la confiance légitime dans l'action administrative à laquelle l'exploitant est en droit de prétendre, et cela d'autant plus que ces mesures sont définies ex post, c. à d. après que l'entreprise et ses équipe-



ments ont été réalisés conformément aux autorisations usuelles. Le Conseil d'Etat a en conséquence annoncé qu'il se verrait dans l'impossibilité d'accorder la dispense du second vote constitutionnel en cas de maintien de la version de l'article 14 lui soumise.

### 8) Interdiction des clauses léonines

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 22 mars 2013 sur le projet de loi relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6471<sup>2</sup>), s'est formellement opposé à la disposition de l'article 188 qui introduit un nouvel article 19 dans la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, dont l'alinéa 2 dispose qu'«un associé ne peut être exclu du partage des profits ou affranchi de sa part des pertes que dans les cas expressément prévus au contrat social». Le Conseil d'Etat a en effet rappelé qu'en vertu de l'article 1855 du Code civil, qui peut être considéré comme une disposition d'ordre public, les clauses léonines sont interdites.



# H) LEGISTIQUE FORMELLE

# 1) Le préambule

- 1. Dans son avis du 25 septembre 2012 concernant le projet de loi accordant la naturalisation à Madame la Comtesse Stéphanie de Lannoy (doc. parl.  $n^{\circ}$  6474<sup>1</sup>), le Conseil d'Etat a relevé (doc. parl. 6474-1) que le préambule et la formule de promulgation doivent être omis au stade du projet de loi. Il a également souligné que le préambule de la future loi ne saurait faire référence à une autre loi, en l'occurrence celle du 23 octobre 2008 sur la nationalité luxembourgeoise.
- 2. Dans son avis du 23 octobre 2012 relatif au projet de règlement grand-ducal portant e. a. adaptation des montants des forfaits visés par le règlement grand-ducal du 17 août 2011 précisant le financement des mesures d'aide sociale à l'enfance et à la famille et redus aux prestataires du chef des prestations effectuées au cours des années 2011 et 2012, le Conseil d'Etat a relevé qu'il y a lieu de faire abstraction au préambule du visa relatif au règlement grand-ducal du 17 août 2011, en ce que le principe de la hiérarchie des normes s'oppose à ce qu'un acte de même valeur normative soit invoqué comme fondement légal d'un règlement grand-ducal.
- 3. Dans son avis du 25 septembre 2012 sur le projet de règlement grand-ducal instituant un régime d'aides en faveur des propriétaires de bâtiments d'habitation construits avant le 31 août 1986 en vue de l'amélioration de l'isolation acoustique contre le bruit aérien en provenance de l'aéroport de Luxembourg, le Conseil d'Etat a proposé de faire abstraction au préambule du projet de règlement grand-ducal du visa relatif au règlement grand-ducal du 2 août 2006, en ce qu'en vertu du principe de la hiérarchie des normes, il n'est pas correct d'invoquer un acte de même valeur normative comme fondement légal d'un règlement grand-ducal.
- 4. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 18 juin 2013 sur le projet de loi relatif à l'organisation du marché des produits pétroliers (doc. parl.  $n^{\circ}$  6533<sup>3</sup>), a constaté que le projet en question comporte un préambule ainsi qu'une formule de promulgation grand-ducale. Sous peine d'opposition formelle, il a demandé la suppression tant du préambule que de la formule de promulgation. Il a en effet fait valoir qu'il n'est pas permis d'ajouter ces deux éléments au texte d'un projet de loi, en ce qu'il n'appartient pas au pouvoir exécutif d'anticiper sur les compétences réservées par la Constitution à la Chambre des députés et au Conseil d'Etat. Concernant la promulgation des lois, il a plus particulièrement souligné qu'elle est en vertu de l'article 34 de la Constitution une compétence réservée au Grand-Duc, impliquant que la formule consacrée pour y



procéder ne saurait faire partie du dispositif d'un projet de loi soumis à l'approbation du législateur.

5. Dans son avis du 9 octobre 2012 relatif au projet de loi portant modification 1. de la loi du 31 juillet 2006 portant introduction d'un Code du travail; 2. de la loi modifiée du 12 juin 2004 portant création d'une Administration des services de secours (doc. parl.  $n^{\circ} 6453^{2}$ ), le Conseil d'Etat a relevé que contrairement aux usages légistiques, les auteurs proposent un préambule au projet de loi qui ne saurait cependant être ajouté en début de procédure législative, en ce qu'il n'appartient pas au Gouvernement d'anticiper ni sur la décision de la Chambre des députés d'adopter la loi en projet ni sur la décision de la Chambre des députés et celle du Conseil d'Etat concernant la forme de cette adoption telle que prévue à l'article 59 de la Constitution.

## 2) Formule de promulgation

Dans son avis du 23 octobre 2012 sur le projet de loi modifiant a) la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques et b) la loi modifiée du 6 mars 1965 concernant les taxes à percevoir sur les demandes en obtention des documents prescrits pour la mise en circulation et la conduite de véhicules (doc. parl.  $n^{\circ}$  63995), le Conseil d'Etat a relevé que la formule de promulgation ne faisait pas partie du dispositif d'une loi contrairement à la formule exécutoire figurant dans un règlement grand-ducal. Il a dès lors demandé sous peine d'opposition formelle la suppression de l'article XVI de la loi en projet comme étant contraire aux exigences de l'article 34 de la Constitution qui dispose que «Le Grand-Duc promulgue les lois dans les trois mois du vote de la Chambre». 12

# 3) Amendements sans lien direct avec le projet déposé

1. L'amendement gouvernemental du 3 août 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6444<sup>1</sup>) tendait à ajouter un article II au projet de loi portant incrimination de l'abus de faiblesse à l'effet de modifier la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire et de permettre la mise en place d'une seconde chambre criminelle auprès d'un tribunal d'arrondissement. Si le Conseil d'Etat, dans son avis du 9 octobre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6444<sup>2</sup>), a pu approuver l'amendement proposé quant à sa substance, il a toutefois rendu attentif qu'il manque un lien direct entre l'amendement proposé et le projet de loi initial. D'un point de vue légistique, il a en conséquence proposé de scinder le projet de loi.

Dans le même sens: Avis du Conseil d'Etat du 12 mars 2013 concernant l'article 4 du projet de loi portant modification de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques (doc. parl. *n*° 6493<sup>4</sup>).



- 2. Le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 20 novembre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  63877) concernant les amendements parlementaires du 19 octobre 2012 au projet de loi portant réforme de l'assurance pension (doc. parl.  $n^{\circ}$  6387), a constaté que les amendements parlementaires 10 et 11 contenaient des modifications sans lien direct avec le projet de loi initial. Les modifications proposées ne concernaient en effet pas l'assurance pension mais avaient trait à la fixation du prix des médicaments (amendement 10) et à l'office social (amendement 11). Le Conseil d'Etat a rappelé sa désapprobation concernant la démarche empruntée par les auteurs qui consiste à profiter des amendements à un projet de loi pour changer des aspects essentiels d'une loi étrangère à l'objet poursuivi par le projet de loi en question. Il a ajouté que ces modifications prévues constituent des «cavaliers législatifs» et que cette méthode conduit en pratique à soustraire le texte modificatif à l'avis des chambres professionnelles devant être consultées. Les amendements parlementaires du 22 novembre 2012 n'ont pas abandonné les dispositions modificatives en question.
- 3. Le 20 juin 2012, le Conseil d'Etat a été saisi d'un amendement gouvernemental au projet de loi portant modification de la loi modifiée du 21 mai 1999 concernant l'aménagement du territoire (doc. parl.  $n^{\circ}$  62049). Cet amendement, qui tend à compléter l'article 37 de la loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain, est manifestement étranger à l'objet de la loi en projet. Dans son avis du complémentaire du 25 septembre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  620412), le Conseil d'Etat a relevé que profiter des dispositions modificatives en question pour changer des aspects essentiels d'une loi étrangère à l'objet poursuivi par le projet de loi soumis à la Chambre des députés rappelle la technique «des cavaliers budgétaires» ayant buté plus d'une fois dans le passé sur l'opposition catégorique du Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat a en conséquence demandé d'omettre cet amendement dans le cadre du projet de loi sous examen.

# 4) Présentation formelle des dispositions modificatives

Dans son avis du 22 janvier 2013 relatif au projet de loi portant modification du Chapitre III du Titre IV du Livre V du Code du travail (doc. parl.  $n^{\circ}$  652 $l^{1}$ ), le Conseil d'Etat a critiqué que le projet de loi reproduit l'intégralité du chapitre III précité concernant l'insertion des jeunes dans la vie active, y compris les articles ne faisant l'objet d'aucune modification, en omettant d'énoncer de manière expresse les modifications envisagées aux différents articles du Code du travail. Cette approche, qui est contraire aux principes légistiques, conduit en effet à enlever toute lisibilité aux modifications proposées.



# 5) Emplacement d'une disposition modificative

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 22 mars 2013 sur le projet de loi relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6471<sup>2</sup>), s'est formellement opposé à la disposition de l'article 191, dernier alinéa qui dispose que «les articles 1865, 3°, 4° et 5° et 1869 du Code civil ne s'appliquent ni à la société en commandite simple ni à la société en commandite spéciale». Le Conseil d'Etat s'est interrogé sur la signification de cet alinéa, non pas quant à son contenu, mais quant à sa place dans la construction normative. S'agissant, en ce qui concerne l'article 191 du projet de loi, d'une disposition modificative qui, une fois la loi entrée en vigueur, s'intégrera dans la loi modifiée du 10 août de 1915 concernant les sociétés commerciales, l'alinéa en question ne le sera ni dans cette loi, ni dans le Code civil et il faudra se référer à la loi à venir, et plus particulièrement à une disposition modificative pour prendre connaissance de l'existence de cette nouvelle disposition. En raison de l'insécurité juridique qui serait ainsi créée, le Conseil d'Etat a dès lors demandé, sous peine d'opposition formelle, que le dernier alinéa de l'article 191 soit intégré dans la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, notamment aux articles relatifs à la société en commandite simple et à la société en commandite spéciale à l'instar de ce qui a été fait pour la société anonyme, et, partant, pour la société en commandite par actions (article 99 de la loi de 1915) et la société à responsabilité limitée (article 180-1 de la loi de 1915).

# 6) Effet de l'abrogation d'un acte contenant des dispositions autonomes et modificatives

Dans le commentaire afférent à l'amendement parlementaire n° 39 du 9 août 2012 relatif au projet de loi concernant le surendettement (doc. parl.  $n^{\circ}$  6021<sup>14</sup>), les auteurs ont expliqué que l'abrogation expresse de l'article 4, 6° du Nouveau Code de procédure civil ne s'avèrerait pas nécessaire en ce que l'abrogation de la loi modifiée du 8 décembre 2000 sur le surendettement entraînerait *ipso facto* celle du point 6 de l'article 4 du Nouveau Code de procédure civile, qui a été introduit par la loi précitée du 8 décembre 2000. Dans son deuxième avis complémentaire du 25 septembre 2012 (doc. parl.  $n^{\circ}$  6021<sup>15</sup>), le Conseil d'Etat ne s'est pas rallié à ce raisonnement. Il a en effet souligné qu'une disposition modificative n'existe que par rapport au texte originel et que partant, l'abrogation d'un acte comportant à la fois des dispositions autonomes et des dispositions modificatives, emporte la disparition des seules dispositions autonomes. Les modifications apportées par cet acte continuent à garder leur entière validité dans le cadre du texte originel dans lequel elles ont été intégrées. Le Conseil d' Etat a en conséquence exigé qu'un article spécifique soit consacré à l'abrogation de l'article 4, point 6 du Nouveau Code de procédure civile.



## 7) Entrée en vigueur

Dans son avis du 9 octobre 2012 relatif au projet de règlement grand-ducal portant abrogation de l'article 49 du règlement grand-ducal du 20 décembre 2001 portant exécution des articles 1er et 2 de la loi du 8 septembre 1998 réglant les relations entre l'Etat et les organismes œuvrant dans les domaines social, familial et thérapeutique pour ce qui concerne l'agrément gouvernemental à accorder aux gestionnaires de structures d'accueil sans hébergement pour enfants, le Conseil d'Etat a proposé la suppression de l'article 2 qui prévoit que le règlement grand-ducal entre en vigueur le jour de sa publication au Mémorial. Le Conseil d'Etat préconise en effet, sauf cas d'urgence exceptionnelle risquant de mettre en jeu les intérêts vitaux du pays, de renoncer à des délais d'entrée en vigueur inférieurs au délai usuel. En effet, l'absence de délai entre la publication et la prise d'effet d'une norme juridique revient à la limite à ignorer le principe de non-rétroactivité des effets des lois et règlements, lorsque que les actes en cause produisent leurs effets dès avant que l'administré ou le justiciable auront pu en prendre connaissance matériellement.



#### PARTIE III

#### **Etudes diverses**

# A) LE POUVOIR NORMATIF DES ETABLISSEMENTS PUBLICS FONDE SUR L'ARTICLE 108bis DE LA CONSTITUTION

par Paul Schmit, Conseiller d'Etat

L'article 108*bis* de la Constitution<sup>13</sup> constitue la base juridique permettant au législateur de créer des établissements publics, tout en en déterminant l'organisation ainsi que l'objet, et de conférer, le cas échéant, à ces établissements publics un pouvoir réglementaire.

Pour tout établissement public à créer par le législateur prévaut le principe de la spécialité tant pour ce qui est de la détermination de l'objet de l'établissement public que pour ce qui est du pouvoir réglementaire qui lui est, le cas échéant, conféré.

Dans ce même ordre d'idées, le pouvoir réglementaire accordé à des établissements publics constitue toujours un pouvoir d'exception. En effet, la compétence de droit commun pour exécuter les lois et les traités internationaux revient au Grand-Duc en vertu des articles 36 et 37 de la Constitution, sans préjudice de l'article 32(3).

\*

En conférant à un établissement public une compétence réglementaire, la loi doit respecter le principe de la spécialité «qui est au fond l'instrument juridique adaptant l'organe à sa mission»<sup>14</sup> et qui se dégage de la détermination légale de l'objet de l'établissement public.

L'obligation de veiller à un alignement strict du champ d'application de la compétence réglementaire sur la portée de l'objet de l'établissement public a déjà été soulignée par le Conseil d'Etat dans son avis complémentaire du 16 mars 2004 relatif à la

Art. 108bis de la Constitution: «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 ou administratifs».

Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 16 mars 2004 relatif à la proposition de révision de l'article 36 de la Constitution (doc. parl.  $n^{\circ}$  4754<sup>5</sup>, p. 8).



proposition de révision de l'article 36 de la Constitution (doc. parl.  $n^{\circ}$  475 $4^{\circ}$ ). Cette façon de voir a été reprise telle quelle par le constituant<sup>15</sup>. C'est dire que le pouvoir réglementaire de l'établissement public est rattaché à son objet légal, sans jamais pouvoir outrepasser le périmètre que la loi a tracé pour cet objet<sup>16</sup>.

\*

Quant au contenu du pouvoir réglementaire des établissements publics, il a été relevé dans l'avis précité du 16 mars 2004, et repris dans le rapport de la commission parlementaire des Institutions et de la Révision constitutionnelle (doc. parl.  $n^{\circ}$  4754<sup>6</sup>), que ce pouvoir peut être conféré par le législateur à l'établissement public en vue de mettre en œuvre la loi par des règles d'application générale dans les domaines relevant de son objet.

Il en résulte que les règlements que les établissements publics sont autorisés à prendre doivent respecter le champ d'application de leur base légale, sans jamais pouvoir y déroger, voire modifier ou compléter celle-ci. Ce principe a été rappelé dans l'avis du Conseil d'Etat du 23 novembre 2010 relatif au projet de loi qui est devenu la loi du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif (doc. parl.  $n^{\circ}$  6170 $^{I}$ ) et encore dans son avis du 13 novembre 2012 relatif au projet de loi portant modification: – de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances; – de la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme (doc. parl.  $n^{\circ}$  6398 $^{3}$ ) ainsi que dans son avis du 27 novembre 2012 relatif au projet de loi sur le secteur des assurances (doc. parl.  $n^{\circ}$  6456 $^{2}$ ).

Enfin, quant à la question de savoir si le pouvoir réglementaire des établissements publics peut intervenir dans les matières que la Constitution a réservées à la loi formelle, la Constitution ne prévoit pas, à l'instar du pouvoir réglementaire d'attribution conféré au Grand-Duc dans les conditions de l'article 32(3), pareil pouvoir au profit des établissements publics. Le pouvoir réglementaire d'attribution de l'article 32(3) constitue une compétence d'exception par rapport au pouvoir de droit commun du Grand-Duc d'exécuter les lois et les traités internationaux, prévu aux articles 36 et 37. Etant donné que les articles 11(6) pour les organes des professions libérales et 108bis pour les établissements publics ne comportent pas cette distinction, la compétence réglementaire, dont ils bénéficient, le cas échéant, au vœu du législateur,

Rapport de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle du 4 mai 2004 sur la proposition de loi portant 1. révision des articles 11, paragraphe (6), 32, 36 et 76 de la Constitution; 2. création d'un article 108bis nouveau de la Constitution (doc. parl.  $n^{\circ}$  4754<sup>6</sup>).

Avis du Conseil d'Etat du 14 juin 2005 concernant 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*° 5263<sup>4</sup>).



constitue a priori un pouvoir d'exécution similaire à celui réservé au Grand-Duc en vertu des articles 36 et 37 de la Constitution.

Or, ce serait ignorer la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui a jugé qu'«il est toutefois satisfait à la réserve constitutionnelle si la loi se limite à tracer les principes directeurs tout en déléguant au pouvoir réglementaire la mise en œuvre du détail» (arrêt 17/03 du 7 mars 2003<sup>17</sup>).

Le Conseil d'Etat a, tout en admettant l'interprétation de la Cour constitutionnelle sur la portée du pouvoir réglementaire des établissements publics dans les matières que la Constitution a réservées à la loi formelle, insisté que dans pareille hypothèse il revient cependant à la loi de déterminer elle-même non seulement la finalité à laquelle le pouvoir réglementaire de l'établissement public doit répondre, mais également les conditions et modalités selon lesquelles celui-ci est en droit de prendre les mesures d'exécution que la loi l'autorise à édicter (cf. avis précité du Conseil d'Etat du 23 novembre 2010, doc. parl.  $n^{\circ}$  6170 $^{I}$ ).

Il convient d'ajouter que dans son avis du 6 juin 2012 relatif à la proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution (doc. parl.  $n^{\circ}$  6030<sup>6</sup>), le Conseil d'Etat a procédé à une analyse détaillée de l'exercice du pouvoir réglementaire tel que celui-ci se dégage du contexte constitutionnel actuel et à venir. Dans ses conclusions relatives à cette analyse (cf. avis du 6 juin 2012, ad «articles 54, 55, 97 et 123 (Article 45 selon le Conseil d'Etat)» et ad «article 138 (Articles 109 et 110 selon le Conseil d'Etat)»), il a proposé de préciser que la compétence des établissements publics de prendre des règlements soit limitée à leur objet (principe de la spécialité!). Les règlements en question devront toujours être conformes à la loi qu'ils ne pourront donc ni étendre, ni restreindre, ni modifier autrement. Ces règlements pourront également être pris dans des matières réservées à la loi par la Constitution sous réserve pourtant que la fin et les conditions pour ce faire soient spécifiées dans la loi. Enfin, en vue de prévenir tout conflit d'application entre les règlements des établissements et les actes réglementaires posés par le Grand-Duc (ou les membres du Gouvernement agissant par délégation), les premiers devront toujours être conformes aux seconds.

\*

Le pouvoir réglementaire de l'établissement public peut en outre être «soumis à un contrôle de la part de l'autorité de tutelle à l'instar de celui qui s'opère au niveau de la décentralisation territoriale en rapport avec l'exercice du pouvoir réglementaire communal»<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Mémorial A n° 41 du 2 avril 2003, p. 656.

<sup>18</sup> Avis complémentaire du Conseil d'Etat précité du 16 mars 2004 (doc. parl. n° 4754<sup>5</sup>, p. 9).



Dans l'optique de l'avis précité du Conseil d'Etat du 6 juin 2012, cette situation ne change pas. En effet, selon le texte proposé par le Conseil d'Etat, la future Constitution abandonnera au législateur la détermination de la portée de la tutelle que l'Etat pourra exercer sur l'établissement public et la décision d'y inclure ou non la tutelle en matière réglementaire.

\*

La problématique du pouvoir réglementaire des établissements publics a récemment fait l'objet d'une série d'arrêts de la Cour constitutionnelle du 19 mars 2013 (n° 76/13 à 96/13¹9).

Dans le contexte sous examen, il convient de mettre plus particulièrement en évidence deux des aspects examinés par la Cour constitutionnelle.

Le premier a trait à la hiérarchie des normes.

La Cour constitutionnelle considère dans ces arrêts que, dans la mesure où le législateur a attribué une compétence réglementaire à un établissement public, il est interdit au pouvoir grand-ducal d'empiéter sur le champ d'exercice de cette compétence réglementaire sous peine de méconnaître la volonté du législateur intervenue en application de l'article 108bis de la Constitution<sup>20</sup>. Ne faut-il pas en déduire que l'acte réglementaire grand-ducal qui ne respecterait pas le champ d'application de la compétence réglementaire de l'établissement public s'exposerait par conséquent à la sanction de l'article 95 de la Constitution?

Il en résulte aux yeux du Conseil d'Etat que, d'après l'agencement constitutionnel, le pouvoir réglementaire de droit commun est réservé au Grand-Duc et l'attribution de compétences réglementaires à d'autres organes publics ou professionnels doit s'opérer, à titre exceptionnel, de manière déterminée. Afin d'éviter tout conflit de compétences entre le pouvoir réglementaire du Grand-Duc, d'une part, et celui des établissements publics, d'autre part, il échet de respecter de façon générale cette répartition. Or, il faut constater que l'article 9 de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une Commission de surveillance de secteur financier (CSSF) confère audit établissement public un pouvoir général de prendre des règlements dans son domaine de compétence, et empêche dès lors de façon générale le pouvoir réglementaire grand-ducal à intervenir en vue de la mise en œuvre de l'ensemble de

<sup>19</sup> Mémorial A n° 54 du 29 mars 2013, p. 682 et suivantes.

<sup>«</sup>Considérant qu'il ressort de la combinaison des articles 36 et 108bis de la Constitution que, dans un tel domaine de spécialité, le Grand-Duc et les établissements publics ont vocation à exercer un pouvoir réglementaire concurrent et que le pouvoir réglementaire du Grand-Duc se trouve ainsi restreint dans la limite du pouvoir réglementaire accordé à l'établissement public moyennant habilitation législative.»



la législation visée. Ce choix du législateur apparaît aujourd'hui, à la lumière de la nouvelle jurisprudence, pour le moins discutable.

Le deuxième aspect qu'il échet de relever concerne la portée du pouvoir réglementaire des établissements publics.

A ce sujet, la Cour constitutionnelle préconise une limitation *ratione materiae* de l'exercice de la compétence réglementaire des établissements publics «à des mesures de détail précises, de nature technique et à portée pratique», écartant a priori l'attribution à un établissement public d'une compétence générale pour exécuter la loi dont relève sa spécialité. En effet, selon les juges constitutionnels, le pouvoir réglementaire des établissements publics doit «[rester] réservé à des mesures de détail précises, de nature technique et à portée pratique, destinées à permettre à celles-ci l'exercice, de façon autonome, d'une mission de régulation sectorielle facilitant la mise en œuvre des normes établies par la loi et, le cas échéant, le règlement grand-ducal».

Le Conseil d'Etat déduit de la position de la Cour constitutionnelle que la lecture que celle-ci fait de l'article 108*bis* de la Constitution conduit à une interprétation bien plus restrictive de la portée du pouvoir réglementaire des établissements publics que celle qu'il y a donnée dans ses avis précités.



## B) LES OFFICIERS DE POLICE JUDICIAIRE DANS LES AVIS DU CONSEIL D'ETAT

par Patrick Santer, Conseiller d'Etat

#### I) Introduction

La présente contribution vise à synthétiser la position adoptée par le Conseil d'Etat au sujet de la création, dans des lois spéciales, d'officiers de police judiciaire autres que les fonctionnaires de la Police grand-ducale, relevant du cadre policier de celle-ci.

La notion de «police judiciaire» vise globalement deux situations différentes, à savoir la mission de police judiciaire, par opposition à la police administrative, et le service de police judiciaire au sein de la Police grand-ducale<sup>21</sup>.

L'article 3 de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police précise que «la Police est compétente sur l'ensemble du territoire du Grand-Duché pour les missions de police administrative et de police judiciaire». Si la police administrative a un rôle préventif, la police judiciaire est répressive. L'article 33 de la loi assigne à la Police grand-ducale, dans le cadre de sa mission de police administrative, «le maintien de l'ordre public, l'exécution des lois et règlements de police généraux et communaux, la prévention des infractions et la protection des personnes et des biens». Dans le cadre de la police judiciaire, selon l'article 34 de cette loi, la Police grand-ducale a pour mission de rechercher les crimes, délits et contraventions, de les constater, de rassembler les preuves, de rechercher les auteurs ou complices de ces infractions et de les déférer aux autorités compétentes. «La police judiciaire [...] constate les infractions que la police administrative n'a pas pu empêcher»<sup>22</sup>.

En pratique, il est souvent malaisé de distinguer entre police administrative et police judiciaire. En effet, ces deux missions sont exercées par les mêmes fonctionnaires de police, qui, face à une situation donnée, passent d'une fonction de police administrative (fonction préventive) à celle de police judiciaire (fonction répressive).

<sup>21</sup> Y compris le service de recherche et d'enquête criminelle.

<sup>22</sup> M. Franchimont, A. Jacobs, A. Masset, Manuel de procédure pénale, 4ème édition, p. 292



Le service de police judiciaire, quant à lui, est composé d'officiers de police judiciaire, d'agents de police judiciaire ou de personnes qui ne sont ni l'un ni l'autre. Les officiers de police judiciaire sont d'abord ceux énumérés à l'article 10 du Code d'instruction criminelle<sup>23</sup>.

Mais, outre cette disposition du Code d'instruction criminelle, un certain nombre de lois spéciales ont conféré à des fonctionnaires et agents la qualité d'officier de police judiciaire qui ne relèvent pas de l'effectif de la Police grand-ducale.

A une question parlementaire n° 1527, le ministre de la Justice et le ministre de l'Intérieur ont, le 12 juillet 2011, précisé qu'en 2009, sans indication de date précise, il y avait au Luxembourg un total de 1.692 fonctionnaires ayant la qualité d'officier de police judiciaire<sup>24</sup>. Ce chiffre n'est certainement plus représentatif, ne serait-ce qu'en ordre de grandeur. Dans leur réponse à la question parlementaire précitée, les deux ministres ont ajouté que «si l'on entend actualiser ces chiffres, il faudra procéder par lettre circulaire adressée à tous les ministères et administrations, ce qui entraînerait des retards pour l'élaboration de la réponse».

Les avis rendus par le Conseil d'Etat ont concerné, d'une part, la qualité d'officier de police judiciaire accordée dans certaines lois spéciales (I) ainsi que, d'autre part, les pouvoirs que celles-ci leur conféraient (II).

### 1) La qualité d'officier de police judiciaire

Dans ce cadre, le Conseil d'Etat a examiné les deux questions suivantes : la multiplication de fonctionnaires et agents se voyant accorder la qualité d'officier de police judiciaire (a) et la désignation et la formation des fonctionnaires et agents revêtant ou susceptible de revêtir cette qualité ainsi que leur formation (b).

A savoir: «1° les membres du cadre supérieur de la police, les commissaires en chef, les commissaires et les inspecteurs chefs; 2° les premiers inspecteurs nominativement désignés par un arrêté du Ministre de la Justice; 3° les membres du service de police judiciaire qui relèvent du cadre policier; 4° les fonctionnaires et employés du service de police judiciaire qui ne relèvent pas du cadre policier, visés à l'article 14(2), alinéa 5 de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police, nominativement désignés par un arrêté du Ministre de la Justice».

Administration des Douanes et Accises: 293; Direction de l'Enregistrement et des Domaines: 1; Administration de l'aéroport: 2; Direction de l'Aviation civile: 6; Service de la Navigation: 10; SNCFL: 280; Police grand-ducale: 995; Ministère des Affaires étrangères, Direction de la Défense: 19; Ministère de la Santé: 33; Ministère de l'Environnement: 31; Administration de l'Environnement: 21; Administration des Eaux et Forêts: 1; Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur: 1.



#### a) Le foisonnement de prérogatives de puissance publique

Saisi de différents projets de loi qui accordaient à des fonctionnaires et agents la qualité d'officier de police judiciaire, le Conseil d'Etat a marqué «ses réserves les plus nettes face au foisonnement des prérogatives de puissance publique»<sup>25</sup>.

Cette «nette réserve» est justifiée essentiellement par deux raisons.

D'abord, les personnes auxquelles des attributions de police judiciaire ont été confiées «ne sont guère familiarisées ni avec le droit pénal en général, ni surtout avec la procédure pénale en particulier. Or il ne suffit pas de disposer de connaissances spécifiques, facilitant la recherche et la constatation d'infractions dans certaines matières: il faut également savoir selon quelles formes les infractions doivent être recherchées et les preuves rassemblées» $^{26}$ . Dans son avis du 23 septembre 2008 (doc. parl.  $n^{\circ}$  5819 $^{5}$ ), le Conseil d'Etat souligne que ces fonctionnaires «a priori» n'ont pas les connaissances requises pour procéder dans les formes de la loi à la recherche des infractions et au rassemblement des preuves» $^{27}$ .

Ensuite, le Conseil d'Etat a soulevé le risque de missions concurrentes entre les officiers de police judiciaire de la Police grand-ducale et ceux institués par des lois spéciales : «Il donne encore à considérer que la tendance de plus en plus présente, de confier par des lois spéciales aux fonctionnaires de l'Administration des douanes et accises des fonctions de police judiciaire dans les matières les plus diverses, conduit à la longue à l'exercice concurrent par deux corps administratifs de missions identiques en matière de constatation des infractions, alors que les fonctions de police judiciaire incombent dans notre ordonnancement constitutionnel à la Police grand-ducale. A terme, il en naîtra forcément des problèmes de coordination auxquels la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police a entendu mettre un terme par rapport à la situation connue antérieurement». Dans ce cadre, le Conseil d'Etat a relevé que les fonctionnaires à qui il est prévu d'accorder le statut

Formulation utilisée dans l'avis du 23 septembre 2008 à propos du projet de loi *n*° 5819 qui a mis en œuvre le 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), et régulièrement repris par la suite.

<sup>26</sup> Avis du 29 octobre 1996 (doc. parl.  $n^{\circ}$  4134<sup>7</sup>) au sujet du projet de loi  $n^{\circ}$  4134 sur les télécommunications.

A propos du 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) (...) (doc. parl. n° 5819).



d'officier de police judiciaire «pourront se faire assister par des membres de la police judiciaire notamment pour les opérations de perquisition»<sup>28</sup>.

Cette position de principe contre le foisonnement des prérogatives de puissance publique fut réitérée par le Conseil d'Etat dans de nombreux autres avis<sup>29</sup>.

Il est vrai que ce n'est que rarement que le pouvoir législatif s'est rallié à la position du Conseil d'Etat. Ce fut le cas dans le cadre du projet de loi  $n^{\circ}$  5239 portant réforme de l'Inspection du travail et des mines (...), la Chambre des députés a décidé à propos des agents de l'Inspection du travail et des mines que «l'Inspection du travail et des mines ne devra pas (ou plus) être perçue par les entreprises comme une sorte de police venant constater après coup des illégalités, mais elle devra être perçue à l'avenir tout d'abord comme une instance d'assistance» et que «la possibilité du recours (sur réquisition orale, confirmée ultérieurement par écrit) des membres de l'inspectorat du travail à l'assistance de la Police grand-ducale reste invariablement donnée» (doc. parl.  $n^{\circ}$  5239, pp. 28 et 41)»<sup>30</sup>.

On peut encore citer la loi du 21 décembre 2007 a) portant réforme de l'Inspection du travail et des mines b) modification du Titre Premier du Livre VI du Code du travail c) modification de l'article L. 142-3 du Code du travail comme exemple où le législateur a tenu compte des réticences exprimées par le Conseil d'Etat. Il ne s'agit là cependant que d'exceptions.

On peut d'ailleurs s'interroger sur la désignation d'officiers de police judiciaire pour constater et rechercher des faits qui ne sont passibles que d'une sanction administrative.

Avis du 16 juillet 2010 sur le projet de loi relative à la concurrence et abrogeant la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence (doc. parl.  $n^{\circ}$  5816<sup>6</sup>).

Par exemple: avis du Conseil d'Etat du 3 juillet 2007 sur le projet de loi-cadre sur l'eau (doc. parl.  $n^\circ 5695^I$ ); avis du Conseil d'Etat du 6 octobre 2009 sur le projet de loi concernant certaines modalités d'application et la sanction du règlement (CE) No 1102/2008 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 relatif à l'interdiction des exportations de mercure métallique et de certains composés et mélanges de mercure et au stockage en toute sécurité de cette substance (doc. parl.  $n^\circ 6034^3$ ); avis du Conseil d'Etat du 12 octobre 2010 sur le projet de loi concernant certaines modalités d'application et la sanction du règlement (CE)  $n^\circ 1007/2009$  du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 sur le commerce des produits dérivés du phoque (doc. parl.  $n^\circ 6192^2$ ); avis du Conseil d'Etat du 1er février 2011 sur le projet de loi portant certaines modalités d'application et sanction du règlement (CE)  $n^\circ 850/2004$  du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant les polluants organiques persistants et modifiant la directive 79/117/CEE (doc. parl.  $n^\circ 6224^4$ ).

<sup>30</sup> Avis du 6 octobre 2009 sur le projet de loi concernant certaines modalités d'application et la sanction du règlement (CE) no 1102/2008 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 relatif à l'interdiction des exportations de mercure métallique et de certains composés et mélanges de mercure et au stockage en toute sécurité de cette substance (doc. parl. n° 6034³).



Lorsque la Chambre des députés a passé outre aux réserves du Conseil d'Etat en ce qui concerne l'attribution de la qualité d'officier de police judiciaire à des fonctionnaires et agents, le Conseil d'Etat a cependant insisté sur leur correcte désignation et leur formation.

## b) La désignation et la formation des officiers de police judiciaire

Les fonctionnaires de la Police grand-ducale n'ont pas besoin d'être spécialement désignés dans une loi spéciale en ce qui concerne la recherche et la constatation des infractions. Ce pouvoir résulte de la compétence qu'ils ont en vertu des articles 9-2, 10 et 13 du Code d'instruction criminelle<sup>31</sup>.

Mais s'agissant de tout autre fonctionnaire et agent à qui il est envisagé d'attribuer la qualité d'officier de de police judiciaire, le Conseil d'Etat a exigé que, d'une part, ils soient spécifiquement désignés à cette fin (1) et, d'autre part, qu'ils subissent une formation spécifique (2).

La désignation spécifique des officier de police judiciaire

L'article 97 de la Constitution, issue de la révision constitutionnelle du 13 juin 1999 dispose que «l'organisation et les attributions des forces de l'ordre font l'objet d'une loi».

Avis du Conseil d'Etat du 3 juillet 2007 sur le projet de loi-cadre sur l'eau (doc. parl.  $n^{\circ} 5695^{I}$ ); avis du Conseil d'Etat du 27 septembre 2011 sur le projet de loi a) relative aux contrôles et aux sanctions concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques et les restrictions y applicables, telles que ces substances sont visées par le règlement (CE) No 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) (...) (doc. parl.  $n^{\circ} 6204^{4}$ ).



Sur cette base, le Conseil d'Etat exige sous peine d'opposition formelle que la loi «définisse pour le moins les critères de fonctions, de qualification et/ou de grades auxquels ces agents devront satisfaire»<sup>32</sup>. Une formulation générique ne suffit pas pour répondre au prescrit de l'article 97 de la Constitution<sup>33</sup>.

Cette précision est atteinte par les exemples suivants:

«Art. 3. 1. Les fonctionnaires de l'Administration des douanes et accises à partir du grade de brigadier principal, le directeur, les directeurs adjoints et les fonctionnaires de la carrière des ingénieurs et des ingénieurs-techniciens de l'Administration de l'environnement, le directeur, le directeur adjoint et les fonctionnaires de la carrière des ingénieurs-techniciens de l'Inspection du travail et des mines, le directeur, le directeur adjoint, les fonctionnaires de la carrière des médecins, des pharmaciens et des ingénieurs de la Direction de la santé et du Laboratoire national de santé ainsi que le directeur, le directeur adjoint et les fonctionnaires de la carrière des ingénieurs et des ingénieurs-techniciens de l'Administration de la gestion de l'eau peuvent être chargés de constater les infractions à la présente loi et aux règlements pris en son exécution.

Dans l'exercice de leur fonction, ces fonctionnaires ont la qualité d'officiers de police judiciaire.»<sup>34</sup>

- «Art. 14. (1) Les fonctionnaires de la carrière du .../ à partir du grade de ... de l'Administration des ponts et chaussées peuvent être chargés de constater les infractions à la présente loi et aux règlements pris en son exécution.

Dans l'exercice de leur fonction, ces fonctionnaires ont la qualité d'officier de police judiciaire.»<sup>35</sup>

Avis du 29 octobre 1996 sur le projet de loi sur les télécommunications (doc. parl.  $n^{\circ}$  4134<sup>7</sup>); avis du 7 octobre 2008 sur le projet de loi relatif aux permissions de voirie (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  5823<sup>2</sup>); avis du 16 juillet 2010 sur le projet de loi relative à la concurrence et abrogeant la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence (doc. parl.  $n^{\circ}$  5816<sup>6</sup>).

Par exemple: «le personnel d'inspection de l'Inspection du travail et des mines» (avis du 29 janvier 2002 sur le projet de loi portant e.a. 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 (doc. parl.  $n^{\circ}$  4694<sup>7</sup>)) ou «des agents du Service de la Navigation désignés agents de surveillance et dûment assermentés» (avis du 12 juillet 2013 sur le projet de loi concernant la gestion du domaine public fluvial (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  6530<sup>3</sup>)).

Avis du 23 septembre 2008 sur le projet de loi REACH (doc. parl.  $n^{\circ}$  5819<sup>5</sup>).

Avis du 7 octobre 2008 sur le projet de loi relatif aux permissions de voirie (...) (doc. parl.  $n^{\circ} 5823^{2}$ ).



«Art. 5. (1) Les infractions à la présente loi et à ses règlements d'exécution sont constatées par les fonctionnaires de l'Administration des douanes et accises à partir du grade de brigadier principal, par le directeur, les directeurs adjoints et les fonctionnaires de la carrière des ingénieurs et des ingénieurs-techniciens de l'Administration de l'environnement, par les membres de l'inspectorat du travail de l'Inspection du travail et des mines, par le directeur, le directeur adjoint, les médecins, pharmaciens et ingénieurs de la Direction de la santé, par le directeur, le directeur adjoint et les fonctionnaires de la carrière supérieure et les ingénieurs-techniciens de l'Administration de la gestion de l'eau et par le directeur et les fonctionnaires de la carrière des ingénieurs et ingénieurs-techniciens de l'Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services.»<sup>36</sup>

### La formation spécifique des officiers de police judiciaire

Comme indiqué précédemment, une des raisons avancées par le Conseil d'Etat contre le foisonnement d'attributions d'officier de police judiciaire à des fonctionnaires et agents autres que les fonctionnaires de la Police grand-ducale était liée au manque de formation de ces personnes en vue de procéder à des recherches et constatations d'infractions. Pour reprendre les termes du Conseil d'Etat, «il ne suffit pas de disposer de connaissances spécifiques, facilitant la recherche et la constatation d'infractions dans certaines matières: il faut également savoir selon quelles formes les infractions doivent être recherchées et les preuves rassemblées»<sup>37</sup>.

La formation doit être «à la hauteur de leur tâche qu'ils auront acquise grâce à une formation spéciale»<sup>38</sup>. «Si le principe de cette formation doit être prévu dans la loi formelle (cf. art. 23 de la Constitution), les modalités d'organisation de cette formation pourront être reléguées à un règlement grand-ducal»<sup>39</sup>.

Ainsi le Conseil d'Etat a proposé de retenir cette règle dans la loi, par exemple par une disposition du genre suivant:

Avis du 27 septembre 2011 sur le projet de loi REACH (doc. parl.  $n^{\circ}$  6204<sup>4</sup>).

Avis du 29 octobre 1996 au sujet du projet de loi sur les télécommunications (doc. parl.  $n^{\circ} 4134^{7}$ ).

Avis du 23 septembre 2008 sur le projet de loi REACH (doc. parl.  $n^{\circ}$  5819<sup>5</sup>); avis du 3 juillet 2007 sur le projet de loi-cadre sur l'eau (doc. parl.  $n^{\circ}$  5695<sup>1</sup>).

Avis du 23 septembre 2008 sur le projet de loi REACH (doc. parl. n° 5819<sup>5</sup>); avis du 1er février 2011 sur le projet de loi portant certaines modalités d'application et sanction du règlement (CE) N° 850/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant les polluants organiques persistants et modifiant la directive 79/117/CEE (doc. parl. n° 6224<sup>4</sup>).



«Les fonctionnaires visés au paragraphe 1er [ceux qui auront la qualité d'officier de police judiciaire] doivent avoir suivi une formation professionnelle spéciale portant sur la recherche et la constatation des infractions ainsi que sur les dispositions pénales de la présente loi. Le programme et la durée de la formation ainsi que les modalités de contrôle des connaissances sont arrêtés par règlement grand-ducal.

Avant d'entrer en fonction, ils prêtent devant le président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le serment suivant:

«Je jure de remplir mes fonctions avec intégralité, exactitude et impartialité.»

L'article 458 du Code pénal est applicable.»<sup>40</sup>

Ainsi, en ce qui concerne la formation spéciale préconisée par le Conseil d'Etat, un exemple en est fourni par le projet de règlement grand-ducal relatif à la formation et au contrôle des connaissances des fonctionnaires de la carrière du cantonnier de l'Administration des ponts et chaussées chargés de constater les infractions à la loi du 21 décembre 2009 sur les permissions de voirie et modifiant la loi modifiée du 16 août 1967 ayant pour objet la création d'une grande voirie de communication et d'un fonds des routes qui prévoit une formation tant théorique que pratique (voir aussi les modifications proposées par le Conseil d'Etat dans son avis du 22 janvier 2013 concernant le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie (doc. parl.  $n^{\circ}$  6415<sup>1</sup>)).

Il convient de relever en guise de conclusion que, dans son avis du 27 septembre 2011 sur le projet de loi REACH<sup>41</sup>, le Conseil d'Etat a suggéré au législateur de mettre en place un régime légal unique uniformément applicable à tous les officiers de police judiciaire, autres que les membres de la Police grand-ducale, quelle que soit la loi spéciale en question.

<sup>40</sup> Avis du 23 septembre 2008 sur le projet de loi REACH (doc. parl.  $n^{\circ}$  5819<sup>5</sup>); avis du 7 octobre 2008 sur le projet de loi relatif aux permissions de voirie (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  58232); avis du 16 juillet 2010 sur le projet de loi relative à la concurrence et abrogeant la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence (doc. parl.  $n^{\circ}$  5816<sup>6</sup>).

<sup>41</sup> Doc. parl.  $n^{\circ} 6204^{4}$ 



### II) Les pouvoirs des officiers de police judiciaire

«En principe seules les officiers de police judiciaire ont compétence pour rechercher et informer, tandis que les agents de police judiciaire les assistent»<sup>42</sup>. Les officiers de police judiciaire disposent de pouvoirs importants qui leur sont conférés soit par le Code d'instruction criminelle, soit par des lois spéciales. Ainsi, l'article 52, paragraphe 1er du Code d'instruction criminelle, dispose que «si le juge d'instruction est dans l'impossibilité de procéder lui-même à tous les actes d'instruction, il peut donner commission rogatoire aux officiers de police judiciaire afin de leur faire exécuter tous les actes d'information nécessaires.» De même, en matière de flagrant délit ou de flagrant crime, un officier de police judiciaire «peut défendre à toute personne de s'éloigner du lieu de l'infraction jusqu'à la clôture de ses opérations»<sup>43</sup> et peut appeler et entendre toutes personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits et objets et documents saisis, ces personnes étant obligées de comparaître<sup>44</sup>. L'article 39 de ce Code permet aux officiers de police judiciaire, «si les nécessités de l'enquête l'exigent», de retenir avec l'autorisation du procureur d'Etat, les personnes «contre lesquelles il existe des indices graves et concordants de nature à motiver leur inculpation» pendant un délai qui ne peut dépasser 24 heures. 45

Parmi les lois spéciales ayant attribué aux officiers de police judiciaire des pouvoirs substantiels, il convient de citer la loi modifiée du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie, qui permet aux officiers de police judiciaire de pénétrer à toute heure du jour et de la nuit, dans tout hôtel, maison meublée, pension, débit de boissons, club, cercle, dancing, lieu de spectacle ou annexes et en tout autre lieu ouvert au public ou utilisé par le public pour y constater des infractions sur la loi contre la toxicomanie et y procéder aux visites, perquisitions et saisies.

Les constatations d'infractions se faisant, entre autres, par les procès-verbaux dressés par les officiers de police judiciaire valent preuve jusqu'à inscription de faux. Celles des agents de police judiciaire peuvent être débattus par des preuves contraires, soit écrites, soit testimoniales si le tribunal juge à propos de les admettre<sup>46</sup>.

Lorsqu'une loi spéciale confère à un fonctionnaire ou agent la qualité d'officier de police judiciaire, il n'y a pas lieu de reprendre dans cette loi les dispositions du Code

<sup>42</sup> M. Franchimont, A. Jacobs, A. Masset, op.cit., p. 295.

<sup>43</sup> Article 37 du Code d'instruction criminelle.

<sup>44</sup> Article 38 du Code d'instruction criminelle.

<sup>45</sup> Article 39 du Code d'instruction criminelle.

<sup>46</sup> Article 154 du Code d'instruction criminelle.



d'instruction criminelle relative à l'enquête pénale, ce qui serait source de confusion<sup>47</sup>.

Dans les avis cités dans la première partie de cette contribution, le Conseil d'Etat a surtout critiqué les dispositions de certains projets de loi qui permettaient à des officiers de police judiciaire, qui n'étaient pas membres de la Police grand-ducale, d'accéder à des lieux privés ou professionnels et d'y effectuer des perquisitions et saisies.

En effet, des règles strictes doivent encadrer ces visites, perquisitions et saisies, sous peine de violer tant l'article 15 de la Constitution sur l'inviolabilité du domicile, que l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui dispose que «toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance», sauf si l'ingérence de l'autorité publique est prévue dans une 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».

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que tant le domicile que les bureaux de l'entreprise sont protégés par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>48</sup>. L'article 15 de la Constitution doit se voir reconnaître le même champ d'application, et la notion de domicile qui y est inscrite doit aussi couvrir les locaux professionnels<sup>49</sup>.

Si l'accès aux locaux accordé aux fonctionnaires et agents qui ont qualité d'officier de police judiciaire ne pose pas de problème lorsque le propriétaire des lieux ou son représentant y marque son accord, sous quelles conditions cet accès peut-il avoir lieu s'il n'y consent pas? Bien entendu, le propriétaire des lieux ou son représentant doit avoir été dûment informé pour que son consentement ait été donné en pleine connaissance de cause.

Dans ses avis, le Conseil d'Etat a fait une nette distinction entre, d'une part, les locaux professionnels que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de

<sup>47</sup> Avis du 12 novembre 2013 sur le projet de loi portant approbation de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction faite à Paris, le 13 janvier 1993 (doc. parl. *n*° *6490*).

<sup>48</sup> CEDH 16 décembre 1992, Niemietz / Allemagne; CEDH 16 avril 2002, Société Colas e.a. / France.

<sup>49</sup> Avis du Conseil d'Etat du 16 mars 2004 sur le projet de loi relative à la concurrence (doc. parl.  $n^{\circ}$  5229<sup>5</sup>).



l'homme n'assimile pas au domicile, et, d'autre part, les locaux d'habitation<sup>50</sup>. Il a considéré que le principe de l'inviolabilité du domicile n'était pas absolu, mais il a en même temps exigé des mesures protectrices afin d'éviter tout arbitraire. Les principes esquissés ci-après valent également pour des visites de contrôle effectuées par des officiers de police judiciaire.<sup>51</sup>

### 1) L'accès aux locaux professionnels

L'accès à des locaux professionnels autres que ceux assimilés au domicile doit être permis afin de rechercher les infractions à une loi particulière. C'est donc à cette loi de fixer les conditions dans lesquels certains fonctionnaires et agents auxquels elle a conféré la qualité d'officier de police judiciaire peuvent non seulement accéder à ces locaux mais aussi procéder à des perquisitions et saisies des documents qui s'y trouvent.

La prévention d'infractions pénales, expressément visée à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, justifie un tel pouvoir. Dans son avis du 3 mai 2005 concernant le projet de loi portant e. a. réforme de l'Inspection du travail et des mines<sup>52</sup>, le Conseil d'Etat avait spécifiquement justifié l'accès à des locaux professionnels par la protection des droits des salariés:

«En ce qui concerne les lieux qui ne sont pas destinés à l'habitation qui servent à l'exercice ou à l'exécution de travaux soumis au contrôle de l'Inspection du travail et où la protection des salariés est directement impliquée, le Conseil d'Etat estime qu'il s'agit d'un cas d'espèce exceptionnel prévu par l'article 8 de la Convention dans la mesure où il y va de protéger la santé ou les droits et libertés d'un tiers, en l'occurrence la personne engagée dans le processus du travail. Ce faisant, il suit aussi l'interprétation et l'appréciation allemandes des droits fondamentaux:

«Betretungen, Besichtigungen und Nachschauen sind demnach dann gerechtfertigt, wenn sie gegenüber Grundrechten Dritter oder anderen wichtigen Verfassungsgütern den Vorrang geniessen.» (Rolf Schmidt: Grundrechte, 5. Auflage, 2004, Verlag Rolf Schmidt GmbH)

Avis du Conseil d'Etat du 3 juillet 2007 sur le projet de loi-cadre sur l'eau (doc. parl.  $n^{\circ}$  5695<sup>1</sup>).

Avis du Conseil d'Etat du 1er février 2011 sur le projet de loi portant certaines modalités d'application et sanction du règlement (CE) N°850/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant les polluants organiques persistants et modifiant la directive 79/117/CEE (doc. parl. *n*° 6224<sup>4</sup>).

<sup>52</sup> Doc. parl.  $n^{\circ} 5239^{5}$ 



La hiérarchie des normes et valeurs est ainsi, dans le cas d'espèce d'une descente sur les lieux du travail, clairement établie: la protection de la santé des travailleurs et le droit qui protègent ceux-ci au travail constituent une norme supérieure par rapport à l'inviolabilité du domicile, et peut ainsi donner lieu à exception par rapport aux droits fondamentaux».

Les conditions des accès aux locaux professionnels, de même que les perquisitions et saisies des documents, doivent cependant répondre aux principes de légalité et de proportionnalité «afin de protéger les personnes contre les atteintes arbitraires des pouvoirs publics aux droits garantis aussi bien pour l'article 8 de la Convention que l'article 15 de la Constitution et d'inscrire dans le texte de la loi les conditions et les limites d'une telle visite sur les lieux»<sup>53</sup>.

Ainsi, dans le cadre de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, le Conseil de la concurrence, qui a et doit avoir toutes les caractéristiques d'une juridiction, ne peut avoir accès aux locaux des entreprises ou associations d'entreprises concernées que «pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par la présente loi». Une perquisition et saisie de documents doit avoir lieu sur autorisation préalable du président du tribunal d'arrondissement compétent sur base d'une requête circonstanciée «par rapport aux indices qui permettent de soupçonner l'existence de pratiques prohibées ou de dysfonctionnements du marché dont la preuve est recherchée». Le président du tribunal devra refuser l'autorisation «si cette mesure n'est pas justifiée ou proportionnée par rapport au but recherché par l'inspection». Une inspection à titre préventif ne peut pas être admise<sup>54</sup>.

D'autres lois ont adopté un cadre moins complet et détaillé que la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence. Ainsi l'article 6, paragraphe 1er de la loi du 16 décembre 2011 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques ainsi que la classification, l'étiquetage et l'emballage des substances et mélanges chimiques permet aux membres de la Police grand-ducale et aux fonctionnaires qui se sont vus conférés la qualité d'officier de police judiciaire non seulement de pénétrer de jour et de nuit aux locaux professionnels «lorsqu'il existe des indices graves faisant présumer une infraction à la présente loi et à ses règlements d'exécution», mais aussi de «saisir et au besoin mettre sous séquestre ces substances et mélanges ainsi que les registres, écritures et documents les concernant» sans mandat judiciaire.

<sup>53</sup> ibid.

Avis du Conseil d'Etat 16 juillet 2010 sur le projet de loi relative à la concurrence (doc. parl.  $n^{\circ}$  5816<sup>6</sup>)



#### 2) L'accès aux locaux d'habitation

C'est dans le cadre de l'accès aux locaux d'habitation que l'éventualité d'une violation de l'article 15 de la Constitution et de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et le risque d'arbitraire sont potentiellement les plus grands.

L'accès aux locaux d'habitation, de même que la perquisition et saisie des documents qui s'y trouvent, peuvent concerner l'habitation de l'entrepreneur, des dirigeants ou mandataires mais aussi celle des salariés, de même que leurs moyens de transport privés.

L'accès aux locaux d'habitation doit être motivée par des «indices graves faisant présumer que l'origine de l'infraction se trouve dans les locaux destinés à l'habitation»<sup>55</sup> ou «s'il existe un soupçon raisonnable que les livres ou autres documents professionnels liés au domaine faisant l'objet de l'inspection qui pourraient être pertinents pour prouver une violation grave des articles 3 à 5 de la présente loi ou des articles 101 et 102 du Traité [y] sont conservés»<sup>56</sup>. Les locaux non professionnels ne doivent pas être «détournés» pour y cacher ou déposer des documents pertinents à des opérations d'investigation liées à la violation d'une loi ou convention internationale. Les dispositions légales devront clairement prévoir les situations dans lesquelles, sans préjudice de l'article 33, paragraphe 1er, du Code d'instruction criminelle, un accès aux locaux d'habitation est permis.

L'accès à de tels locaux ne peut se faire que sur base d'un mandat judiciaire. Celui-ci peut être délivré par un juge d'instruction, comme par exemple, dans le cadre de la loi modifiée du 16 décembre 2011 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques ainsi que la classification, l'étiquetage et l'emballage des substances et mélanges chimiques.

Dans le cadre de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, le Conseil de la concurrence peut faire procéder à une inspection d'autres locaux, terrains et moyens de transport qui ne servent pas à un usage professionnel, y compris «au domicile des chefs d'entreprise, des dirigeants et autres membres du personnel des entreprises et associations d'entreprises concernées». Cependant, les perquisitions et saisies de

Article 6, paragraphe 2 de la loi du 16 décembre 2011 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques ainsi que la classification, l'étiquetage et l'emballage des substances et mélanges chimiques

Article 17, paragraphe 1er de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.



documents dans ces lieux, terrains et moyens de transport ne peut être effectué que sur base d'une ordonnance du président du tribunal d'arrondissement compétent<sup>57</sup>.

L'ordonnance judiciaire doit être motivée quant à sa légalité et sa justification. L'autorité judiciaire devra également vérifier le respect du principe de proportionnalité au regard de la gravité de la violation alléguée et de l'importance des moyens de preuve recherchés. La loi précitée du 23 octobre 2011 retient l'exigence d'une motivation spéciale suite à l'observation du Conseil d'Etat au sujet du principe de l'inviolabilité du domicile et «afin de souligner le caractère grave et exceptionnel de la mesure à effectuer en dehors des locaux de l'entreprise»<sup>58</sup>.

Les conditions dans lesquelles la visite des lieux autres que professionnels et la perquisition et saisie de documents qui s'y trouvent peuvent avoir lieu doivent être substantiellement plus rigoureuses que celles exigées pour les mêmes devoirs dans des locaux professionnels.

Voir aussi le projet de loi portant approbation de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction faite à Paris, le 13 janvier 1993 (doc. parl. n° 6490).

Avis du Conseil d'Etat du 16 mars 2004 sur le projet de loi relative à la concurrence (doc. parl.  $n^{\circ}$  5229<sup>5</sup>).



## C) LE DROIT DE PROPRIETE A TRAVERS LES AVIS DU CONSEIL D'ETAT

par Marc Schanck, Attaché du Conseil d'Etat

#### I) Introduction

Le droit de propriété est un droit historique, issu du droit romain et du droit médiéval. Il a été affirmé pour la première fois dans sa conception moderne par la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en ses articles II et XVII, comme un droit naturel et imprescriptible.<sup>59</sup>

Aujourd'hui inscrit dans toutes les constitutions européennes, le droit de propriété est un droit fondamental jouissant d'une protection renforcée. C'est le seul droit à caractère économique bénéficiant de la protection organisée par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après: Convention européenne des droits de l'homme). Il figure à ce titre aussi dans la Constitution luxembourgeoise (art. 16), à côté de la garantie de la liberté industrielle et commerciale (art. 11(6)).

Néanmoins, il reste un droit essentiellement relatif dans la mesure où il peut être remis en cause ou soumis à des limites.

Au Luxembourg, il est communément admis que le droit de propriété est un droit d'«essence supérieure» garanti par l'article 1 er du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, directement applicable en vertu des principes de l'applicabilité directe et de la primauté du droit international sur les normes du droit interne.

Quoique la Constitution luxembourgeoise ne détermine pas la place du droit international dans la hiérarchie des normes internes, tant la jurisprudence que la doctrine s'accordent pour reconnaître la primauté du droit international lequel est qualifié d'«essence supérieure». <sup>60</sup>

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, Article II: «Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.»; Article XVII: «La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité».

Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux, Luxembourg, 2006, p. 568; Schmit, Paul, Précis de droit constitutionnel. Commentaire de la Constitution luxembourgeoise, Luxembourg, Saint-Paul, 2009, pp. 86-88.



Par ailleurs, en raison du caractère de plus en plus lacunaire du catalogue des libertés publiques et des droits fondamentaux de la Constitution luxembourgeoise dont l'essentiel remonte au texte de 1848, la Convention européenne des droits de l'homme, faite à Paris, le 20 mars 1952, et approuvée au Luxembourg par la loi du 29 août 1953, constitue au Grand-Duché la première source de droits fondamentaux qui jouit dans le système de droit d'une valeur supérieure à la Constitution luxembourgeoise.<sup>61</sup>

Etant donné que les normes supérieures garantissent les droits fondamentaux et s'appliquent aux pouvoirs publics, les titulaires du droit de propriété, c'est-à-dire les personnes privées, physiques ou morales, peuvent par conséquent se prévaloir de la protection de leurs droits par une norme internationale et constitutionnelle, contre l'emprise de l'autorité publique qui est débitrice de ce droit.

## 1) Le droit à la protection de la propriété consacré dans la Convention européenne des droits de l'homme

Le droit de propriété est consacré dans l'article 1 er du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme dans les termes suivants:

«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 au droit 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.»

Le texte de la Convention se borne à exiger le «droit au respect des biens» en admettant des limitations tant au droit à la propriété privée qu'à l'usage des biens, qui ne sont donc nullement exclues.

L'article 1er du Protocole n° 1 confère aux Etats un vaste pouvoir d'appréciation dans l'application desdites limitations. Les Etats conservent ainsi une grande liberté d'action dans la réglementation des biens.

Besch Marc: Traité de légistique formelle, version électronique du 17 octobre 2013, p. 9. Voir aussi: Cour de cassation, arrêts des 8 juin 1950 (Pas. 15, p. 41) et 14 juillet 1954 (Pas. 16, p. 151); Conseil d'Etat (Comité du contentieux), arrêt du 28 juillet 1951, *Dieudonné c/ Administration des contributions* (Pas. 15, p. 263).



Or, si les dispositions de la Convention laissent aux Etats une large autonomie pour réglementer l'usage de la propriété, elles reconnaissent surtout le droit du propriétaire de tout bien à ne pas être privé arbitrairement de sa propriété.

Au fil des années, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a dégagé le principe du «respect de la propriété» qui lui a permis de contrôler toutes les atteintes au droit de propriété non susceptibles d'être considérées comme privation de propriété ou réglementation de l'usage des biens, mais affectant la «substance» du droit de propriété. La CEDH estime que même s'il peut y avoir atteinte à la substance de la propriété, le droit d'un propriétaire à disposer et user de son bien reste juridiquement préservé. 62

La CEDH ne s'est donc pas contentée de constater l'existence d'une expropriation ou d'un transfert de propriété formel, mais vérifie également les faits de l'espèce pour déceler toute expropriation de fait éventuelle.

En principe, le critère déterminant réside dans le fait que le transfert de propriété trouve son origine dans un acte de la puissance publique, mais le transfert effectif de propriété reste dû au propriétaire.

Les mesures indirectes de privation de propriété sont par contre plus difficiles à cerner. La CEDH a considéré que pour déterminer s'il y a privation de biens, il faut non seulement examiner s'il y a eu une expropriation formelle, mais aller au-delà des apparences et analyser les réalités de la situation litigieuse. Etant donné que la Convention vise à protéger des droits «concrets et effectifs», la Cour recherche si la situation litigieuse équivalait à une expropriation de fait.<sup>63</sup>

Pour être admissible, la privation de propriété doit poursuivre une cause d'utilité publique. Sur ce point, le contrôle exercé par la CEDH concède aux Etats une ample marge d'appréciation. Par contre, il s'agit d'examiner si l'expropriation litigieuse a réalisé un «juste équilibre» des intérêts en cause.<sup>64</sup>

D'après le texte de l'article 1 er du Protocole n° 1, la réglementation porte sur l'usage de la propriété. Le propriétaire conserve sa propriété, mais l'usage qu'il peut en faire est restreint. En réalité, la réglementation peut également porter sur la libre disposition de la propriété. Ces limitations, dont la détermination concrète relève de la libre

<sup>62</sup> CEDH: arrêt Marckx c. Belgique du 13 juin 1979; arrêt Sporrong et Lönnroth c. Suède du 23 septembre 1982.

<sup>63</sup> CEDH: arrêt *Sporrong et Lönnroth c. Suède* du 23 septembre 1982; arrêt *Fredin c. Suède* du 18 février 1991; arrêt *Papamichalopoulos et autres c. Grèce* du 31 octobre 1995; arrêt *Zubani c. Italie* du 7 août 1996; arrêt Sciarrotta et autres c. Italie du 19 octobre 2010.

<sup>64</sup> CEDH: arrêt *Sporrong et Lönnroth c. Suède* du 23 septembre 1982; arrêt *Hentrich c. France* du 22 septembre 1994; arrêt *Chassagnou et autres c. France* du 29 avril 1999.



appréciation des Etats, sont subordonnées à des conditions prévues par l'article 1 er du Protocole n° 1, afin de protéger les particuliers contre des atteintes arbitraires au droit de propriété. Il existe néanmoins des cas où il est porté atteinte à l'usage exclusif des biens qu'on possède, ce qui revient à restreindre la jouissance du bien.

Par sa jurisprudence, la CEDH a pu donner une définition de la notion de «bien» en traçant les limites du droit de propriété à travers la réglementation de l'usage des biens. Ces limites sont circonscrites par la notion d'«atteinte à la substance», qui permet à la CEDH d'apprécier toute ingérence rendant incertaine la situation juridique d'un bien, même si cette ingérence ne peut pas être considérée comme une privation de propriété ou comme une réglementation de l'usage des biens.

Le texte de l'article 1 er du Protocole n° 1 ne parle ni d'indemnité, ni a fortiori d'indemnité juste, voire préalable. Si l'article 1 er du Protocole n° 1 ne mentionne pas expressément un droit à indemnisation, cette mesure est pourtant considérée comme implicitement requise en pratique. L'absence d'indemnisation ne se justifie que dans des circonstances exceptionnelles.

On pourrait dès lors soutenir que la différence entre privation et réglementation des biens est une différence quantitative de l'ordre de la mesure et non qualitative de l'ordre de la nature.

Le droit à la protection de la propriété n'est donc pas absolu. Il peut faire l'objet de restrictions clairement énoncées à l'article 1er du Protocole no 1. Pour cela, trois conditions doivent être réunies:

- la légalité (axée sur la conformité au droit interne);
- la légitimité (vérifiant la présence de la «cause d'utilité publique» ou de 1'«intérêt général»); et
- la proportionnalité (portant sur le «juste équilibre»).

Le contrôle de ces trois conditions doit se faire dans le respect de la marge d'appréciation des Etats. Au cas où l'une d'entre elles n'est pas remplie, la Convention est considérée comme violée.

Au vu de ce qui précède, l'ingérence dans le droit de propriété doit dès lors répondre à deux séries de conditions. Il ne suffit pas que l'atteinte à la propriété soit conforme au droit et à la procédure interne, encore faut-il qu'elle soit conforme, si l'on s'attache au texte de l'article 1 er du Protocole n° 1, à l'utilité publique (en cas de privation de propriété) ou à l'intérêt général (en cas de réglementation de son usage). Ces conditions s'appliquent quelle que soit la catégorie d'atteinte à la propriété.

La cause d'utilité publique est une condition importante, qui peut susciter des difficultés d'application en raison de son caractère variable.



Pendant des années, le contrôle de proportionnalité est resté formel et les constats de violation ont été rares, la CEDH statuant presque toujours que la réglementation avait ménagé un juste équilibre entre les intérêts du propriétaire et l'intérêt général. Tandis que la protection contre la privation de propriété semblait avoir des retombées concrètes, la protection contre la réglementation de l'usage des biens restait dépourvue d'effectivité en raison de la marge d'appréciation que la CEDH appliquait à la fois en relation avec l'ingérence et à la proportionnalité de celle-ci.

D'après une jurisprudence constante de la CEDH<sup>65</sup>, il est en effet essentiel que la proportionnalité soit respectée pour chaque catégorie d'atteinte à la propriété.

Toutefois, toute mesure portant atteinte au droit d'usage de biens doit ménager un «juste équilibre» entre l'intérêt général de la collectivité et l'exigence du respect des droits fondamentaux de la personne. Ce juste équilibre est réputé affecté dès lors qu'une ingérence au droit de propriété fait supporter une «charge spéciale et exorbitante» au propriétaire d'un bien touché. 66

La CEDH estime que l'impératif du juste équilibre comporte une indemnisation. Elle vérifie également si l'indemnité a été appropriée en exigeant qu'il faut éviter toute disproportion manifeste entre la valeur du bien, objet de la mesure de privation, et celle de l'indemnité octroyée.<sup>67</sup>

Selon la jurisprudence de la CEDH, une privation de propriété pour cause d'utilité publique ne se justifie pas sans paiement d'une indemnité, sauf l'hypothèse de circonstances exceptionnelles. Sans le versement d'une somme raisonnable et en rapport avec la valeur du bien, une privation de propriété constitue une atteinte excessive.<sup>68</sup>

Dès que l'atteinte portée au droit de propriété est avérée, la question de sa régularité se pose. Dans ce cadre, les conditions de légalité et de nécessité doivent être remplies et un «juste équilibre» est à maintenir entre l'intérêt général et les droits fondamentaux de l'individu. Une mesure privative de propriété doit donc à la fois être indispensable à la réalisation de son but légitime et respecter l'exigence de proportionnalité entre l'intérêt général et l'intérêt individuel.

<sup>65</sup> CEDH, arrêt *Chassagnou et autres c. France* du 29 avril 1999.

<sup>66</sup> CEDH, arrêt *Hentrich c. France* du 22 septembre 1994.

<sup>67</sup> CEDH, arrêt *Lithgow c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1986.

<sup>68</sup> CEDH, arrêt *Lithgow c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1986.



# 2) Le droit à la protection de la propriété consacré dans la Constitution luxembourgeoise

La Constitution luxembourgeoise règle la protection de la propriété dans son article 16 qui figure sous le chapitre II intitulé «Des libertés publiques et des droits fondamentaux».

Depuis sa révision du 24 octobre 2007, l'article 16 de la Constitution est libellé comme suit:

«Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et moyennant juste indemnité, dans les cas et de la manière établis par la loi.»<sup>69</sup>

La Constitution ne proclame pas solennellement et de façon générale le respect du droit de propriété. Aucune définition du droit de propriété n'est prévue et l'existence du droit de propriété n'est pas directement consacrée. Selon une lecture littérale, la Constitution n'évoque le droit de propriété que via la réglementation de la privation de la propriété à travers la procédure de l'expropriation. La réglementation de l'usage de la propriété n'est aucunement visée par le texte écrit de la Constitution.

En effet, contrairement à l'article 1 er du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme qui admet explicitement la possibilité d'autres ingérences, l'article 16 de la Constitution ne comporte *stricto sensu* que les éléments essentiels pour la régularité d'une expropriation<sup>70</sup>:

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.» La Constitution luxembourgeoise de 1848 avait repris mot pour mot le texte de la Constitution belge de 1831, lui-même fondé sur le texte de la Constitution française. Le libellé actuel de l'article 16 résulte de la révision constitutionnelle du 24 octobre 2007. Le Constituant a dès lors renoncé en 2007 au caractère préalable du versement d'une indemnité à l'exproprié.

<sup>70</sup> SCHMIT, Paul, op. cit., pp. 140-141.



- l'intervention de la loi (légalité): il revient à la seule loi de déterminer les conditions et procédures requises en vue de l'expropriation.<sup>71</sup>
- la cause d'utilité publique: la cause d'utilité publique doit formellement apparaître dans la loi comme finalité d'une expropriation.<sup>72</sup>
- L'article 16 de la Constitution exige la soumission de l'expropriation aux conditions déterminées par la loi et donc à la volonté générale. Cette exigence assure la protection de la propriété privée contre les abus qui pourraient découler d'une procédure d'expropriation trop expéditive. Nonobstant, le renvoi constant aux textes législatifs laisse une large latitude au législateur. Des lois successives ont admis la possibilité de l'expropriation et habilité les pouvoirs publics à engager les procédures pour obtenir les immeubles indispensables à la réalisation des infrastructures dans l'intérêt général. La première loi réglementant l'expropriation pour cause d'utilité publique est celle du 17 décembre 1859, remplacée par la loi du 15 mars 1979, modifiée par la loi du 25 juin 2004. D'autres lois prévoient l'expropriation pour des domaines particuliers, comme par exemple:
  - la loi du 4 mars 1896 concernant l'expropriation par zone pour cause d'utilité publique;
  - la loi du 2 février 1924 concernant la distribution d'énergie électrique dans le Grand-Duché de Luxembourg;
  - la loi modifiée du 7 août 1961 relative à la création d'un fonds d'urbanisation et d'aménagement du plateau de Kirchberg;
  - la loi du 20 avril 1962 ayant pour objet l'établissement d'un réseau de transport de gaz par le syndicat intercommunal pour le transport du gaz;
  - la loi modifiée du 27 février 1975 concernant l'aide au logement;
  - la loi du 10 mai 1986 ayant pour objet de stimuler l'expansion économique;
  - la loi modifiée du 21 mai 1999 concernant l'aménagement du territoire;
  - ainsi que la loi modifiée du 12 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain.

Outre la loi précitée du 15 mars 1979, c'est encore la loi modifiée du 16 août 1967 ayant pour objet la création d'une grande voirie de communication et d'un fonds des routes qui détermine la procédure à suivre en matière d'expropriation. A travers les divers textes législatifs, ayant pour objet d'autoriser l'expropriation par les pouvoirs publics, le législateur a établi des conditions et modalités à respecter par l'expropriant et il a surtout fixé les règles de procédure susceptibles de garantir les droits individuels de l'exproprié. Ainsi, les expropriations peuvent être décidées soit par une loi, soit par un arrêté grand-ducal pris après délibération du Gouvernement en conseil, le Conseil d'Etat entendu en son avis, lorsque l'expropriation est poursuivie à la demande de l'Etat; soit par un arrêté grand-ducal pris après délibération du Gouvernement en conseil, le Conseil d'Etat entendu en son avis, lorsque l'expropriation est poursuivie à la demande d'une commune ou d'un établissement public et sur avis conforme du Conseil d'Etat lorsque l'expropriation est poursuivie à la demande d'une établissement d'utilité publique ou d'un particulier.

L'exigence d'utilité publique se retrouve dans l'article 16 de la Constitution et, en vertu des lois modifiées des 16 août 1967 et 15 mars 1979, l'utilité publique est constatée par un règlement grand-ducal. La loi ne donne aucune définition de l'utilité publique légitimant le recours à la procédure d'expropriation. Au demeurant, il ne s'agit pas d'une notion juridique qu'il serait possible d'apprécier indépendamment d'un projet de travaux précis et des conclusions d'une enquête publique. L'expropriation ne peut être prononcée que par un jugement du tribunal civil à la demande de l'expropriant public (Etat, commune, établissement public). Elle ne peut intervenir que pour cause d'utilité publique, notion qui, dans une interprétation extensive, peut englober des mesures d'ordre social ou économique. Le tribunal examine si l'utilité publique est établie. Il examine également si l'expropriation intervient dans les formes prescrites par la loi



 l'indemnisation juste: le propriétaire privé de son bien doit être justement indemnisé de la perte subie.<sup>73</sup>

Il est entendu que les conditions de légalité, d'utilité publique et d'indemnisation juste doivent être cumulativement remplies pour que l'autorité publique soit admise à procéder à l'expropriation.

### La révision de l'article 16 de la Constitution luxembourgeoise

En opérant une interprétation littérale du concept d'expropriation, la Cour constitutionnelle avait exigé dans trois arrêts prononcés en date des 7 février 2003 et 12 mai 2006 que le paiement intégral de l'indemnité doive précéder l'envoi en possession du bien exproprié, exigence qui a conduit en 2007 à une révision de l'article 16 de la Constitution, la législation en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique ayant été déclarée inconstitutionnelle.<sup>74</sup>

Contrainte d'agir la Chambre des députés a donné l'avantage à une modification de la disposition constitutionnelle concernée plutôt que d'y aligner la loi afin de pouvoir maintenir les errements légaux en vigueur prévoyant le transfert de la propriété et l'envoi en possession, sur la base du paiement ou de la consignation d'une indemnité provisionnelle.<sup>75</sup>

L'article 16 de la Constitution assure à toute personne expropriée une «juste indemnité». En droit luxembourgeois, pour être «juste», l'indemnité doit être complète, ce qui signifie que l'expropriant doit dédommager l'exproprié pour le préjudice subi. Ce dédommagement comprend non seulement la contrepartie du patrimoine dont l'exproprié doit se dessaisir, mais, le cas échéant, également le préjudice subi par le propriétaire dans l'exercice de son activité professionnelle.

<sup>74</sup> Dans l'arrêt n° 16/03 du 7 février 2003, 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 les deux arrêts n° 34/06 et n° 35/06 du 12 mai 2006, la Cour avait décidé qu'une disposition légale organisant le transfert de propriété 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. La législation en matière d'expropriation était devenue inapplicable. Depuis lors, aucune expropriation n'avait pu être prononcée, ce qui risquait d'entraîner des répercussions graves sur le développement des voies de communication terrestres et d'autres infrastructures exigeant le transfert de fonds privés à la collectivité.

<sup>75</sup> SCHMIT, Paul, op. cit., pp. 81 et 85.



Dans sa proposition de révision de l'article 16 de la Constitution, la Chambre des députés avait souhaité ajouter un deuxième alinéa<sup>76</sup> au texte de l'article en question afin de rétablir dans une large mesure la situation juridique ayant existé avant les arrêts précités de la Cour constitutionnelle. Finalement, elle s'est ralliée à la proposition du Conseil d'Etat qui consistait à supprimer simplement le terme «préalable» dans l'ancien libellé de l'article 16<sup>77</sup> qui avait recommandé cette approche qu'il considérait être parfaitement en ligne avec les principes de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'évolution vers une interprétation extensive de l'article 16 de la Constitution

Dans le cas où les restrictions apportées par la loi à l'usage d'un bien sont telles que le propriétaire ne peut plus disposer de la substance de son droit de propriété, on peut se demander s'il ne s'agit pas en fait d'une dépossession «à froid».<sup>78</sup>

Dans la mesure où ces limitations peuvent constituer un changement dans les attributs de la propriété, privant celle-ci de ses aspects essentiels, ne serait-il pas opportun que le titulaire du droit ainsi lésé soit admis à revendiquer en justice son droit à une indemnisation juste?<sup>79</sup>

La Cour constitutionnelle avait d'ores et déjà opté dans son arrêt 46/08 du 26 septembre 2008<sup>80</sup> portant sur la constitutionnalité d'une disposition de la loi modifiée du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles, pour une interprétation en ce sens, retenant qu'«un changement dans les

La proposition de révision parlementaire du 12 juillet 2006 visait à compléter l'ancien article 16 de la Constitution par un deuxième alinéa prenant la teneur suivante: «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.»

<sup>77</sup> Rapport de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle sur la proposition de révision de l'article 16 de la Constitution (doc. parl. *n*° 5596).

Au-delà des règles constitutionnelles d'expropriation pour cause d'utilité publique, de nombreuses lois grèvent la propriété privée de toutes sortes de servitudes au point de rendre celle-ci impropre à l'usage libre que le propriétaire entend en faire et de constituer in fine une expropriation de fait. Dans un tel cas de figure, il faut savoir que le dispositif légal en vigueur au Luxembourg garantissant le droit de propriété, de même que les jurisprudences administrative et constitutionnelle, ne confèrent pas systématiquement au requérant lésé le droit à une indemnisation juste.

<sup>79</sup> Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux, Luxembourg, 2006, pp. 85-87; Conseil d'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, Rapport annuel 2009-2010, Luxembourg, pp. 189-190.

<sup>80</sup> Cour constitutionnelle, arrêt du 26 septembre 2008, n° 46/08.



attributs de la propriété qui est substantiel à ce point qu'il prive le propriétaire de ses aspects essentiels peut constituer une expropriation». En 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», elle avait procédé à une interprétation évolutive qui statue que le reclassement de zone constructible en zone non constructible peut constituer une expropriation.

Dans l'arrêt 101/13 du 4 octobre 2013<sup>81</sup> portant précisément sur la question de savoir si le reclassement sans indemnisation de terrains d'une zone constructible en terrains d'une zone non constructible est conforme à l'article 16 de la Constitution, la Cour constitutionnelle a reconfirmé sa lecture extensive dudit article constitutionnel en disposant qu'«un changement dans les attributs de la propriété, qui est à tel point substantiel qu'il prive celle-ci d'un de ses aspects essentiels, peut constituer une expropriation». Elle a conclu que «l'article 22, en combinaison avec les articles 5, 6, 2 et 8 de la loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain, dans la mesure où il pose en principe que les servitudes résultant d'un plan d'aménagement général n'ouvrent droit à aucune indemnité et qu'il prévoit des exceptions à ce principe qui ne couvrent pas toutes les hypothèses dans lesquelles la privation de la jouissance du terrain frappé par une telle servitude est hors de proportion avec l'utilité publique à la base de la servitude, est contraire à l'article 16 de la Constitution.»

Le domaine d'application de l'article 16 de la Constitution n'est donc pas interprété par la Cour constitutionnelle de manière restrictive, se limitant aux conditions à respecter lors du «transfert de propriété», mais inclut les «aspects qui peuvent mener à un changement dans les attributs de la propriété».

Nonobstant cette évolution en faveur d'une interprétation extensive de l'article 16 de la Constitution, ni la Chambre des députés<sup>82</sup>, ni le Gouvernement<sup>83</sup>, ni le Conseil d'Etat<sup>84</sup> n'ont proposé dans le cadre des travaux portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution actuellement en cours une modification du texte en vigueur desdites garanties constitutionnelles.

<sup>81</sup> Cour constitutionnelle, arrêt du 4 octobre 2013, n° 101/13.

Proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution (doc. parl.  $n^{\circ}$  6030).

Prise de position du Gouvernement du 15 juillet 2011 sur la proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution (doc. parl.  $n^{\circ}$  6030<sup>5</sup>).

Dans son avis du 6 juin 2012 sur la proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution (doc. parl.  $n^{\circ}$  6030%), le Conseil d'Etat a remarqué que le libellé proposé pour l'article 16, qui est resté inchangé par rapport à la révision constitutionnelle du 24 octobre 2007, n'exige pas d'observation de sa part. Il a pourtant suggéré de placer, à l'occasion du nouvel ordonnancement de la Constitution, l'actuel article 16 directement après les dispositions constitutionnelles touchant à l'intégrité de l'être humain.



Toutefois, l'idée d'insérer dans la future Constitution une «clause transversale», inspirée de l'article 52, paragraphe 1 er de la Charte de l'Union européenne et de l'article 18 de la Convention européenne des droits de l'homme, aura un effet indéniable sur la lecture des dispositions constitutionnelles relatives au droit propriété, en traçant une ligne de conduite stricte aux restrictions à apporter à ce droit, étant donné que toute restriction future devra respecter le principe de proportionnalité et éviter de vider ledit droit de son essence.<sup>85</sup>

### II) Le respect du droit de propriété dans les avis du Conseil d'Etat

En se référant à un droit fondamental énoncé dans la Constitution qui trouve son pendant dans l'article 1 er du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'affirmation du caractère fondamental du droit de propriété a servi de justification au Conseil d'Etat pour interpréter dans le cadre de la procédure législative restrictivement toute dérogation y apportée.

Dans un but de protection de la propriété et de prohibition de l'expropriation autrement que pour cause d'utilité publique et moyennant juste indemnité, le Conseil d'Etat a toujours considéré l'expropriation comme une exception au droit de propriété et a envisagé son domaine d'application de manière restrictive.

Le plus souvent, il a vérifié si la réunion des principales conditions que doit remplir une expropriation pour répondre aux exigences de l'article l6 de la Constitution, à savoir l'utilité publique et le caractère juste de l'indemnité en cas de privation de propriété<sup>86</sup>. La question de la réglementation de l'usage des biens a par contre joué un rôle marginal dans ses avis.

Avec l'introduction de nouvelles servitudes et charges au détriment des propriétaires fonciers, de même qu'une tendance du législateur à généraliser le droit de préemp-

Dans son avis du 6 juin 2012 sur la proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution (doc. parl.  $n^{\circ}$  6030<sup>6</sup>), le Conseil d'Etat propose d'introduire à l'article 36 spécifique nouveau une clause transversale en vertu de laquelle toute limitation de l'exercice des droits fondamentaux et des libertés publiques par le biais de sources de droits subalternes doit respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés; l'article en question prenant la teneur suivante: «Art. 36. Toute limitation de l'exercice des libertés publiques doit respecter leur contenu essentiel. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires, dans une société démocratique, et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.»

Il en fut ainsi par exemple 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).



tion au bénéfice des autorités publiques, notamment en matière d'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement, le Conseil d'Etat a été amené ces dernières années à se pencher de manière récurrente sur des questions de respect du droit de propriété.

Seuls les avis du Conseil d'Etat les plus marquants depuis 1996 en matière de protection du droit de propriété ont été répertoriés pour les fins de la présente étude.

## 1) La privation de la propriété dans l'intérêt public: l'expropriation pour cause d'utilité publique

Avant 1997, toute déclaration d'utilité publique prise par un acte administratif ne répondant pas au critère de décision administrative individuelle échappait au contrôle du Comité du contentieux du Conseil d'Etat.<sup>87</sup> De cette manière, la possibilité de vérifier l'utilité publique échappait à tout contrôle juridictionnel. Dans son avis du 29 mai 1973 concernant le projet de loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, le Conseil d'Etat a soulevé la question de la constitutionnalité d'un tel procédé en constatant que «la raison évidente du reproche d'inconstitutionnalité [...] est qu'il faut éviter que l'expropriant soit seul juge en la matière».

Le projet de loi portant création d'un établissement public chargé de la réalisation du remembrement de certaines aires à urbaniser ou à assainir avait pour objet de créer un fonds de remembrement des propriétés urbaines ayant le caractère d'un établissement public et ayant pour mission de procéder au remembrement d'aires urbaines à déterminer par règlement grand-ducal. Dans son avis du 23 janvier 1996, le Conseil d'Etat a manifesté ses doutes quant à la conformité du projet au regard de l'article 16 de la Constitution disposant que: «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.» Il s'est demandé si un fonds qui réalise des opérations de remembrement portant sur des terrains non encore déterminés par la loi peut agir «dans les cas établis» par la loi, lorsqu'il veut priver une personne de sa propriété pour cause d'utilité publique.

Dans le cadre du projet de loi modifiant la loi modifiée du 25 mai 1964 concernant le remembrement des biens ruraux<sup>88</sup>, les auteurs avaient proposé de remplacer la disposition de l'article 19*bis* de la loi en cas de remembrement réalisé dans le cadre d'un travail d'intérêt général, prévoyant que les indemnités sont versées aux ayants droit par le maître de l'ouvrage préalablement à l'occupation des terrains, par un

<sup>87</sup> Le Conseil d'Etat était investi jusqu'au 1er janvier 1997 d'une fonction juridictionnelle du fait que son Comité du Contentieux constituait la juridiction suprême en matière administrative.

Projet de loi modifiant la loi modifiée du 25 mai 1964 concernant le remembrement des biens ruraux (doc. parl.  $n^{\circ}$  4146).



système de comptabilisation des indemnités leur revenant, géré par l'Office national du remembrement. Dans son avis du 5 avril 1996<sup>89</sup>, le Conseil d'Etat a constaté que le Gouvernement entendait recourir à la procédure du remembrement des biens ruraux dans le cadre de la construction de l'autoroute vers la Sarre. Les exigences de l'article 19bis de la loi sur le remembrement rural ont pour effet de retarder sensiblement l'entrée en jouissance des terrains situés sur l'emprise du projet d'autoroute, alors que la détermination exacte des montants dus exige un temps plus ou moins long en raison de la procédure de la taxation des terres et des enquêtes y relatives. Afin d'accélérer l'entrée en jouissance, le Gouvernement avait envisagé dans un premier temps une comptabilisation théorique maximale des indemnités dues aux ayants droit gérée pour chaque propriétaire par l'Office national du remembrement, la liquidation définitive des indemnités effectives étant réalisée ultérieurement au vu des résultats des opérations du remembrement. A l'examen des différentes modifications proposées à l'article 19bis, le Conseil d'Etat s'est demandé s'il n'y avait pas en l'espèce une certaine confusion quant à la procédure envisagée en recourant dans le cadre d'un remembrement à certaines notions de la procédure de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Pour le Conseil d'Etat, «la finalité d'un remembrement est de concilier des intérêts privés en vue de la rationalisation de l'économie rurale. La réalisation de travaux d'intérêt général ne devrait être envisagée que de manière tout à fait exceptionnelle sur la base de la loi de 1964, alors que la réalisation de tels travaux est du domaine de la loi sur l'expropriation». La première modification de l'article 19bis tend à déterminer le prélèvement proportionnel frappant chaque propriétaire sur la base de la superficie de son apport et non plus sur celle de la valeur de productivité du terrain. La deuxième modification dudit article vise à remplacer la disposition prévoyant que les indemnités «sont versées aux ayants droit par le maître de l'ouvrage préalablement à l'occupation des terrains» par un système de comptabilisation des indemnités revenant aux propriétaires géré par l'Office. Le Conseil d'Etat a rendu «attentif dans ce contexte à l'article 16 de la Constitution et à l'article 1er du Protocole additionnel du 20 mars 1952 la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950. En effet, ces deux textes garantissent le droit à la propriété par des dispositions assez semblables, la Constitution prévoyant toutefois de manière plus formelle que «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» ». Il a dès lors conclu qu'«[i]l découle de ce texte que la disposition prévue à l'article 19bis dans sa version actuelle est parfaitement conforme à la disposition constitutionnelle visée. Par contre dans le texte proposé les personnes dont les terrains tombent sous le remembrement ne bénéficient pas d'une «indemnité juste et préalable» au vœu de la Constitution, alors que ces personnes sont en réalité expropriées de leurs terres». Au

Avis du Conseil d'Etat du 5 avril 1996 sur le projet de loi modifiant la loi modifiée du 25 mai 1964 concernant le remembrement des biens ruraux (doc. parl.  $n^{\circ}$  4146 $^{I}$ ).



vu de la possibilité prévue par les auteurs de verser des acomptes, le Conseil d'Etat a estimé que cette possibilité devrait être changé en obligation et qu'il appartiendrait à la loi de déterminer, au regard des prescriptions constitutionnelles, les critères d'après lesquels les acomptes seraient à fixer. Pour toutes ces raisons, le Conseil d'Etat s'est formellement opposé aux modifications en question.

Afin de tenir compte de ces objections, un amendement parlementaire du 26 avril 1996<sup>90</sup> disposait que dans le cas visé «des acomptes sont versés conformément aux modalités à fixer par règlement grand-ducal». Dans son avis complémentaire du 9 mai 1996 sur le projet de loi précité<sup>91</sup>, le Conseil d'Etat a rappelé qu'«aux termes de [l'article 16 de la Constitution] il appartient à la loi de déterminer les critères d'après lesquels les acomptes sont à fixer, étant donné que le mode de versement de l'indemnité juste et préalable fait partie intégrante de la manière dont l'expropriation est opérée, laquelle doit être établie par la loi aux termes de la Constitution». Il a en outre estimé qu'«il n'y a pas lieu d'interpréter restrictivement la disposition constitutionnelle en question en ce sens que seules les formes de procéder seraient réservées à la loi. La manière dont s'effectue le versement des acomptes fait partie intégrante de la procédure d'expropriation. [En prévoyant] dans un futur règlement grand-ducal que les indemnités seraient versées trois mois après l'entrée en jouissance des terrains, les auteurs de l'amendement ne tiennent pas compte des dispositions formelles de la Constitution en ce qui concerne le caractère préalable de ces indemnités.» Dans ces conditions, le Conseil d'Etat s'est une nouvelle fois formellement opposé au texte proposé pour autant qu'il prévoyait que les modalités du versement des acomptes seraient arrêtées par voie de règlement grand-ducal, la Constitution réservant la matière à la loi.

Le projet de loi sur les consignations auprès de l'Etat<sup>92</sup> a visé à remplacer les textes en vigueur régissant les consignations, à savoir la loi du 12 février 1872 sur les consignations, l'arrêté grand-ducal du 9 juillet 1945 portant modification de la législation sur la caisse des consignations, l'arrêté royal grand-ducal du 16 juillet 1872 concernant l'exécution de la loi sur les consignations du 12 février 1872 ainsi que le règlement grand-ducal du 10 mars 1975 portant relèvement du taux des intérêts à servir par la caisse des consignations. Afin de mettre en place un système de consignation adapté aux exigences d'une place financière moderne, les auteurs avaient proposé de supprimer la limitation de la consignation aux seules sommes liquides exprimées en monnaie nationale et d'étendre la possibilité d'une consignation aux

Amendement parlementaire du 26 avril 1996 (doc. parl.  $n^{\circ}$  4146<sup>2</sup>).

<sup>91</sup> Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 9 mai 1996 sur le projet de loi modifiant la loi modifiée du 25 mai 1964 concernant le remembrement des biens ruraux (doc. parl. *n*° 4146<sup>3</sup>).

Projet de loi sur les consignations auprès de l'Etat (doc. parl.  $n^{\circ}$  4234).



biens immeubles. Dans son avis du 2 décembre 1997<sup>93</sup>, le Conseil d'Etat a considéré qu'une telle extension est de nature à donner naissance à de sérieuses difficultés d'application et a dès lors recommandé de faire abstraction de l'inclusion des immeubles parmi les biens susceptibles de faire l'objet d'une consignation. S'agissant des biens immeubles, une telle disposition pourrait même être considérée comme allant à l'encontre de l'article 16 de la Constitution. Partant, il a fait valoir qu'il ne saurait marquer son accord au texte du projet de loi en ce qu'il autorisait la caisse de consignation à aliéner les biens consignés, autres que ceux qui sont susceptibles d'être portés au crédit d'un compte, et en ce qu'il prévoyait une prescription acquisitive abrégée au profit de l'Etat.

Quant au droit d'aliéner les biens consignés, le Conseil d'Etat a ajouté dans son avis complémentaire du 9 juin 1998<sup>94</sup>, aux observations formulées dans son avis précité du 2 décembre 1997, les considérations suivantes: «Le but de toute consignation est de suppléer à l'impossibilité d'un paiement actuel et d'assurer ce paiement pour l'avenir. Il est pour le moins paradoxal de justifier le choix d'un service public en tant que caisse de consignation par le souci de garantir aux ayants droit des biens consignés «la permanence de la protection et de la conservation de leurs biens et de leurs droits», et de justifier le droit d'aliénation des biens consignés par la nécessité de faire fonctionner effectivement un service dont un des atouts réside précisément dans la pérennité de ces services.» Le Conseil d'Etat a maintenu en conséquence son opposition formelle à la disposition en projet qu'il n'était disposé à lever qu'à condition que ladite disposition ne s'applique qu'aux biens meubles, et que la durée de la prescription soit fixée à trente ans.

Dans son avis du 26 mai 1998 sur le projet de loi relatif à l'assainissement de la Cité Syrdall<sup>95</sup>, le Conseil d'Etat a considéré que «[l]'expropriation constitue [...] une mesure exceptionnelle pour les pouvoirs publics qui ne doivent y recourir que si la nécessité de disposer des immeubles privés est indispensable pour atteindre un but d'utilité publique. [...] Il est vrai que la notion d'utilité publique a connu une certaine évolution, le législateur ayant autorisé, dans le cadre de la législation sur le logement social, l'expropriation en vue de constituer des zones de construction pour les logements privés. L'expropriation a également été prévue en vue de l'assainissement indispensable de quartiers urbains notamment pour des motifs de santé ou de salubrité publique. Toujours est-il, d'après la jurisprudence constante des juridictions françaises, «qu'une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que

<sup>93</sup> Avis du Conseil d'Etat du 2 décembre 1997 sur le projet de loi sur les consignations auprès de l'Etat (doc. parl. n° 4234²).

Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 9 juin 1998 sur le projet de loi sur les consignations auprès de l'Etat (doc. parl.  $n^{\circ}$  4234<sup>4</sup>).

Avis du Conseil d'Etat du 26 mai 1998 sur le projet de loi relatif à l'assainissement de la Cité Syrdall (doc. parl.  $n^{\circ}$  4232<sup>2</sup>).



si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social ou l'atteinte à d'autres intérêts publics qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente» [...] Bien que [l]es opérations [l'assainissement de la Cité Syrdall] présentent une utilité certaine, l'on ne peut toutefois pas retenir qu'elles présentent un caractère d'utilité publique alors que la fin d'utilité publique n'est pas établie avec assez de précision. Les immeubles à exproprier ne sont pas destinés à un usage public, mais doivent servir à procurer des logements à des personnes privées qui ne sont pas nécessairement les propriétaires actuels. En outre, il n'est pas établi que les expropriations doivent servir à assurer un objectif public. Le Conseil d'Etat est partant d'avis que les expropriations projetées n'ont pas un but d'utilité publique suffisamment caractérisé.» Ces considérations l'ont amené à s'opposer formellement à la disposition en cause qui, selon lui, «ne répond pas aux exigences de l'article 16 de la Constitution et de l'article 1er du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales».

Dans son avis du 14 juillet 2000 sur le projet de loi concernant l'aménagement des communes<sup>96</sup>, le Conseil d'Etat s'est posé la question si des particuliers peuvent dans leur seul intérêt procéder à l'expropriation pour cause d'utilité publique de fonds appartenant à d'autres particuliers. Selon la lecture du Conseil d'Etat, l'article 2 de la loi du 15 mars 1979 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique prévoit que l'expropriation peut s'opérer à la demande de particuliers, mais seulement si l'intérêt de la partie demanderesse est en même temps d'utilité publique. Or, selon le Conseil d'Etat, ce caractère cumulatif de la demande d'un particulier est souvent très difficile à établir, voire à justifier, et doit être apprécié au cas par cas. D'après la doctrine, une telle approche n'est valable que s'il est acquis que la satisfaction de ces intérêts privés permet en réalité de satisfaire l'intérêt général. Selon le Conseil d'Etat, cette question était loin d'être tranchée et restait controversée et probablement à l'origine de nombreux litiges.

Le projet de loi concernant la conservation et la protection des sites et monuments nationaux<sup>97</sup> s'était référé quant au classement et à l'inscription à l'inventaire supplémentaire d'immeubles et meubles ainsi qu'aux effets y attachés à l'expropriation pour cause d'utilité publique. Dans son avis du 10 décembre 2002<sup>98</sup>, le Conseil d'Etat n'a pas vu de raison impérieuse pour introduire de nouvelles dispositions particulières alors que la loi du 15 mars 1979 précitée constitue le droit commun en l'espèce. Il a

<sup>96</sup> Avis du Conseil d'Etat du 14 juillet 2000 sur le projet de loi concernant l'aménagement des communes (doc. parl.  $n^{\circ}$  4486<sup>1</sup>).

<sup>97</sup> Projet de loi concernant la conservation et la protection des sites et monuments nationaux (doc. parl. n° 4715).

Avis du Conseil d'Etat du 10 décembre 2002 sur le projet de loi concernant la conservation et la protection des sites et monuments nationaux (doc. parl.  $n^{\circ}$  4715<sup>2</sup>).



considéré que les objectifs de conservation et de protection des sites et monuments nationaux peuvent être atteints «sans recourir nécessairement à l'expropriation pour cause d'utilité publique, car l'on ne saurait et ne pourrait classer tous les immeubles et meubles remplissant les critères légaux au risque de transformer le pays en un gigantesque musée ou un impressionnant mémorial». Il s'est en outre prononcé pour une procédure de classement uniforme quel que soit le propriétaire de l'immeuble concerné. Selon lui, le projet de loi rapproche les notions de classement et celles d'expropriation pour cause d'utilité publique au point de les confondre. Il s'est opposé à une telle démarche parce qu'«inutile dans la mesure où le recours à l'expropriation pour cause d'utilité publique reste toujours possible à condition pour l'autorité publique intéressée de respecter les dispositions de la loi du 15 mars 1979». A son avis, «Il importe encore de circonscrire de façon précise l'action de l'autorité publique, en l'occurrence du ministre, comme étant susceptible d'affecter sensiblement le droit de propriété des propriétaires concernés»; pour conclure qu'«Il est évident qu'un immeuble classé, ou non, peut toujours être exproprié à condition de respecter la procédure prévue par la loi du 15 mars 1979 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique et sous réserve d'une juste et préalable indemnité, que cette demande émane d'ailleurs de l'Etat, d'une commune, d'un établissement public ou d'un particulier».

Dans son avis complémentaire du 4 avril 200699, le Conseil d'Etat s'est formellement opposé aux multiples restrictions que le projet de loi prévoyait à l'exercice du droit de propriété et ceci par référence à l'article 16 de la Constitution, au Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 552 du Code civil. Il a rappelé que «Les restrictions au droit de propriété ne peuvent être établies que par une loi. Aussi n'appartient-il pas à un règlement grand-ducal de fixer les catégories de biens soumises à de telles restrictions.» Il a en outre exigé, dans la mesure où ces limitations seraient manifestement disproportionnées par rapport à l'avantage qu'en retire l'intérêt général, que le titulaire du droit ainsi mutilé soit admis à revendiquer en justice d'être exproprié en bonne et due forme avec les garanties légales prévues. Concernant la possibilité pour l'Etat d'acquérir éventuellement des objets mobiliers classés dits trésor national et des objets mobiliers non classés dits biens culturels pour compléter les collections publiques, le projet amendé prévoyait de supprimer tout simplement le droit de préemption réservé par la loi en vigueur au profit de l'Etat au motif que la mise en œuvre du droit de préemption de l'Etat conditionne des procédures qui, en l'espèce, semblent disproportionnées à l'égard du résultat à escompter. Le Conseil d'Etat qui, tout en reconnaissant la portée relative du droit de préemption, a considéré cependant que «si tel est éventuellement le cas pour les meubles classés, tel n'est pas nécessairement le cas pour les biens culturels dont l'acquisition pourrait s'avérer utile, voire opportune pour compléter

<sup>99</sup> Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 4 avril 2006 sur le projet de loi concernant la protection et la conservation du patrimoine archéologique, historique, architectural et paysager (doc. parl. *n*° 4715<sup>5</sup>).



des collections publiques. Aussi le maintien de ce moyen supplémentaire actuel à la disposition de l'Etat s'avère-t-il opportun alors que le texte amendé lui-même précise que les biens culturels «peuvent être revendiqués par l'Etat contre paiement d'une indemnité» ». Or, d'après le Conseil d'Etat, «une action en revendication présuppose l'existence préalable d'un droit de propriété ou autre. La lecture du texte amendé ne fait cependant pas ressortir un tel droit au profit de l'Etat. Bien au contraire, la radiation du droit de préemption ensemble avec la catégorie d'objets mobiliers concernée et les dispositions du Code civil prouvent qu'un tel droit n'existe pas en faveur de l'Etat l'habilitant à réclamer ou à revendiquer quoi que ce soit en l'espèce.»

Un amendement parlementaire en date du 9 août 2007<sup>100</sup> a proposé d'introduire une procédure d'urgence pour l'inscription d'immeubles à l'inventaire, l'urgence requise pouvant s'expliquer par le constat de travaux de démolition ou de transformation imminents sur un immeuble ni classé ni inscrit à l'inventaire, c'est-à-dire jugé jusque-là sans intérêt culturel majeur. D'après le deuxième avis complémentaire du Conseil d'Etat du 21 décembre 2007<sup>101</sup>, ce n'est pas là un argument suffisamment convaincant pour envisager l'introduction d'une procédure d'urgence qui aurait pour conséquence de déterminer les effets de l'inscription, c'est-à-dire des «servitudes et autres charges frappant l'immeuble inscrit», et dont la notification au propriétaire empêchera celui-ci «de changer l'aspect ou l'affectation de l'immeuble ou de partie de celui-ci». Selon le Conseil d'Etat, «Le comble de ces atteintes au droit de propriété et des charges que l'arrêté ministériel est en droit d'imposer au propriétaire, c'est que l'Etat «peut subventionner» (…) les travaux imposés par le ministre».

Le projet de loi relative à l'organisation du marché de l'électricité<sup>102</sup> disposait que les ouvrages électriques constituant les réseaux de transport et de distribution sont

<sup>100</sup> Amendements parlementaires du 9 août 2007 sur le projet de loi relative à la protection et à la conservation du patrimoine culturel (doc. parl.  $n^{\circ}$  4715<sup>7</sup>).

<sup>101</sup> Deuxième avis complémentaire du Conseil d'Etat du 21 décembre 2007 sur le projet de loi relative à la protection et à la conservation du patrimoine culturel (doc. parl. *n*° 4715<sup>8</sup>).

<sup>102</sup> Projet de loi 1) relative à l'organisation du marché de l'électricité; 2) instaurant un poste de Commissaire du Gouvernement à l'Energie; 3) abrogeant - la loi modifiée du 14 décembre 1967 portant institution d'un poste de commissaire du Gouvernement, portant création d'un service de l'énergie de l'Etat et concernant l'exploitation des centrales hydro-électriques d'Esch-sur-Sûre et de Rosport; – la loi du 4 janvier 1928 concernant l'établissement et l'exploitation des réseaux de distribution d'énergie électrique dans le Grand-Duché de Luxembourg approuvant la convention de concession du 11 novembre 1927 ainsi que ses annexes; – la loi du 30 juin 1927 approuvant le contrat de fourniture de courant du 11 avril 1927 pour l'électrification du Grand-Duché de Luxembourg; – la loi du 2 février 1924 concernant les distributions d'énergie électrique dans le Grand-Duché de Luxembourg; – la loi modifiée du 24 juillet 2000 relative à l'organisation du marché de l'électricité; et 4) modifiant - la loi 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; - la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat (doc. parl. n° 5605).



d'utilité publique, et que l'Etat peut dès lors procéder à l'expropriation de tout ouvrage ou réseau électrique. Etant donné que le concessionnaire de réseau est une entreprise de droit privé, le Conseil d'Etat s'est formellement opposé dans son avis du 24 avril 2007<sup>103</sup> à la proposition des auteurs d'autoriser le concessionnaire à faire exproprier selon la procédure d'expropriation reconnue à l'Etat. Il a estimé que la procédure devrait être celle prévue pour les particuliers aux articles 21 et 22 de la loi modifiée du 15 mars 1979 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. Par ailleurs, le texte en projet prévoyait que le propriétaire du réseau ne pourrait, sous peine de nullité de la cession, céder la propriété de son réseau à un tiers autre que le propriétaire du réseau présentant la plus grande extension territoriale nationale. Le Conseil d'Etat n'a pas pu marquer son accord avec ce principe, alors qu'il avait présenté une restriction non justifiée au droit de propriété en ce qu'il avait restreint la faculté du propriétaire de céder librement son bien au meilleur offrant. Il a dès lors demandé sous peine d'opposition formelle de supprimer la disposition en question.

Dans son avis du 22 mai 2007 sur la proposition de révision de l'article 16 de la Constitution<sup>104</sup>, le Conseil d'Etat a souscrit à la décision de la Chambre des députés de réagir aux arrêts en date des 7 février 2003 et 12 mai 2006 de la Cour constitutionnelle<sup>105</sup> par une révision de la Constitution «sans que cette initiative puisse être interprétée comme une tentative de restriction des droits fondamentaux». 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 leur constitution. 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, ont été jugées 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. Le Conseil d'Etat a noté dans ce contexte que «[1]a collectivité s'est vue privée d'un instrument essentiel permettant de faire entrer, si nécessaire par la contrainte, un bien privé dans le patrimoine collectif. [...] A cela s'ajoute qu'en l'absence de législation efficace en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, les collectivités se voient contraintes de soumettre des offres d'achat surévaluées en vue d'aboutir à un transfert de propriété à l'amiable.» Toutefois, il constate que «[1]es questions délicates touchant à des situations de quasi-expropriation, de

Avis du Conseil d'Etat du 24 avril 2007 sur le projet de loi 1) relative à l'organisation du marché de l'électricité (...) (doc. parl.  $n^{\circ}$  5605<sup>5</sup>).

<sup>104</sup> Avis du Conseil d'Etat du 22 mai 2007 sur la proposition de révision de l'article 16 de la Constitution (doc. parl.  $n^{\circ}$  5596<sup>2</sup>).

Cour constitutionnelle, arrêt du 7 février 2003,  $n^{\circ}$  16/03; Cour constitutionnelle, arrêt du 12 mai 2006,  $n^{\circ}$  34/06; Cour constitutionnelle, arrêt du 12 mai 2006,  $n^{\circ}$  35/06.



réquisition et de servitude légale ne sont pas touchées par le projet de réforme constitutionnelle sous avis. [...] De même, l'épineuse question du contrôle de l'utilité publique invoquée par l'expropriant ne sera pas traitée [...], la Constitution restant inchangée à cet égard.» Face à l'interprétation littérale de la Constitution par la Cour constitutionnelle, toute adaptation de la législation, moyennant l'introduction d'une procédure d'urgence autorisant l'envoi en possession après paiement d'une indemnité provisionnelle, aurait risqué, selon l'avis du Conseil d'Etat, la sanction de la Cour constitutionnelle et aurait créé une insécurité juridique préjudiciable, tant à l'intérêt public, qu'aux intérêts privés. En outre, il a considéré que la Constitution ne devrait pas exclure la consignation comme mode de paiement. Le régime de consignation, tel qu'il est organisé par la loi du 29 avril 1999, a permis le transfert rapide à l'exproprié s'il remplit les conditions légales. Les dispositions de l'article 29, alinéas 3 et 4 de la loi du 15 mars 1979 reproduites également à l'article 28 de la loi du 16 août 1967 ayant pour objet la création d'une grande voirie de communication et d'un fonds des routes, sont suffisamment claires et n'ont pas donné lieu à des problèmes majeurs. Pour éviter toute incertitude quant à la constitutionnalité d'un paiement par consignation, il a proposé de ne pas régler l'abandon de l'exigence d'une indemnité préalable préférable par l'adjonction d'un deuxième alinéa à l'article 16 de la Constitution, tel que proposé par la Chambre des députés. Selon le Conseil d'Etat, il ne convient pas d'introduire dans la Constitution des notions de droit civil telles que «envoi en possession» et «transfert de propriété». De plus, la jurisprudence de la CEDH permettrait, d'après son analyse, de «retenir qu'à aucun moment la Cour n'avait exigé le respect du principe du versement d'une indemnité préalable – définitive ou même simplement provisionnelle – à l'expropriation, ni même la fixation du montant de l'indemnité préalablement au transfert de propriété. [Ses arrêts] autorisent par contre la constatation que notre législation nationale, déclarée inconstitutionnelle par notre Cour constitutionnelle, répondait parfaitement aux standards minima de légalité dégagés par la Cour de Strasbourg (existence de normes de droit interne suffisamment accessibles, précises et prévisibles)».

Dans son avis du 3 juillet 2007 sur le projet de loi-cadre sur l'eau<sup>106</sup>, le Conseil d'Etat a estimé qu'«afin d'honorer les exigences de l'article 16 de la Constitution et de la loi modifiée du 15 mars 1979 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, il y a lieu, sous peine d'opposition formelle, de libeller comme suit le paragraphe 4 [de l'article 12]: «(4) L'élargissement ou le déplacement d'un cours d'eau requis dans le cadre d'un projet de renaturation sont reconnus d'utilité publique. L'expropriation de fonds bâtis ou non dont l'acquisition est rendue nécessaire par le projet en question est poursuivie conformément à la loi modifiée du 15 mars 1979 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique.»» Aux termes de l'article 29 dudit projet, il est prévu de mettre au point des plans de gestion des risques d'inondation

Avis du Conseil d'Etat du 3 juillet 2007 relatif audit projet de loi qui est devenu la loi du 19 décembre 2008 relative à l'eau (doc. parl.  $n^{\circ} 5695^{I}$ ).



comportant des contraintes pour les communes ainsi que des interdictions et restrictions pour les propriétaires fonciers possédant des terrains dans les zones visées. Au regard des contraintes juridiques liées aux plans susmentionnés pour les communes et les propriétaires, le Conseil d'Etat a demandé que soit donné à ces plans un caractère contraignant en les déclarant obligatoires par règlement grand-ducal et en prévoyant leur publication dans les formes légales. A cet égard, il a estimé que l'instrument du plan directeur sectoriel prévu par la loi modifiée du 21 mai 1999 concernant l'aménagement du territoire constituerait un instrument mieux approprié pour mettre en vigueur ces plans. Dès lors, le Conseil d'Etat a exigé, sous peine d'opposition formelle, de déclarer les plans de gestion des risques d'inondation obligatoires par un règlement grand-ducal qu'il convient de publier au Mémorial.

Le 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<sup>107</sup> a pour objet d'introduire en droit luxembourgeois des dispositions concernant le retrait obligatoire et le rachat obligatoire de titres de sociétés anonymes dont les valeurs mobilières conférant un droit de vote sont, ou ont été, admises à la négociation sur un marché réglementé. Dans le cadre du retrait obligatoire, un actionnaire largement majoritaire peut contraindre les actionnaires minoritaires à lui céder leurs titres. Inversement, le rachat obligatoire, tel que conçu par les auteurs du projet de loi, permet à des actionnaires minoritaires de forcer l'actionnaire majoritaire d'acquérir leurs titres. Dans son avis du 6 octobre 2009 sur le projet de loi précité<sup>108</sup>, 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. Selon le Conseil d'Etat, le texte en projet ne faisait qu'établir le principe du retrait obligatoire en fixant les conditions de fond, à l'exception notable du prix et des modalités procédurales. Il a ensuite constaté que «Le principe du retrait obligatoire, qui existe d'ailleurs dans de nombreux Etats, ne devrait a priori pas poser de problème au regard du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans un arrêt du 16 mai 1995, la Cour d'appel de Paris a considéré que «l'obligation faite aux actionnaires minoritaires de céder leurs actions au groupe majoritaire découle d'une législation sur les sociétés réglant les rapports des actionnaires entre

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 (doc. parl. *n*° *5978*).

Avis du Conseil d'Etat du 6 octobre 2009 sur le 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 (doc. parl.  $n^{\circ}$  5978²).



eux et ainsi le transfert de propriété, opéré moyennant un prix en rapport avec la valeur du bien, dans un cadre légitime d'ordre social et économique, répond à l'utilité publique lors même que la collectivité dans son ensemble ne se servirait ou ne profiterait pas par elle-même du bien transféré».» Il a en outre renvoyé à une décision du 12 octobre 1982 Bramelid et Malmstrom contre Suède (requêtes 8588/79 et 8589/79) où la Commission européenne des droits de l'homme avait constaté qu'une réglementation suédoise concernant le retrait obligatoire mettait en place une procédure de fixation de prix et prévoyait que la procédure de retrait au profit de l'actionnaire majoritaire était contrebalancée par une procédure de rachat à la disposition des actionnaires minoritaires. D'après le Conseil d'Etat, en présence d'un rapport symétrique entre la procédure de retrait et celle de rachat, c'est à l'indemnisation de l'actionnaire minoritaire que revient une importance essentielle sur base de laquelle l'équilibre dont a fait état la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire Bramelid et Malm-strom contre Suède doit être apprécié. Le Conseil d'Etat a relevé que «sur ce point, pourtant fondamental, le projet de loi ne contient même pas le commencement d'une indication du principe d'une indemnisation. Il se contente laconiquement de renvoyer à un règlement grand-ducal.» Il a exigé que «L'indemnisation des actionnaires minoritaires doit être intégrale, ce qui pose la question de savoir si la qualité d'actionnaire minoritaire doit entrer en ligne de compte dans la fixation du prix à leur payer. Le juste prix ne représent[e] pas un dédommagement, mais une évaluation de la valeur des titres visés par le retrait obligatoire.» Le Conseil d'Etat a par ailleurs précisé que des méthodes objectives d'évaluation doivent tenir compte d'une pondération appropriée à chaque cas, notamment de la valeur des actifs, des bénéfices réalisés, de la valeur boursière, de l'existence de filiales et des perspectives d'activités. Dans ce contexte, il a renvoyé également à un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 3 juillet 1998 selon lequel «la recherche de l'indemnisation juste et équitable (...) doit viser par application de critères connus, exacts, objectifs, significatifs et multiples à déterminer un juste prix, en affectant chacun des critères définis par la loi des pondérations appropriées à l'espèce, en écartant, le cas échéant, les critères non pertinents ou en retenant au contraire des méthodes, non prévues par le législateur, mais de nature à conduire à une évaluation équitable et légitime de l'entreprise».

A l'occasion de l'examen du projet de loi portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales 109, le Conseil d'Etat a constaté dans son avis du 23 février 2010 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

Avis du Conseil d'Etat du 23 février 2010 sur le projet de loi portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (doc. parl.  $n^{\circ} 5730^{4}$ ).



autrement. Le Conseil d'Etat s'est opposé formellement à cette manière de faire qui aurait ôté au porteur de titre toute possibilité sérieuse de contester de telles limitations à l'exercice du droit de propriété.

Dans son avis du 15 février 2011 sur le projet de loi concernant le remembrement des biens ruraux<sup>110</sup>, le Conseil d'Etat a noté au sujet de l'organisation des recours juridictionnels en la matière que le statu quo par rapport à la législation déjà en place a été maintenu: «Ainsi, les contestations possibles quant aux droits de propriété et à la valeur des propriétés foncières en jeu dans le cadre d'un projet de remembrement déterminé restent de la compétence du juge judiciaire.» Il a en outre estimé que «le droit de propriété garanti par la Constitution doit comporter pour les propriétaires agricoles impliqués dans un remembrement rural l'assurance de récupérer, dans la mesure du possible, des terres de même valeur, aptes à recevoir les mêmes cultures et situées sur les mêmes bans, ceci dans l'intérêt bien compris de la continuité de l'exploitation». Il a retenu que «sur la question sensible d'éventuelles expropriations de surfaces situées en dehors du périmètre du remembrement, en vue de rétablir le tissu des infrastructures des terres à remembrer, les règles constitutionnelles et légales relatives aux expropriations doivent être respectées. Afin de ne pas déranger l'équilibre existant entre la protection des personnes susceptibles d'être expropriées et les intérêts publics poursuivis par l'autorité compétente pour l'expropriation, [...] il échet de ne pas altérer les règles légales en place par des prérogatives accordées à l'autorité d'expropriation qui iraient au-delà de l'exigence constitutionnelle d'un but d'utilité publique pour justifier l'expropriation.» Le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à l'article 31, paragraphe 2 du projet de loi qui disposait que «Nul ne peut s'opposer à l'exécution des travaux visés au présent article. Ces travaux peuvent être entamés avant le début de l'enquête sur le projet du nouveau lotissement.» Cette disposition aurait eu pour effet d'accorder à l'autorité expropriante des prérogatives allant au-delà de l'exigence constitutionnelle d'un but d'utilité publique pour justifier l'expropriation, ce qui aurait rompu l'équilibre entre la protection des personnes susceptibles d'être expropriées et les intérêts publics poursuivis par l'autorité compétente pour l'expropriation.

Dans son avis du 8 mars 2011 concernant le projet de loi portant transposition de la directive 2009/111/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 modifiant les directives 2006/48/CE, 2006/49/CE et 2007/64/CE en ce qui concerne les banques affiliées à des institutions centrales, certains éléments de fonds propres, les grands risques, les dispositions en matière de surveillance et la gestion de crises

Avis du Conseil d'Etat du 15 février 2011 sur le projet de loi concernant le remembrement des biens ruraux (doc. parl.  $n^{\circ}$  6157<sup>3</sup>).



(...)<sup>111</sup>, le Conseil d'Etat s'est formellement opposé, concernant l'article IV du projet de loi, à la disposition qui visait à conférer à la Commission de surveillance du secteur financier au titre de pouvoirs de surveillance et d'enquête, le droit de requérir le gel et la mise sous séquestre d'actifs auprès du Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg statuant sur requête. Il a en effet relevé qu'en l'absence de tous critères et de procédures régissant le gel et la séquestration d'actifs, le principe constitutionnel de la protection du droit de propriété se trouverait violé.

Dans le projet de loi relatif à l'aménagement du territoire<sup>112</sup>, le texte proposé sous l'article 22 avait disposé que lors d'une procédure d'expropriation, pour déterminer la valeur de l'immeuble exproprié, il ne serait pas tenu compte des changements de valeur subis depuis le dépôt du projet de plan (sectoriel, régional ou d'occupation du sol) auprès de la commune de la situation de l'immeuble si ce changement de valeur a été provoqué soit par l'annonce de travaux ou par des opérations dont la déclaration d'utilité publique est demandée, soit par la perspective de modifications aux règles d'utilisation des sols ou encore par la réalisation, dans les trois années précédant la procédure de consultation du plan en question, de travaux publics dans l'enceinte du plan concerné où est situé l'immeuble et qui sont en relation avec le futur plan en cours d'élaboration. Dans son avis du 16 septembre 2011<sup>113</sup>, le Conseil d'Etat s'est demandé s'il ne serait pas préférable d'insérer la disposition projetée dans la loi du 15 mars 1979 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique afin de lui assurer un effet général, tout en examinant l'intérêt d'y renvoyer dans la loi modifiée du 16 août 1967 ayant pour objet la création d'une grande voirie de communication et d'un fonds des routes. Dans l'intérêt d'une évolution cohérente du droit, il faut éviter des solutions «à la carte» dans des lois spéciales quand des principes généraux du droit sont en cause.

L'article 36, paragraphe 6 du projet de loi portant réforme de l'administration pénitentiaire prévoyait que lorsque la faute disciplinaire concerne un objet quelconque dont la possession est prohibée par la loi ou interdit par la réglementation pénitentiaire, le retrait de cet objet peut être prononcé accessoirement à cette sanction disciplinaire. Il était prévu que l'établissement pénitentiaire peut disposer de l'objet en question sans que le détenu propriétaire de l'objet soit dédommagé. Dans son avis du

Projet de loi portant transposition de la directive 2009/111/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 modifiant les directives 2006/48/CE, 2006/49/CE et 2007/64/CE en ce qui concerne les banques affiliées à des institutions centrales, certains éléments de fonds propres, les grands risques, les dispositions en matière de surveillance et la gestion de crises (doc. parl. n° 6165).

Projet de loi relatif à l'aménagement du territoire (doc. parl.  $n^{\circ}$  6124).

Avis du Conseil d'Etat du 16 septembre 2011 sur le projet de loi relatif à l'aménagement du territoire (doc. parl.  $n^{\circ}$  61248).



13 juillet 2012<sup>114</sup>, le Conseil d'Etat a relevé que le terme de retrait est impropre. Il s'agit en effet, soit de saisir l'objet qui pourra ou devra à une date ultérieure et au plus tard à la sortie de prison, être restitué à l'intéressé, soit de confisquer cet objet, ce que semblaient indiquer les mots «en disposer sans dédommagement du détenu». Or, dans ce cas, on est en présence d'une sanction patrimoniale et d'une ingérence évidente dans le droit de propriété qui requiert, sous peine d'opposition formelle, d'être réglée dans la loi conformément à l'article 16 de la Constitution.

Le projet de loi portant réforme de l'exécution des peines visait à ajouter un article 678 au Code d'instruction criminelle, en vertu duquel les rémunérations dues aux condamnés travaillant en dehors des établissements pénitentiaires seraient perçues par le directeur de l'établissement concerné. La disposition concernée confiait la détermination de l'affectation de ces rémunérations à un règlement grandducal en établissant toutefois qu'une part de la rémunération serait retenue en vue de la contribution par le condamné aux frais d'hébergement. Le Conseil d'Etat dans son avis du 13 juillet 2012<sup>115</sup> a d'abord relevé que le condamné n'est pas d'office en état d'incapacité civile en raison de sa condamnation, mais demeure en principe juridiquement capable pour assurer la gestion de ses biens. Il a ensuite observé que régler l'affectation des sommes perçues par règlement grand-ducal pose problème en ce qu'il est par cette disposition porté atteinte au droit de propriété dont la protection est assurée par l'article 16 de la Constitution. Partant, le Conseil d'Etat s'est formellement opposé aux dispositions de l'article 678 précité.

Dans son avis du 4 juin 2013 sur le projet de loi portant 1) autorisation de constitution de la Société Nationale de Développement Urbain S.A. et de la société anonyme Fonds du Logement S.A. Nationale, 2) modification de certaines dispositions de la loi modifiée du 25 février 1979 et 3) modification de la loi du 22 octobre 2008 portant promotion de l'habitat et création d'un pacte logement avec les communes 116, le Conseil d'Etat par souci de respect de l'article 16 de la Constitution s'est montré réticent pour approuver la démarche retenue à l'article 11 dudit projet de loi qui consiste à reconnaître d'utilité publique, l'activité de la société FDL-N rentrant dans son objet social ainsi que la propriété foncière et l'activité de maître d'ouvrage de la SNDU rentrant dans son objet social. La reconnaissance du statut d'utilité publique

Avis du Conseil d'Etat du 13 juillet 2012 sur le projet de loi portant réforme de l'administration pénitentiaire (doc. parl.  $n^{\circ}$  6382<sup>5</sup>).

Avis du Conseil d'Etat du 13 juillet 2012 sur le projet de loi portant réforme de l'exécution des peines (doc. parl.  $n^{\circ}$  6381<sup>5</sup>).

Avis du Conseil d'Etat du 4 juin 2013 sur le projet de loi portant 1) autorisation de constitution de la Société Nationale de Développement Urbain S.A. et de la société anonyme Fonds du Logement S.A. Nationale, 2) modification de certaines dispositions de la loi modifiée du 25 février 1979 et 3) modification de la loi du 22 octobre 2008 portant promotion de l'habitat et création d'un pacte logement avec les communes (doc. parl.  $n^{\circ}$  6510<sup>5</sup>).



aux activités des sociétés nationales constituées comme sociétés anonymes, en avançant que ces sociétés assument des fonctions d'intérêt général, ne peut en aucun cas, d'après le Conseil d'Etat, grever les droits des tiers ou procurer aux sociétés nationales des avantages exorbitants par rapport à d'autres sociétés commerciales. Il s'agirait là d'une dérogation fondamentale à la loi du 15 mars 1979 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique qui dispose que l'expropriation ne peut s'opérer qu'à la demande de l'Etat, des communes, d'établissements publics ou de particuliers, à condition que l'intérêt de la partie demanderesse sont en même temps d'utilité publique. Le Conseil d'Etat a rappelé qu'il reviendrait au juge de déterminer, au cas par cas, si des demandes d'expropriation présentées par les sociétés nationales sont d'utilité publique. Partant, il a refusé la dispense du second vote constitutionnel au texte du projet de loi en question.

L'article 14 du projet de loi relative à la protection nationale<sup>117</sup> disposait que «Les propriétaires et opérateurs d'une infrastructure critique doivent prendre, à leurs frais, les mesures nécessaires qui permettent d'en assurer la protection (...) d'en améliorer la résilience et de faciliter la gestion d'une crise [...]». L'article 2 du projet de loi définit l'infrastructure critique comme «tout point, système ou partie de celui-ci qui est indispensable à la sauvegarde des intérêts vitaux ou des besoins essentiels de tout ou partie du pays ou de la population [...]». Le Conseil d'Etat dans son avis du 2 juillet 2013<sup>118</sup> a souligné que la disposition de l'article 14 précité aurait l'effet d'une sorte d'expropriation à l'envers. Il a notamment fait valoir que pour un entrepreneur privé, l'obligation de prendre à sa propre charge les frais de mise en état de protection, en tout ou en partie, n'est concevable que dans la mesure où les travaux apportent une plus-value à son exploitation. Pour le solde, ces frais devraient être supportés par la communauté nationale. Il a relevé que le texte proposé ne fait d'ailleurs pas de distinction avec suffisamment de précision entre l'obligation qui peut être imposée au propriétaire privé de mettre en place des mesures de sécurité qui dépassent celles dictées par le simple fonctionnement économique de son entreprise et de ses équipements, et la prise en charge des frais engendrés par les mesures de sécurité dictées par l'intérêt national. Le Conseil d'Etat a par voie de conséquence refusé de dispenser le projet de loi du second vote constitutionnel dans l'hypothèse du maintien de la version de l'article 14 lui soumise.

Projet de loi relative à la protection nationale (doc. parl.  $n^{\circ}$  6475).

Avis du Conseil d'Etat du 2 juillet 2013 sur le projet de loi relative à la protection nationale (doc. parl.  $n^{\circ}$  6475<sup>4</sup>).



# 2) La réglementation de l'usage des biens dans l'intérêt général: les servitudes de droit public

Certaines lois emportent limitation ou restriction au caractère absolu du droit de propriété dans l'intérêt de la collectivité par le biais de servitudes publiques ou de servitudes d'utilité publique qui sont d'ordre public, c'est-à-dire que les pouvoirs publics, bénéficiaires d'une telle servitude, ne peuvent pas renoncer à l'exercice de celles-ci. Les servitudes d'utilité publique sont créées par la loi. Elles sont d'application stricte et ne sauraient être étendues par analogie.

Si des fonds particuliers sont spécialement affectés d'une servitude d'utilité publique, il est parfois prévu que les propriétaires de fonds, soumis à une telle servitude, ont droit à une indemnité. Si la loi, créant une telle servitude, reste muette au sujet d'une éventuelle indemnité pour le préjudice subi ou à venir, une telle indemnisation ne serait pas due du fait qu'il n'y a pas privation de la propriété, mais seulement des restrictions apportées à son usage.

Le problème de l'expropriation pour cause d'utilité publique dans le contexte de l'établissement de servitudes s'était posé au législateur lors de l'élaboration de la loi du 15 mars 1979 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. Par un amendement, le gouvernement avait voulu introduire la disposition suivante: «L'expropriation peut porter sur tout ou partie d'un immeuble ou de droits réels immobiliers. Elle pourra également consister dans l'établissement de servitudes. Dans ce dernier cas, un règlement grand-ducal fixera les conditions d'établissement et d'exercice de ces servitudes.» Dans son avis complémentaire du 14 février 1978<sup>119</sup>, le Conseil d'Etat avait acquiescé à la possibilité d'exproprier les droits réels immobiliers, mais s'était opposé formellement à l'approche consistant à permettre l'établissement de servitudes dans le cadre de la loi générale sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. Il avait relevé que les conditions d'établissement, de même que les modalités d'exécution de pareilles servitudes, peuvent sensiblement varier de cas en cas, l'article 16 de la Constitution réservant à la loi la façon de déterminer l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Depuis quelques années, nous assistons à une multiplication des législations qui donnent aux autorités publiques le pouvoir d'établir des servitudes positives d'utilité publique sur les fonds appartenant à autrui. De nombreuses lois spéciales grèvent la

<sup>119</sup> Quatrième avis complémentaire du Conseil d'Etat du 14 février 1978 (doc. parl. n° 1732).



propriété privée de toutes sortes de servitudes, notamment en matière d'urbanisme<sup>120</sup> et de protection de l'environnement<sup>121</sup>.

## a) Les servitudes urbanistiques

La question de la conformité de l'octroi d'un droit de préemption pour la collectivité afin de créer des réserves foncières et de réaliser des logements à coût modéré avec l'article 16 de la Constitution fut soulevée par le Conseil d'Etat dans son avis du 27 novembre 2007 sur le projet de loi portant promotion de l'habitat et création d'un pacte logement avec les communes<sup>122</sup>. A cette occasion, le Conseil d'Etat a exigé que «[1]'institution d'un droit de préemption légal présuppose que soient clairement définis les titulaires du droit de préemption, le ou les objectifs que l'exercice du droit de préemption doit permettre de réaliser, les immeubles susceptibles de faire l'objet de ce droit de préemption ainsi que la procédure de préemption». Il a estimé que «[1]'ajout proposé par la commission compétente de la Chambre des députés, à savoir que «les droits de préemption institués par le présent titre doivent être exercés dans l'intérêt général, en vue notamment de réaliser des équipements d'intérêt collectif et de service public, de constituer des réserves foncières et de réaliser des logements à coût modéré» n'est à cet égard pas d'une grande utilité, les objectifs pour lesquels le droit de préemption peut être exercé, en particulier par l'Etat, n'étant énumérés que de manière exemplative». Il a été d'avis que l'Etat lui-même doit fixer les objectifs au regard desquels il entend exercer le droit de préemption. «Or, si l'expropriation n'est possible que pour cause d'utilité publique, le droit de préemption ne saurait être exercé que dans des conditions préalablement fixées avec suffisamment de précision pour exclure tout arbitraire». En outre, il se heurtait à la possibilité qu'une procédure contraignante telle que la procédure d'expropriation aurait été relayée par un autre mécanisme qui, pour être moins contraignant, n'en

<sup>120</sup> Les servitudes d'urbanisme résultent des plans d'aménagement, établis sur la base de la loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain, ainsi que la loi du 30 juillet 2013 concernant l'aménagement du territoire. Elles constituent des mesures incisives, limitant sérieusement le droit des propriétaires d'utiliser leur propriété immobilière ou d'en disposer librement. Il y a des servitudes urbanistiques restreignant tellement l'usage de la propriété qu'elles aboutissent de facto à une privation de la propriété

Il s'agit de servitudes administratives imposées dans le but d'intérêt général de protéger l'environnement. Elles sont fondées sur la législation ayant pour finalité la protection de l'environnement. Ces servitudes restent souvent imprécises quant aux mesures de protection visées et en général n'imposent pas d'obligations de faire. Il est seulement interdit modifier l'état ou l'aspect sans autorisation administrative. Une servitude environnementale ne confère pas de certitude sur le délai de privation de jouissance effective du bien et la rigueur de certaines contraintes peuvent supposer une quasi-privation du droit de propriété, ce qui n'est pas le cas de la très grande majorité de ces servitudes environnementales qui limitent l'exercice des droits du propriétaire, sans pour autant les faire disparaître.

Avis du Conseil d'Etat du 27 novembre 2007 sur le projet de loi portant promotion de l'habitat et création d'un pacte logement avec les communes (doc. parl.  $n^{\circ}$  5696<sup>II</sup>).



aurait pas moins constitué une atteinte à la liberté contractuelle et au droit de propriété, et dont la mise en œuvre aurait été abandonnée au choix de l'acheteur public concerné. Il a noté, par ailleurs, que l'Etat peut requérir l'expropriation des fonds pour autant qu'ils soient réservés à des usages publics conformément aux dispositions relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique dans la loi de 1999 concernant l'aménagement général du territoire. Or, dans l'optique du projet de loi, l'usage des immeubles aurait été privé et non pas public. Il a donné dès lors à considérer que «[1]e droit de préemption institué au profit de l'Etat permettrait, à la limite, de contourner les dispositions de la loi de 1999 relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique». Il a tenu également à ajouter qu'«[i]l n'est pas exclu que la taxe visée dans le projet puisse être qualifiée de sanction pécuniaire à l'égard du propriétaire qui ne réserve pas à l'immeuble la destination voulue par la loi. Dans la mesure où une telle qualification est susceptible d'être retenue, le mécanisme prévu n'est pas sans soulever des problèmes au regard de sa conformité avec le droit de propriété protégé par la Constitution et le premier Protocole de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés.» Pour les raisons évoquées, le Conseil d'Etat s'est opposé formellement à une disposition selon laquelle la collectivité peut invoquer un droit de préemption afin de créer des réserves foncières et de réaliser des logements à coût modéré.

Dans son avis complémentaire du 18 mars 2008 sur le projet de loi précité<sup>123</sup>, le Conseil d'Etat a noté à propos de la guestion de la contrepartie dans le cadre d'un échange portant sur des terrains dont un seul est sujet à préemption que «[d]e par l'exercice du droit de préemption, le pouvoir préemptant pourrait se substituer au coéchangiste, non pas dans le cadre d'un échange, mais dans le cadre d'une vente immobilière. L'opération serait alors transformée contre le gré du propriétaire du bien sujet à préemption. Il n'y aura alors qu'un pas pour affirmer que la préemption constitue en réalité une véritable expropriation, en dehors des conditions et procédures prévues à cet effet.» Il s'est formellement opposé à cette disposition. Aux yeux du Conseil d'Etat, l'Etat ne saurait dès lors intenter une procédure d'expropriation si l'utilité publique existe dans le seul chef de la commune. Il a rappelé que l'utilité publique n'est pas interchangeable entre divers expropriants en notant à ce sujet que «[1]'utilité publique, qui seule permet de priver une personne privée de sa propriété, n'est pas interchangeable, sous peine de réduire l'expropriation pour cause d'utilité publique à sa plus simple expression, en ce sens qu'il suffirait qu'une personne morale de droit public entame la procédure». Il a estimé qu'une telle disposition viderait l'article 16 de la Constitution de toute substance. Compte tenu de ces considérations, le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à ladite 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. Par

<sup>123</sup> Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 18 mars 2008 sur le projet de loi portant promotion de l'habitat et création d'un pacte logement avec les communes (doc. parl.  $n^{\circ}$  5696<sup>14</sup>).



ailleurs, il a été réticent à l'idée des auteurs du projet de loi d'instituer un droit de préemption au profit des communes et du Fonds pour le développement du logement et de l'habitat en dehors du périmètre d'agglomération: «Le Conseil d'Etat ne peut pas suivre les auteurs des amendements lorsqu'ils proposent de maintenir le droit de préemption sur les terrains adjacents au périmètre d'agglomération et sis à l'extérieur de celui-ci, ce droit de préemption ne poursuivant aucun objectif suffisamment concret et objectivable, de nature à justifier une immixtion dans des relations contractuelles de droit privé.» Il a par voie de conséquence maintenu son opposition formelle à l'endroit de la disposition en question.

Dans son avis du 23 mars 2010 sur le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain ainsi que de quatre autres lois 124, le Conseil d'Etat n'a pas voulu revenir sur la question de la constitutionnalité de l'expropriation qu'il avait développée dans des avis antérieurs et notamment dans son avis du 27 novembre 2007 relatif au projet d'un pacte logement<sup>125</sup>. Néanmoins, il a estimé que l'obligation de céder gratuitement 25% de la surface brute couverte par le PAP «nouveau quartier», telle que prévue par la loi en projet, serait discutable sous cet angle, tout comme la possibilité de porter ce taux à 40%, si des raisons urbanistiques l'exigent. Quant à la dépossession foncière prévue, elle visait des terrains se trouvant dans une zone entièrement viabilisée. Dans ce contexte, le Conseil d'Etat a trouvé surprenant que «des travaux accessoires» tels que prévus par le projet de loi en question puissent requérir une assise foncière allant jusqu'à 10% des terrains à construire. Selon l'avis du Conseil d'Etat, l'assise routière en place dans une zone urbanisée doit suffire pour procéder aux travaux accessoires en question. Tout en concédant que des situations exceptionnelles peuvent, le cas échéant, conduire à des besoins fonciers marginaux, le taux de 10% lui semblait excessif. En outre, il a estimé que la cession n'est pas appliquée de façon égale, tout en étant censée s'opérer sans indemnisation du propriétaire. A son avis, «la disparité des situations n'est [...] pas cernée avec l'impartialité requise alors qu'«une justification objective de la cession forcée d'une partie du terrain à construire n'est pas donnée en présence d'un renvoi à des «travaux d'équipements accessoires aux réseaux de circulation» non autrement précisés que par une énumé-

Avis du Conseil d'Etat du 23 mars 2010 sur le projet de loi portant modification: 1. de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988; 2. de la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales; 3. de la loi modifiée du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles; 4. de la loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain; 5. de la loi du 13 mars 2007 portant transposition en droit luxembourgeois en matière 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.  $n^{\circ}$  6023<sup>3</sup>).

Avis du Conseil d'Etat du 27 novembre 2007 sur le projet de loi portant promotion de l'habitat et création d'un pacte logement avec les communes (doc. parl.  $n^{\circ}$  5696<sup>11</sup>).



ration exemplative. Il en serait autrement si la cession était conçue dans la forme d'une expropriation en due forme.» Le Conseil d'Etat a dès lors refusé d'accorder la dispense du second vote constitutionnel au libellé de la disposition référée, et a demandé aux auteurs du projet de loi de reformuler la disposition en cause «en tenant compte des exigences de l'article 16 de la Constitution».

#### b) Les servitudes environnementales

L'opposition entre les intérêts écologiques et le droit à la propriété commence réellement à se poser avec le développement d'une politique européenne de protection des espèces et de leurs milieux, impliquant des zones de plus en plus vastes, notamment par l'application de deux directives européennes, la directive «Oiseaux» (n° 79/409/CEE du 2 avril 1979) et la directive «Habitats» (n° 92/43/CEE du 21 mai 1992) édictées dans le but de favoriser le maintien de la biodiversité par la création d'un réseau écologique cohérent de zones spéciales de conservation. 126

Dans son avis du 18 juin 2002 sur le projet de loi portant transposition en droit national des directives «Habitats» (92/43/CEE) et «Oiseaux» (79/409/CEE)<sup>127</sup>, le Conseil d'Etat a d'abord tenu à préciser que le projet de loi prévoit des zones protégées qui «peuvent être déclarées, en tout ou en partie» par le ministre. Il s'est ensuite penché sur la question de la différenciation des charges et servitudes en fonction du statut de protection de la zone protégée, un paysage protégé étant soumis, en principe, à une réglementation moins stricte qu'une réserve naturelle. Il s'est interrogé sur le statut des zones désignées qui, le cas échéant, ne sont pas déclarées zones protégées d'importance nationale ou ne le sont qu'en partie. Il s'est encore demandé si les zones désignées sont grevées ou non des servitudes et charges prévues à l'article 45 du projet sous avis ou si elles ne sont frappées que des charges prévues à l'article 37 dudit projet, avant de conclure qu'«[o]utre ce régime guère compréhensible et acceptable pour une seule et même catégorie de zones, ces dernières mesures de conserva-

Dans les sites du réseau Natura 2000, la conservation de la nature est d'ordre public. Les directives «Oiseaux» et «Habitats» imposent une nouvelle contrainte sur les sols, une contrainte proprement écologique, le sol étant défini comme le milieu de vie des espèces. Dans les zones de protection, la valeur de la préservation de la biodiversité est prioritaire sur les considérations économiques et sociales et l'ordre public écologique pourra justifier une atteinte à la propriété. La nouveauté du dispositif tient à ce qu'il ne concerne pas des territoires spécifiques du type réserves ou parcs nationaux, il concerne l'ensemble des espaces, y compris ceux qui sont affectés à une activité économique.

Avis du Conseil d'Etat du 18 juin 2002 sur le projet de loi portant a) transposition en droit national de la directive 92/43/CEE du Conseil, du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages et de la directive 79/409/CEE du Conseil, du 2 avril 1979, concernant la conservation des oiseaux sauvages; b) modification de la loi modifiée du 11 août 1982 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles (doc. parl. n° 4787<sup>5</sup>).



tion, de protection et de gestion sont trop vagues, imprécises et incomplètes pour être opposables aux parties intéressées que sont les propriétaires et autres ayants droit des terrains concernés». Pour le Conseil d'Etat, la détermination par voie de règlement grand-ducal des sites d'importance communautaire devrait être accompagnée d'une procédure de consultation préalable des propriétaires des fonds inclus dans ces zones, dès lors que le projet de loi prévoit un certain nombre de charges et de servitudes s'appliquant à celles-ci. Sur ce point, il a demandé que «la sélection des sites ou zones d'intérêt communautaire aurait dû être accompagnée et devrait s'accompagner d'une publicité adéquate telle que prévue par la loi modifiée du 11 août 1982 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles (art. 29), l'ancienne loi du 20 mars 1974 concernant l'aménagement général du territoire, la loi du 21 mai 1999 concernant l'aménagement du territoire, la loi modifiée du 10 juin 1999 relative aux établissements classés, voire même la loi du 1er décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse (art. 1er) et le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes et, enfin, la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, faite à Aarhus (Danemark), le 25 juin 1998».

La loi modifiée du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles interdit dans des zones vertes des constructions destinées à l'habitation ou à l'activité économique ou artisanale, ou même au loisir. Dans les zones vertes, une autorisation du ministre ayant l'Environnement dans ses attributions est requise pour les constructions pouvant exceptionnellement être érigées dans une zone verte. Peuvent uniquement être érigées des constructions servant à l'exploitation agricole, jardinière, maraîchère, sylvicole, viticole, piscicole, apicole et cynégétique. La réalisation de constructions répondant à un but d'utilité publique y est également permise. En outre, la loi prévoit la désignation de parties du territoire déclarées zones protégées d'intérêt local, national ou communautaire et, comme telles, grevées de servitudes et de charges en vue d'assurer, soit la sauvegarde du paysage ou de monuments naturels, soit le maintien de biotopes présentant un intérêt scientifique, soit le bien-être de la population.

Le projet de loi modifiant la loi du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles<sup>128</sup> vise à introduire de nouvelles limitations au droit de propriété: mesures de compensation et «Oekobonus», à réaliser sur les lieux ou à proximité des lieux où des aménagements ou ouvrages ont nui à la nature, droit de préemption de l'Etat et des communes pour acquérir des terrains en zones sensibles, cession à l'Etat et aux communes, à titre gratuit, des terrains sis en zones vertes sur lesquelles des mesures de compensation ont été réalisées, destruction ou

Projet de loi modifiant la loi du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles (doc. parl.  $n^{\circ}$  6477).



modification de biotopes dans les zones vertes interdites sauf dérogations accordées par le ministre compétent, destruction ou modification de biotopes en dehors des zones vertes uniquement en cas d'autorisation ministérielle. Dans son avis du 26 février 2013 sur le projet de loi précité<sup>129</sup>, le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à une des mesures précitées en constatant que «[la cession gratuite à l'Etat ou aux communes] des terrains sis en zone verte sur lesquels des mesures compensatoires ont été réalisées [dans le cadre d'un régime de servitudes légales], car selon l'article 16 de la Constitution, nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et moyennant juste indemnité, dans les cas et la manière établis par la loi». Les auteurs avaient tenté d'établir un parallélisme entre la nécessité d'effectuer certaines mesures compensatoires et les dispositions de l'article 34 de la loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain prévoyant l'instrument de la «cession gratuite». Le Conseil d'Etat a exclu tout rapport entre le texte proposé et l'article 34 de la loi précitée, en expliquant que les terrains y visés, limités à un maximum de 25%, seraient nécessaires aux travaux de voirie et d'équipements publics, c'est-à-dire à des constructions indispensables pour assurer l'habitabilité des propriétés afférentes.

### III) Conclusion

Le droit de propriété n'est pas un droit absolu. Il peut faire l'objet de restrictions justifiées par l'utilité publique ou l'intérêt général, notions bénéficiant d'une marge d'appréciation dans le choix et la mise en œuvre de ces restrictions.

Les deux instruments pour limiter le droit de propriété sont la privation de propriété pour cause d'utilité publique, qui opère un transfert du droit de propriété dans le patrimoine de l'Etat, et la réglementation de l'usage des biens, qui laisse intact le droit de propriété dans son existence mais le soumet aux restrictions de l'Etat en vue de son application.

Même si la Convention européenne des droits de l'homme laisse aux Etats une large autonomie pour réglementer l'usage de la propriété, elle reconnaît le droit du propriétaire à ne pas être privé arbitrairement de sa propriété.

Par son œuvre jurisprudentielle, la CEDH a pu donner une définition à la notion de *«bien»* en traçant les limites du droit de propriété à travers la réglementation de l'usage des biens. Ces limites sont circonscrites par la notion d'«atteinte à la substance» des biens, qui permet de soumettre au contrôle de la CEDH toute ingérence qui rend incertaine la situation juridique d'un bien, mais qui ne peut pas s'analyser comme privation de propriété ou comme réglementation de l'usage des biens.

Avis du Conseil d'Etat du 26 février 2013 sur le projet de loi modifiant la loi du 19 janvier 2004 concernant la protection de la nature et des ressources naturelles (doc. parl.  $n^{\circ}$  6477<sup>4</sup>).



Dès que l'atteinte portée au droit de propriété est avérée, la question de sa régularité se pose. Dans ce cadre, les conditions de légalité et de nécessité doivent être remplies et un «juste équilibre» est à maintenir entre l'intérêt général et les droits fondamentaux de l'individu. Une mesure privative de propriété doit donc à la fois être indispensable à la réalisation de son but légitime et respecter l'exigence de proportionnalité entre l'intérêt général et l'intérêt individuel.

Contrairement à l'article 1 er du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme qui admet explicitement la possibilité d'autres ingérences, la Constitution luxembourgeoise ne vise que l'expropriation au sens strict. Autrement dit, elle protège le propriétaire uniquement contre la privation totale et définitive du droit de propriété qu'il exerce sur ses biens.

En matière de privation de la propriété, la Constitution luxembourgeoise prévoit une indemnisation juste, exigence qui n'apparaît pas dans le texte de l'article 1er du Protocole n° 1 de la Convention.

A cet égard, la jurisprudence de la CEDH dispose que, sans le versement d'une indemnité raisonnablement en rapport avec la valeur du bien, une privation de propriété constitue une atteinte excessive, et en l'absence totale d'indemnisation, une telle privation ne saurait se justifier sur base de l'article 1er du Protocole n° 1 de la Convention que dans des circonstances exceptionnelles. Afin de déterminer si la mesure litigieuse respecte le juste équilibre entre l'intérêt général et l'intérêt de la personne dont le droit de propriété est atteint et si elle ne représente pas une charge disproportionnée pour le propriétaire concerné, il échet de prendre en considération les modalités d'indemnisation prévues par le législateur national. Dans ce même contexte, il faut relever que la CEDH n'exige pas le respect du principe du versement d'une indemnité préalable, définitive ou même simplement provisionnelle à l'expropriation, ni même la détermination préalable du montant de l'indemnité avant le transfert de propriété.

Dans la mesure où les restrictions à l'usage d'un bien sont manifestement disproportionnées par rapport à l'avantage escompté pour l'intérêt général, la question est de savoir s'il ne s'agit pas d'une situation d'expropriation de fait au point de revenir à une dépossession «à froid». Dans un tel cas de figure, le dispositif légal en vigueur au Luxembourg garantissant le droit de propriété, de même que les jurisprudences administrative et constitutionnelle établies en la matière, ne confèrent pas systématiquement au requérant lésé le droit à une indemnisation juste.

En effet, la restriction à l'exercice du droit de propriété peut être imposée sans indemnité. Le législateur peut, par disposition particulière, retenir un droit à indemnisation en pareille circonstance, mais cette indemnisation est laissée à son appréciation.



Les multiples atteintes au droit de propriété dues à l'emprise des pouvoirs publics devraient-elles dès lors être supportées par les propriétaires comme la nécessaire contrepartie des avantages qu'ils retirent de l'activité de la puissance publique et plus généralement de la vie en société?

L'analyse du droit de propriété faite dans les avis du Conseil d'Etat a essentiellement porté sur la compatibilité de certains textes normatifs en voie d'élaboration avec l'article 16 de la Constitution. La référence aux dispositions de l'article 1er du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme n'a joué qu'un rôle d'appoint subsidiaire.

Le Conseil d'Etat s'est plus particulièrement penché sur la procédure d'expropriation. A cet égard, ses interrogations se sont orientées essentiellement autour de la propriété protégée, des éléments du droit de propriété couverts, de l'indemnisation mise en place et des garanties juridictionnelles instituées.

A travers ses avis, il a itérativement affirmé que le droit de propriété est un droit fondamental garanti par la Constitution et que toute dérogation qui y porte atteinte est d'interprétation stricte. Il a veillé à ce que les restrictions au droit de propriété ne soient établies qu'en vertu d'une loi, insistant qu'il est interdit au pouvoir réglementaire de fixer les conditions d'établissement et d'exercice des servitudes dans le contexte d'expropriations.

Ses avis ont insisté sur le fait que toute privation forcée de la propriété privée requiert au préalable l'existence de l'utilité publique dans une loi et que le droit de propriété n'est protégé pour autant qu'il ne se révèle pas abusif et qu'il ne rompt pas l'équilibre entre les exigences de l'intérêt général et de la protection du droit de propriété. Il n'a pas reconnu de caractère absolu à ce droit dont l'exercice reste soumis au contrôle du juge qui sanctionne notamment tout abus de droit en la matière.



#### 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

